

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Derecho a la Consulta Previa en el Perú: Alcances sobre si el otorgamiento de la
concesión minera debe también estar sujeto al proceso de consulta previa cuando se
encuentre bajo áreas de pueblos indígenas originarios a la luz del pronunciamiento de la
Corte Superior de Justicia de Puno en el Caso Atuncolla

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogada**

Autor

Andrea de Fátima Cabello Ali 20135228

Revisor

Jean Pierre Araujo

Lima, 2021

Resumen

En el presente informe jurídico analizaremos la implementación en el Perú del Derecho a la Consulta Previa reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo a partir de la revisión de la Sentencia de Vista (Resolución No. 39) del Expediente No. 01846-2012-0-2101-JM-CI-03 mediante la cual se resuelve el recurso de apelación a la demanda de acción de amparo interpuesta por varios directivos comunales en representación de sus comunidades del distrito de Atuncolla. El hecho desencadenante de la demanda y de los problemas jurídicos que analizaremos es el otorgamiento de concesiones mineras sobre tierras que les pertenecen a las comunidades demandantes.

Mediante la Resolución No. 39, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno ordenó al Ministerio de Energía y Minas y al Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico, a que no vuelvan a incurrir en la inobservancia del Convenio 169 de la OIT, de la Ley No. 29785 y su reglamento; esto es la prohibición del otorgamiento de títulos de concesión minera, sin que previamente haya realizado la consulta previa, tal y como habría ocurrido en el presente caso de acuerdo en concordancia con lo resuelto por la Corte.

En virtud a lo anterior, en el presente trabajo revisaremos la decisión adoptada por la Corte Superior de Justicia Puno a través del análisis de las normas vigentes y aplicables y las diferentes interpretaciones.

Palabras Clave: Consulta Previa, Convenio 169 OIT, Concesión.

Abstract

In this legal report the implementation in Peru of the Right to Prior Consultation recognized in Convention 169 of the International Labor Organization will be analyzed on the basis of a review of the Court Decision (Resolution No. 39) of Case No. 01846-2012-0-2101-JM-CI-03, which resolves the appeal against the amparo proceedings brought by various community leaders on behalf of their communities in the district of Atuncolla. The triggering event for the claim and the legal issues to be analyzed is the granting of mining concessions on land belonging to the claimant communities.

By means of Resolution No. 39, the Civil Chamber of the Superior Court of Justice of Puno ordered the Ministry of Energy and Mines and the Geological, Mining and Metallurgical Institute, not to repeat the non-observance of ILO Convention 169, Law No. 29785 and its regulations; that is, the prohibition to grant mining concession titles without prior consultation, as would have occurred in the present case, in accordance with the Court's decision.

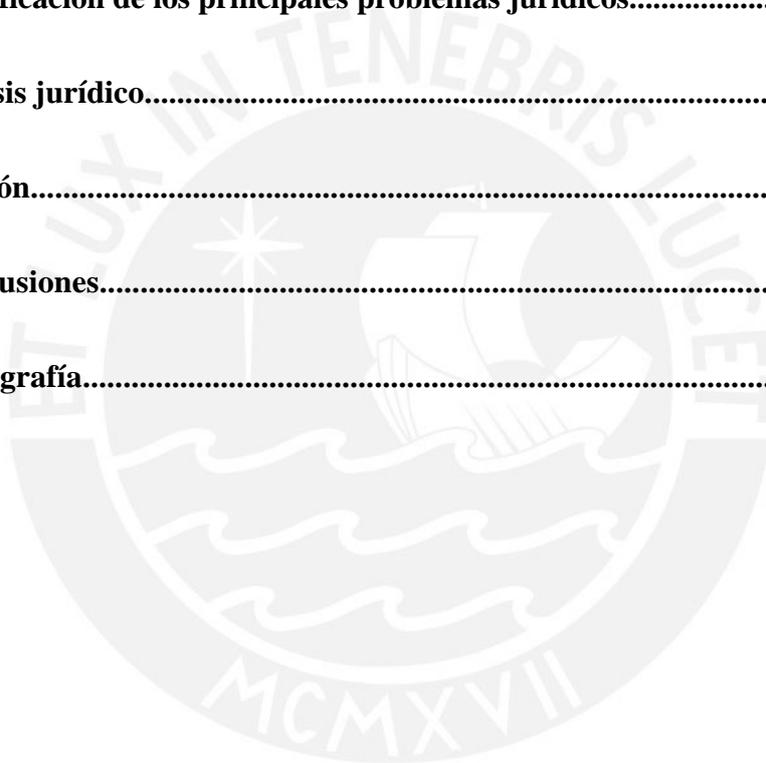
By virtue of the above, in this paper we will review the decision made by the Superior Court of Justice of Puno through the analysis of the current and applicable norms and the different interpretations.

Keywords: Prior Consultation, ILO Convention 169, Concession.

CONTENIDO

Índice Analítico

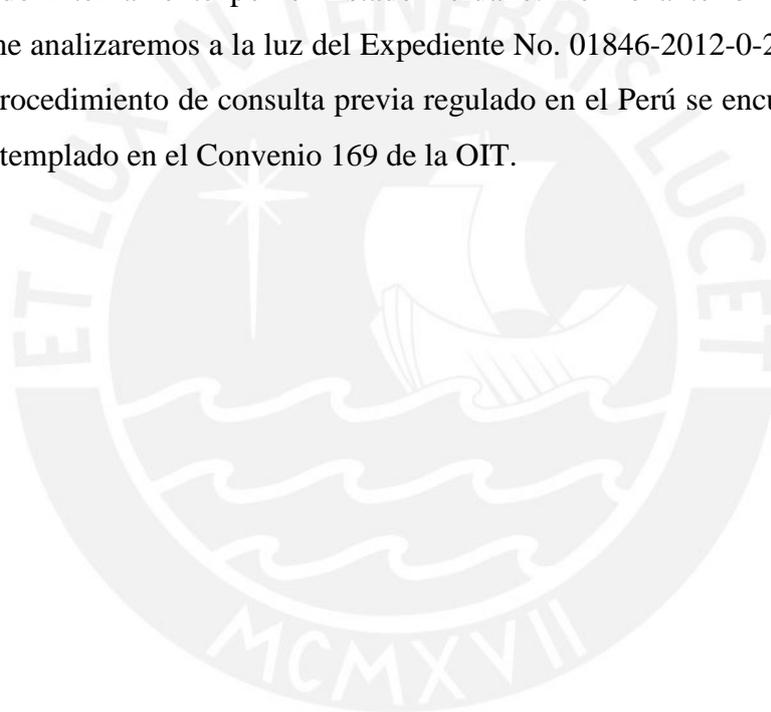
I.	Introducción.....	1
II.	Justificación de la elección de la resolución.....	3
III.	Hechos del caso.....	5
IV.	Identificación de los principales problemas jurídicos.....	10
V.	Análisis jurídico.....	12
VI.	Opinión.....	34
VII.	Conclusiones.....	35
VIII.	Bibliografía.....	37



I. Introducción

1. De acuerdo con el Banco Mundial el rol de la consulta previa es trascendental cuando hablamos de la búsqueda de estrategias para conciliar las necesidades de desarrollo de los Estados y los derechos de los pueblos indígenas. Este proceso no solo visibiliza a las organizaciones indígenas brindándoles voz y participación en la toma de decisiones, sino que también facilita la identificación de riesgos y oportunidades en el momento adecuado. En virtud a ello, la consulta previa se ha consolidado en los últimos años como una herramienta para la toma de decisiones sustentables. (Grupo Banco Mundial, 2016)
2. En el Perú, desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT (en adelante Convenio 169) se han concluido veinticuatro (Oficina e Gestión Social del Minem, s.f.) procesos de consulta previa en el sector minero y se encuentran en trámite otros siete (Oficina de Gestión Social del Minem, s.f.) procesos. Sin perjuicio de ello, es importante notar que, en el último reporte de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo de mayo de 2021, de los 124 conflictos socioambientales activos y latentes el 64.5% pertenece a conflictos relacionados a la actividad minera (Defensoría del Pueblo, 2021, p. 20) incluyéndose en dicho el reclamo de la aplicación del derecho a la consulta.
3. Paralelamente al panorama descrito, no podemos dejar de mencionar que el Perú, es un país minero por antonomasia y ello se ve reflejado en las cifras. La industria minera es responsable de 10% del PBI, del 60% de las exportaciones, del 16% de la inversión privada y del 19% de los tributos pagados por empresas, de acuerdo con lo precisado por la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía - SNMPE. Asimismo, en el contexto actual, la minería fue una de las industrias que más contribuyó en la recuperación de la crisis económica que sufrió nuestro país a raíz de la COVID-19 gracias a su rápida recuperación llegando el PBI metálico a tener una proyección de crecimiento de 14.4% para el presente año. (Gestión, 2020)

4. Ahora bien, sabemos que hoy es prioridad del Estado promocionar la inversión en sectores como el minero sobre todo para avanzar en la reactivación económica del país luego de la crisis ocasionada por la COVID-19 (Instituto de Ingenieros de Minas del Perú, 2020); sin embargo, también es prioridad que de la mano con la aprobación de los proyectos, se ejecute correcta y oportunamente el proceso de consulta previa, cuando corresponda. Este requisito debe leerse y entenderse como un punto álgido en nuestro país pues, como se evidenciará en el presente expediente, existe más de una interpretación a la obligación de implementar un procedimiento de consulta previa de las cuales alguna se contraponen con lo regulado internamente por el Estado Peruano. Por lo anterior en el presente informe analizaremos a la luz del Expediente No. 01846-2012-0-2101-JM-CI-03 si el procedimiento de consulta previa regulado en el Perú se encuentra acorde a lo contemplado en el Convenio 169 de la OIT.



II. Justificación de la elección de la resolución

5. La Sentencia de Vista (Resolución No. 39) que resuelve el recurso de apelación, interpuesto por varios directivos comunales en representación de sus respectivas Comunidades del distrito de Atuncolla de la Región de Puno, a la Sentencia de Primera instancia del Expediente No. 01846-2012-0-2101-JM-CI-03 significa un hito importante en la jurisprudencia nacional para el desarrollo del Derecho de Consulta Previa en el sector minero pues en lo que respecta al análisis de fondo de la controversia, se abre camino a la posibilidad de someter a consulta el otorgamiento de concesiones mineras sobre territorios de Pueblos Indígenas u Originarios (en adelante, PIOs).
6. En virtud ello, nos encontramos ante un problema complejo alrededor de la interpretación que se le otorga al artículo 6, inciso 1, letra a¹ y al artículo 15 párrafo 2² del Convenio 169 de la OIT en referencia a si el otorgamiento de concesiones mineras sobre tierra de PIOs debe ser sometido a consulta por afectar directamente sus derechos colectivos. Sobre ello, jurídicamente se presentan dos posiciones en donde por una parte el Estado Peruano, representado por el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (en adelante, “INGEMMET”) y el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MINEM), sostiene que el otorgamiento de concesiones mineras no autoriza la realización de las actividades de exploración

¹ Artículo 6

1. [...]

a) Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente

² Artículo 15

1. [...]

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades

y explotación por lo que, en consecuencia, no es un título habilitante que genera afectación alguna a los PIOs si es que se otorgan concesiones sobre sus tierras.

7. Por lo anterior, se desprende que no debería consultarse la titulación de concesiones mineras pues para que se realicen actividades que puedan generar alguna afectación es necesaria la tramitación de múltiples requisitos entre ellos, la autorización de terceros para el acceso al terreno superficial.

8. Por otro lado, la posición de las comunidades campesinas del distrito de Atuncolla -interpretación que acoge la Corte- es que, considerando que la concesión minera es un acto administrativo que “constituye derechos” y que estos implican una “restricción al uso y goce del derecho de propiedad” de los pueblos indígenas, partiendo de la premisa que el territorio para los pueblos indígenas es fundamental en la identidad, en la subsistencia y en la continuidad histórica como pueblos indígenas, y que las consultas previas deben hacerse en forma “previa” a adoptarse los actos administrativos que afecten sus derechos colectivos, ergo debe aplicarse la consulta previa cuando las concesiones mineras se superpongan a áreas de las Comunidades Campesinas en todos los casos.

9. Por lo anterior, es trascendental para el derecho nacional poder dilucidar los escenarios y situaciones antes descritas teniendo en consideración que en nuestro país hay más de ocho mil pueblos indígenas identificados con costumbres, tradiciones y cultura de valor incalculable (Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios, s.f.). Asimismo, conociendo que casi el 14% del área total de nuestro país se encuentra concesionada, es necesario que se tomen acciones sobre si es que se debe realizar el proceso de consulta previa desde el otorgamiento de la concesión minera, si se debe mantener cómo actualmente se encuentre regulada en las normas nacionales o si debe realizar algún otro cambio distinto a lo que se plantea en el presente expediente. (Castillo D. M., 2017).

III. Hechos del caso

10. La controversia tiene como punto inicial la titulación de concesiones mineras TOCONAO 0662, TOCONAO 0652, TOCONAO 0676, TOCONAO 0653, TOCONAO 0660 y TOCONAO 0675' favor de la empresa BHP BILLITON WORLD EXPLORATION INC SUCURSAL DEL PERU, consentidas con fechas tres de junio y ocho de julio del año dos mil once las cuales se ubican sobre el 100% de los territorios comunales de la Comunidades Campesinas, según el mapa y los certificados expedidos por INGEMMET. De acuerdo a los demandados, estos no fueron notificados, a pesar de que se publicaron los avisos en los diarios de la región. Sostienen además que la información nunca llegó a las comunidades, impidiendo el acceso y conocimiento de estas concesiones. Ante ello los representantes de las comunidades del distrito de Atuncolla presentan una demanda de amparo contra el MINEM y el INGEMMET.
11. Con fecha 14 de diciembre de 2014, el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Puno Mediante la Sentencia No. 218 – 2014 declara infundada la demanda constitucional de amparo, interpuesta por SIMON VILCA QUISCA –Presidente en representación de la Comunidad de Palcamayo-, VIDAL PASTOR TISNADO –Presidente en representación de la Comunidad Trinidad de Moyogachi-, CLINIA PASTORA LOPEZ CHOQUE –Presidente en representación de la Comunidad de Colca-, TIBURCIO QUISPE APAZA –Presidente en representación de la Comunidad de Colca-, ANDRES DONATO LOPEZ NEIRA y DONATO GUTIERREZ VILCA -Presidente y secretario en representación de la Comunidad de Ticaní Pampa-, PABLO QUISPE PACHACUTEC –Presidente en representación de la Comunidad de San José de Principio de Santa Cruz-, EUGENIO ADRIAN APAZA QUISPE, –Presidente en representación de la Comunidad Virgen Soledad de Cochela-, DIOMEDES ASUNCIÓN QUISPE QUISPE y TEOFILO TISNADO ZAPANA, –Presidente y tesorero en representación de la Comunidad San Jerónimo de Ullagachi-, ADOLFO VALERIO TICONA QUISPE, –Presidente en representación de la Comunidad de Micaela Bastidas de Yamojo-, GILBERTO VALDIVIA COLCA, –Presidente en representación de la Comunidad de San Antonio de Umayo; INOCENCIO LUIS

MAMANI LOPEZ, –Presidente en representación de la Comunidad de Jipa Grande y Chico; todos, representantes de las comunidades del Distrito de Atuncolla (en adelante, los “Demandados”) mediante la cual solicitaban se ordene: i) la ejecución del proceso de consulta previa en la comunidades afectadas con el acto administrativo de concesión minera inconsulto, conforme a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas contenidos en el Convenio 169 de la OIT y en la Constitución; b) al MINEM y al INGEMMET a que dispongan la suspensión de las actividades de exploración y explotación que se estén realizando o se vayan a realizar, en desarrollo de la concesión minera antes referida; c) al MINEM y al INGEMMET, que realicen la consulta previa y que obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por las actividades de exploración y explotación de las concesiones mineras; d) al MINEM y al INGEMMET, que al momento de realizar el proceso de consulta y en caso de consentimiento de los pueblos indígenas de la exploración y explotación de las concesiones mineras, se fije de qué forma las comunidades campesinas se van a beneficiar de la actividad minera; e) Tutelar el patrimonio cultural, reconocido y no reconocidos de las comunidades asegurándose la protección de los restos arqueológicos ubicados en la comunidades del distrito de Atuncolla; y, f) Asegurar y garantizar el derecho de las comunidades campesinas a disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de una manera natural y armónica.

12. El Juez de Primera Instancia declaró infunda la demanda de acción de amparo argumentando que si bien la concesión minera es un acto administrativo que otorga a su titular el derecho a explorar y explotar los recursos minerales en el área concesionada, ello no implica el inicio automático de las actividades de exploración y explotación, ya que para ello es necesario realizar previamente un estudio ambiental, el cual tiene que ser aprobado por la entidad competente; tal como se encuentra dispuesto en el Artículo 26° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado por Decreto Supremo No. 020-2008-EM³; así como también contar con la autorización de uso del terreno

³ Reglamento vigente durante el caso

superficial para lo cual deberá existir un acuerdo previo con el propietario o la existencia de un procedimiento de servidumbre. Asimismo, el Juez señala que en el proceso no se llega a acreditar la vulneración del derecho a la consulta ni la afectación que habrían sufrido las comunidades campesinas con el otorgamiento de las concesiones.

13. De esta manera concluye que el acto administrativo de concesión minera no implica el inicio de actividades de exploración y explotación en los lugares concesionados, necesiéndose tramites que den lugar a permisos para el inicio de dichas actividades por lo que no habría una afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas con el solo otorgamiento del título de concesión.
14. Ahora bien, los demandados, no conformes con la sentencia de primera instancia, presentan el recurso de apelación contra la misma. En virtud a ello, con fecha 14 de noviembre de 2016, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno declara fundado en parte el recurso de apelación revocando la sentencia e primera instancia y disponiendo a que el MINEM y el INGEMMET no vuelvan a incurrir en la inobservancia del Convenio 169 de la OIT, la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, al otorgar concesiones mineras sin haber realizado el proceso de consulta previa.
15. La motivación que sustenta la Resolución No. 39 Es la siguiente:
16. No se ha negado que territorios comunales de la Comunidades Campesinas de los Demandados han sido concesionados, según el mapa y los certificados expedidos por INGEMMET de los derechos mineros 'TOCONAO 0662, TOCONAO 0652, TOCONAO 0676, TOCONAO 0653, TOCONAO 0660 y TOCONAO 0675'. La defensa de los demandados ha admitido la existencia de las concesiones mineras, señalando que el otorgamiento de este título no estaría sujeto a la consulta previa.
17. Según la Sala, la afirmaciones de lo Demandados y la empresa civilmente demandada Billiton World Exploration Inc. Sucursal Perú ('BHPWEI'), en las cuales señalan: i) que no se ha acreditado lesión a su derecho a la consulta previa,

ii) que el título de concesión minera no se encuentra sujeto al procedimiento de consulta previa, iii) que el acto administrativo de otorgamiento del título de concesión minera no autoriza el inicio de actividades de exploración o explotación minera; iv) que se no continúo con las etapas correspondientes al proceso necesario para la obtención de autorización para la realización de actividades mineras (exploración y extracción) por lo que la regulación del derecho a la consulta previa contenido en la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, no es exigible a los efectos de otorgar una concesión minera, puesto que la concesión minera es insuficiente para la realización de cualquier actividad de exploración o de explotación, no tienen asidero en el ordenamiento peruano, sino son manifiestamente violatorias del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, concordante con el artículo 32 inciso 2° de la Declaración de Naciones Unidas y del fundamento jurídico treinta y seis de la sentencia del expediente número 00022-2009-PI/TC.

18. El Estado Peruano habría invocado disposiciones del derecho interno para incumplir lo estipulado en el artículo 15 del Convenio número 169 de la OIT, incumpliendo de esta manera por el principio general⁴ del Derecho Internacional de Derechos Humanos previsto en los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo número 029-2000-RE del catorce de setiembre de dos mil y veinte en el país desde el catorce de octubre del año dos mil.

19. El contenido en los Decretos Supremos números 028-2008-EM y 012-2008-MEM, puestos en cuestión y calificados por el propio Tribunal Constitucional de “inidóneos” en el logro de la consulta previa, a través del fundamento jurídico número sesenta y dos de la sentencia del expediente número 05427-2009-PC/TC, son ilegales por ser contrarios al vigente artículo 4 inciso a) de la ley número

⁴ Un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional

29785 e incompatibles con el derecho de consulta previa prevista por los artículos 6 numeral 6.1 literal a) y 15 del Convenio número 169 de la OIT.

20. Pese a la conformidad expresada por las partes del presente proceso constitucional, sobre la existencia de la caducidad de concesiones mineras materia de análisis, según la Sala ello en nada impide que la misma empresa u otras, reanude en la obtención de la concesión minera o petitionen a los Demandados, esto a su vez, vuelvan a acceder sin consulta previa, como las cuestionadas en la demanda de autos, trayendo como consecuencia no sólo la responsabilidad del Estado peruano, sino convulsión social de los que eventualmente podrían ser afectados en sus derechos fundamentales consagrados por los artículos 2 incisos 16° y 19°, 70, 66 párrafo y 67 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 21 de la Convención Americana.
21. Sobre lo indicado en el párrafo 20, es importante precisar que durante la vista de la causa, la empresa BHP Billiton Exploration In. Sucursal Peru sostuvo que las concesiones objeto de la controversia caducaron de acuerdo a lo resuelto por el INGEMMET mediante la Resolución de Presidencia No. 123-2014-INGEMMET/PCD.

IV. Identificación de los problemas jurídicos

22. A continuación, se señalarán los problemas identificados con una breve reseña de lo que se abordará en el presente informe.
23. El problema principal del caso se circunscribe a uno de interpretación normativa. El presente informe busca analizar la interpretación realizada por Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno en virtud a la Resolución No. 39 en la cual el colegiado determinó que el otorgamiento de los títulos de concesión minera sobre los terrenos de las comunidades campesinas del distrito de Atuncolla generaban una afectación directa a los derechos colectivos de las comunidades por lo cual se debía realizar un proceso de consulta previa en virtud a lo regulado en el Convenio 169 de la OIT, La Ley No. 29785 y su reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo No. 001-2012-MC. Es importante mencionar que es adrede que identificamos a los demandantes como comunidades campesinas y no como PIOs debido a que a lo largo de todo el Expediente ello es una condición que nunca se dilucida.
24. Se desprende de ese problema principal el cuestionamiento de si el Estado Peruano ha realizado una correcta implementación de la oportunidad del derecho a la consulta, y en específico en el sector minero respetando la finalidad de derecho y manteniendo el núcleo esencial que buscaba regular el Convenio 169 de la OIT. Sobre este punto se pretende identificar si es que, en base a lo regulado, se ha realizado una correcta integración del derecho a la consulta al derecho nacional y con ello nos referimos no a una implementación que responda a cumplir con un mero requisito formal, sino que el proceso cumpla con las finalidades de la norma internacional y garantice el pleno ejercicio de los derechos de los PIOs.
25. Respecto a ello, es necesario ahondar sobre los siguientes problemas secundarios que se coligen del problema principal antes planteado. Tenemos en primer lugar la pregunta de cómo determinamos una afectación de los derechos colectivos de los PIOs y cuáles son estos derechos colectivos que podrían verse afectado.

26. En virtud a lo anterior, es importante identificar también si es que las comunidades del distrito de Atuncolla son PIOs y cómo y cuándo se determina si lo son. Sobre ello, nos cuestionamos por qué nunca se realizó el procedimiento respectivo para su identificación y si este procedimiento podía realizarlo la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno
27. Asimismo, otro problema que se desprende, en el supuesto en el que se hubiese determinado que estamos ante PIOs, es determinar si es que el título habilitante de la concesión minera puede generar alguna afectación a los derechos colectivos de PIOs que tengan tierras que se superpongan al área de la concesión minera. En virtud a ello, es importante conocer qué es la concesión minera, qué implica su otorgamiento y cómo este podría generar alguna afectación a los derechos colectivos de los PIOs.
28. Por otro lado, como análisis de cuestiones formales de la Resolución No. 39 se ha considerado relevante desarrollar si es que proceso constitucional de amparo se ha realizado de acuerdo con las formalidades correspondientes para resolver la presente causa considerando si es que esta vía constitucional es el medio idóneo para amparar las pretensiones de los demandados o si, por el contrario, existen otras vías para ello. Asimismo, se revisará si es que la Sala ha excedido sus competencias respecto al alcance que puede tener una sentencia de acción de amparo; es decir si es que esta resuelve el conflicto o si por el contrario se pronuncia sobre puntos no controvertidos. Finalmente se verá si es que la Sala hace un uso correcto del control difuso y si existe sustracción de la materia razón por la cual la Sala Civil no debió pronunciarse sobre el fondo del asunto pues la supuesta amenaza de violación al derecho de consulta habría cesado con la caducidad de las concesiones.

V. **Análisis jurídico y posición del caso**

29. Como se mencionó anteriormente, el problema jurídico principal identificado en el presente caso se centra en el pronunciamiento de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno a través de la Resolución No. 39 al interpretar la normativa vigente aplicable al caso, donde el colegiado determina que el otorgamiento de las concesiones mineras sobre las tierras de titularidad de las comunidades campesinas del distrito de Atuncolla generó una afectación directa de los derechos colectivos⁵ por lo que era obligación del Estado Peruano someter el otorgamiento de las concesiones mineras a consulta previa.
30. Como cuestión previa, es importante identificar como el proceso de consulta previa a ser vuelve obligación internacional para el Perú. El derecho a la consulta llega al Perú como parte de las obligaciones asumidas con la ratificación en 1994 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT (en adelante Convenio 169). Este hecho podría identificarse como el punto de partida para el desarrollo del derecho de los PIOS a ser consultados y a participar en el proceso de adopción de decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente.
31. Conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del Convenio 169, este entró en vigor un año después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación, es decir desde el 02 de febrero de 1995. A partir de esta fecha es obligación del Estado Peruano adecuar la legislación nacional y desarrollar las acciones pertinentes de acuerdo con las disposiciones del Convenio 169.
32. Como punto de partida es necesario conocer los alcances del derecho a la consulta y su tratamiento a nivel nacional y en específico en el sector minero. De acuerdo a lo señalado en el Convenio 169, el derecho a la consulta es un derecho humano

⁵ No se hace la precisión de que son Derechos Colectivos de Pueblos Indígenas Originarios debido a que no se ha determinado que alguna de las Comunidades Campesinas del Distrito de Atuncolla haya sido calificada como tal. Asimismo, ninguna de ellas ha sido incluida en la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura.

de titularidad colectiva con alcance específico a los PIOs. Este derecho es aplicable a las medidas que puedan afectar ya sea positiva o negativamente los derechos colectivos de los PIOs. Se debe distinguir el derecho a la consulta del de participación ciudadana el cual tiene un alcance general (a todas las personas) y no busca llegar a un acuerdo sino a la interacción y comunicación de la población en las decisiones de Estado (Organización Internacional del Trabajo, 2014).

33. Una vez definido qué es el derecho de consulta, el siguiente paso es determinar en qué momento debe realizarse el proceso de consulta. De acuerdo al Convenio 169 y a la Ley No. 29785 (en adelante, LCP), este proceso debe realizarse previo a las medidas legislativas y/o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo⁶.
34. Ahora bien, sobre este primer punto queda claro que no es la mera implementación de una medida que afecte a los PIOs, sino que esta debe ser una afectación directa a sus derechos colectivos. Aquí surge la pregunta de cuáles son estos derechos colectivos que podrían verse afectados con una medida ya sea legislativa o administrativa. Al respecto el Ministerio de Cultura en el año 2016 publicó el texto “Derecho a la Consulta Previa: Derechos Colectivos De Los Pueblos Indígenas u Originarios” en el cual ha identificado no solo los derechos colectivos susceptibles de afectación, sino que también su fuente normativa.

⁶ Artículo 2 del LCP

Derecho colectivo	Derecho Internacional de los Derechos Humanos		Derecho interno
	Convenio 169	Declaración de NN.UU. sobre los Derechos de los PP. II.	Constitución Política del Estado de 1993
<i>Derecho a la libre autodeterminación o autonomía</i>	Art. 7	Arts. 3, 4, 5 y 33	Art. 89
<i>Derecho a la identidad cultural</i>	Art. 5	Arts. 9, 11, 12 y 13	Arts. 2.19 y 89
<i>Derecho a la participación</i>	Arts. 2, 6.1.b y c. 7, 15, 22 y 23	Arts. 18, 23 y 36	Arts. 2.17, 31, 191 y 197
<i>Derecho a la consulta</i>	Arts. 6.1.a, 6.2 y 15.2	Arts. 17.2, 19, 36 y 38	Art. 2.17
<i>Derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo</i>	Art. 7	Art. 23	Art. 89
<i>Derecho a conservar sus costumbres e instituciones</i>	Arts. 4, 5, 6 y 8	Arts. 5, 20 y 33	Art. 139.8
<i>Derecho a la jurisdicción especial</i>	Art. 9	Art. 35	Arts. 149 y 139.8
<i>Derecho a la tierra y al territorio</i>	Arts. 13, 14, 17 y 18	Arts. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32	Arts. 88 y 89
<i>Derecho a los recursos naturales</i>	Art. 15	Arts. 26, 27, 28 y 29	Art. 89
<i>Derecho a la salud intercultural</i>	Art. 25	Art. 24	Arts. 7 y 9
<i>Derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma</i>	Arts. 26 y 27	Arts. 14 y 15	Arts. 13, 14, 17 y 48

(Ministerio de cultura, 2016)

35. En lo que respecta al presente caso, los derechos colectivos que se estaría viendo afectados directamente con la medida administrativa de otorgamiento de concesiones mineras sobre tierras de titularidad de PIOs, de acuerdo a lo desarrollado en la Resolución No. 39, son los derechos (i) a la tierra y el territorio y(ii) a la libre autodeterminación o autonomía.
36. Sobre los alcances del derecho a la tierra y el territorio, este comprende la conexión cultural y espiritual que mantienen los PIOs con el área en los que toman lugar. Este derecho se sustenta en la cosmovisión y tiene un alcance mucho más

profundo que el derecho de propiedad (Ministerio de cultura, 2016). Al respecto el Tribunal Constitucional se ha referido a ello en la Sentencia del Expediente 3303-2007-PA-TC en el que señala que la unidad que mantiene la comunidad con su territorio excede la noción de propiedad patrimonial pensándose en un demonio espiritual y cultural de la tierra, de acuerdo con lo señalado en la sentencia del caso de la Comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tigno vs. Nicaragua (Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente 3303-2007-PA/TC, 2009).

37. Sobre sus implicancias, este derecho incluye la facultad de controlar el acceso a sus tierras, así como el establecimiento de cercos y casetas de control. Ello ha sido recogido por nuestra Constitución Política en el artículo 89 en el cual precisa que las comunidades campesinas y nativas deciden sobre el uso y la libre disposición de sus tierras, desprendiéndose de ello la facultad para decidir quiénes ingresan a sus territorios. Asimismo, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto señalando que este artículo de nuestra Carta Magna evidencia que las comunidades tiene el legítimo derecho de, en virtud del derecho a la propiedad, (i) controlar intrusiones a su propiedad y a la misma vez (ii) la obligación de respetar las limitaciones constitucionales debido a que como conocemos, ningún derecho es absoluto. (Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente EXP. N.º 01126-2011-HC/TC, 2012).
38. En lo que respecta al derecho de autodeterminación y autonomía, este ha sido definido por el Tribunal Constitucional de la siguiente manera:

[Es] “la capacidad de los pueblos indígenas u originarios de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales” (Setencia del Tribunal Constitucional Expediente 3343-

2007-PA/TC, 2009, p. 14).

39. En virtud a ello podemos señalar que este derecho es el reconocimiento a su autonomía para decidir cómo organizarse económica y administrativamente, a elegir la forma de trabajo comunal que consideren conveniente y así como su capacidad para decidir sobre los usos y la disposición que le darán a su territorio.
40. Una vez identificado los derechos colectivos que podrían verse afectados directamente con una medida legislativa, es importante analizar si es que el otorgamiento de la concesión minera sobre el terreno de los PIOs afectaría directamente estos derechos de acuerdo a lo definido y también es importante señalar cómo los afectaría. Ello se analizará más adelante con la revisión de las características del título de concesión.
41. Ahora bien, como ya mencionamos el derecho a la consulta no es un derecho que puede ser ejercido por cualquiera, sino que está dirigido para los PIOs. En virtud a ello, es importante que previo a la discusión de fondo si es que hay afectación o no, es necesario que determinemos si estamos ante un PIO pues caso contrario la discusión concluiría pues en caso de no serlo no sería titular del derecho discutido.
42. En línea de lo anterior, de acuerdo a la LCP, es la entidad promotora de la medida legislativa o administrativa la que realiza la identificación de los PIOs en las primeras etapas del proceso de consulta previa. En virtud a ello, identificamos un problema pues de acuerdo a la regulación nacional el otorgamiento de la concesión minera no es una medida administrativa que pueda afectar a PIOs por lo que el INGEMMET, entidad que otorga este título habilitante, no puede promover un proceso a la consulta al no tener un marco legal para ello. Es por esa razón que en el presente caso nunca se dilucida si estamos ante un PIO o no, pues el Estado Peruano a unificado su obligación de reconocimiento de los PIOs con la del ejercicio del derecho a la consulta.
43. La obligación de la identificación de los PIOs se desprende de del artículo 2 del

Convenio 169 cuando el Gobierno asume la responsabilidad de desarrollar acciones coordinadas con los pueblos interesados para garantizar el respeto de su integridad. Por lo anterior, es presupuesto de cualquier medida que implique el pleno ejercicio de los derechos de los PIOS la previa identificación de estos pues de esta manera se efectiviza la protección especial y particular que tienen estas poblaciones.

44. Es importante mencionar que la identificación de un PIO es un acto declarativo, y no constitutivo; sin embargo, como se mencionó, esta identificación es trascendental para garantizar que los sujetos de derecho que demandan la ejecución del proceso de consulta previa sean titulares del mismo.
45. De lo anterior, podemos señalar que la identificación de los PIOS recién en la evaluación del impacto de una medida sea administrativo o legislativa, es una etapa posterior que de alguna manera limita el derecho de acción de una comunidad que aún no ha sido reconocida como tal pero que puede serlo solo que aún no ha sido identificada. Si bien en el presente caso esa limitación no se ha dado, sin un pronunciamiento expreso que señale que cualquier comunidad campesina puede demandar el proceso a la consulta, estamos ante un riesgo permanente.
46. Sin perjuicio de lo anterior, ello no significa que cualquier comunidad campesina sea titular del derecho a la consulta, sino que durante el proceso a la autoridad jurisdiccional debería ordenar dicha identificación de forma preliminar para poder dilucidar si es que la comunidad o comunidades demandar son PIOS y por ende titulares del derecho a la consulta.
47. Ahora bien, el artículo 1 del Convenio 169 se ha señalado los elementos constitutivos para la identificación de los pueblos indígenas u originarios dividiéndolos en dos criterios:

- Elemento objetivo: Hace referencia a la continuidad histórica, conexión territorial e instituciones distintivas.
- Elemento subjetivo: Hace referencia a la auto identificación del grupo

48. En cuanto a ello, la LCP ha recogido los elementos objetivos y subjetivos en su artículo 7 de la siguiente manera:

- Criterio objetivo: Descendencia directa, estilos de vida y vínculos espirituales o históricos con la tierra, instituciones sociales y costumbres propias, y patrones culturales
- Criterio subjetivo: Conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria

49. Nuestra Ley en el criterio subjetivo, establece una autoidentificación de los individuos, enfocándose en un reconocimiento propio a un grupo social y culturalmente diferenciado. Este elemento es incluido ya que, para el Estado Peruano, la Convención 169 le otorgó flexibilidad a cada país para adecuar el contenido (Organización Internacional del Trabajo, 1989, p. 63).

50. En adición a ello, es importante indicar que es necesario el reconocimiento e identificación de los PIO'S, por ello le Ministerio de Cultura tiene la obligación de elaborar y mantener actualizada la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios. Sobre ello se debe precisar que esta base es de carácter referencial.

51. Sobre lo anterior, del acuerdo a la Base de datos de Pueblos Indígenas ninguna de las Comunidades demandantes se encuentra registrada como Pueblo Indígena originario. Al respecto, si bien se mencionó que esta es una fuente referencial, debido a cómo se ha implementado el proceso de consulta previa en la actividad minera, recién se podría conocer si es que estas comunidades serían PIOs cuando se estuviese evaluando la autorización de inicio de actividades de exploración minera de acuerdo con el Reglamento de Procedimiento Mineros Aprobado

mediante el Decreto Supremo No. 018-92-EM⁷, esto es un paso mucho después al otorgamiento de la concesión.

52. Esta determinación de acuerdo al reglamento señalado se realizaría de la siguiente manera:
53. Mediante una primera evaluación preliminar llevada a cabo por la Dirección General de Minería (DGM) se evalúa la existencia de pueblos indígenas originarios dentro del área de influencia ambiental aprobada o indicada en el Instrumento de Gestión Ambiental, según corresponda. La DGM visualiza el área de influencia ambiental considerando data de MINEM, información del MINAGRI, COFOPRI, Base de Datos del Ministerio de Cultura, INEI, etc.

En caso se encuentren la presencia de posibles Pueblos Indígenas Originarios se procede a la siguiente fase.

54. Luego de ello se procedería a la siguiente fase en la que se deriva el expediente a Oficina General de Gestión Social del MINEM para que realice la identificación de pueblos indígenas originarios y la evaluación de impactos directos a sus derechos colectivos.
55. Para la identificación, se tomarán en cuenta los criterios objetivos y subjetivos de la LCP mientras que, para la evaluación de impactos, se tendrá en consideración el Instrumento de Gestión Ambiental, informes del Ministerio de Cultura, estudios independientes, etc. Luego de la identificación de los pueblos indígenas y originarios afectados, se identifica también la medida a consultar. Luego se proceden con el resto de las etapas de publicidad, información, evaluación, diálogo y decisión
56. En virtud a ello, bajo la normativa vigente en el periodo en el que se dieron los hechos, no era posible determinar si las comunidades del distrito de Atuncolla

⁷ Norma vigente durante el caso

eran PIOs susceptibles de consulta previa en el momento del otorgamiento de la concesión minera porque el Estado Peruano decidió que la identificación de los PIOs debe darse justo al momento justo antes de llevar a cabo la medida. Considerando lo anterior es un paso muy importante dicho análisis pues de lo contrario la argumentación se cae pues ellos no son titulares del derecho a la Consulta. En el presente informe debido a limitaciones de información, no se analizará si las comunidades del distrito de Atuncolla sería PIOs; sin embargo, consideramos que esta si debió ser una tarea que debió ordenar el Juez de primera instancia y en su defecto la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno ya que no se puede discutir la ejecución de unos derechos si es que no se determina en principio que quien lo demanda es titular del mismo.

57. Ahora bien, sin perjuicio de que no se ha esclarecido si es que estamos ante PIOs, partiremos del supuesto de que si lo estamos pues consideramos que su no identificación no puede significar la limitación al pleno ejercicio de un derecho fundamental. En ese sentido, proseguiremos con el análisis de fondo respecto a si el otorgamiento de una concesión minera sería una medida administrativa que, a criterio de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, afectó la vida y derechos de los PIO'S. En virtud a ello, al amparo del artículo 6 del Convenio 169, el Estado Peruano debió:

- i. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- ii. Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente.
- iii. Llevar el proceso de consulta de manera apropiada y buscar llegar un acuerdo.

58. En virtud a ello, el artículo 15 del Convenio 169 detalla de manera más precisa los alcances bajo un escenario de un sistema dominalista-regalista como el que ha adoptado el Estado Peruano para la gestión de los recursos naturales (Belaunde, 2018, pág. 49). En ese sentido, teniendo en consideración el modelo adoptado,

antes de autorizar la exploración y explotación del recurso natural, es obligación del Estado Peruano velar porque el procedimiento de consulta previa se encuentre implementado y funcione correctamente para que pueda ser ejecutado cuando se reúnan las condiciones específicas de acuerdo a la normativa nacional e internacional. Asimismo, el Convenio 169 sostiene que los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir. como resultado de esas actividades.

59. Es importante revisar algunos antecedentes de la regulación del derecho a la consulta sobre todo debido a que ello es argumentado por la Sala para desacreditar la postura de los demandados. Como se señaló el deber de implementar el derecho a la consulta previa existía para el Estado Peruano desde el año 1995; sin embargo, es recién en el 2011, mediante la LCP y su reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo No. 001-2012-MC que se concretizaron los lineamientos y contenidos del Convenio 169. Anteriormente los sectores de energía y minas intentaron abordar el derecho a la consulta como parte del derecho a la participación ciudadana y ello lo regularon mediante los reglamentos de participación ciudadana de los subsectores de minería e hidrocarburos aprobados mediante los Decretos Supremos No. 028-2008-EM y No. 012-2008-EM, respectivamente.

60. La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia de Acción Popular No. 2232-2012, se pronunció sobre el tema y declaró la nulidad con efectos retroactivos del artículo cuarto del Decreto Supremo No. 028-2008-EM y del numeral 2.2 del artículo II del Título Preliminar del Decreto Supremo No. 012-2008-EM ya que se había regulado el derecho a la consulta como parte del derecho a la participación ciudadana ignorando, de acuerdo a la sala, que ambos derechos tienen contenidos distintos.

61. Tal y como se mencionó en el párrafo 43, en virtud a los hechos del caso concreto

se encontraba vigente el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por el Decreto Supremo No. 018-92-EM el cual regulaba el procedimiento de consulta previa.

62. El caso concreto nos lleva a analizar⁸ si es que el Perú ha recogido correctamente el mandato que se desprende del Convenio 169 de la OIT en las normas nacionales por lo que es importante identificar las interpretaciones que se han dado alrededor de los artículos 6 y 15 del Convenio.
63. Sobre ello la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas complementado de contenido al Convenio brindándole mayor precisión. Pues en varios de sus artículos refuerza lo declarado en el Convenio 169. Como primer punto, precisa que esta consulta tiene la finalidad de llegar a un consentimiento libre, previo e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Aquí debe quedar claro que la obligación es la de realizar todos los esfuerzos en la consulta para obtener el consentimiento mas no el consentimiento per se.
64. Ahora bien, la relevancia de la participación da la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha sido pequeña pues sus pronunciamientos vinculantes han contribuido a la consolidación del derecho a consulta previa. La Corte ha tomado la postura de que el derecho a la consulta cuenta con protección convencional en razón de su vínculo con los derechos a la participación (artículo 23), la propiedad colectiva (artículo 10) y la identidad cultural (artículo 14 del Protocolo Adicional a la CADH) (Másquez, 2019, pág. 129).
65. Sobre los hechos del caso es importante mencionar en el presente informe algunos

⁸ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador - Sentencia de 27 de junio de 2012 de la Corte IDH. Fondo y reparaciones, párrafo 164

pronunciamientos de la Corte los cuales nos pueden ayudar a darle una correcta interpretación a los artículos 6 y 15 del Convenio 169.

66. Como primera jurisprudencia tenemos el caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. (2007) En ese caso la Corte ha referido lo siguiente respecto al consentimiento en la consulta previa (Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, 2007, p. 42):

“133. [...] el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar [...] de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.”

67. De la cita indicada se desprende la importancia de adecuar los procedimientos a la cultura y tradiciones de las comunidades, así como la importancia de llevarlos a cabo en las primeras etapas de desarrollo o inversión que permite una discusión entre las comunidades, el Estado y en caso corresponda, un tercero. La oportunidad de la consulta se vuelve un tema muy importante pues si se quiere visibilizar y tomar en consideración la voluntad de los pueblos indígenas su opinión debe integrarse en la fase del proyecto que posibilite su consideración y no por el contrario que se reduzca la consulta a una mera formalidad o requisito. De acuerdo a la sala esta fase sería el otorgamiento de la concesión minera lo cual no se recoge en la normativa nacional.

68. Por otro lado, en la sentencia del Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador señala lo siguiente (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayuku VS. Ecuador, 2012):

166. La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

69. En virtud a lo anterior queda claro que es el Estado quien tiene la obligación de organizarse para que realice una correcta implementación capaz de asegurar el pleno derecho de los pueblos indígenas originarios a la consulta. De este modo se debe de adecuar el procedimiento de consulta a la realidad de cada país, de cada comunidad siempre tratando de que la finalidad del derecho prevalezca sobre formalismos pues lo que se debe garantizar a toda costa es que los pueblos indígenas gocen de un libre y pleno ejercicio del derecho a la consulta. Asimismo, vemos que no se establece una manera única de implementar la

consulta previa, sino que se deja abierta esta posibilidad para que los países puedan hacer la mejor adecuación según sus normas y contexto.

70. Por otro lado, esta misma sentencia en el numeral 202 hace referencia a la oportunidad de la consulta lo cual es piedra angular del presente caso.

“202. Del mismo modo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT señaló que la expresión "procedimientos apropiados" debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta y que por tanto no hay un único modelo de procedimiento apropiado, el cual debería “tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como [contextualmente de] la naturaleza de las medidas consultadas”. Así, tales procesos deben incluir, según criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión. En ese mismo sentido, la jurisprudencia y la legislación interna de varios Estados se refieren a la necesidad de llevar a cabo una consulta adecuada”

71. De acuerdo a ello, se colige que no hay una sola manera de implementar un procedimiento apropiado de consulta previa, sino que este debe responder a i) Las circunstancias nacionales y ii) la naturaleza de las medidas a ser consultadas.

72. Ahora bien, como se mencionó, a nivel nacional el derecho a la consulta en el sector minero ha sido regulado por la LCP y su reglamento, el Decreto Supremo No. 001-2012-MC; sin embargo es necesario dejar por sentado que a pesar de de que el proceso fu concretizado recién por la Ley en el año 2011 y seguidamente por su reglamento en el 2012 el derecho a la consulta forma parte del ordenamiento peruano y es exhibible desde el año 1995, año después de su

ratificación. Específicamente en el sector minero durante los años en que se titularon las concesiones materia de controversia estuvo vigente el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado mediante el Decreto Supremo No. 018-92-EM el cual fue derogado en el 2020 mediante Decreto Supremo No. 0020-2020-EM. Asimismo, si bien no es aplicable al caso por razones de temporalidad es importante mencionar que a finales del 2019 se aprobó la Resolución Ministerial No. 403-2019-MINEM-DM en donde precisan los casos de los procedimientos administrativos del subsector minero en los que corresponde realizar el proceso de Consulta.

73. Aparentemente la relación de normas indicadas en el párrafo anterior debería encontrarse alineadas con el tanto con el Convenio 169 como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; sin embargo, de acuerdo a lo señalado por la Sala, el MINEM y el INGEMMET habrían violado del numeral 6.1 y el artículo 15 del Convenio de la OIT pues el otorgamiento de la concesión minera es un acto administrativo que afecta directamente a las comunidades campesinas por lo que la oportunidad de la consulta debería ser desde la titulación del derecho minero y no desde la exploración minera. Para ello es necesario analizar la naturaleza jurídica de la concesión, sus implicancias, alcances, relación con otros de derechos y su interacción con otras normas que limitarías su ejercicio.
74. El artículo 66 de la Constitución Política del Perú regula el aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables y menciona que es mediante la concesión que se otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal. De acuerdo a la Ley Orgánica de Desarrollo Sostenible, Ley No. 26821, la concesión, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. Asimismo, el Texto Único de la Ley General de Minería aprobado mediante el Decreto Supremo No. 014-92-EM señala que la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, así como un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Sin perjuicio de

ello, debe entenderse que el otorgamiento de la concesión y los derechos que se desprende de su obtención están condicionados a que el titular cumpla con las autorizaciones respectivas.

75. En virtud a ello, el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado mediante el Decreto Supremo No. 018-92-EM señala claramente que para iniciar y/o realizar actividades mineras de exploración y/o explotación el concesionario debe obtener previamente la autorización de actividades respectiva. Por lo anterior, el título de concesión no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras, sino que previamente el concesionario debe:

- a. Contar con la certificación ambiental emitida por la autoridad ambiental competente.
- b. Gestionar la aprobación del Ministerio de Cultura de las declaraciones, autorizaciones o certificados que son necesarios para el ejercicio de las actividades mineras.
- c. Obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el titular del predio o la culminación del procedimiento de servidumbre.
- d. Obtener la autorización de actividades de exploración o explotación

76. En ese sentido tenemos que la concesión de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Decreto Supremo 014-92-EM) y el Reglamento de Procedimientos Mineros (Decreto Supremo No. 018-92-EM), otorga a su titular un derecho real, con eficacia erga omnes, para la exploración y explotación de recursos minerales. En virtud a ello, en palabras del profesor Salazar, *“la Concesión Minera otorga a su titular un derecho de aprovechamiento sobre recursos minerales, el mismo que se encuentra condicionado –sobre la base del Dominio Eminente- a las obligaciones y cargas que el Estado dispone para su otorgamiento y vigencia”* (Salazar, 2014, p. 368).

77. Por lo anterior, se evidencia que el otorgamiento de la concesión es un paso preliminar dentro de un proyecto minero por lo que su verdadero alcance y

afectaciones no serían posibles de identificar en una etapa tan inicial. Esta postura es tomada por el profesor Luis Carlos Rodrigo quien sostiene que la consulta tiene que ser una sola e integrada y tiene que ser al inicio de la posible actividad; pero en la minería eso es inviable, porque cuando se solicita la concesión – considerando este paso como el primero-, no se sabe el alcance de lo que se encuentra en dicha área. Asimismo, agrega que de cada 1000 proyectos de inversión, máximo dos llegan a convertirse en yacimientos de explotación por lo que, hacer una consulta por los 998 proyectos que no seguirán adelante es totalmente ineficiente; pues, además, no se sabe qué se le puede ofrecer a la población debido a que no hay nada concreto respecto al proyecto. (Rodrigo Prado, L., Peña Jumpa, A., & Huapaya Tapia, R., 2011)

78. Por otro lado, el profesor Antonio Peña Jumpa señala el proceso debe dividirse en dos etapas: una consulta general y luego consultas específicas. La primera es una consulta macro acerca del proyecto y, por otro lado, la decisión administrativa o legislativa vinculado a él. En este caso el profesor propone que en situaciones similares a la del expediente donde la concesión se superponga con áreas comunales, para ingresar a terrenos de comunidades se debe realizar una consulta general mientras que para cuestiones más particulares del proyecto sostiene que se deberían realizarse consultas específicas complementarias a la primera (Rodrigo Prado, L., Peña Jumpa, A., & Huapaya Tapia, R., 2011).

79. En este punto, de acuerdo a las normas nacionales, se evidencia que el otorgamiento de la concesión no conlleva el inicio de la ejecución de explotación o exploración de mineral; sin embargo, en la práctica ello no quiere decir que este título habilitante no implique un cambio para los pueblos indígenas involucrados. Desde el momento en que las empresas inician con actividades de cateo y prospección ya hay movimiento en las comunidades pues si bien no hay el inicio de una actividad próxima, la sola presencia de una empresa minera genera, incertidumbre, expectativas que consideramos son relevantes.

80. Asimismo, la Relatoría de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas sostuvo, en un informe sobre Perú, que “una concesión para eventuales actividades mineras en territorios indígenas sí es una decisión susceptible de afectar los derechos de los pueblos indígenas”. Sobre ello, Márquez (2019), sostiene que la afectación que genera el otorgamiento de la concesión respecto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas por ejemplo se puede visualizar en limitación a la posibilidad de que la comunidad pueda realizar minería artesanal. Asimismo, sostiene que el Estado ha enajenado y definido el uso de territorio y unilateralmente sin considerar la participación indígena a través de sus organizaciones. Como se señaló al inicio de este apartado, se debe proteger la afectación a los derechos colectivos, y los supuestos señalados por Márquez sí estaría limitando el derecho al territorio y autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios.

81. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la sentencia del expediente No. 0022-2009-PI/TC (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2010) señalando que:

“[...] la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además, generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. [...]”

82. Por lo anterior, queda claro la consulta debe implementarse en un momento en el que la participación de los pueblos indígenas y originarios tengan relevancia y puedan ser considerados en la tomar de decisiones respecto al

proyecto. Sobre ello, este momento no es ni cuando ya todo el detalle del proyecto se ha concluido y evaluado reduciendo el proceso de consulta previa a una mera formalidad ni tampoco en es cuando no se cuenta con una identificación de impactos en los que se pueda incidir.

83. Ahora bien, es importante mencionar el trabajo realizado por el Dr. Gerardo Castillo Guzmán en su libro *Local Experiences of Mining in Peru Social and Spatial Transformations in the Andes*. De acuerdo a este la minería a gran escala es generadora de la transformación de sociedades rurales en todo el mundo lo cual es positivo pues contribuye al crecimiento económico de muchas personas. Pese a ello, de acuerdo a lo desarrollado en su trabajo, sostiene que existe evidencia que indica que el desarrollo de los minerales también suele causar y contribuir a resultados sociales, culturales, medioambientales y económicos mixtos, para las comunidades locales (Castillo G. , 2020).
84. Los complejos resultados para las regiones rurales afectadas por el desarrollo minero han incluido la creación de nuevos puestos de trabajo relativamente bien remunerados fuera de las actividades agrícolas, la provisión de infraestructuras de capital, la inflación local, la inmigración y la emigración, los desequilibrios en la proporción entre mujeres y hombres, los cambios en el uso y la propiedad de la tierra, la lucha política y la fragmentación, y los choques culturales (Castillo G. , 2020, p. 8).
85. Los cambios mencionados suelen dar lugar a formas desiguales y contradictorias de desarrollo social y económico, siendo las relaciones de género, en particular de género es uno de los ámbitos en los que se acentúa la desigualdad. En virtud a ello, pensar que este tipo de cambios solo se da cuando recién inician las operaciones de exploración o explotación puede ser un poco conservador en la medida que antes de ello, la movilización que ocurre en la zona en donde se identifica un posible yacimiento es alta.

86. Ahora bien, el objeto de estudio del trabajo es el Proyecto La Granja. Tal y como se menciona durante el trabajo de campo, había un programa de exploración muy activo en la zona. Sin embargo, a partir desde 2015, Río Tinto tomó la decisión de poner el proyecto en espera y la actividad se ha ralentizado. A partir de 2019, no está claro si Río Tinto pasará a la fase de desarrollo, o si la empresa tratará de retirarse. La decisión de la empresa dependerá de la demanda de cobre de China, pero también hay características técnicas del proyecto que dificultan su desarrollo (por ejemplo, los altos niveles de arsénico).
87. Al respecto algo que se analiza en el texto es la repercusión de ello en la vida de las comunidades, es decir; cómo influye la paralización de un proyecto que significó cambios sustanciales en la vida de comunidades. En virtud a ello, sin tomar en consideración si estamos ante PIOs es necesario analizar si es que se hubiese sometido a consulta previa un proyecto como este en donde se lleguen a acuerdo pero que por razones tan imprevisibles como la fluctuación del valor de un metal pueda generar el retiro de un proyecto de carta y en consecuencia la expectativa insatisfecha de una comunidad entera (Castillo G., 2020).
88. Ahora bien, como último problema a analizar los aspectos formales del proceso de amparo en virtud a lo regulado en el Código Procesal Constitucional, Ley No. 28237 (en adelante, CPC).
89. En primer de acuerdo al artículo 1 del CPC los procesos constitucionales tienen como objeto la protección de los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. En el presente caso los demandantes exigiendo la aplicación de control difuso debido a que la normativa sectorial del ministerio de energía y minas, de acuerdo a la interpretación realizada, era contraria al Convenio 169, la LCP y su reglamento. Teniendo ello en consideración el derecho constitucional que

violado era el derecho a la consulta, el cual es parte del ordenamiento jurídico peruano.

90. En línea de lo anterior, la supuesta inobservancia del MINEM y el INGEMMET al Convenio 169 al proceder de acuerdo a las normas sectoriales es una acción incompatible con la Constitución, por lo que la sentencia del presente caso se inaplicó la norma sectorial de acuerdo a lo indicado en el artículo IV del CPC realizando control difuso.
91. Asimismo, en concordancia con el artículo 55 del CPC la sentencia de amparo si bien identifica el derecho constitucional amenazado, no toma en consideración las pretensiones de los demandantes debido a que las comunidades del distrito de Atuncolla buscaban principalmente que se realice el proceso de consulta previa sobre las concesiones mineras, se suspendan las actividades de la empresa minera y se fije cómo se van a beneficiar las comunidades.
92. En el transcurso del proceso, se declaran caducas las concesiones mineras objeto del proceso por lo que ninguna de las pretensiones invocadas iba a poder ejecutarse ya que aparentemente habría cesado la vulneración del derecho a la consulta; pese a ello, la Sala consideró que este hecho no configuraba substracción de la materia ni cese de la violación del derecho a la consulta pues esta no fue una decisión voluntaria sino como consecuencia de la caducidad de la concesión lo cual no significaba que en futuro el INGEMMET y el MINEM puedan volver a otorgar estas concesiones a la empresa o a terceros sin llevar a cabo el proceso de consulta previa.
93. En virtud a lo anterior, la conducta dictada por la Sala al amparo del artículo 55 del CPC, es insuficiente y deviene en ineficaz debido a que como se mencionó, el INGEMMET, autoridad encargada de la titulación de derechos mineros, no tiene dentro de sus funciones la de llevar a cabo un proceso de consulta previa o identificación de PIOS por lo anterior, bajo el principio de legalidad esta institución no podría ejecutar el proceso; sin embargo, la sentencia pudo en su lugar invocar al poder ejecutivo, en particular al

Ministerio de Energía y Minas e implementar correctamente las obligaciones del Convenio 169 con la finalidad de realizar una oportuna identificación de los PIOS y una mejor implementación de la oportunidad del derecho a la consulta.



VI. Opinión

94. Por los hechos expuestos y al análisis jurídico realizando, considero que el ordenamiento peruano a realizando una integración al derecho nacional del Derecho a la Consulta Previa cumplidora; sin embargo, aún existen aspectos por mejorar considerando no un tema de índole económico sino desde el punto de vista social.
95. Como primer punto a criticar es el momento de la identificación de los PIOS. Considero muy tardío que la primera identificación de un PIO en el sector minero sea en previa a la autorización de inicio de actividades de exploración minera. No puede postergarse tanto un presupuesto tan importante y que debe ser considerado en la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental; es decir se realiza y evalúa el instrumento de gestión ambiental sin determinar si es que hay o no PIOS. Esto se debe mejorar, es necesario que en la elaboración y evaluación se considere si hay PIOS involucrados pues las medidas de mitigación que se propongan y deben estar alineadas con ello. A mi punto de vista, la determinación oportuna de si estamos ante un PIO no solo garantiza el principio de seguridad jurídica en la medida de que desde el otorgamiento de la concesión conozco que estoy tratando con un PIO sino que implica que el titular minero actúe de manera más eficiente en la medida que se encuentra relacionándose con quien en un futuro podría atravesar una consulta previa que de su conformidad con una medida administrativa.
96. Es verdad que los proyectos mineros tienen un futuro incierto; es decir, no se sabe qué tan rentable podría ser el yacimiento luego de varios años de exploración; sin embargo, la afectación que pueden a los PIOS no puede arrastrar esa incertidumbre; es decir, ante la amenaza de una posible afectación es necesario tomar las medidas de prevención con la finalidad de garantizar y proteger los derechos de los PIOS ante situaciones inciertas que puedan generar cambios en la manera de vivir, cultura y expectativas de los PIOS.

97. Concretamente sobre el proceso de consulta previa en la etapa de otorgamiento de la concesión minera, considero que de acuerdo a como está regulado en nuestro país el título de concesión minera, creo que es un título habilitante muy preliminar para realizar el proceso. Sin embargo, considero, como ya se ha mencionado que desde ese momento si se identifique si dentro de la concesión existen PIOS, ello con la finalidad de que el titular minero conozca de ello, y a partir de lo anterior, obligaciones y compromisos respecto a ello. Asimismo, tampoco considero que la oportunidad del primer proceso de consulta previa de un proyecto minero sea justo antes de el inicio de operaciones de explotación; sino más bien desde la admisión a trámite del Estudio de Impacto Ambiental, ello con la finalidad de poder involucrar e incluir dentro de la evaluación que realiza el Ministerio de Energía y Minas las observaciones, comentarios, aportes y sugerencias dentro del proceso para que el proyecto realmente involucre a las PIOS y no solo se trate de una hito más.

VII. Conclusiones

98. En virtud a lo desarrollado en el presente informe podemos concluir que aún hay tareas pendientes para el Estado Peruano en virtud a las obligaciones contraídas con la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Pese a haber cumplido de manera general con la implementación del derecho a la consulta hay puntos que deben mejorarse considerando no solo la importancia del sector minero de nuestro país sino sobre todo la diversidad cultural de nuestras comunidades y que la preservación de ello tiene un valor incalculable.
99. Es necesario que la identificación de PIOS se realiza en una etapa temprana y oportuna con la finalidad de que su calidad como tal sea reconocida y por tanto sean incorporado como parte activa interesada en el proceso. No puede postergarse su identificación a justo antes del inicio de operaciones.
100. Una concesión minera puede que requiera permisos adicionales para el inicio de actividades; sin embargo, ello no implica que no se esté generando un impacto social indirecto desde su otorgamiento. El Ministerio de Energía y

Minas debe evaluar no solo desde cuando se puede iniciar el impacto ambiental sino desde cuándo hay una afectación social en el PIO.



VIII. Bibliografía

- Organización Internacional del Trabajo. (1989). Convenio 169. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
- Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios. (s.f.). *Ministerio de Cultura*. Obtenido de Buscador de Localidades: <https://bdpi.cultura.gob.pe/buscador-de-localidades-de-pueblos-indigenas>
- Belaunde, M. (2018). *Derecho Minero y Concesión*. Lima: Editorial San Marcos.
- Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Noviembre de 2007).
- Castillo, D. M. (2017). *REPORTE DE EVOLUCIÓN DE CONCESIONES MINERAS Segundo Semestre 2017*. Lima: Cooperación. Obtenido de <https://cooperacion.org.pe/wp-content/uploads/2018/02/INFORME-DE-CONCESIONES-MINERAS-2017-3.pdf>
- Castillo, G. (2020). *Local Experiences of Mining in Peru Social and Spatial Transformations in the Andes*. London: Routledge.
- Defensoría del Pueblo. (mayo de 2021). *Reporte de Conflictos Sociales n.º 207 Mayo 2021*. Obtenido de Defensoría del Pueblo: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2021/06/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%B0-207-Mayo-2021.pdf>
- Gestión. (2020). Minería puede ser el salvavidas para economía peruana en recesión. *Gestión*, págs. <https://gestion.pe/economia/mineria-puede-ser-el-salvavidas-para-economia-peruana-en-recesion-noticia/#:~:text=cobre%20y%20zinc.-,El%20sector%20minero%20es%20responsable%20de%2010%25%20del%20PBI%2C%20de,de%20la%20econom%C3%ADa%20de%20Per%C3%BA>.
- Grupo Banco Mundial. (julio de 2016). *La Consulta Previa en el Perú: Aprendizajes y Desafíos*. Obtenido de www.worldbank.org: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/164661472713448678/pdf/108118-SPANISH-WP-PUBLIC-SPANISH-ABSTRACT-EMAILED.pdf>
- Instituto de Ingenieros de Minas del Perú. (2020). *Reactivación: La minería tiene un papel clave en la actividad económica del país*. Obtenido de Actualidad Minera: <https://iimp.org.pe/quienes-somos/reactivacion:-la-mineria-tiene-un-papel-clave-en-la-actividad-economica-del-pais>
- Másquez, Á. (2019). El derecho a la consulta previa y la garantía de la supervivencia cultural de los pueblos indígenas en el Perú, a propósito del otorgamiento de concesiones mineras. *THEMIS*, 74, 127-138. Obtenido de <https://doi.org/10.18800/themis.201802.009>
- Ministerio de cultura. (2016). *Derecho a la Consulta Previa: Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios*. Obtenido de

<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Derechos%20colectivos%20de%20los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20u%20originarios.pdf>

Oficina de Gestión Social del Minem. (s.f.). *Ministerio de Energía y Minas*. Obtenido de <http://www.minem.gob.pe/descripcion.php?idSector=3&idTitular=8757>

Oficina e Gestión Social del Minem. (s.f.). *Ministerio de Energía y Minas*. Obtenido de <http://www.minem.gob.pe/descripcion.php?idSector=3&idTitular=8732>

Organización Internacional del Trabajo. (2014). *Convenio Núm. 169*. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

Pueblo Indígena Kichwa de Sarayuku VS. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de junio de 2012).

Rodrigo Prado, L., Peña Jumpa, A., & Huapaya Tapia, R. (2011). Debate en torno a la Ley de Consulta Previa. *IUS ET VERITAS*, 43, 402-416. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12073>

Salazar, E. (2014). La Concesión Minera y el Derecho de Aprovechamiento Buscando un Equilibrio Entre lo Público y lo Privado. *Derecho & Sociedad*, 42, 363-371. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12491>

Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 0022-2009-PI/TC (Tribunal Constitucional 2010). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente 3303-2007-PA/TC, Expediente 3303-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional 19 de febrero de 2009).

Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente EXP. N.º 01126-2011-HC/TC, EXP. N.º 01126-2011-HC/TC (Tribunal Constitucional 11 de setiembre de 2012).

Setencia del Tribunal Constitucional Expediente 3343-2007-PA/TC, 3343-2007-PA (Tribunal Constitucional 19 de febrero de 2009).

Sede Central Puno - Plaza de Armas



420160086442012018462101242000801

NOTIFICACION N° 8644-2016-SP-CI

EXPEDIENTE	01846-2012-0-2101-JM-CI-03	SALA	1° SALA CIVIL - Sede Central
RELATOR	LUIS ARTETA LA TORRE	SECRETARIO DE SALA	JHON ALFONSO CHAIÑA VILCA
MATERIA	ACCION DE AMPARO		

DEMANDANTE	: APAZA QUISPE EUGENIO ADRIAN REP COMUNIDAD DE VIRGEN, Y OTROS
DEMANDADO	: MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS MINEM,

DESTINATARIO APAZA QUISPE EUGENIO ADRIAN REP COMUNIDAD DE VIRGEN Y OTROS

DIRECCION LEGAL : **JR. AREQUIPA NRO. 345 QUINTO PISO ABOGADO CRISTOBAL YUGRA VILLANUEVA - PUNO / PUNO / PUNO**

Se adjunta Resolucion TREINTA Y NUEVE de fecha 14/11/2016 a Fjs : 13

ANEXANDO LO SIGUIENTE:

RES N ° 037, RES N ° 038,
SENTENCIA DE VISTA N ° 039 DE FECHA 14-11-16 Y SE ADJUNTA COPIA DE ESCRITO A FJS 07
(PARA MEJORAR RESOLVER VOTO DIRIMIENTE)

18 DE NOVIEMBRE DE 2016

Expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03.

Página 004.

Demandante : Eugenio Adrián Apaza Quispe y otros.
Demandada : Ministerio de Energía y Minas y otros.
Materia : Proceso de amparo.
Procede : Tercer Juzgado Especializado Civil de Puno.
Resolución N° : 037

Puno, treinta y uno de octubre
de dos mil dieciséis.

Proveyendo el escrito de registro N° 4158-2016, presentado por Eugenio Adrian Apaza Quispe, concedieron el uso de la palabra en el acto de la vista de la causa ante juez superior dirimente por el lapso de cinco minutos.

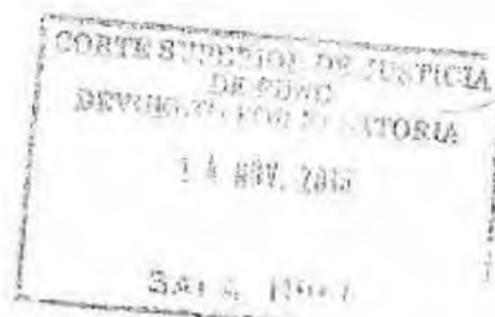
S.S.

QUINTANILLA CHACÓN

MAMANI COAQUIRA

MONZÓN MAMANI

Jhon Alfonso Quintana Vela
SECRETARIO
SALA CIVIL DE PUNO



Expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03.

Página 004.

Demandante : Eugenio Adrián Apaza Quispe y otros.
Demandada : Ministerio de Energía y Minas y otros.
Materia : Proceso de amparo.
Procede : Tercer Juzgado Especializado Civil de Puno.
Resolución N° : 038

Puno, ocho de noviembre
de dos mil dieciséis.

Proveyendo el escrito de registro N° 4312-2016, presentado por la Procuraduría Pública del Ministerio de Energía y Minas: Téngase por apersonada a esta instancia; y téngase presente su informe escrito al momento de resolver; y, agréguese a sus antecedentes.

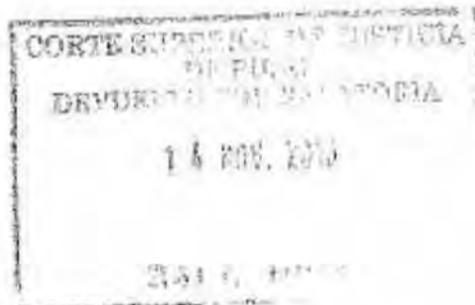
S.S.

QUINTANILLA CHACÓN

MAMANI COAQUIRA

MONZÓN MAMANI

Jhon Alfonso Chaves Vilela
SECRETARIO
SALA CIVIL DE PUNO



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
SALA CIVIL DE PUNO.

Expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03.

Página 004.

Demandante : Eugenio Adrian Apaza Quispe y otros.
Demandada : Ministerio de Energía y Minas y otros.
Materia : Proceso de amparo.
Procede : Tercer Juzgado Especializado Civil de Puno.
Ponente : J. S. Oswaldo Mamani Coaquira.
Voto discordante : J.S. Pánfilo Monzón Mamani

SENTENCIA DE VISTA

Resolución N° 039

Puno, catorce de noviembre
de dos mil dieciséis.

VISTOS; en audiencia pública: El recurso de apelación de las páginas setecientos veintidós al setecientos cuarenta, interpuesta por Eugenio Adrian Apaza Quispe, Vidal Pastor Tisnado, Simón Vilca Quispe, Gilberto Valdivia Colca, Donato Gutiérrez Vilca, Claudia Pastora López Choque, Tiburcio Quispe Apaza, Inocencio Luis Mamani Flores y otros, y la sentencia apelada número doscientos dieciocho guión dos mil catorce, contenida en la resolución número veintiséis de las páginas seiscientos noventa y siete al setecientos trece del treinta de diciembre de dos mil catorce, con el informe oral producido por los señores abogados Cristóbal Yugra Villanueva a favor de los demandantes y Álvaro Alejandro Tord Velazco a favor de la demandada BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal del Perú ('BHPWEI'), iniciando con la exposición del señor Juez Superior ponente, luego con la lectura y examen de la demanda y anexos, absolución de traslado de la demanda, de la misma sentencia y del recurso de apelación, indicados por el ponente; y, finalizado previo debate del asunto, con la votación de la causa y expedimos ésta resolución de vista.

ASUNTO:

Recurso de apelación de las páginas setecientos veintidós al setecientos cuarenta, interpuesta por Eugenio Adrian Apaza Quispe, Vidal Pastor Tisnado, Simón Vilca Quispe, Gilberto Valdivia Colca, Donato Gutiérrez Vilca, Claudia Pastora López Choque, Tiburcio Quispe Apaza, Inocencio Luis Mamani Flores y otros, en contra de la sentencia apelada número doscientos dieciocho guión dos mil catorce, contenida en la resolución número veintiséis de las páginas seiscientos noventa y siete al setecientos trece del treinta de diciembre de dos mil catorce, mediante la cual, el señor Juez del Tercer Juzgado Especializado Civil de esta provincia de Puno, falla declarando infundada demanda constitucional de amparo.

ANTECEDENTES:

El diecisiete de diciembre de dos mil doce, Simón Vilca Quisca, presidente en representación de la Comunidad de Palcamayo; Vidal Pastor Tisnado, presidente, en representación de la Comunidad de Trinidad de Moyogachi; Clinia Pastora López Choque, presidenta de la Comunidad de Colca; Tiburcio Quispe

Apaza, presidente en representación de la Comunidad de Patacancha; Andrés Donato López Neira, presidente y Donato Gutiérrez Vilca, Secretario, en representación de la Comunidad de Ticani Pampa; Pablo Quispe Pachacutec, presidente en representación de la Comunidad de San José de Principio de Santa Cruz; Eugenio Adrian Apaza Quispe, presidente en representación de la Comunidad de Virgen Soledad de Cochela; Diomedes Asunción Quispe Quispe, presidente y Teófilo Tizanado Zapana, tesorero en representación de la Comunidad de San Jerónimo de Ullagachi; Adolfo Valerio Ticona Quispe, presidente de la Comunidad de Micaela Bastidas de Yanamojo; Gilberto Valdivia Colca, presidente en representación de la Comunidad de San Antonio de Umayo; e, Inocencio Luis Mamani López, presidente de la Comunidad de Jípa Grande y Chico; todos en representación de sus respectivas Comunidades del distrito de Atuncolla de la Región de Puno, promovieron demanda de las páginas ciento setenta y nueve al doscientos cuarenta y cuatro, sobre proceso constitucional de amparo, dirigida en contra del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET) y Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas, **pidiendo** al Juzgado de origen, mediante sentencia: **a)** Declare **fundada** la demanda y **ordene** que se realice proceso de consulta previa en las comunidades afectadas con el acto administrativo de concesión minera inconsulto, conforme al Convenio 169 OIT y la Constitución Política del Perú; **b)** En consecuencia **ordene** a todas las autoridades del Ministerio de Energía y Minas y de INGEMMET, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, **ordenen suspender** las actividades de exploración y explotación que estén realizando o vayan a realizar el desarrollo de la concesión minera antes referida; **c)** **Ordenar** al Ministerio de Energía y Minas y a INGEMMET **realicen** la consulta previa y que obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por las actividades de exploración y explotación de las concesiones mineras, de conformidad con la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta aprobado por Decreto Supremo número 001-2012-MC y el artículo 29.2 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas; **d)** **Ordenar** al Ministerio de Energía y Minas y al INGEMMET que al momento de realizar el proceso de consulta y en caso de consentimiento de los pueblos indígenas de la exploración y explotación de las concesiones mineras, se fije de qué forma las Comunidades Campesinas se van a beneficiar de la actividad minera; **e)** **Tutelar** su patrimonio cultural, reconocidos y no reconocidos, asegurándose la protección de los restos arqueológicos ubicados en las Comunidades del Distrito de Atuncolla; y, **f)** **Asegurar y garantizar** el derecho de las Comunidades Campesinas en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica, por las razones que exponen en dicha demanda.

Admitida que fue la demanda por resolución número cero uno de las páginas doscientos cuarenta y cinco al doscientos cuarenta y siete del veintiséis de diciembre de dos mil doce, la Procuraduría Pública a cargo de la Defensa Jurídica del Ministerio de Energía y Minas, mediante el escrito de las páginas doscientos sesenta y tres al doscientos sesenta y siete, absolvió el traslado de la demanda, **pidiendo** al Juzgado declare **infundada** la demanda, en lo esencial, señalando que los demandantes no han señalado si la Empresa Minera, ha iniciado actividades de exploración de manera cierta, ni mucho menos si se halla aprobado algún estudio de impacto ambiental a favor de la Empresa Minera; por

lo tanto, no acreditarían lesión a su derecho a la consulta previa; y, en el primer otrosí del mismo escrito, interpone denuncia civil en contra de la empresa minera BH Billiton World Exploration Inc. Sucursal Perú, la cual es declarada procedente por resolución número cero tres de las páginas doscientos sesenta y ocho al doscientos setenta del diecisiete de abril de dos mil trece.

INGEMMET también absolvió el traslado de la demanda, mediante el escrito de las páginas doscientos setenta y dos al doscientos noventa y ocho, contradiciendo la demanda, **pidiendo** al juzgado se tenga por contestada la misma, en concreto, porque no incurrió en acto alguno que implique la violación de los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT, no encontrándose sujeto el título de concesión minera al procedimiento de consulta previa; y, asimismo, el acto administrativo de otorgamiento de título de concesión minera, no autoriza el inicio de actividades de exploración o explotación minera; y, finalmente, la emplazada BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal del Perú ('BHPWEI'), mediante escrito de las páginas cuatrocientos veinticinco al cuatrocientos cincuenta y seis, **pidió** al Juzgado declare **infundada** la demanda, en síntesis, porque la empresa demandada sólo ostenta la titularidad de las concesiones mineras cuestionadas, puesto que no ha continuado con las etapas correspondientes al proceso necesario para la obtención de autorización para la realización de actividades mineras (exploración y extracción); y, la regulación del derecho a la consulta previa contenido en la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, no es exigible a los efectos de otorgar una concesión minera, puesto que la concesión minera es insuficiente para la realización de cualquier actividad de exploración o de explotación.

CONSIDERANDO:

Primero.- Delimitación del petitorio:

Los demandantes en su recurso de apelación de las páginas setecientos veintidós al setecientos cuarenta, **pretenden** que la Sala que integramos, **revoque** la apelada y "*se proceda con la evaluación de la controversia de fondo*" (sic) —véase el párrafo tercero del apartado I del petitorio de la página setecientos veintitrés y párrafo primero del apartado IV de la pretensión impugnatoria de la página setecientos treinta y nueve—, entre otros, porque: a) Sobre 'la naturaleza de la concesión no establece que la concesión es una técnica reconocida en el derecho administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, pues es siempre un acto constitutivo de derechos' (sic), así habría establecido el Tribunal Constitucional en el expediente número 0048-2004-PI/TC (fundamentos 100 al 103); b) El artículo 6 del Convenio 169 OIT, establecería que el criterio para consultar una medida administrativa es que esta sea susceptible de afectarse directamente; c) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, dio ejemplos de medidas estatales que requieren consulta previa, como en el caso Saramaka; igualmente, señaló que la consulta procede cuando se afecta derechos o intereses: "La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas"; por lo que, los demandantes son afectados por la concesión de los recursos mineros debajo de su territorio, menoscabo que se produce con la concesión minera; d) La finalidad de concesión minera es la actividad extractiva, pues tarde o temprano habrá de realizarse en caso que haya yacimientos minerales que explotar (sic); e) En el considerando quinto de la

sentencia apelada, concluiría que "la concesión minera no constituye una medida que afecte a los pueblos indígenas" y que además "la consulta previa se haría antes de la exploración y no antes de la concesión", lo que resultaría inconstitucional e incompatible con la regla jurídica vinculante de rango constitucional, que establece que la consulta se debe realizar antes del primer acto administrativo y no luego de este, ello **se colegiría** del artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT y así como del artículo 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, que transcribe: "La consulta debe realizarse antes de aprobar cualquier proyecto que afecta a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos", norma desarrollada en la Ley número 29785, Ley de Consulta Previa; **f)** La expedición de una concesión por parte de INGEMMET, constituiría una afectación directa y objetiva al derecho de propiedad y al derecho al territorio de los pueblos indígenas; en el caso de la actividad minera, constituiría una amenaza cierta e inminente al derecho a los recursos naturales de los pueblos indígenas, así como al derecho a vivir en medio ambiente adecuado y equilibrado de los mismos (sic); y, **g)** La Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales número 26821, en su artículo 23, prevé: "La concesión aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y en consecuencia propiedad de los frutos y productos a extraerse", idea que se reiteraría en el artículo 10 del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo número 014-92-EM.

Segundo. - Marco normativo y jurisprudencial aplicables al caso.

2.1 Procedencia del amparo.

2.1.1 El artículo 200 inciso 2° párrafo primero de la Constitución Política del Perú de mil novecientos noventa y tres, concordante con los artículos II del Título Preliminar y 1 de la Ley número 28237, **al consagrar a la acción de amparo**, como una de las garantías constitucionales, **establece** que **procede** contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución; y, **son fines** de los procesos constitucionales y por consiguiente del proceso de amparo, **garantizar** la **primacía** de la Constitución y la **vigencia** efectiva de los derechos constitucionales y además la **de proteger** los referidos derechos constitucionales, **reponiendo** las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; o, si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

2.1.2 No debemos dejar de mencionar, que el acto lesivo debe ser personal, directo, concreto, manifiestamente ilegítimo e incontrastable, de naturaleza ilegal, notoria y arbitrario, y además el perjuicio debe ser real, efectivo,

tangible e ineludible, que ataque un derecho constitucional líquido, cierto e incontestable.

2.1.3 La precitada norma constitucional, en cuanto a los supuestos de procedencia del proceso de amparo, es desarrollada por el legislador ordinario a través del artículo 37 de la Ley número 28237, de manera enunciativa (números apertus) y no taxativa (números clausus) del catálogo de derechos, conforme al artículo 3 de la precitada Constitución Política y consiguientemente objeto de protección por violación de los demás derechos que la Constitución y el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos los reconoce, siendo entre otros derechos objeto de protección en aquél proceso sencillo y rápido, los consagrados por los artículos 2 incisos 16° y 19°, 70, 66 párrafo y 67 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 21 de la Convención Americana, que reconoce el derecho a la propiedad privada, estableciendo: a) que “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al “interés social”; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de “utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.

2.2 Derecho Internacional de los Derechos Humanos y jurisprudencia de Tribunales sobre Derechos Humanos, su vigencia y eficacia en el Perú.

a) La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política vigente y el artículo V del Título Preliminar de la Ley número 28237, consagra prevé que los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, **deben ser obligatoriamente** interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte.

b) En efecto, la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y, el Perú, conforme tenemos expresado en el literal que precede, recogió aquella obligación jurídica en materia de derechos humanos, a través de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, de allí su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional, de manera tal, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales; asimismo, constituye principio general del derecho internacional, que **un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas** de Derecho Internacional.

c) El referido principio general del derecho internacional, está previsto en los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta y nueve¹, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo número 029-2000-RE del catorce de setiembre de dos mil y **vigente** en el país desde el catorce de octubre del año dos mil, en cuyo artículo 26, establece: “*Pacta Sunt Servanda: Todo tratado en vigor obliga a las partes*

¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En: Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Consulta: 7 de octubre de 2016, horas 7:55. Disponible en <http://apci.gob.pe/INNCU/archivos/COMPENDIO/PARTE%202/Convenci%C3%B3n%20de%20Viena%20sobre%20Tratados.pdf>

y debe ser cumplido por ellas de buena fe"; y, el de 27, señala: "El derecho interno y la observancia de los tratados Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46"; siendo así, las obligaciones del Estado, en materia de derechos humanos, implican el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción.

d) Las obligaciones del Estado parte de los tratados, están enunciadas expresamente por los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las que a su vez constituyen, por ende, pauta interpretativa mandatoria dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, vale decir, la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

e) El Tribunal Constitucional, mediante reiterada y uniforme sentencias, entre otras, las que recayeron en los expedientes números 5854-2005-PA/TC² (fundamentos jurídico veintiocho), 2730-2006-AA/TC³ (fundamentos jurídicos nueve al doce al quince) y 1412-2007-AA/TC (fundamento jurídico diecinueve)⁴,

² Sentencia del Tribunal Constitucional, que recayó en el expediente N° 5854-2005-PA/TC (fundamentos jurídico veintiocho), de procedencia Piura, caso Lizana Puelles vs Jurado Nacional de Elecciones (JNE), sobre proceso de amparo, su 8 de noviembre de 2005. Consulta: 7 de octubre de 2016, horas 8:00. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.html>. Sostuvo: "Es en base a tales premisas que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referir (entre otras, en la STC 2409-2002-AA) que detrás del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. De conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho derecho constituye parte del núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio. Debe recordarse, asimismo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de condenar y sancionar a Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, justamente, por permitir que sus máximos órganos jurisdiccionales electorales se encuentren exentos de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas".

³ Sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 2730-2006-AA/TC (fundamentos jurídicos 9 al 12), de procedencia Lambayeque, caso Castillo Chirinos vs Jurado Nacional de Elecciones (JNE), sobre proceso de amparo, su fecha 21 de julio de 2006. Consulta: 7 de octubre de 2016, horas 8:04. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.html>. Sostuvo: "Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional (artículo 55° de la Constitución), sino que la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución -en cuanto dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú- exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder. El Estado peruano no sólo ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (12 de julio de 1978), sino que, en observancia de su artículo 62.1E, mediante instrumento de aceptación de fecha 21 de enero de 1981, ha reconocido como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH o "la Corte"), para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana (en adelante, la Convención) que le sea sometido (artículo 62.3 de la Convención). En dicha perspectiva, las obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no sólo se extienden al contenido normativo de la Convención strictu sensu, sino a la interpretación que de ella realiza la Corte a través de sus decisiones. En ese sentido, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPConst). La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutoria (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicación de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, sumada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal".

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, que recayó en el expediente N° 1412-2007-AA/TC (fundamento jurídico diecinueve), de procedencia Lima, caso Lara Contreras vs Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), sobre de amparo, su fecha 11 días del mes de febrero de 2009. Consulta: 7 de octubre de 2016, horas 8:08. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01412-2007-AA.html>. El Tribunal Constitucional expresó: "Esto trae a colación lo que el propio Tribunal Constitucional ya ha expresado en la STC 2730-2006-AA/TC "... no atule a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribe a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda

estableció, entre otros, el ejercicio interpretativo que realice el órgano jurisdiccional del Estado, para determinar el contenido constitucionalmente protegidos de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones, así como *beneficiarse* de la jurisprudencia que genere sobre el punto en los países parte del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares también puede dar alcance y contenido más precisos a las normas sobre derechos humanos; y, el mismo Tribunal Constitucional, en torno a las interpretaciones de los derechos fundamentales llevadas a cabo por los tribunales internacionales, señaló que no alude a la relación de jerarquización formalizada (entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos), sino a una relación de cooperación en la interpretación por homine de los derechos fundamentales, **resaltando** que **no puede olvidarse** que el artículo 29 literal b) de la Convención Americana de los Derechos Humanos, **proscribe** a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, **limitar** el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; y, finalmente, el citado Tribunal Constitucional, es concluyente en señalar que los derechos reconocidos por los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales, son, por así decirlo, un punto de partida, un referente "*mínimo indispensable*", en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea surtiendo derechos "*nuevos*" inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es, en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta.

2.3 Convenio número 169 de la OIT y la Consulta Previa.

a) El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), fue adoptado en Ginebra en mil novecientos ochenta y nueve y entró en vigor en mil novecientos noventa y uno; en el Estado peruano, ha sido aprobado a través de la Resolución Legislativa número 26253 del dos de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro y **vigente** a partir del dos de febrero de mil novecientos noventa y cinco; es decir, desde aquella fecha, **transcurrió** más de veinte años de vigencia.

b) El Tribunal Constitucional, invocando el fundamento jurídico número diez de la sentencia del expediente número 0022-2009-PI/TC, caso Tuanama, en los fundamentos jurídicos números nueve y diez de la sentencia que recayó en el expediente número 05427-2009-PC/TC⁵, sostuvo: "*(...), como es el caso del*

estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". Ello significa, por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizada que de ellos realice la jurisprudencia de este Tribunal, también es observada por la Corte. Como bien señala Cecilia Medina "... las fuentes del derecho internacional se influyen mutuamente, y éstas, a su vez, influyen y son influidas por las fuentes domésticas... La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los países parte del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares también puede dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos. Mirando esto desde otro ángulo, el juez nacional, al interpretar una norma de derechos humanos nacional, también debe tener en consideración las normas internacionales y la jurisprudencia internacional...".

⁵ Fundamentos jurídicos 9 y 10 de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 05427-2009-PC/TC, procedencia Lima, caso Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP) vs Ministerio de Energía y Minas, sobre proceso de

Convenio N° 169 de la OIT. Al respecto, debe recordarse que, conforme lo ha señalado este Colegiado en reciente jurisprudencia, el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no sólo de resistir infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar nuestro ordenamiento jurídico, incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional (fuerza activa) (STC 0022-2009-PI/TC, Caso Tuanama, F). 10). No obstante ello, este Colegiado considera que el hecho de que el mandato cuyo cumplimiento se pretende se encuentre inserto en un tratado de derechos humanos y ostente, por ello, rango constitucional, antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representa más bien un argumento de fuerza para requerir judicialmente su efectivización (...). En consecuencia, el Convenio número 169, vincula a todos los poderes públicos y no sólo al legislador o al Juez, sino al Poder Ejecutivo, por ende, al demandado Ministerio de Energía y Minas, por estar vinculado el ámbito de su competencia con los temas de proyectos de exploración y explotación minera e hidrocarburos.

c) El Convenio número 169, en el Estado peruano, es desarrollado mediante la Ley número 29785, publicada en el diario oficial "El Peruano" el siete de setiembre de dos mil once, en cuyo artículo 4 inciso a), prevé: "Los principios rectores del derecho a la consulta, vienen a ser, entre otros: Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales"; este principio de oportunidad, al decir de Ruiz Mollada⁶, esto es clave y no estaba muy claro en el Convenio 169 de la OIT, recoge en realidad una regla que el TC, la Corte IDH, CEACR y los diferentes pronunciamientos del Relator de la Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas precisaron; el requisito de oportunidad, es en realidad un requerimiento que pone a prueba si existe una real intención de realizar proceso de consulta previa, o sin en realidad se quiere cumplir una formalidad carente de sentido; agrega, la **idea de hacer antes** es precisamente porque se considera importante la opinión de los pueblos indígenas, y se espera escuchar a los pueblos indígenas con miras a incorporar sus planteamientos y eventualmente reformular el proyecto e incluso desistir de su realización; el mismo nombre de "consulta previa", sugiere que es antes de que se tome la decisión y no posteriormente; y, **en aquellos casos en que se continúe con el proyecto sin consulta**, el Juez constitucional **tendrá que suspender** el acto administrativo inconsulto hasta que se consulte tal como lo ha hecho la Corte Constitucional de Colombia en el caso T guión setecientos sesenta y nueve de dos mil nueve.

d) El artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, requiere a los Estado que llevan a cabo consultas con los pueblos indígenas "antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras"; éste artículo sobre la oportunidad de la consulta, concordante con el artículo 32 inciso 2° de la Declaración de Naciones Unidas, que establece: "La consulta debe realizarse **antes de aprobar cualquier proyecto que afecta a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos**"; y, el Tribunal Constitucional, en torno a aquéllas normas de Derecho

cumplimiento, su fecha 30 de junio de 2010 Consulta: 7 de octubre de 2016, 08:10. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.html>

⁶ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú*. Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento. Lima - Perú: Instituto de Defensa Legal y Fundación Hanns Seidel, 2012, p. 103.

Internacional de Derechos Humanos, específicamente sobre el principio constitucional de implementación previa del proceso de consulta, a través del fundamento jurídico treinta y seis de la sentencia del expediente número 00022-2009-PI/TC⁷, sostuvo: *“Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la interacción subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan”*.

e) A mayor abundamiento de los argumentos en cuanto a la oportunidad de la consulta previa, tenemos al mismo Ruíz Molleda, quien en su obra⁸, inserta dos informes de la CIDH y transcribe: *“La consulta, para ser previa, debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución. Los procedimientos de consulta se deben desarrollar ‘antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación’ de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas”*; y, agrega: *“En cuanto a los proyectos y concesiones de explotación o extracción de los recursos naturales en territorios indígenas, la consulta debe realizarse desde que se realiza la evaluación misma del otorgamiento de la concesión: Los Estados deben garantizar, de antemano, la participación efectiva del pueblo indígena o tribal afectado, a través de sus métodos tradicionales de toma de decisiones, tanto en relación con el proceso de evaluación del otorgamiento de concesiones en su territorio, como en la adopción de las decisiones correspondientes”*.

f) La Sala que integramos, **no niega** que en la República del Perú, hubo hasta dos Decretos Supremos, signados con los números 028-2008-EM y 012-2008-MEM, a todas luces **ilegales** (contrario al artículo 4 inciso a) de la ley número 29785) e **incompatibles** con el derecho de consulta toda vez que sólo admiten la consulta previa a partir de la explotación en el caso de la minería y de la negociación en el caso de hidrocarburos o reconocen la posibilidad de realizar la consulta con los pueblos indígenas, no al inicio de la actividad minera y de hidrocarburos como corresponden al carácter *“previo”* de la consulta y con la propia naturaleza y esencia de la consulta, sino cuando éste ya se inició, lo cual violenta el principio de oportunidad de la consulta; es decir, las normas reglamentarias que reseñamos, **admiten** consulta previa a partir de la explotación no durante la concesión, lo que evidencia negativa a la consulta previa y a la participación ciudadana al momento de la concesión, reconociendo esa participación desde la etapa de explotación.

g) Las normas reglamentarias que reseñamos en el literal f) que antecede, a criterio de la Sala que integramos, es absolutamente incompatible con el concepto de consulta *“previa”* que desarrollamos a la luz de los tratados del Derecho Internacional de Derechos Humanos, Convenio número 169 de la OIT,

⁷ Fundamento N° 36 de la sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 0022-2009-PI/TC, caso TUANAMA TUANAMA y más de 5000 Ciudadanos vs Poder Ejecutivo, sobre la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1089, su fecha 09 de junio de 2010. Consulta: 7 de octubre de 2016, horas 8:30. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>.

⁸ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. Ob. cit., pp. 108 y 109.

de la Constitución Política del Perú vigente, jurisprudencias supranacional y del Tribunal Constitucional, respectivamente, porque lo "previo" alude a que la consulta debe hacerse desde el inicio y no cuando está en plena implementación de las medidas administrativas que afecta a los pueblos indígenas, de allí que, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, en su informe del veinticuatro de abril de dos mil nueve, afirma que uno de los principios internacionales aplicables a la consulta, es el que precisa que la consulta debe realizarse con carácter "previo", lo que implica que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso, de allí que, dichos decretos supremos, no cumplen con el Convenio 169 de la OIT y por eso es puesto en cuestión por el propio **Tribunal Constitucional**, en el fundamento jurídico número sesenta y dos de la reseñada y transcrita sentencia del expediente número 05427-2009-PC/TC, luego de haber formulado un cuadro de reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo, sobre la consulta previa y **aludiendo**, entre otros, a los mencionados decretos supremos, **concluye** que "ninguno de ellos (reglamentos)", emitidos hasta la emisión de la sentencia, **han logrado** a desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT; agrega, los referidos dispositivos reglamentarios, tan sólo se limitan a habilitar "talleres informativos" con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado, porque entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas; así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho de participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación.

En **conclusión** la consulta previa como su nombre indica, es obligatoria para el Estado peruano y debe ser realizarse antes de la concesión minera o aprobación de la medida administrativo, que faculden el inicio de la actividad de exploración o explotación, **más no** después de otorgada la concesión.

Tercero.- Análisis del caso.

3.1 Pretensión postulada por las partes del proceso.

3.1.1 En el párrafo primero de los antecedentes de esta resolución, reseñamos que los demandantes Simón Vilca Quisca, presidente en representación de la Comunidad de Palcamayo; Vidal Pastor Tisnado, presidente, en representación de la Comunidad de Trinidad de Moyogachi; Clinia Pastora López Choque, presidenta de la Comunidad de Colca; Tiburcio Quispe Apaza, presidente en representación de la Comunidad de Patacancha; Andrés Donato López Neira, presidente y Donato Gutiérrez Vilca, Secretario, en representación de la Comunidad de Ticiani Pampa; Pablo Quispe Pachacutec, presidente en representación de la Comunidad de San José de Principio de Santa Cruz; Eugenio Adrian Apaza Quispe, presidente en representación de la Comunidad de Virgen Soledad de Cochela; Diomedes Asunción Quispe Quispe, presidente y Teófilo Tiznado Zapana, tesorero en representación de la Comunidad de San Jerónimo de Ullagachi; Adolfo Valerio Ticona Quispe, presidente de la Comunidad de Micaela Bastidas de Yanamajo; Gilberto Valdivia Colca, presidente en representación de la Comunidad de San Antonio de Umayo; Inocencio Luis Mamani López, presidente de la Comunidad de Jipa Grande y Chico; todos en

representación de sus respectivas Comunidades del distrito de Atuncolla de la Región de Puno, promovieron demanda de las páginas ciento setenta y nueve al doscientos cuarenta y cuatro, sobre proceso constitucional de amparo, dirigida en contra del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET) y Procurador Público del ministerio de Energía y Minas, **pidiendo** al Juzgado de origen, mediante sentencia: **a)** Declare **fundada** la demanda y **ordene** que se realice proceso de consulta previa en las comunidades afectadas con el acto administrativo de concesión minera inconsulto, conforme al Convenio 169 OIT y la Constitución Política del Perú; **b)** En consecuencia **ordene** a todas las autoridades del Ministerio de Energía y Minas y de INGEMMET, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, **ordenen suspender** las actividades de exploración y explotación que estén realizando o vayan a realizar el desarrollo de la concesión minera antes referida; **c)** **Ordenar** al Ministerio de Energía y Minas y a INGEMMET **realicen** la consulta previa y que obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por las actividades de exploración y explotación de las concesiones mineras, de conformidad con la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta aprobado por Decreto Supremo número 001-2012-MC y el artículo 29.2 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas; **d)** **Ordenar** al Ministerio de Energía y Minas y al INGEMMET que al momento de realizar el proceso de consulta y en caso de consentimiento de los pueblos indígenas de la exploración y explotación de las concesiones mineras, se fije de qué forma las Comunidades Campesinas se van a beneficiar de la actividad minera; **e)** **Tutelar** su patrimonio cultural, reconocidos y no reconocidos, asegurándose la protección de los restos arqueológicos ubicados en las Comunidades del Distrito de Atuncolla; y, **f)** **Asegurar** y **garantizar** el derecho de las Comunidades Campesinas en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica, por las razones siguientes: **a)** Señalan que el cien por ciento de las comunidades demandantes han sido concesionadas, títulos de concesión no les fueron notificados, efectuándose sólo las publicaciones en diarios de la región, los que nunca llegaron a las comunidades; **b)** Hechos que han impedido el acceso y conocimiento las concesiones; **c)** Las comunidades recién se enteraron de las concesiones cuando los ingenieros empezaron a realizar actividades de observación sin respetar las costumbres y sin permiso de acceso a sus tierras de propiedad comunal; **d)** Las concesiones mineras ponen en peligro, un conjunto de derechos y su subsistencia, y el haberse otorgado concesión a favor de la empresa BHP Billiton World Exploration Inc Sucursal del Perú, pone en grave peligro su subsistencia y la existencia de las comunidades campesinas, afectando su agricultura y ganadería; **e)** Deben tener presente que los recursos hidrobiológicos, son protegidos conforme a la Resolución Jefatural número 054-96-INRENA, existiendo antecedentes de la afectación de las comunidades campesinas, como indicios a ser amenazados con la contaminación en el distrito de Atuncolla y en especial contaminará al Lago Umayo, fuente de sustento y vida para sus pueblos y comunidades campesinas; afectándose inclusive restos y sitios arqueológicos como las chullpas, los cerros sagrados que existen en el distrito de Atuncolla; y, **f)** Amparan su pretensión en el Convenio 169 de la OIT, sentencias del Tribunal Constitucional y el artículo 82° del Código Procesal Constitucional.

3.1.2 También dijimos que el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos de dicho sector, absolvió el traslado de la demanda por escrito de las páginas doscientos sesenta y tres al doscientos sesenta y ocho, **pidiendo** al Juzgado de origen, declare **infundada** la demanda, en concreto, porque: a) **Admite** que las concesiones mineras son una figura mediante la cual el estado da el derecho a un tercero para las actividades de exploración y explotación que permitan el aprovechamiento de los minerales que se encuentran en el subsuelo del territorio nacional; y, como de la existencia del Convenio 169 de la OIT, que sensibilizaría y reconocería los derechos de los pueblos indígenas, entre otros, de sus tierras y territorios y el que en su artículo 4, señalaría que la consulta debe realizar con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera; y, b) La parte accionante no señalaría en su extensa argumentación de la demanda, si la empresa minera inició o no actividades de exploración de manera cierta, menos si se ha aprobado algún estudio impacto ambiental a favor de la citada empresa; por lo tanto, **no acreditaría** lesión a su derecho a la consulta previa y menos que el área concesionada pueda poner en peligro sus costumbres, cultura o subsistencia de la parte demandante; por su parte, INGEMMET también absolvió el traslado de la demanda, en lo esencial sostuvo que no habría incurrido en acto alguno que implique la violación de los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT, no encontrándose sujeto el título de concesión minera al procedimiento de consulta previa y el acto administrativo de otorgamiento de título de concesión minera, no autorizaría el inicio de actividades de exploración o explotación minera; y, la denunciada civilmente BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal del Perú ('BHPWEI'), previamente propuso las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa y de prescripción extintiva, luego absolvió el trámite de traslado de la demanda, **pidiendo** al Juzgado de origen, declare **infundada** la demanda, en lo esencial – véase el resumen del numeral quince de la página cuatrocientos cuarenta y uno –, porque: a) **Admite** que sólo ostenta la titularidad de las concesiones mineras cuestionadas, no ha continuado con las etapas correspondientes al proceso necesario para obtener autorización para la realización de actividades mineras (exploración y extracción); b) El derecho a la consulta previa, contenida en la Ley y su reglamento, no sería exigible a los efectos de otorgar una concesión minera, puesto que la concesión minera sería insuficiente para la realización de cualquier actividad de exploración o de explotación, puesto que requeriría la aprobación de la certificación ambiental y de la resolución que autorice el inicio de las actividades mineras; y, c) Insiste que no sería exigible la consulta previa frente al otorgamiento de la concesión minera.

3.2 Fundamentos de la Sala para revocar la sentencia apelada.

a) En principio, **los demandantes** al promover su demanda de las páginas ciento setenta y nueve al doscientos cuarenta y cuatro, señalaron que los territorios comunales de la Comunidades Campesinas, a las que representan, han sido concesionadas, según la mapa y los certificados expedidos por INGEMMET, cuyas copias, están glosadas en las páginas doce al diecisiete, concesiones mineras denominadas: 'TOCONAO 0662, TOCONAO 0652, TOCONAO 0676, TOCONAO 0653, TOCONAO 0660 y TOCONAO 0675', **consentidos** en fechas tres de junio y ocho de julio del año dos mil once, respectivamente, respecto de los cuales y de las concesiones mineras, los demandados y la empresa denunciada civilmente, conforme tenemos reseñado en los dos sub numerales que preceden, **no negaron** a través de sus escritos de absolución de traslado de

la demanda, esto es, de manera expresa, inequívoca y cierta *admitieron* la existencia de las concesiones mineras, con la única justificación unánime que "la sola concesión no estaría sujeta a la consulta previa". Estas afirmaciones así expresadas en lo esencial por las partes de éste proceso constitucional, apreciamos como declaración asimilada de las mismas, prevista en el artículo 221 del Código Procesal Civil, de observancia supletoria.

b) Las **afirmaciones** de los demandados: **Ministerio de Energía y Minas**, a través de la Procuraduría de éste sector, en el sentido que los demandantes "no acredita lesión a su derecho a la consulta previa" e INGEMMET que señala "no encontrándose sujeto el título de concesión minera al procedimiento de consulta previa y el acto administrativo de otorgamiento de título de concesión minera, no autoriza el inicio de actividades de exploración o explotación minera"; o, de la denunciada civilmente empresa minera, quien admitiendo ostentar la titularidad de las concesiones mineras cuestionadas, señala que "no continuó con las etapas correspondientes al proceso necesario para la obtención de autorización para la realización de actividades mineras (exploración y extracción); y, la regulación del derecho a la consulta previa contenido en la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, no es exigible a los efectos de otorgar una concesión minera, puesto que la concesión minera es insuficiente para la realización de cualquier actividad de exploración o de explotación"; no tienen asidero en el ordenamiento jurídico de la República del Perú, sino son manifiestamente violatorias del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, concordante con el artículo 32 inciso 2° de la Declaración de Naciones Unidas y del fundamento jurídico treinta y seis de la sentencia del expediente número 00022-2009-PI/TC, que reseñamos y transcribimos en el literal d) del sub numeral dos punto tres del considerando segundo de ésta sentencia de vista y actualmente del principio rector de la consulta previa establecido por el artículo 4 inciso a) de la Ley número 29785, Ley de desarrollo de aquél convenio.

c) El artículo 15 del Convenio número 169 de la OIT, por el **principio general** del Derecho Internacional de Derechos Humanos, en virtud del cual, "un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional", previsto en los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo número 029-2000-RE del catorce de setiembre de dos mil y **vigente** en el país desde el catorce de octubre del año dos mil; y, por su rango constitucional según el intérprete supremo de la Constitución, no sólo es de ineludible u obligatorio cumplimiento, sino también tiene mayor fuerza vinculante para los poderes de Estado peruano (Ejecutivo-Ministerio de Energía y Minas, y Poder Judicial-jueces, entre otros) y organismos constitucionalmente constituidos (Tribunal Constitucional) y otros.

d) Además, las obligaciones del Estado parte de los tratados, en presente caso del Estado peruano (Ministerio de Energía y Minas), están enunciadas expresamente por los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; por ende, constituyen pauta interpretativa mandatoria dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, de allí que, en la sentencia apelada, era efectivamente de observancia e interpretación obligatorias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política vigente y del artículo V del Título Preliminar de la Ley número 28237, que consagra y prevé que los derechos fundamentales

reconocidos por nuestra Constitución, **deben ser obligatoriamente** interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte, todo ello aun cuando existiese legislación interna infra constitucional o infra legal, contrarias a dicho Convenio.

e) El Juez del Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de esta ciudad de Puno, en su sentencia apelada número doscientos dieciocho guión dos mil catorce de las páginas seiscientos noventa y siete al setecientos trece, en los considerando cuarto y sexto última parte, sostuvo y **específicamente** concluyó: “El acto administrativo de concesión minera, ‘no implica’ el inicio de actividades de exploración y explotación en los lugares concesionados, necesitándose trámites que darán lugar a permisos para el inicio de dichas actividades”; es decir, en términos muy similares de lo que expresó el señor abogado informante de la denunciada civilmente BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal Perú (‘BHPWEI’), que tiene su sustento en normas reglamentarias, contenido en los Decretos Supremos números 028-2008-EM y 012-2008-MEM, puestos en cuestión y calificados por el propio Tribunal Constitucional de “*inidóneos*” en el logro de la consulta previa, a través del fundamento jurídico número sesenta y dos de la sentencia del expediente número 05427-2009-PC/TC, diríamos en estricto **ilegales** por ser contrarios al vigente artículo 4 inciso a) de la ley número 29785 e **incompatibles** con el derecho de consulta previa prevista por los artículos 6 numeral 6.1 literal a) y 15 del Convenio número 169 de la OIT, que desarrollamos con amplitud en los literales del numeral dos punto tres, en particular en su literal d) del considerando segundo que precede y así como en observancia del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, concordante con a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política vigente y del artículo V del Título Preliminar de la Ley número 28237.

f) Durante la vista de la causa llevada a cabo en la Sala que integramos, específicamente en la etapa de preguntas del colegiado y debate, **oímos** del señor abogado de la empresa BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal Perú (‘BHPWEI’), entre otros argumentos, que está de acuerdo que las concesiones mineras ya han caducado, **acreditada** por parte de las demandantes Comunidades Campesinas, a través de la Resolución de Presidencia número 123-2014-INGEMMET/PCD del veintidós de octubre de dos mil catorce, que presentaron como anexo de su escrito de conclusiones de defensa el veintiséis de julio último, por lo que, según el parecer del señor abogado de la citada empresa, la demanda de autos, carecería de sustento; sin embargo, la existencia de caducidad de las referidas concesiones mineras, en rigor de la verdad, no constituyen sustracción de la materia y menos cese de violación del derecho de consulta previa, cuya ausencia, denunciaron las demandantes, porque los demandados que concesionaron a la denunciada civilmente y sin consulta previa de las afectadas, **no hubo** una decisión voluntaria, oportuna, unilateral ni de buena fe de retractarse de la concesión minera mal hecha (apartar voluntariamente el caso objeto de la decisión judicial), sino caducidad declarada por causa imputable a la empresa concesionaria, quien no había oportunamente el derecho de vigencia de los años dos mil trece y dos mil catorce —véase el artículo primero de la aludida Resolución de Presidencia número 123-2014-INGEMMET/PCD—, de allí que, pese a la conformidad expresada por las partes del presente proceso constitucional, sobre

la existencia de la caducidad de concesiones mineras, en nada impide que la misma empresa u otras, reanude en la obtención de la concesión minera o peticionen a los demandados Ministerio de Energía y Minas y a INGEMMET, éstos a su vez, vuelvan a acceder sin consulta previa, como las cuestionadas en la demanda de autos, trayendo como consecuencia no sólo la responsabilidad del Estado peruano, sino convulsión social de los que eventualmente podrían ser afectados en sus derechos fundamentales consagrados por los artículos 2 incisos 16° y 19°, 70, 66 párrafo y 67 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 21 de la Convención Americana.

En consecuencia y por las razones que expresamos en cada uno de los literales que preceden, nos corresponde revocar la apelada y declarar fundada, en cumplimiento del imperativo previsto por el artículo 1 párrafo segundo de la Ley número 28237.

g) Finalmente, estando a la razones que expresamos en cada uno de los literales que preceden y al resultado del examen de las documentales que adjuntó las demandantes a su demanda (certificados de títulos de concesión minera de las páginas doce al diecisiete), admitida la existencia de los mismos por los demandados en sus escritos de absolución, **concluimos** que está fehacientemente **acreditada** que las concesiones mineras otorgadas por los demandados a la empresa denunciada civilmente, han sido sin consulta previa a las demandantes Comunidades Campesinas, en evidente **violación** de los artículos 6 numeral 6.1 literal a) y 15 del Convenio número 169 de la OIT, bajo el argumento que la sola concesión otorgada, no era suficiente para la realización de la consulta previa; es decir, concesionan territorios comunales de las demandantes, sin que éstas tengan conocimiento alguno y con la mera posibilidad de realizar dicha consulta previa, una vez que la concesionaria de inicio propiamente a la actividad minera de exploración y explotación.

En **conclusión** la sentencia apelada número doscientos dieciocho guión dos mil catorce, contenida en la resolución número veintiséis de las páginas seiscientos noventa y siete al setecientos trece del treinta de diciembre de dos mil catorce, **no corresponde** al mérito del proceso ni es conforme al Convenio número 169 de la OIT y así como del artículo 1 segundo párrafo de la Ley número 28237.

DECISIÓN:

Por estas consideraciones:

Primero.- Declararon **FUNDADO** en parte el recurso de apelación de las páginas setecientos veintidós al setecientos cuarenta, interpuesta por las Comunidades Campesinas demandantes, representadas por Eugenio Adrián Apaza Quispe, Vidal Pastor Tisnado, Simón Vilca Quispe, Gilberto Valdivia Colca, Donato Gutiérrez Vilca, Claudia Pastora López Choque, Tiburcio Quispe Apaza e Inocencio Luís Mamani López.

Segundo.- **REVOCARON** la sentencia apelada número doscientos dieciocho guión dos mil catorce, contenida en la resolución número veintiséis de las páginas seiscientos noventa y siete al setecientos trece del treinta de diciembre de dos mil catorce, mediante la cual, el señor Juez del Tercer Juzgado Especializado Civil de esta provincia de Puno, falla declarando infundada la

demanda constitucional de amparo de las páginas ciento setenta y nueve al doscientos cuarenta y cuatro, interpuesta por las Comunidades demandantes, con las demás que la contiene; y, **REFORMANDO** dicha sentencia, declararon **FUNDADA** la acción de amparo promovida por las Comunidades demandantes, por vulneración al contenido esencial del derecho a la consulta previa, mediante la demanda de las páginas ciento setenta y nueve al doscientos cuarenta y cuatro y, en consecuencia, **DISPUSIERON** que los demandados Ministerio de Energía y Minas e INGEMMET, **no vuelvan** a incurrir en la inobservancia del Convenio número 169 OIT, de la Ley que desarrolla y del reglamento de ésta última, esto es, otorgar títulos de concesión minera, sin que previamente haya realizado la consulta previa, como en el presente caso, bajo apremio de aplicarlos las medidas coercitivas que prevé el artículo 22 de la Ley número 28237, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar; y,

Tercero.- **ORDENARON** devolver los autos. T.R. Y H.S.

S.S.

QUINTANILLA CHACÓN

MAMANI COAQUIRA

COAGUILA SALAZAR.

Jhon Alfonso Charúa Vilca
SECRETARIO
SALA CIVIL DE PUNO

VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR PÁNFILO MONZÓN MAMANI.

VISTOS:

1.- Asunto.

En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por los demandantes Eugenio Adrián Apaza Quispe, Vilca Pastor Tisnado, Simón Vilca Quispe, Gilberto Valdivia Colca, Donato Gutiérrez Vilca, Claudia Pastora López Choque, Tiburcio Quispe Apaza e Inocencio Luis Mamani López, de fojas 722 a 742, así como los actuados en el presente proceso y el informe oral realizado en esta instancia por los abogados defensores de las partes.

2.- Petitorio contenido en la demanda.

Mediante escrito de fojas 179 a 244, Simón Vilca Quisca en representación de la Comunidad de Palcamayo y otros, interponen demanda constitucional de amparo por violación del derecho a la consulta previa y otros derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT, contra la omisión del Ministerio de Energía y Minas y del Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET) de realizar el proceso de consulta previa hasta la fecha antes del día de otorgar los títulos de concesiones mineras en favor de la BHP Billinton World Exploration INC. Sucursal Perú, otorgándoles el derecho para la

exploración y explotación de los recursos mineros existentes debajo del territorio de las Comunidades Campesinas recurrentes del Distrito de Atuncolla, Provincia y Región de Puno, en contra del Ministerio de Energía y Minas (MINEM) y del Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET), con notificación del Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas; peticionando, declarar fundada la demanda y ordenar que se realice proceso de consulta previa en las comunidades afectadas con el acto administrativo de concesión minera inconsulto, conforme a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas contenidos en el Convenio 169 de la OIT y en la Constitución; en consecuencia, ordenar a todas las autoridades del Ministerio de Energía y Minas y de INGGEMMET ordenen suspender las actividades de exploración y explotación que se estén realizando o se vayan a realizar, en desarrollo de la concesión minera antes referida, ordenar al Ministerio de Energía y Minas y a INGGEMMET que realice la consulta previa y que obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por las actividades de exploración y explotación de las concesiones mineras, de conformidad con la séptima disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento de la Ley de consulta aprobado por Decreto Supremo 001-201-MC y en consonancia con el artículo 29.2 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, ordenar al Ministerio de Energía y Minas y al INGGEMMET que al momento de realizar el proceso de consulta y en caso de consentimiento de los pueblos indígenas de la exploración y explotación de las concesiones mineras, se fije de qué forma las comunidades campesinas se van a beneficiar de la actividad minera, tutelar sus patrimonios culturales, reconocidos y no reconocidos asegurándose la protección de los restos arqueológicos ubicados en nuestras comunidades del distrito de Atuncolla y, asegurar y garantizar el derecho de las comunidades campesinas a disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica, esto suponer, por tanto, el disfrute de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de dignidad; por tanto, solicitan se reponga el estado de las cosas hasta el momento anterior en que se produjo las violaciones de los derechos constitucionales invocados, es decir, que se suspenda la exploración y explotación de las concesiones mineras, hasta que no se realice el proceso de consulta y se garantice los demás derechos violados. Por los fundamentos de hecho y derecho que exponen.

3.- Resolución materia de impugnación.

Es materia de apelación, la Sentencia N° 218-2014, su fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, de fojas 697 a 713, que declara infundada la demanda constitucional de amparo de fojas ciento setenta y nueve a doscientos cuarenta y cuatro, interpuesta por Simón Vilca Quispe – Presidente en representación de la Comunidad de Palcamayo- y otros, en contra del Ministerio de Energía y Minas e Instituto Geológico Minero Metalúrgico, representados judicialmente por el Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas.

4.- Fundamentos del recurso de apelación y pretensión impugnatoria.

Los demandantes Eugenio Adrián Apaza Quispe y otros, fundamentan su recurso de apelación de modo poco preciso -principalmente- en que: **a)** Conforme establece el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, el criterio para consultar una medida administrativa, es que ésta sea susceptible de afectarles directamente a los pueblos indígenas, entendiéndose por afectación toda limitación o menoscabo de los derechos y de los intereses de los pueblos originarios, por ello en el caso de la comunidad campesina se afecta con la concesión de los recursos mineros debajo de su territorio, cuya actividad extractiva tarde o temprano habrá de realizarse en caso que haya yacimientos minerales que explotar; **b)** Se fundamenta en que la concesión minera no constituye una medida que afecte a los pueblos indígenas y que la consulta previa se hace antes de la exploración y no antes de la concesión, lo que es incompatible con la regla jurídica de rango constitucional que establece que la consulta debe realizarse antes del primer acto administrativo y no luego de ello, lo que se colige del artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT y del artículo 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas de los

Derechos de los Pueblos Indígenas, desarrollado por el artículo 4° de la Ley de Consulta, Ley N° 29785; y, c) La expedición de una concesión minera por parte de INGEMMET constituye una afectación directa y objetiva al derecho de propiedad y al derecho al territorio de los pueblos indígenas; en el caso de la actividad minera, constituye una amenaza cierta e inminente al derecho a los recursos naturales y al derecho a vivir en medio ambiente adecuado y equilibrado. Cuya pretensión impugnatoria es que, se revoque y se proceda a la evaluación de la controversia de fondo; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Del recurso de apelación y potestades de la instancia superior: Que, conforme dispone el artículo 364° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a los procesos constitucionales, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente; asimismo, el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 382° del mismo Código adjetivo.

SEGUNDO.- De los procesos constitucionales en general: Que, conforme dispone el artículo 1°, primer párrafo, del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales, entre ellos el proceso de amparo, tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. Proceden, cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona; cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización, como señala el artículo 2° del mismo Código.

Respecto a la finalidad de los procesos constitucionales, el Tribunal Constitucional ha señalado que, *"La finalidad de los procesos constitucionales, como el amparo, es la de proteger derechos de naturaleza constitucional y no de otra clase. Para estos efectos, se entiende por derechos constitucionales los derechos subjetivos que, o bien han sido reconocidos expresamente por la Constitución, o bien se tratan de atributos que, por su carácter esencial y desprenderse de principios jurídicos medulares del ordenamiento, pueden considerarse como tales, aun cuando la constitución no los haya reconocido expresamente, conforme lo dispone el artículo 3 del texto constitucional"*⁹; asimismo ha señalado que, *"En el proceso constitucional de amparo no se dilucida la titularidad de derechos, sino, sencillamente, se restablece su ejercicio. Por ello, que se encuentre fehacientemente acreditada dicha titularidad, es presupuesto procesal ineludible a efectos de poder ingresar a evaluar el fondo del asunto, con el propósito de determinar si el acto reclamado incide, o no, sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado"*¹⁰.

Además, en cuanto a la procedencia de los procesos constitucionales, es pertinente citar la siguiente jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, *"Sólo procede en caso de afectación directa de los derechos fundamentales (expresas o implícitas), implica, ante todo, determinar si la supuesta afectación en la que incurre el acto u omisión reputada de inconstitucionalidad, en efecto, incide, sobre el ámbito que resulta directamente protegido por dicho derecho"*¹¹.

TERCERO.- Del derecho a la consulta previa: Que, establece el artículo 19° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, *"Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medios de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar*

⁹ STC Expediente N° 00375-2000-AA/TC, de fecha 17 de agosto de 2000.

¹⁰ STC Expediente N° 3450-2004-AA/TC, de fecha 12 de enero de 2006.

¹¹ STC Expediente N° 1417-2005-AA/TC, de fecha 08 de julio de 2005.

medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

Por su parte, el artículo 6° del Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 1989, establece, “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (...)”.

Desarrollando el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente, establecidas en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253, en el artículo 2° de la Ley N° 29785 señala sobre el derecho a la consulta, “Es 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, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado”.

El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta, conforme ha precisado el Tribunal Constitucional, importa: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta; no formando parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta. En lo que respecta al primero, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho a la consulta sería pasible de ser afectado¹².

CUARTO.- Del análisis del caso de autos, consideraciones sobre el caso en concreto y absolución de los agravios de la apelación:

4.1.- Petitorio postulado en la demanda e itinerario del proceso.

1).- Del petitorio contenido en la demanda de fojas 179 a 244, fundamentalmente lo que los demandantes pretenden es que, se ordene la realización del proceso de consulta previa en la comunidades afectadas con el acto administrativo de **concesión minera inconsulto**, en consecuencia ordenar a todas las autoridades del Ministerio de Energía y Minas y de INGEMMET, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, **ordenen suspender las actividades de exploración y explotación** que se estén realizando o se vayan a realizar, en desarrollo de la concesión minera referida; a fin de que se reponga el estado de las cosas hasta el momento anterior en que se produjo las violaciones de los derechos constitucionales invocados, es decir, **se suspenda la exploración y explotación de las concesiones mineras, hasta que se realice el proceso de consulta y se garantice los demás derechos violados.**

2).- La Procuraduría Pública a cargo de la defensa jurídica del Ministerio de Energía y Minas, representado por el Procurador Público Walter Augusto Castillo Yataco, contesta la demanda por escrito de fojas 263 a 287; solicitando se declare infundada, porque los accionantes no han señalado en la demanda si la empresa minera ha iniciado actividades de explotación de manera cierta, mucho menos que se halle aprobado algún Estudio de Impacto Ambiental a favor de la empresa por las áreas concesionadas, tampoco acredita lesión de su derecho a la consulta previa; además de hacer denuncia civil, a fin de que se notifique al Presidente del Consejo Ejecutivo del INGEMMET y la empresa minera HB Billiton World Exploration Inc. Sucursal Perú. Integrándose a dicha empresa por resolución de fojas 269 a 270.

¹² STC Expediente N° 0022-2009-Pi/TC, de fecha 9 de junio de 2010, f. 37.

3).- El Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico – INGEMMET, también contestó la demanda por escrito de fojas 272 a 298, sustentando en que el título de concesión minera no se encuentra sujeto al procedimiento de consulta previa, porque no faculta por sí el inicio de actividades mineras, será con ocasión del trámite de la certificación ambiental correspondiente (acto administrativo que faculta el inicio de actividades de exploración y explotación), que el titular minero deberá de cumplir con las normas de participación ciudadana.

4).- La empresa BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal del Perú, por escrito de fojas 425 a 456, procedió a contestar la demanda, solicitando se declare infundada la demanda, sosteniendo que, solamente tiene la titularidad de las concesiones mineras, no habiendo continuado con las etapas correspondiente para obtener la autorización para realizar actividades mineras (tanto de exploración, como de extracción) en las concesiones otorgadas a su favor, menos iniciado trámite alguno destinado a obtener la certificación ambiental aplicable a las concesiones mineras cuestionadas; además que la sola concesión minera no causa afectación directa a ninguna comunidad.

5).- Tramitado el proceso conforme a su naturaleza, mediante sentencia de fojas 697 a 713, se declaró infundada la demanda postulada; la que fue apelada por los demandantes y es materia de revisión en esta instancia.

4.2.- Consideraciones sobre el caso y absolución de agravios.

1).- En el **agravio a)** de la apelación, se sostiene, conforme establece el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, el criterio para consultar una medida administrativa, es que ésta sea susceptible de afectarles directamente a los pueblos indígenas, entendiéndose por afectación toda limitación o menoscabo de los derechos y de los intereses de los pueblos originarios, por ello en el caso de la comunidad campesina se afecta con la concesión de los recursos mineros debajo de su territorio, cuya actividad extractiva tarde o temprano habrá de realizarse en caso que haya yacimientos minerales que explotar.

a.- Como se tiene señalado en el considerando precedente, es cierto que el artículo 6° del Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 1989, establece, "1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (...)".

b.- Sin embargo, en el caso de autos, conforme al petitorio de la demanda precisado en el numeral 4.1. del presente fundamento, los demandantes no peticionan la nulidad de las concesiones minera otorgadas a favor de la empresa antes mencionada, si acaso con las mismas se hubiera afectado los derechos fundamentales que señalan en la demanda; pues, lo que pretenden es que se ordene la realización del proceso de consulta previa en la comunidades afectadas con el acto administrativo de concesión minera inconsulto, y se ordene a todas las autoridades del Ministerio de Energía y Minas y de INGEMMET, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, **ordenen suspender las actividades de exploración y explotación** que se estén realizando o se vayan a realizar, en la concesión minera referida.

c.- Entonces, de dicho petitorio queda claro que lo que pretenden los actores, es que se realice la consulta previa, a las actividades mineras de exploración y explotación para los que solicite autorización la empresa que obtuvo las concesiones mineras en los territorios de las comunidades demandantes o se suspenda la exploración y explotación en las concesiones mineras, si acaso se estuvieran realizando. En autos, no se ha aportado prueba alguna, sobre la autorización o desarrollo de las mencionadas actividades mineras, que pudieran afectar directamente los derechos de las comunidades demandantes; pues, solamente se han presentado los certificados de los títulos de concesión minera que en copias obran de fojas 12 a 17, concesiones que incluso habrían caducado a la actualidad.

2).- En lo concerniente a los agravios b) y c) del recurso, en que se alega, se fundamenta en que la concesión minera no constituye una medida que afecte a los pueblos indígenas y que la consulta previa se hace antes de la exploración y no antes de la concesión, lo que es incompatible con la regla jurídica de rango constitucional que establece que la consulta debe realizarse antes del primer acto administrativo y no luego de ello, lo que se colige del artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT y del artículo 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, desarrollado por el artículo 4° de la Ley de Consulta, Ley N° 29785, y la expedición de una concesión minera por parte de INGEMMET constituye una afectación directa y objetiva al derecho de propiedad y al derecho al territorio de los pueblos indígenas; en el caso de la actividad minera, constituye una amenaza cierta e inminente al derecho a los recursos naturales y al derecho a vivir en medio ambiente adecuado y equilibrado.

a.- Como en el presente proceso no se ha peticionado la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa mencionada, si cuyos actos administrativos hubieran afectado los derechos señalados por los demandantes, no tiene objeto emitir pronunciamiento sobre si el solo otorgamiento de un título de concesión minera se considera como medida administrativa que afecta directamente los derechos colectivos de las comunidades demandantes, por tanto requiere de consulta previa.

b.- Por su parte, sobre el derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, reconocido en el artículo 2° inciso 22 de la Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional ha determinado que su contenido constitucional protegido comprende¹³: i) El derecho a gozar de este medio ambiente y ii) el derecho a que ese medio ambiente se preserve. En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, éste comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente; esto supone por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y su dignidad, de lo contrario su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. En lo relativo con el segundo componente, el derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute; cuya obligación alcanza a los particulares, y con mayor razón, a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

Entonces, en cuanto a la amenaza del derecho a un ambiente adecuado, alegado por los actores; como hemos señalado, para que pueda tutelarse a través de los procesos constitucionales, la amenaza de violación de un derecho constitucional, ésta debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, cierto, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo el amparo aquellos perjuicios que escapan a una captación objetiva¹⁴. En el presente caso, si bien se habrían otorgado títulos de concesión minera que señalan los demandantes que estarían ubicados dentro del territorio de las Comunidades; pero no se ha aportado prueba documental u otra de actuación inmediata que demuestre que por lo menos se halle en trámite la autorización para las actividades mineras de exploración o explotación cuya suspensión se peticiona en la demanda; de ahí que, las posibles amenazas a los derechos invocados no ha sido razonablemente puesta de manifiesto mediante pruebas con las características señaladas, ya que solamente se han concretado a señalarlos en su demanda no

¹³ STC Expediente N° 0048-2004-PI/TC, citado en las sentencias de los Expedientes N°s. 03343-2007-PA/TC del 19 de febrero de 2009 y 01848-2011-PA/TC del 19 de octubre de 2011.

¹⁴ STC Expediente N° 06316-2008-PA/TC Loreto, del 11 de noviembre de 2009.

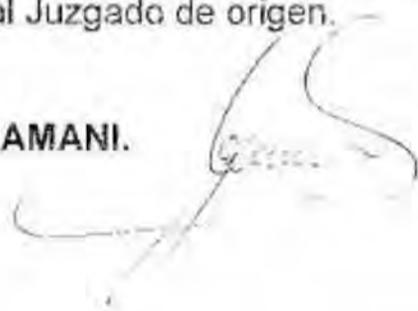
habiendo adjuntado ninguna prueba al respecto que pueda suponer una amenaza o una afectación concreta del mencionado derecho¹⁵.

QUINTO.- De la decisión de confirmar la sentencia apelada: Que, por los fundamentos esbozados, los agravios denunciados por los apelantes deben ser desestimados, con la consiguiente confirmación de la sentencia apelada.

Por los fundamentos precedentes y los pertinentes de la apelada.

Mi voto es porque, se **CONFIRME** la Sentencia N° 218-2014, su fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, de fojas 697 a 713, que declara infundada la demanda constitucional de amparo de fojas ciento setenta y nueve a doscientos cuarenta y cuatro, interpuesta por Simón Vilca Quispe – Presidente en representación de la Comunidad de Palcamayo- y otros, en contra del Ministerio de Energía y Minas e Instituto Geológico Minero Metalúrgico, representados judicialmente por el Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas. Con lo demás que contiene, por Secretaria se devuelva el expediente al Juzgado de origen.

S.
MONZÓN MAMANI.



¹⁵ STC Expediente N° 01848-2011-PA/TC Cajamarca, del 19 de octubre de 2011.