

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Análisis de la aplicación de la consulta previa en minería, a propósito del caso “Tres Islas”: ¿se debe declarar la nulidad de las concesiones mineras que no fueron consultadas?

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

AUTORA

Carmen Nadine Marquez Muñoz

ASESOR:

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

CÓDIGO DE LA ALUMNA:

20083137

2020

RESUMEN

El presente trabajo de investigación nace del análisis realizado de la Sentencia de Vista de la Sala Civil de la Corte Superior de Madre de Dios, que resolvió la demanda de amparo presentada por la Comunidad Nativa Tres Islas contra el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas (TNRCH) y el Gobierno Regional de Madre de Dios (GORE MDD), con ocasión de la obtención de mi grado de abogada. Análisis que arribó a la conclusión de que existe una necesidad de identificar cuál es la vía idónea para lograr una tutela urgente frente a la vulneración del derecho a la consulta previa, y lograr dejar sin efecto los actos administrativos que fueron emitidos en perjuicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Sin embargo, ello es una tarea de complejo análisis, porque desde que el Convenio 169° de la OIT forma parte de nuestra legislación nacional (1995) hasta que se reglamentó el derecho a la consulta previa (2011), transcurrieron dieciséis (16) años sin su implementación legal en nuestro ordenamiento interno. Lo que sin duda es responsabilidad exclusiva del Estado, quien debió legislar oportunamente el derecho.

Se analizan dos hipótesis: (i) los actos administrativos que se otorgaron – sin aplicación de la consulta previa – sobre los pueblos indígenas son nulos al ser inconstitucionales y (ii) se deben conservar los actos administrativos, porque no existía base legal para establecer el procedimiento de la consulta previa.

La conclusión principal trasciende al análisis del procedimiento, y se involucra en la misma naturaleza de la concesión minera a ser consultada, así como el apoyo de jurisprudencia nacional e internacional para reforzar la postura.

INDICE

I.	Introducción y delimitación del tema.....	4
II.	Problema jurídico, hipótesis y metodología	6
III.	Motivación de la investigación.....	6
IV.	Desarrollo del marco teórico: actividad minera en la Región de Madre de Dios y el derecho a la consulta previa en nuestro ordenamiento jurídico	
4.1	Actividad Minera en Madre de Dios.....	8
4.1.1	Autoridades competentes.....	9
4.1.2	Procedimiento minero.....	10
4.1.3	Ingobernanza ambiental y minera en Madre de Dios.....	11
4.2	El derecho a la consulta previa en el Perú.....	14
4.2.1	Antecedentes de la Ley y el Reglamento.....	14
4.2.2	Implementación de la Ley y el Reglamento.....	15
V.	Análisis del caso “Tres Islas”.....	17
5.1	Breve resumen del caso	17
5.2	Análisis del caso.....	19
5.3	¿Existía la obligación de consultar a la Comunidad Nativa “Tres Islas”?.....	22
5.4	¿Cuáles son las consecuencias por la no implementación de la Consulta Previa en el caso?	24
5.5	Hipótesis 1: Los actos administrativos inconsultos son nulos.....	24
5.6	Hipótesis 2: Los actos administrativos inconsultos se rigen al marco legal vigente y son válidos	26
VI.	Conclusiones.....	30
VII.	Bibliografía consultada.....	32

I. Introducción y delimitación del tema

En la actualidad existen diversas situaciones similares a lo acontecido en el caso de Tres Islas (en el cual se busca declarar la nulidad de las concesiones mineras que fueron aprobadas en el periodo de omisión legislativa) las cuales, deben encontrar una solución legal basadas en categorías jurídicas de derecho público, como la validez de los actos administrativos, la nulidad, el principio de confianza legítima, naturaleza jurídica de la concesión minera, entre otras figuras que serán analizadas a la luz de los hechos del caso objeto de análisis, con el objetivo de brindar una propuesta de solución y criterios de interpretación a los casos similares en proceso de análisis.

Es importante resaltar las tres (03) premisas que no serán analizados en esta investigación, toda vez que nos servirán como punto de partida para enfocarnos en la problemática planteada en el párrafo anterior.

La primera premisa es que (i) son obligaciones del Estado respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas, basado en los principios de observancia de buena fe de los Tratados y de primacía del derecho internacional, Convenio 169° OIT, la Constitución, diversa jurisprudencia de la CIDH, del Tribunal Constitucional y nuestra normativa nacional que ha reconocido dicho derecho.

La segunda premisa es que el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sí es compatible con el Estado Social de Derecho, teniendo en consideración que la existencia de los pueblos indígena es previa a la creación del Estado, es obligación de la Administración adecuar su normativa y políticas públicas para el reconocimiento legal y material de sus derechos fundamentales.

Finalmente, nuestra tercera premisa es reconocer que el Estado puede por medio de las leyes especiales, otorgar derechos sobre los recursos naturales a terceros; sin embargo, el Estado sigue conservando dominio sobre ellos, es decir, no se transfiere su dominio. Por tanto, la propiedad de los pueblos indígenas no es absoluta, tiene límites respecto al dominio que el Estado ejerce sobre los recursos naturales que se encuentren en su

propiedad.

En el caso objeto de análisis (Comunidad Nativa Tres Islas vs el TNRCH y el GORE MDD) se concluyó con respecto a las concesiones mineras otorgadas por el GORE de Madre de Dios, en propiedad de la Comunidad Nativa Tres Islas, que se vulneró su derecho a la autonomía reconocido a la Comunidad por el Tribunal Constitucional y diversa jurisprudencia de la CIDH, trastocando el derecho de propiedad territorial, a la consulta previa, derecho a un medio ambiente equilibrado, entre otros derechos, por lo que se reiteró que, toda vez que no se realizó el derecho a la consulta previa, las concesiones mineras que fueron otorgadas eran nulas, básicamente argumentado por jurisprudencia de la CIDH e instrumentos internacionales de obligatorio cumplimiento para el Estado Peruano.

Sin embargo, proponemos un análisis del acto administrativo desde los requisitos de validez, realizando un análisis de la oportunidad en que la consulta previa debe realizarse a la luz de la legislación minera en nuestro país y un análisis comparado de lo que sucede en países de la región. Asimismo, no es menos importante contrastar la situación particular de los pueblos indígenas y la esfera jurídica de los administrados que obtuvieron títulos habilitantes a la luz de la normativa peruana vigente en el periodo de los 16 años de omisión normativa, quienes a su vez, también son perjudicados por dicha omisión normativa.

II. Problema jurídico, hipótesis y metodología

Como ya hemos adelantado en la introducción, nuestra principal premisa es reconocer que son obligaciones del Estado respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas, basado en los principios de observancia de buena fe de los Tratados y de primacía del derecho internacional consagrado en la Convención de Viena (Art 26° y 27° de la Convención), el Convenio 169° de la OIT de acuerdo a lo previsto en el artículo 55° de la Constitución, diversa jurisprudencia de la CIDH y del Tribunal Constitucional y nuestra normativa nacional que ha reconocido dicho derecho.

Sin embargo, observamos que existen numerosos casos donde se han aprobado concesiones mineras y licencias de uso de agua al margen del marco legal y constitucional, sin aplicar el derecho a la consulta previa a la población indígena potencialmente afectada

con el desarrollo de la actividad minera.

El caso “Tres Islas” es base de nuestro análisis para llegar a evidenciar los problemas estructurales y legales que atravesamos para lograr el efectivo reconocimiento de los derechos indígenas. Por tanto, nuestros principales problemas de investigación a abordar serán: ¿los actos administrativos por el cual se otorgan las concesiones mineras, son válidos? ¿existía la obligación de consultar a la Comunidad Nativa “Tres Islas”? y ¿cuáles fueron las consecuencias de no aplicar el derecho a la consulta previa en el caso?

Nuestras hipótesis son dos: (i) los actos administrativos que se emitieron al margen de la consulta previa son nulos y, (ii) los actos administrativos que se emitieron al margen de la consulta previa se rigieron al marco legal vigente y son válidos.

Para llegar a la respuesta de dichas interrogantes nuestra metodología será el análisis normativo, la jurisprudencia y la recopilación de doctrina especializada en el tema. Asimismo, apoyaremos ambas hipótesis desde el análisis de categorías jurídicas relevantes y lo desarrollado y aplicado en consulta previa en el país. Como datos accesorios reforzaremos nuestro análisis con la recopilación de data sobre la realidad en la Región de Madre de Dios, estadísticas de conflicto socio ambiental y entrevistas a abogados especializados en minería

III. **Motivación de la investigación**

La investigación propuesta es una elaboración jurídica de suma importancia para el desarrollo de las actividades extractivas en el país. Ello es así, porque analizaremos la legitimidad del otorgamiento de derechos de uso de agua y de concesiones mineras sobre territorios indígenas que fueron otorgados por el Estado sin haber realizado la consulta previa.

El último censo nacional realizado en el Perú en el año 2017¹, es una muestra

¹ Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI):

Los resultados del III Censo de Comunidades Nativas 2017 registran 2 mil 703 comunidades censadas, las cuales han declarado pertenecer a 44 pueblos indígenas u originarios. Respecto a censos anteriores, el número de comunidades nativas se ha incrementado; así, en el año 1993 se censó a 1 mil 458 comunidades y en el 2007 a 1 mil 786; estas comunidades han declarado pertenecer a 48 y 51 pueblos indígenas u originarios, respectivamente.

representativa de que nuestro país es un país indígena. Según los resultados finales del III Censo Nacional de Comunidades Nativas se concluyó que existen 44 pueblos indígenas u originarios que conservan sus costumbres y se autodenominan indígenas. Asimismo, respecto de años anteriores, el número de comunidades nativas se ha incrementado (INEI, 2017). Por tanto, es totalmente relevante, hablar en el año 2020 respecto del derecho a la consulta previa y la tutela y garantías que el Estado otorga a los pueblos indígenas para convivir pacíficamente con la actividad minera.

Por su parte, el último reporte de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo, Reporte N° 193, elaborado en marzo del año en curso, da cuenta de 188 conflictos sociales, de los cuales tenemos que 137 están activos y 51 latentes. Lo que llama nuestra atención es que el tipo de conflicto “Socioambiental” ocupa 128 conflictos, es decir, abarca el 68.1% del total de los conflictos registrados. (Defensoría del Pueblo, 2020).

Gráfico N° 01
Conflictos sociales en el Perú en marzo de 2020

PERÚ: CONFLICTOS SOCIALES POR AUTORIDAD COMPETENTE, SEGÚN TIPO, MARZO 2020
(Número de casos)

Tipo	TOTAL	%	Gobierno nacional	Gobierno regional	Gobierno local	Poder Judicial	Org. Const. Autónomo	Poder legislativo
TOTAL	188	100.0%	121	42	17	4	2	2
Socioambiental	128	68.1%	101	21	6	0	0	0
Asuntos de gobierno nacional	14	7.4%	14	0	0	0	0	0
Comunal	10	5.3%	0	8	1	0	1	0
Asuntos de gobierno local	10	5.3%	0	0	9	0	1	0
Asuntos de gobierno regional	10	5.3%	0	10	0	0	0	0
Laboral	6	3.2%	4	1	0	1	0	0
Otros asuntos	6	3.2%	0	2	0	3	0	1
Demarcación territorial	4	2.1%	2	0	1	0	0	1
Electoral	0	0.0%	0	0	0	0	0	0
Cultivo ilegal de coca	0	0.0%	0	0	0	0	0	0

Fuente: Defensoría del Pueblo - SIMCO

Por tanto, tenemos que, zanjar el tema respecto al remedio jurídico idóneo para los títulos habilitantes que fueron otorgados a particulares para actividades extractivas (delimitándolo a la actividad minera) es sumamente relevante en la colisión de derechos

medio ambientales y la actividad empresarial – emprendedora.

IV. Desarrollo del marco teórico: actividad minera en la Región de Madre de Dios y el derecho a la consulta previa en nuestro ordenamiento jurídico

En este punto analizaremos el marco conceptual propuesto, el cual nense jenos a la realidad de la actividad minera que se desarrolla en el Gobierno Regional de Madre de Dios. Lo que permitirá advertir los principales factores que explican la proliferación de la pequeña y minería artesanal. Así como los retos que enfrenta el desarrollo del proceso de consulta previa en el marco de su jurisdicción.

4.1 Actividad Minera en Madre de Dios

En el gobierno regional de Madre de Dios, la actividad económica que aporta más al PBI regional es la minería aurífera. En los años 1994 y 1998, la minería representó entre el 42.8% y 38.6% respectivamente. Entre 1999 y el 2001, la minería representó entre el 40.4% y 35% del PBI regional. Al año 2018, el 91,5% de la producción del metal en Madre de Dios era artesanal con titulares no identificados, todos productores de oro. La economía local depende al menos un 44% de esta actividad (IPE, 2019).

A pesar de ser una fuente de ingresos y de trabajo en la región, la informalidad de la actividad es un gran peligro para la gestión integral de los recursos naturales. Como indica una publicación del Ministerio del Ambiente (MINAM), para entender la magnitud actual de este fenómeno conviene remontarse a inicios de la década de 1990, período en el cual se implementaron una serie de reformas estructurales que liberalizaron la economía para desarmar el aparato productivo estatal y facilitar la gran inversión privada. Estas reformas, en un contexto de colapso institucional y crisis económica, creó las condiciones para un estallido o “revolución informal” de la economía, “qué asentó el ideal del emprendedor peruano como prototipo de las clases populares: un individuo que crece al margen del Estado y hasta en contra de él, que no pertenece a ninguna clase social o partido y solo aspira a entrar al mercado. Es un agente económico, pero no un sujeto legal” (MINAM, 2016: 18).

A pesar del informalismo y en algunos supuestos, ilegalidad de la actividad minera en la Región de Madre de Dios, se han realizado diversas actividades de promoción de la

actividad minera, entre ellas, la más resaltante es el proceso de formalización minera, para que todos los mineros informales que se dediquen a la pequeña y minería artesanal puedan continuar con sus actividades extractivas y acogerse a los beneficios y a los plazos para formalizarse (tramitación paralela de los permisos ambientales y de posesión). Sin embargo, como veremos más adelante, este proceso de formalización no está exento de críticas y retos en su aplicación.

4.1.1 Autoridades competentes

Según Espinosa – Saldaña, la descentralización supone la transferencia de atribuciones y responsabilidades a otros entes, que gozan de cierta cuota de autonomía, entendida no solamente como autodeterminación sino como una posibilidad o margen de autorregulación en aquellas competencias que le han sido transferidas. (Espinosa – Saldaña, 2009, pp. 357)

En tal sentido, en el año 2002 a través de la Ley de Bases de la Descentralización, se dispuso que el gobierno nacional transfiera las competencias y funciones sectoriales a los gobiernos regionales y locales, en la forma y plazos establecidos en dicha ley. En el caso minero, se especificó que la promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en el ámbito y nivel correspondiente al sector, es competencia compartida entre el Gobierno Nacional y el Gobierno Regional.

En atención a las disposiciones de la referida Ley, a finales del 2002 se aprobó la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales mediante la cual se asignaron funciones específicas que se deben desarrollar en base a las políticas regionales, las cuales se formulan en concordancia con las políticas nacionales sobre la materia. Como parte de este paquete de facultades específicas, las concernientes al sector de energías, minas e hidrocarburos, se otorgaron las siguientes competencias: (i) fomentar y supervisar las actividades de la pequeña minería y la minería artesanal y la exploración y explotación de los recursos mineros de la región con arreglo a Ley; (ii) otorgar concesiones para pequeña minería y minería artesanal de alcance regional².

² Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Artículo 59.- Funciones en materia de energía, minas e hidrocarburos

(...)

f) Otorgar concesiones para pequeña minería y minería artesanal de alcance regional.

g) Inventariar y evaluar los recursos mineros y el potencial minero y de hidrocarburos regionales.

Transferencia de funciones que, según la Defensoría del Pueblo, permitiría el cumplimiento de requisitos e indicadores de gestión de los gobiernos regionales y locales, y, por lo tanto, garantizar la continuidad o mejora en la prestación de los servicios a la población” (**Defensoría del Pueblo, 2009**).

Posteriormente, el 19 de mayo de 2006 a través del Plan de Transferencias 2006 – 2010, aprobado mediante Resolución Presidencial N° 044-CND-P-2006 Dirección General de Minería – DGM para el período 2006-2010, se transfirieron las siguientes facultades de las funciones señaladas en el artículo 59° de la LOGR³.

A la fecha, el gobierno regional cuenta con una Dirección Regional de Energía y Minas (en adelante, DREM), como órgano de línea de la Gerencia Regional de Desarrollo Económico, según lo regulado en el artículo 29-A numeral 1 de la LOGR. En tal sentido, debemos entender que el Director Regional de Energía y Minas tiene similares atribuciones referidas al Director de Concesiones Mineras regulado en las normas del procedimiento ordinario minero.

Por tanto, tenemos que el Gobierno Regional de Madre de Dios (en adelante, el GOREMAD) cuenta con las competencias conferidas desde el gobierno central en el sector minero.

4.1.2. Procedimiento minero

Debemos precisar que el caso materia de análisis, no se trata del régimen general minero, sino se trata del régimen Pequeño Productor Minero – PPM y Productor Minero Artesanal – PMA. Por tanto, como se precisó anteriormente, el gobierno regional es el

h) Aprobar y supervisar los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) de su circunscripción, implementando las acciones correctivas e imponiendo las sanciones correspondientes.

³ Facultades del Gore en minería

1. Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, fiscalizar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de minas de la región, en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales. Administrar y actualizar el Inventario Regional de: o Recursos Mineros de la Región. o Unidades Operativas (exploración, explotación, beneficio). o Pasivos Ambientales existentes. o Prevención de conflictos.
2. Difundir políticas de gestión del Sector Minero y procedimientos Administrativos relacionados
3. Elaborar, ejecutar y evaluar los Planes Anuales de Fiscalización de la Región para la pequeña minería y minería artesanal y de exploraciones, con base en los Términos de Referencia definidos por el Sector.

órgano competente para la emisión de la concesión⁴.

Adicionalmente al otorgamiento de la concesión, para el permiso de operación en pequeña y minería artesanal, se necesita el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA) que es emitido por el Ministerio de Cultura, para el uso de insumos químicos se necesita el permiso de la SUNAT sobre Insumos Químicos Fiscalizados, la certificación ambiental (DIA o EIA –sd) y, en el caso sea un minero en el proceso de formalización, es requisito la inscripción en el REINFO (Registro Integral de Formalización Minera), que es fiscalizado por la Dirección General Mineral del MINEM. El Gobierno Regional previo informe técnico favorable del MINEM, podrá otorgar la Autorización de Inicio / Reinicio de las Actividades de Exploración, Explotación y/o Beneficio de Minerales

Para efectos del proceso de consulta previa, debemos precisar que la concesión minera es un derecho expectatio. No otorga efectivamente, los derechos de exploración y explotación en el campo los recursos concedidos. Lo cual estará sujeto a negociación con los poseedores o propietarios del terreno superficial, cumplir con el CIRA, la obtención de los permisos de agua y aprobación del instrumento de gestión ambiental.

El acto administrativo que otorga la concesión minera no faculta o autoriza per se el inicio de la ejecución de actividades mineras de exploración y/o explotación. el titular de una concesión minera debe cumplir previamente con obtener una serie de licencias, permisos y autorizaciones adicionales. Sin embargo, también es importante recalcar que la concesión minera por sí sola genera oponibilidad sobre otra concesión y a nivel comercial, puede tener naturaleza real para efectos onerosos. Se trata de un acto administrativo regulado por normas de orden público que sigue sujeta a la administración del Estado que no pierde su soberanía sobre la misma.

4.1.3. Ingobernanza ambiental y minera en Madre de Dios

Según la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, las políticas de formalización iniciadas el 2002 han tenido efectos concretos sobre la ocupación del territorio de Madre

⁴ El artículo 9° del TUO de la LGM, define a la concesión minera como el derecho que confiere a su titular la facultad a realizar actividades mineras de exploración o explotación de los recursos minerales. El artículo 9° puede conducir a una interpretación aislada en el sentido de que la obtención de la concesión minera es suficiente para la efectiva implementación de las actividades mineras.

de Dios. Un primer aspecto se vincula al grado de ocupación acelerada del espacio entre el 2006 y 2009 con la intervención activa del Estado a través del otorgamiento acelerado de concesiones mineras (**SPDA, 2017**). Asimismo, concluyen que el otorgamiento acelerado de concesiones mineras provocó dos consecuencias visibles: la generación desde el Estado de incentivos para la deforestación; y el incremento de conflictos entre usuarios de bosque cuya actividad era incompatible con aquellas de minería por el contexto ecológico en el que dicha actividad se realiza.

Sobre concesiones mineras dentro del territorio de la Comunidad, es importante aclarar que fueron otorgadas a mineros artesanales, y según Leonidas Wiener⁵ el aumento de este tipo de actividad (pequeña y minería artesanal), en Madre de Dios, responde a un problema social de fondo: pobreza arraigada por ausencia del Estado. Ello no es un dato aislado, debido a que consideramos que la pobreza más la ausencia del Estado y falta de educación cívica, conlleva a la generación de graves daños sociales (**Wiener, 2019:11**).

Según Antonio Brack y otros abogados especialistas en minería, en Madre de Dios, la actividad económica que aporta más significativamente al PBI regional es la minería aurífera. En los años 1994 y 1998, la minería representó entre el 42.8% y 38.6% respectivamente. Entre 1999 y el 2001, la minería representó entre el 40.4% y 35% del PBI regional.

Asimismo, en los años en que acontecen los antecedentes del amparo, hasta el 2009 las operaciones mineras en Madre de Dios han deforestado unas 18 000 hectáreas de bosque y se estima que han degradado unas 150 000 ha adicionales (**MINAM, 2016**); han contaminado con mercurio y otros metales pesados fuentes de agua, ríos, quebradas, cochas y pantanos de palmeras (aguajales), poniendo en riesgo la salud de la fauna y la flora, y de la población humana⁶. La actividad de los mineros ilegales ha

⁵ La proliferación de la MAPE en prácticamente todas las regiones del país refleja un problema social de fondo: la carencia de bienes básicos y de medios de subsistencia de sectores de la población –particularmente de ámbitos rurales– que ven esta actividad como un camino para salir de la pobreza y obtener una mejor calidad de vida (...) desde la década de 1990, y con mayor fuerza a partir del segundo quinquenio del 2000, coincidiendo con el aumento del precio del oro, muchas personas y familias encontraron en la MAPE una oportunidad para generar mayores ingresos económicos. Esto, a su vez, produjo una acelerada migración hacia las principales zonas donde venía emergiendo esta nueva “fiebre del oro”. Así, por ejemplo, más del 70 % de los mineros en el departamento de Madre de Dios son migrantes de zonas andinas, principalmente de Cusco y Puno.

⁶ Se precisa que el mercurio no es el único contaminante: se estima que diariamente llegan a las zonas de minería informal 50 cisternas de combustibles, se usan 175 000 galones de diesel y gasolina, y se derraman aproximadamente 1 500 litros de aceite de las máquinas y embarcaciones

conducido a una situación de ingobernabilidad en la Región, y ha incrementado la conflictividad social de forma alarmante.

Los abogados especialistas en formalización minera exponen que, en la Región de Madre de Dios, muy pocas empresas cumplen con la legislación vigente sobre EIA o declaraciones ambientales, responsabilidad social y otras. En consecuencia, la minería aurífera en Madre de Dios debe ser considerada, en casi su totalidad, como “minería ilegal”. A pesar que el título minero otorgado no da derecho a la explotación, si antes no se implementan los requisitos legales, en la mayoría de los casos basta contar con la solicitud de un derecho minero para pasar a la etapa de explotación, sin cumplir con las normas establecidas. **(Brack A, Ipenza C y otros, 2011, p. 28 – 29)**

De esta manera cabe comprender la proliferación de esta actividad, en un contexto de desregulación fallida y escasas ventajas comparativas que incentiven la formalización. Dada la escasa presencia del Estado, existen poderosos incentivos para que los mineros evadan la formalización y el cumplimiento de las obligaciones ambientales mínimas.

Como señala la Guía para Gobiernos en el Manejo de la Pequeña Minería y Minería Artesanal, “la división de la minería artesanal y pequeña minería en subtipos es importante para los gobiernos porque esta categoría incluye una variedad de actividades de minería con diferentes riesgos, potenciales y características. Por tanto, esa diferencia necesita ser tratada de manera diferenciada (...) Si un gobierno adopta un enfoque uniforme, su estrategia será diseñada para manejar solo un tipo de minería pero no otros” (Paget 2015, 56). Esta es una línea de recomendación que ya habíamos esbozado para la minería informal de Madre de Dios en el 2014, cuando ensayamos una tipología de actores mineros (Valencia 2014).

Requiere además de un proceso político de rediseño de la política más abierto al diálogo y a la coordinación entre niveles de gobierno que trascienda el enfoque de política top-down y de comando-control que ha prevalecido desde el 2010. Como señala Chaparro, “cualquiera que sea el eje principal de intervención pública en un programa de promoción y desarrollo de la pequeña minería requiere siempre de un enfoque integral tomando muy en serio aquellos aspectos que son de preocupación primordial de los propios mineros” (Chaparro 26, 2004).

4.2 El derecho a la consulta previa en el Perú

En el Perú, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253 y ratificado el 17 de enero de 1994, acto que fue depositado en la OIT el 02 de febrero de 1994. Por ello, conforme se estableció en el artículo 38. 3 del referido convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Por lo tanto, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento desde el 02 de febrero de 1995.

La Constitución de 1993 que, en el marco del constitucionalismo pluralista (S. XX y XXI), se encuentra en un horizonte pluricultural que se desarrolló en la región entre 1989 y 2005. Durante este periodo, también se ratificó el Convenio N° 169 de la OIT. Así, se establece un Estado Pluricultural (Yrigoyen, 2011, pág. 155-156). De esta manera, se reconoce el derecho al territorio de las comunidades indígenas, mediante los artículos 88° y 89° de la Constitución Política del Perú.

4.2.1. Antecedentes de la Ley y el Reglamento

Como primer antecedente legal tenemos a la Resolución Ministerial N° 335-96-EM/SG del 25 de julio de 1996, que aprobó el Reglamento de participación ciudadana mediante el procedimiento de audiencias públicas en el trámite de estudios de impacto ambiental.

Posteriormente, se publicó el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, mediante la Resolución N° 596-2002-EM/ DM del 21 de diciembre de 2002, que reguló la intervención de los ciudadanos en el procedimiento de evaluación de la documentación legal y técnica en materia ambiental.

Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, afirmó en el fundamento 23 de la sentencia 00025-2009-PI que, *“La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT (...). Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento”*. (subrayado agregado).

Posteriormente, en la sentencia recaída en el expediente 05427-2009-PC/TC⁷, el Tribunal Constitucional estableció que el Ministerio de Energía y Minas había incurrido en un incumplimiento parcial de su deber de reglamentar el derecho a la consulta, en materias específicas de su competencia, como concesiones mineras y de hidrocarburos; en consecuencia, ordenó a esta entidad estatal que cumpla con reglamentar, en el más breve lapso posible, el derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas reconocido en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT.

El Tribunal estableció que en la controversia planteada por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva – AIDSESP, se produjo una "inconstitucionalidad por omisión normativa", al no haberse desarrollado legislativa o reglamentariamente el derecho de consulta, por un periodo de tiempo suficientemente prolongado para llevar a cabo dicho desarrollo y dadas las condiciones de conflictividad social y desprotección de los pueblos indígenas que requerían una regulación pronta y adecuada de este derecho fundamental de las comunidades indígenas de nuestro país.

4.2.2. Implementación de la Ley de Consulta Previa

No es hasta el 07 de setiembre de 2011 que se publicó la Ley N° 29785, Ley del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169° de la OIT, cuyo objeto fue desarrollar el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente.

Posteriormente, el 12 de abril de 2012 se aprobó el Decreto Supremo N° 001 – 2012-MC, mediante el cual se aprueba el Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa, el cual define a las entidades promotoras⁸ como a la entidad pública responsable de

⁷ Tribunal Constitucional (2010)

Proceso de Incumplimiento seguido por AIDSESP contra el Ministerio de Energía y Minas, a fin de que dé cumplimiento al Convenio N° 169 de la OIT y en consecuencia, adecue sus normas, reglamentos y directivas al texto del tratado internacional. Publicada con fecha 30 de junio de 2010. Recuperada del siguiente link: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.pdf>

⁸ g) Entidad promotora.- Entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta en el marco establecido por la Ley y el Reglamento. Las entidades promotoras son:

- i. La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de Decretos Legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el Ministerio afín a la materia a consultar.
- ii. Los Ministerios, a través de sus órganos competentes.
- iii. Los Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes.

dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta. De igual manera, define a las medidas administrativas⁹ como las normas de alcance general. Como el acto administrativo, que faculte el inicio de actividad o proyecto, que pueda afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Para el caso minero, con fecha 18 de diciembre de 2019, a través de la Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM el Ministerio de Energía y Minas identificó los siguientes procedimientos administrativos previstos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Minem:

- a. Otorgamiento y modificación de concesión de beneficio.
- b. Autorización para inicio/reinicio de las actividades de explotación, desarrollo, preparación, explotación (incluye plan de minado y botaderos) en concesiones mineras metálicas/ no metálicas y modificatorias.
- c. Otorgamiento y modificación de la concesión de transporte minero y de la concesión de labor general.

En cuanto a la oportunidad, se identifican dos momentos entre los que se puede ubicar la realización del proceso de consulta previa: i) a partir de la admisión a trámite del instrumento de gestión ambiental y, ii) hasta la emisión del acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyectos.

Gráfico N° 02
Ciclo de la Actividad Minera y Consulta Previa

Los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán entidades promotoras, conforme a lo establecido en los artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento.

⁹ i) Medidas Administrativas.- Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo.



Gráfico que recoge lo dispuesto en el TUO de Minería y la Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM.

Por tanto, tenemos que, en el sector minero, recién con fecha 18 de diciembre de 2019, el marco legal interno peruano se ajustó a lo reconocido en el Convenio 169: identificación de la oportunidad de la consulta previa. No obstante, cabe preguntarnos, **¿el no haber tenido un marco legal aprobado en la fecha en que se otorgaron las concesiones objeto de análisis (abril de 2008 y años posteriores) eximía al Estado de no haber realizado la Consulta Previa para el otorgamiento de tales derechos?**

V. Análisis del caso “Tres Islas” a la luz de los actos administrativos emitidos en el procedimiento

5.1 Breve resumen del caso

La Comunidad Nativa Tres Islas, conformada por los pueblos indígenas *Shipibo* y *Ese`Eja*, de las familias lingüísticas Pano y Tacana 200¹⁰, se encuentra asentada en la sub-cuenca del

¹⁰ Ambos Pueblos Indígenas están reconocidos en la Base de Pueblos Indígenas u Originarios Oficial del Ministerio de Cultura. Para más información, cotejar la lista completa de Pueblos en el siguiente enlace: <https://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas>

Río Madre de Dios en el Distrito de Tambopata, Provincia de Tambopata, Departamento de Madre de Dios. Cuentan con título de propiedad otorgado por el Ministerio de Agricultura de fecha 24 de junio de 1994 y tienen reconocimiento oficial en el Registro Nacional Desconcentrado de Comunidades Nativas, a cargo de la Dirección Subregional de Agricultura-Madre de Dios.

Los problemas sociales y ambientales, comienzan cuando en abril y octubre del año 2008, la Dirección Regional de Energía, Minas e Hidrocarburos de Madre de Dios otorgó títulos de concesión minera metálica a diferentes titulares sobre territorios de la Comunidad Nativa Tres Islas. Lo que trajo como consecuencia que la Comunidad sufra por la tala ilegal de madera por personas extrañas a la comunidad y deforestado grave de sus territorios. Deterioro del medio ambiente por la alta cantidad de mercurio, la muerte de aguajales, plantas, peces, aves y animales del monte debido a la actividad de minería artesanal que vienen desarrollando personas no autorizadas por la comunidad, sin control medioambiental ni fiscalización alguna.

La primera acción legal tuvo resultados en el año 2012 cuando el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia recaída en el Expediente N° 01126-2011-HC/TC, en la cual se reconoció que el derecho a la autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas había sido vulnerado. Posteriormente, debido a que terceros ajenos a la Comunidad ingresaban a sus territorios, contaminaban y alteraban sus condiciones de vida, la Comunidad decidió presentar recursos de nulidad contra las concesiones aprobadas y también contra las licencias de uso de agua. Sin embargo, fueron declaradas improcedentes por la entidad competente correspondiente.

Por dicho motivo, recién en octubre de 2017, la Comunidad Nacional de Tres Islas, presentó la demanda de acción de amparo ante el Juzgado Civil Transitorio de Puerto Maldonado de Tambopata, solicitando que se declare la nulidad de todos los actos administrativos que, inconsultamente otorgan concesiones mineras a terceros dentro del territorio y de los actos administrativos subsecuentes como ampliaciones, extensiones, vigencias y otros vinculados.

Un año después, en diciembre de 2018 mediante la Resolución N° 20 el Juzgado Civil Transitorio de Puerto Maldonado de Tambopata emitió la Sentencia que resolvió la acción de amparo planteada por la Comunidad Tres Islas, disponiendo la nulidad de los actos administrativos, así como aquellos por extensión y aplicación *erga omnes* hayan emitido o se encuentren por emitir las diversas direcciones regionales del Gobierno Regional Madre de Dios y la Autoridad Nacional del Agua relacionados con derechos o concesiones mineras,

derecho de uso de agua u otros similares sobre la propiedad territorial de la Comunidad. Dicha Resolución fue apelada y en febrero de 2019 la Sala Civil de la Corte Superior de Madre de Dios emite la Resolución N° 28 que confirma en todos sus extremos la sentencia.

5.2 Análisis del caso

Para determinar la validez de los actos administrativos que otorgaron las concesiones y los títulos habilitantes solicitados por las diversas empresas mineras desde el año 2008 al año 2011, debemos determinar si efectivamente se cumplió con la normativa vigente en aquella época y todo lo que ello involucra.

Así, teniendo en consideración que dichos títulos habilitantes fueron otorgados en el marco de lo que disponía la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General¹¹, deberemos verificar lo siguiente:

a. ¿Las entidades que emitieron los actos administrativos eran competentes?

Las concesiones mineras otorgadas en los territorios indígenas fueron otorgadas por la DREM de Madre de Dios a diferentes titulares. Como se desarrolló anteriormente, respecto a la transferencia de funciones en el sector minería a los Gobiernos Regionales, la DREM tenía la competencia para otorgar concesiones mineras en atención a la Ley Orgánica de Gobiernos

¹¹ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada con fecha 11 de abril del 2001.

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia. - Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido. - Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública. - Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano em

isor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular. - Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

Regionales que dispuso que los Gobiernos Regionales podían: (i) fomentar y supervisar las actividades de la pequeña minería y la minería artesanal y la exploración y explotación de los recursos mineros de la región con arreglo a Ley y, (ii) otorgar concesiones para pequeña minería y minería artesanal de alcance regional. Por su parte, la Autoridad Local del Agua, creada en el año 2009 mediante la Ley de Recursos Hídricos N° 29338, tenía la competencia para otorgar en el ámbito de su jurisdicción y previa autorización del Consejo de Cuenca competente, licencias de agua con fines mineros a particulares. Sin embargo, como se precisó en la sección correspondiente, en la fecha en que se otorgaron las licencias no estaba implementada la AAA correspondiente por lo que la ALA de la jurisdicción las aprobó

b. ¿El objeto fue lícito, preciso, posible física y jurídicamente?

En principio, el objeto (habilitación a los particulares para ejercer la actividad empresarial minera) es un objeto lícito. Toda vez que, según el TUO de la LGM, son actividades de la industria minera, las siguientes: cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero. Y sobre esa misma línea, el mencionado cuerpo normativo ha previsto que las autorizaciones para la realización de las actividades de exploración y explotación minera por parte de los privados sean otorgadas, mediante acto administrativo, empleando la figura de la concesión.

Sin embargo, debido a que dichos actos, en materialización del sistema dominalista de los recursos naturales, otorgaban un derecho expectatio de aprovechamiento del mineral, que se encontraba bajo el subsuelo; y, sobre el mismo, se encontraba el territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas, conformada por los pueblos indígenas Shipibo y Ese`Eja¹², no es posible afirmar en este punto que el objeto hubiera sido potencialmente física y jurídicamente posible.

Por tanto, en este punto de análisis advertimos que dichos actos administrativos que aprobaban títulos habilitantes a particulares para el desarrollo de la actividad empresarial de minería, no serían jurídicamente posibles, ya que siendo medidas administrativas que potencialmente afectarían el desarrollo normal de las condiciones de vida del pueblo indígena, el Estado no siguió el proceso de la consulta previa para emitir los actos administrativos habilitantes.

¹² Ambos Pueblos Indígenas están reconocidos en la Base de Pueblos Indígenas u Originarios Oficial del Ministerio de Cultura. Para más información, cotejar la lista completa de Pueblos en el siguiente enlace: <https://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas>

c. ¿Se adecuó a la finalidad pública?

Respecto al concepto de finalidad pública, debe entenderse como la adecuación al interés público, sin favorecimiento a un interés personal ni interés público distinto al previsto. Debe guardar relación con los fines de la función administrativa. Es decir, por lo asumido por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor. (Salazar, 2017)

En nuestra opinión, debió analizarse si dichos actos administrativos obedecían a lo dispuesto en las normas que regulan la actividad minera en armonía con los fines sociales de la Administración. Por tanto, si bien entendemos que, por la naturaleza de la actividad, se ocasiona un impacto al ambiente, existen instrumentos de gestión ambiental que debieron ser analizados y aprobados para conceder la realización de la actividad en el territorio indígena.

Teniendo en consideración que la consulta previa no solo debe hacerse a los pueblos indígenas que estén dentro de la circunscripción de la concesión minera, sino, a aquellas comunidades que podrían ser afectadas “negativamente”. La afectación no se limita a una afectación directa o indirecta, sino a un impacto negativo al medio ambiente.

Tal como se menciona en el artículo 64° del TUO de la LGM, se puede cancelar petitorios o concesiones cuando se superpongan a derechos prioritarios. En el caso concreto, existía un derecho pre existente a la concesión minera, y era el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación de su desarrollo.

Por tanto, en este punto debió entenderse como derecho prioritario el de los pueblos indígenas, el derecho a la vida, subsistencia, territorio, medio ambiente, y no solo los derechos de los concesionarios. En atención a lo expuesto, tenemos que los actos administrativos que se otorgaron para la habilitación de la actividad minera en los territorios indígenas no cumplieron con el requisito de finalidad pública como requisito de validez del acto.

d. Respecto de la motivación en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico

La concesión minera, en principio es un derecho expectatio. Está sujeta a la negociación de un contrato privado para la utilización del terreno superficial, entre otros títulos, y posterior

exploración minera. Las resoluciones realizan una motivación en defectos de forma de presentación de los recursos de nulidad, debido a que su presentación excedió el máximo legal de días hábiles para su presentación.

e. ¿Se siguió el procedimiento previsto para la generación del acto?

Respecto a este requisito el profesor Morón expone que en el Derecho Administrativo la sola existencia del procedimiento no solo busca proteger la certeza de la Administración, sino que sirve de garantía a los derechos de los administrados y a los intereses públicos (orden, legalidad, etc). (Morón, 2019, 225). Los actos administrativos que otorgaron derechos sobre los territorios indígenas sí siguieron el procedimiento previsto para cada acto. Sin embargo, no se apreció el contenido dogmático ni las obligaciones internacionales respecto del sujeto de derecho potencialmente afectado.

Por tanto, tenemos que dichas concesiones se otorgaron al margen del marco legal y constitucional del respeto de la propiedad indígena y respeto por las prioridades de desarrollo de la Comunidad, obligación del Estado en respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas, basados en los principios de observancia de buena fe de los Tratados y de primacía del derecho internacional consagrado en la Convención de Viena (Art 26° y 27°) y contraviniendo el Convenio 169° de la OIT de acuerdo a lo previsto en el artículo 55° de la Constitución

5.3 ¿Existía la obligación de consultar a la Comunidad Nativa “Tres Islas”?

Esta pregunta la abordaremos analizando tres temas claves al otorgar las concesiones mineras:

- a. ¿Se vulneró el derecho a la autonomía del pueblo indígena?**
- b. ¿El Estado debía consultar las concesiones mineras si el pueblo indígena tenía un título de propiedad?**
- c. ¿A quién le pertenecen los recursos naturales que forman parte de la propiedad indígena?**

Habiendo planteado las tres interrogantes que nos ayudarán a desagregar el análisis sobre la obligación de consultar, comenzaremos por el desarrollo de la primera pregunta:

- a. La autonomía es una manifestación del derecho a la libre determinación de los Pueblos. Este derecho es diferente al de propiedad, pero su relación es importante en cuanto la potestad de decisión de quienes ingresan a su territorio, como el TC refirió las Comunidades tienen el legítimo derecho de controlar las intrusiones a su propiedad (Tribunal Constitucional del Perú 2012: fund. 25), así esta interrelacionado con el derecho a la propiedad territorial.

La autonomía implica “potestades para organizarse, administrarse, beneficiarse de los recursos, tener su propio derecho consuetudinario, funciones jurisdiccionales y capacidades dispositivas. Supone también la toma de decisiones y aplicación de normas y funciones jurisdiccionales” (Yrigoyen 2012: 9). El profesor Zambrano, especialista en pueblos indígenas, nos ilustra que es expresión de dicha autonomía, la libre elección de la forma de organización interna, pero que no se niega la interacción con el Estado. Recalca que la atención debe darse respecto de las normas estatales que establecen pautas para la actuación de las comunidades. Expresa que debe entenderse que la comunidad posee niveles de libertad para actuar, pero que el Estado en situaciones justificadas puede ingresar a las fronteras comunales.

Sostiene que la autonomía no es absoluta y que es expresión del pluralismo jurídico, entendiendo este último como la multiplicidad de espacios normativos que comparten el escenario de lo jurídico con el Estado. (Zambrano, 2019, p. 251)

- b. Cuando los pueblos argumentan que, según el artículo 89 de la Constitución, tienen derecho al reconocimiento y titulación de las tierras que ocupan, los funcionarios alegan que, según el art. 66 de la Constitución, “los recursos naturales son patrimonio de la Nación”. Y que por lo tanto, como los bosques son recursos naturales, se deben excluir de la propiedad que reconoce el art. 89, porque así lo mandan la ley de Comunidades nativas (art. 11) (Yrigoyen 2015: 3) Y, ciertamente, este era uno de los argumentos del MINAGRI, pues en su contestación expresó que la titularidad de los recursos naturales le correspondían al Estado peruano y era este quien definía su aprovechamiento, mas no la Comunidad. Incluso también del GOREMAD al pretender negar los derechos de la Comunidad, indicando que el Estado es el único propietario de las minas. Es evidente que esta posición se funda en el principio de legalidad, pues así lo establece la Ley de Comunidades Nativas y también las leyes especializadas como la Ley Orgánica de Aprovechamiento de los Recursos Naturales que atribuye al Estado el dominio sobre los

recursos naturales. No obstante, esta legislación vulnera los derechos de Pueblos indígenas a la luz de sus derechos reconocidos por la Constitución y por el Derecho Internacional.

5.4 ¿Cuáles son las consecuencias por la no implementación de la Consulta Previa en el Caso?

Huertas expone la importancia del agua para los pueblos indígenas en lo siguiente: “Concebimos el recurso hídrico como parte integral e indivisible de la territorialidad indígena entendida, siguiendo a Toledo (2005:87) como el conjunto de dimensiones que el territorio comprende jurisdicción bajo control político de un colectivo indígena o reclamada como tal; espacios geográficos de tierras a demarcar y/o restituir y titular en propiedad” (2011: 221)

Como consecuencia de la aprobación de dichos actos, y sin negociar posteriormente sobre el uso del terreno superficial, los mineros ilegales (utilizaré el término “mineros ilegales” porque a pesar de tener títulos habilitantes que respaldaban legalmente su actividad, estos actos fueron materialmente ilegales, es decir, su actividad nació ilegalmente al ser desarrollada en territorios donde no está permitido por Ley, Constitución y normas de rango Constitucional) depredaron los componentes ambientales donde asentaron su actividad. Deforestando, contaminando los ríos, e insertando a los territorios indígenas actividades ilegales conexas a tus actividades principales.

Sin duda, se realizó una afectación directa a las condiciones normales de vida de la Comunidad Indígena Tres Islas. Se vulneró su derecho a la propiedad indígena, afectando los componentes ambientales en sus territorios y, alterando su cadena de consumo primario, la utilización primaria de uso de agua y tierras y, la invasión arbitraria en sus territorios vulneró su libre desarrollo de personalidad y autonomía.

5.5 Hipótesis 1: Los actos administrativos inconsultos son nulos

La hipótesis 1, nos lleva a concluir que, los actos administrativos que habilitaron la actividad minera en los territorios indígenas, fueron otorgados con graves vicios de nulidad.

Siguiendo con el análisis sobre la validez de dichos actos, y habiendo concluido que fueron otorgados con vicios de nulidad, la misma LPAG (hoy TUO de la LPAG) desarrolla los vicios del acto administrativo que son causales de nulidad¹³, la contravención a la Constitución, el defecto de los requisitos de validez, los que resulten por silencio positivo que son contrarios al ordenamiento o por infracción penal.

En primer lugar, tenemos que la Constitución Política del Perú, menciona que los Tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional (artículo 55). Asimismo, en su Cuarta Disposición Complementaria expone que las normas las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, como es el caso del Convenio 169 de la OIT que recoge el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Como sabemos, las normas de rango inferior no pueden contradecir lo establecido por una superior. La Constitución prevalece sobre toda norma legal (artículo 51 de la Constitución); por tanto, tenemos que la Constitución es la norma que fundamenta la validez de todas las normas de un sistema jurídico. En la misma línea de razonamiento, se dirige la Ley N° 27444 cuando menciona que el acto administrativo que sea emitido sin observar la Constitución, las leyes o las normas reglamentarias es nulo y, por lo tanto, no debe surtir efectos.

Por tanto, nos encontramos ante aplicación directa de las normas acuerdo a su jerarquía legal. Las disposiciones contenidas en la leyes no pueden contradecir los mandatos constitucionales. Gordillo ha expuesto respecto a la imperatividad de la Constitución, que dicha supremacía no es solo moral o ética, es ante todo una supremacía jurídica, y ello explica por qué una ley o un acto administrativo, que son expresiones de la voluntad coactiva y también jurídica del Estado, pierdan validez e imperatividad cuando se apartan de la

¹³ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada con fecha 11 de abril del 2001.

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

Constitución. (Gordillo, 2013, p. 89.)

Por tanto, en este punto, concluimos que al no haber respetado el marco legal internacional que formaba parte de nuestro ordenamiento constitucional pero que no fue desarrollado legalmente, las concesiones mineras debieron ser consultadas, y por haber contravenido la Constitución son nulas y deben retrotraerse hasta el punto de aprobación.

Es importante recalcar, que dicha conclusión es una manifiesta responsabilidad del Estado. Quien no implementó oportunamente el derecho a la consulta previa, y se alejó de la interpretación del Convenio 169 al no consultar concesiones que otorgaba en territorio indígena. El administrado (quien solicitaba la concesión) podía advertir dicho incumplimiento, pero no se encontraba en un supuesto de ilegalidad, porque como se ha mencionado, a nivel legal interno, no se había desarrollado el derecho.

5.6 Hipótesis 2: Los actos administrativos inconsultos se rigen al marco legal vigente y son válidos

Para desarrollar esta hipótesis, debemos partir previamente por el análisis de un tema importante. Si bien es cierto que la Ley N° 27444 dispuso la nulidad del acto administrativo por contravención a la Constitución y las leyes, ello no significa que los funcionarios administrativos gocen de la facultad discrecional para determinar cuándo un acto no es acorde con las disposiciones constitucionales, el funcionario público no puede dejar de aplicar la norma reglamentaria, o los derechos que reconocen los actos que ya fueron aprobados, pues los funcionarios carecen de la facultad para realizar un control de legalidad y negarse a emitir el acto por ser la norma reglamentaria ilegal o inconstitucional.

Por tanto, bajo dicha hipótesis, asumiendo que debieron consultarse, ¿bajo qué procedimiento debió hacerse? ¿el funcionario que advierte dicho vacío legal podía crear el procedimiento?

El funcionario no podría crear un procedimiento, los funcionarios se rigen por el principio de legalidad, ajustan sus actos a las funciones conferidas por la norma de la institución en que se desempeñen. Entonces, tenemos que, la omisión normativa no podía ser suplida por función administrativa.

Los actos administrativos que no debieron ser consultados

Asimismo, como ya hemos adelantado, la concesión minera no debe ser objeto de consulta previa, toda vez que es un título expectatio, y de por sí sola, no autoriza ninguna actividad, sino que está sujeta a la aprobación de diversos títulos habilitantes. Por otro lado, apreciamos que la Sentencia que resuelve el caso de Tres Islas, marca una tendencia judicial que impone la necesidad de la realización de la consulta previa al otorgamiento de concesiones mineras.

Por su parte, en el TUPA del Ministerio de Energía y Minas, se concibe a la consulta previa antes de comenzar la etapa de la exploración de un proyecto minero. Somos de la opinión bajo esta hipótesis, que no debería consultarse la concesión minera (por no ser habilitante de ninguna actividad), ni debería consultarse la etapa de exploración del proyecto minero, porque la misma, no generar afectaciones a los pueblos indígenas¹⁴.

Lo cual es recogido también por la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, que señalan que el derecho a la consulta *“[e]s el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, (...).”*; y, de otro lado que *“[s]e considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.”*

Por tanto, acogiéndonos a lo que literalmente se plantea en el Convenio, en la Ley y Reglamento, la consulta previa solo debe ser aplicada cuando una determinada “medida administrativa” o “medida legislativa” afecte directamente a un pueblo indígena u originario. Es importante identificar si la medida administrativa genera derechos o permite realizar actividades a su titular; debe verificarse que dichas actividades puedan afectar directamente las condiciones de vida normales de los pueblos indígenas.

Entonces, precisando que la concesión minera, en principio, (i) no otorga derechos sobre los terrenos superficiales, en tanto la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada; y, (ii) no autoriza per se la exploración ni la explotación

¹⁴ En tal sentido, se debe recordar que el Tribunal Constitucional en la sentencia 22-2009-PI, señala que el Convenio 169 de la OIT en su artículo 6º que “los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados (...) cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

de los minerales en predios o terrenos, ya que el inicio de dichas actividades está sujeto a múltiples autorizaciones; es innegable que el otorgamiento de una concesión minera no debe ser objeto de consulta previa al no ser susceptible por sí sola, de generar afectación alguna a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

Ahora bien, ya nos hemos referido respecto a que no debió ser objeto de consulta la concesión minera a la luz del negocio minero y la real afectación que conllevan dichos actos administrativos en la realidad. Sin embargo, falta referirnos a cuál era la situación legal concreta en los 16 años de omisión normativa, a cómo se regulaba la consulta previa y cuál era el marco legal vigente al cual se acogía el administrado frente a dicha omisión.

Marco legal aplicable en el periodo de omisión normativa

En dicho periodo de omisión normativa, el Estado peruano promulgó una serie de normas que buscaban incorporar, bajo su interpretación, las obligaciones asumidas al amparo del Convenio 169. Nos referimos específicamente al Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, aprobado por Resolución Ministerial N° 596-2002-EM-DM, al Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, aprobado por Decreto Supremo N° 028-2008-EM y al Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-EM a las normas correspondientes al subsector minero que regularon el procedimiento de participación ciudadana.

Para un mejor entendimiento de la normativa con la que contábamos en el periodo de omisión normativa, se incluye la normativa en el siguiente cuadro:

Normativa minera sobre el derecho a la consulta previa en el periodo de omisión normativa (año 1996 – 2011)			
N°	Nombre de la norma	Año	Obligación
1	Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación	2002	<i>Se definía como consulta al "proceso de información y diálogo entre el Titular del proyecto, la ciudadanía y el Estado acerca de las actividades mineras o energéticas en la localidad, sobre el</i>

	de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas		<i>marco normativo que las regula y las medidas de prevención y manejo de los posibles impactos sociales y ambientales del proyecto; asimismo, permite conocer las percepciones e inquietudes ciudadanas. (...)</i>
2	Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero	2008	Su artículo 4 disponía que: <i>el derecho a la consulta establecido por el Convenio 169, se implementaba a través del procedimiento de participación ciudadana.</i>
3	Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas	2011	Su primera disposición transitoria disponía que: <i>"los procedimientos administrativos iniciados antes de la vigencia de la presente norma se regirán por las normas de participación ciudadana vigentes en dicha oportunidad"</i>

Por tanto, de la normativa que trató de implementar nuestro marco legal interno, se puede concluir que se equiparó el derecho a la consulta previa con el de derecho de participación ciudadana. Mecanismos de participación que definitivamente no deben equipararse por tratarse de distintos sujetos de derecho a ser consultados. Por un lado, el sujeto de derecho de la consulta previa son los pueblos indígenas y de participación ciudadana, como su nombre lo dice, ciudadanos que no tienen una especial protección a la luz del derecho internacional.

Los actos administrativos aprobados con anterioridad a la dación de la Ley y Reglamento de Consulta previa, no deben ser anulados al haber sido obtenidos conforme al ordenamiento legal vigente

Existe un marco de seguridad jurídica y de prohibición a la arbitrariedad. El administrado ejerce su derecho a la libertad de empresa, se somete al marco legal vigente. Sobre el cual, el Estado asegura garantías mínimas de protección de la inversión. En ese contexto, como se ha explicado, originalmente el Estado Peruano entendió que el derecho a la consulta previa se implementaba a través del proceso de participación ciudadana correspondiente. Actualmente el sector ya no se rige bajo las normas de la época de la omisión normativa; sin embargo, no se puede sancionar a quien actuó conforme el ordenamiento legal aplicable.

En dicho sentido, el Exp. No. 6316-2008-PA/TC, resuelto el 30 de junio de 2010, el Tribunal fijó una posición en relación a cómo debía regularse las situaciones de las empresas privadas como que, conforme al marco legal vigente, habían desplegado sus inversiones y actividades sin considerar la consulta previa, en la medida que ésta no era exigida por las autoridades del Estado Peruano por no encontrarse reglamentada.

La confianza legítima y la seguridad jurídica que el Estado Peruano debe a quienes cumplieron con la ley vigente a dicho momento. Por el principio de seguridad jurídica, de acuerdo a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se asegura a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria.

Por tanto, tenemos que, bajo dicha hipótesis, los actos administrativos no deben ser declarados nulos, toda vez que se rigieron al procedimiento administrativo aplicable en la fecha (procedimiento regular), y la actividad empresarial se ajustó al marco legal vigente. En especial atención a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, no se puede sancionar a los inversionistas que ajustaron su conducta al marco legal vigente.

Las concesiones y derechos administrativos no puedan ser anulados ni suspendidos, ello en sentido legal, práctico y económico, retrasaría proyectos que fueron iniciados y vienen siendo ejecutados con sujeción a las normas aplicables dentro de un Estado de Derecho. Además de lo que ya se ha tratado, el retornar el procedimiento a la etapa inicial (consulta previa de la concesión minera) es ineficiente e irrazonable, porque por su naturaleza la concesión minera no debe ser consultada.

En consecuencia, se debe conservar el acto administrativo, por haberse sujetado al marco legal vigente y porque los vicios del acto (contravención a la Constitución que recogía el Convenio 169°) no es un vicio trascendente, sino que puede ser subsanable desde una óptica de la conservación del acto y fiscalización posterior de la actividad minera por el sector.

VI. Conclusiones

- 6.1 El proceso de descentralización realizado a través de la Ley de Bases de Descentralización y las consecuentes competencias transferidas en minería al gobierno regional de Madre de Dios en minería para pequeña y mediana minería, fueron

inoportunos. No se ha logrado una eficiencia en la capacidad de organización del Estado, ni una sólida institucionalidad. Por el contrario, en Madre de Dios existe una ingobernabilidad ambiental.

- 6.2 En el análisis de la premisa de la primera hipótesis, concluimos del análisis de los requisitos de validez de los actos que inconsultamente otorgaron derechos en territorios indígenas, que dichos títulos habilitantes eran nulos desde su formación, sin embargo, toda vez que no habían sido declarados nulos por autoridad competente, surtían efectos hasta declarar su nulidad. Asimismo, es importante mencionar que dicha responsabilidad es imputable al Estado, quien no desarrollo legalmente lo reconocido constitucionalmente. Si bien el administrado podía preverlo, no se encontraba estrictamente en el marco de la ilegalidad.
- 6.3 En nuestra segunda hipótesis, sin embargo, concluimos que, en atención a la conservación del acto administrativo, y el marco legal vigente al momento de iniciar con las inversiones, basados en el principio de confianza legítima y la seguridad jurídica que el Estado debe brindar soporte y estabilidad a las inversiones. Por tanto, declarar la nulidad de actos que sí se sujetaron al marco legal vigente, pero que por omisión normativa imputable al mismo Estado, no se sujetaron al marco internacional que contenía obligaciones de derechos humanos, no puede justificar una sanción hacia el administrado quien actuó diligentemente y confió en la normativa vigente del país.
- 6.4 Asimismo, se analizó la naturaleza jurídica de la concesión minera en el procedimiento minero. Se propone que la consulta previa no debe ser aplicada en la concesión minera, como ya se ha discutido es un derecho expectatio. El análisis de la consulta previa debe aplicarse en el estudio de impacto ambiental de explotación minera. Donde ya se cuenta con información oportuna para asegurar un diálogo intercultural eficiente con los pueblos indígenas que potencialmente pueden ser afectados por las medidas administrativas en sus territorios.
- 6.5 Como solución al problema jurídico, se propone la conservación de los actos administrativos que otorgaron las concesiones mineras, toda vez que se sujetaron al marco legal vigente. Incluso queda abierta la posibilidad de análisis de que el Estado deba reparar por responsabilidad a los pueblos indígenas afectados por la omisión normativa durante los 16 años en que no se implementó el marco legal peruano, conforme a las obligaciones internacionales asumidas por el Convenio 169 de la OIT.

BIBLIOGRAFÍA

- Fuentes legales

- **AGUADO MARTÍNEZ, Miguel. (2009).** La concesión minera, Jurisdicción y procedimiento. Núm 9. Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo.
- **ALVA, Amerlia. (2009).** El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. XIV Encuentro de Latinoamericanos Españoles. Lima, [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AE01DE053DF89C9405257BE9006C683B/\\$FILE/El Derecho a la Consulta previa de los pueblos ind%C3%ADgenas en el Per%C3%BA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AE01DE053DF89C9405257BE9006C683B/$FILE/El_Derecho_a_la_Consulta_previa_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_en_el_Per%C3%BA.pdf)
- **ANDALUZ, Carlos. (2000)** Manual de Derecho Ambiental. PROTERRA. Lima.
- **BRACK Antonio, IPENZA César y otros (2011)** Minería Aurífera en Madre de Dios y Contaminación con mercurio, una bomba de tiempo. Ministerio del Ambiente. Lima. Pp 20 – 25.
- **ELGUERA ALVA, Carlos J.** 2016 El derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios y breve análisis del estado de aplicación e implementación en el Perú. Tesis (Tít.) - Pontificia Universidad Católica del Perú
- **ESPINOSA – SALDAÑA, Eloy.** “La descentralización territorial del Perú” Memoria X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6495956>
- **FIGUERA VARGAS, S. y ORTIZ TORRES, M.** 2018 El Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas, 19(36),
- **HUERTAS CASTILLO, Beatriz** 2011 “Agua e identidad cultural: la defensa de la Reserva Comunal AmaraKaeri frente a la actividad hidrocarburífera, Madre de Dios, Perú”. En: ¿

- **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (2011)** Guía para Gobiernos en el Manejo de la Pequeña Minería y Minería Artesanal. Lima, PERCAN. <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/institucional/regionales/Publicaciones/Guia-Peque%C3%B1os-Artesanales.pdf>
- **OSORES, Fernando y otros (2012)** Minería informal e ilegal y contaminación con mercurio en Madre de Dios: Un problema de salud pública. Acta médica peruana. vol.29, n.1 pp. 38-42. <http://goo.gl/BPLGHq>.
- **SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL (2017)** Minería y fiebre del oro en Madre de Dios. <https://www.actualidadambiental.pe/febremdd/>
- **WIENER Leonidas (2019)** La gobernanza de la minería en pequeña escala en el Perú. CooperAcción. Lima.
- **YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. (2009).** EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT Y SU APLICACIÓN EN PERÚ, (39), 01-12. Recuperado a partir de: <https://www.dar.org.pe/documentos/RYP-Convenio169OIT%20suaplicacionenPeru-2009.pdf>
- **Fuentes estadísticas:**
- **INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA – IPE (2019)** “La fiebre del oro ilegal”. Lima. <https://www.ipe.org.pe/portal/la-fiebre-del-oro-ilegal/>
- **INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS E INFORMÁTICA – INEI (2017)** “Resultados del III Censo de Comunidades Nativas 2017”. Resultados definitivos. Lima. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1598/TOMO_01.pdf
- **MONITORING OF ANDEAN AMAZON PROJECT – MAAP (2018)** “Pérdidas de bosque para la región Madre de Dios 2001 – 2017”. Amazon Conservation. <https://maaproject.org/2017/mdd/>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2004 Expediente N° 0048-2004-PI/TC. Sentencia: 01 de abril de 2015.
 2007 Expediente N° 03343-2007-PA/TC. Sentencia: 19 de febrero de 2009.