

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la sentencia del Tribunal
Constitucional recaída sobre el expediente
N° 03066-2019-PA/TC

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Bárbara Yveth Landeo Barrantes

ASESOR:

Pedro Junior Calvay Torres

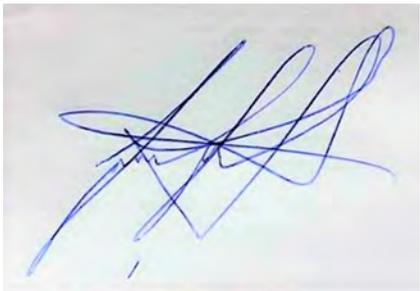
Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, CALVAY TORRES, PEDRO JUNIOR, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “Informe jurídico sobre la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente N° 03066-2019-PA/TC”, del autor LANDEO BARRANTES, BARBARA YVETH, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 17/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 18 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> CALVAY TORRES, PEDRO JUNIOR	
DNI: 44384958	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9602-6082	

RESUMEN

El presente Informe tiene por objeto analizar la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente N° 03066-2019-PA/TC, en el proceso seguido por las Comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará, a través de la cual dicho órgano colegiado afirma que el derecho a la consulta previa no es un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico peruano, y, en consecuencia, declara la improcedencia de la demanda.

Para tal efecto, a fin de determinar si la decisión adoptada por dicho Tribunal vulnera el derecho a la consulta previa alegado, se analizará, por un lado, las causales de improcedencia de la demanda de amparo reguladas en el Código Procesal Constitucional, y, por otro lado, la correspondencia de la aplicación del derecho a la consulta previa para las Comunidades demandantes, ello, teniendo en cuenta tanto la norma constitucional, como los tratados, jurisprudencia y opiniones vinculantes de organismos internacionales, que son de observancia obligatoria para el Perú.

Así pues, del análisis de las herramientas jurídicas antes señaladas, se demostrará que el caso abordado por el Tribunal Constitucional no se encontraba en ningún supuesto de improcedencia procesal, así como que el mismo debió ser declarado fundado, ya que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico peruano, en concordancia con los estándares internacionales aplicables, el derecho a la consulta previa de las Comunidades demandantes debió ser garantizado.

Palabras clave

Pueblos indígenas, Consulta Previa, Convenio 169 de la OIT, Tribunal Constitucional

ABSTRACT

The purpose of this Report is to analyze the judgment of the Constitutional Court handed down on file N° 03066-2019-PA/TC, in the process followed by the Chila Chambilla and Chila Pucará Communities, through which said collegiate body affirms that the right to prior consultation is not a fundamental right in the Peruvian legal system, and, consequently, declares the claim inadmissible.

For this purpose, in order to determine if the decision adopted by the Constitutional Court violates the alleged right to prior consultation, it will analyze, on the one hand, the grounds for inadmissibility of the amparo claim regulated in the Constitutional Procedure Code, and, on the other hand, the correspondence of the application of the right to prior consultation for the claimant Communities, taking into account both the constitutional norm, as well as the treaties, jurisprudence and binding opinions of international organizations, which are mandatory for Peru.

Thus, from the analysis of the aforementioned legal tools, it will be demonstrated that the case addressed by the Constitutional Court was not in any case of procedural inadmissibility, as well as that it should have been declared well-founded, since, according to the law In Peruvian law, in accordance with applicable international standards, the right to prior consultation of the claimant Communities should have been guaranteed.

Keywords

Indigenous peoples, Prior Consultation, ILO Convention 169, Constitutional Court

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
1. INTRODUCCIÓN	2
1.1. Justificación de la elección de la sentencia.....	2
1.2. Presentación del caso.....	3
2. ANTECEDENTES Y HECHOS RELEVANTES.....	4
2.1. Contexto.....	4
2.2. Antecedentes jurisprudenciales	5
2.3. Hechos relevantes del caso.....	8
3. PLANTEAMIENTO Y ÁRBOL DE PROBLEMAS JURÍDICOS.....	11
3.1. Problema jurídico principal.....	11
3.2. Problemas específicos.....	11
3.3. Árbol de problemas.....	12
POSICIÓN SOBRE EL FALLO.....	12
4.1. Respuestas preliminares a los problemas jurídicos.....	12
4.2. Posición individual sobre el fallo de la sentencia.....	13
5. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	13
5.1. Problemas específicos.....	13
5.1.1. ¿Es procedente la demanda de amparo interpuesta por las Comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará?.....	14
5.1.2. ¿Correspondía la aplicación del derecho a la consulta previa para las Comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará?.....	19
5.2. Problema principal	33
6. CONCLUSIONES.....	34
7. BIBLIOGRAFÍA.....	36

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	03066-2019-PA/TC / Pleno. Sentencia 27/2022
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho constitucional Derecho internacional de los derechos humanos Derecho de los pueblos indígenas
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Sentencias recaídas sobre los expedientes N° 03343-2007-PA/TC, N° 0022-2009-PI/TC y N° 05427-2009-PC/TC
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará
DEMANDADO/DENUNCIADO	Sala Civil de la Provincia de Puno de la Corte Superior de Justicia de Puno
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la sentencia

Qué duda cabe que el ámbito de protección de los derechos humanos cobra especial relevancia cuando el sujeto cuyos derechos se tutelan pertenece a un grupo en situación de vulnerabilidad, como es el caso, entre otros, de los pueblos indígenas, que, de acuerdo con la información recogida de la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura, a la fecha se conoce la existencia de 55 pueblos indígenas en el Perú. Sin embargo, y aun cuando la mayoría de los países latinoamericanos se reconozca como multicultural y multiétnico, lo cierto es que existe una carga histórica que da cuenta de la marginación a la que estas comunidades se han enfrentado a lo largo de los años, y que, pese a los avances que se han alcanzado en la región, no se ha logrado superar. De hecho, la Defensoría del Pueblo (2022) ha reiterado en distintas oportunidades la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas, quienes, pese a que forman parte de un grupo importante de la población, no logran la satisfacción plena los derechos, tanto individuales como colectivos, que les han sido reconocidos en distintos instrumentos nacionales e internacionales (pp. 6-7).

A pesar de la relevancia social, cultural e histórica que poseen estos colectivos, las acciones (o inacciones) de los poderes del Estado denotan un desinterés hacia la protección y conservación de estos grupos sociales. Es evidencia de este comportamiento, la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (en adelante, el **TC**), recaída sobre el expediente N° 03066-2019-PA/TC, a través de la cual se desconoce la inclusión del derecho a la consulta previa, reconocido en diversos instrumentos jurídicos internacionales, como un derecho fundamental tutelable por el ordenamiento jurídico peruano; lo cual, representa un retroceso en la línea jurisprudencial que ha mantenido el TC con relación al establecimiento del derecho a la consulta previa como parte del derecho de los pueblos indígenas, generando así una clara contradicción con el marco legal existente, como la Ley del derecho a la consulta previa y su Reglamento, así como la línea jurisprudencial que el propio TC ha mantenido a lo largo de los años.

En ese sentido, este caso es de especial relevancia en tanto el TC, para sustentar la declaración de improcedencia de la demanda de amparo planteada por las Comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará (en adelante, **las Comunidades**), se pronuncia desconociendo la constitucionalidad del derecho a la consulta previa, y, por tanto, las obligaciones estatales que se derivan del mismo; no obstante existe un marco normativo vigente, aunado a los pronunciamientos que la propia institución constitucional ha emitido, que contradicen esta postura. Así pues, es necesario evidenciar y poner en alerta un discurso que, si bien no es jurídicamente vinculante para los terceros ajenos a dicho proceso, es importante poner en tela de juicio un discurso que atenta sobre los derechos de un colectivo históricamente y culturalmente desplazado, y que, irónicamente, nace de una institución que tiene por principal función la de interpretar las disposiciones constitucionales que sirven de base para el desarrollo integral del país.

1.2. Presentación del caso

A través de la sentencia del TC recaída sobre el expediente N° 03066-2019-PA/TC, se decide por mayoría, con los votos en contra de la magistrada Ledesma Narvaez y del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, declarar como improcedente la demanda interpuesta por las Comunidades, afirmando así una decisión constitucional que pone en peligro el sistema de protección de los derechos humanos en el Perú, al decidirse que el derecho a la consulta previa, reconocido en el Convenio 169 de la OIT (en adelante, **C169 de la OIT**), en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, **DNUDPI**), así como distinta jurisprudencia y opiniones emitidas por organismos internacionales, no es un derecho fundamental.

En ese sentido, estando frente a una sentencia controversial que niega un derecho incorporado al ordenamiento jurídico peruano a través de la ratificación de un tratado internacional, derecho cuya constitucionalidad y obligatoriedad, además, han sido reconocidas en reiteradas oportunidades por parte de la máxima autoridad constitucional; resulta pertinente analizar la evaluación jurídica

que realizó el TC sobre el caso presentado por las Comunidades, a fin de cuestionarse, por un lado, la procedencia de la demanda interpuesta, para lo cual será necesario revisar las causales de improcedencia contenidas en la norma procesal, y, por otro lado, la correspondencia de la aplicación del derecho a la consulta previa en favor de la parte demandante, análisis en el que se deberá abordar la vinculatoriedad de los tratados de Derechos Humanos y de los pronunciamientos emitidos por los órganos internacionales, así como el proceso de consulta previa en los proyectos mineros, y, finalmente, la posible vulneración del principio de no regresividad.

Al respecto, a través del presente Informe, y de una lectura sistemática de la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales conformantes del ordenamiento jurídico peruano, como lo son, principalmente, el C169 de la OIT y la DNUDPI, así como las distintas normas legales; se establecerá, no solamente que la demanda cumple con los requisitos de procedibilidad previstos en la normativa correspondiente, sino que la misma debió ser declarada fundada en tanto el derecho a la consulta previa de las Comunidades fue vulnerado con el otorgamiento de la concesión minera sin realizar el procedimiento de consulta debido.

2. ANTECEDENTES Y HECHOS RELEVANTES

2.1. Contexto

Para comprender el impacto jurídico y social que tiene la emisión de la sentencia del TC recaída sobre el expediente N° 03066-2019-PA/TC es importante establecer cuál ha sido el criterio jurisprudencial bajo el que dicha Entidad se ha venido pronunciando con relación al derecho a la consulta previa. Así pues, no es poca la jurisprudencia constitucional emitida en torno a la conceptualización de este derecho, a través de la cual se establecen los instrumentos internacionales que prevén el derecho a la consulta previa, sus principales características, su contenido constitucionalmente protegido, pero, sobre todo, reconoce su incorporación al derecho nacional, así como la obligatoriedad de su aplicación por todas las entidades estatales.

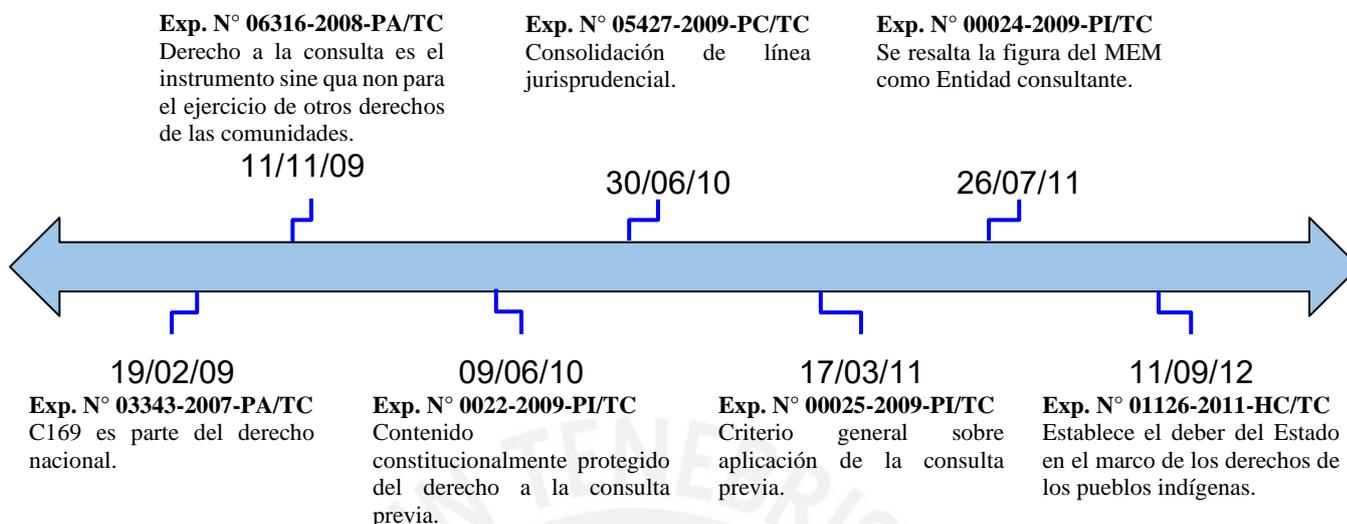
Ahora bien, tal como se señala en los pronunciamientos en mención, el derecho a la consulta previa previsto en el C169 de la OIT forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, y, por tanto, es exigible, desde el 02 de febrero de 1995, doce meses después de su ratificación. Sin embargo, no fue hasta que se dio el conflicto social en Bagua, denominado “El Baguazo”, que los derechos de los pueblos indígenas, y de manera más resaltante, el derecho a la consulta previa, cobraron mayor relevancia, en tanto se tenía como principal pedido la derogación de una serie de Decretos Legislativos emitidos sin ningún procedimiento de consulta, pese a que su contenido afectaba directamente sus intereses. El Baguazo, que tuvo como saldo la muerte de 33 personas en su punto más álgido de violencia, un 05 de junio de 2009, fue el punto de partida para que el TC, en aras de evitar la generación de otros conflictos sociales de la misma naturaleza, se pronunciara a favor del desarrollo legislativo del derecho a la consulta previa y exhortara a las autoridades correspondientes su legislación.

Es así que, un 07 de septiembre del 2011 se publicó, finalmente, la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el C169 de la OIT (en adelante, **Ley del derecho a la consulta previa**), es decir, más de quince años después de la ratificación del mencionado Convenio, tiempo en el que quedó demostrado que, no obstante el derecho a la consulta previa ya era exigible, se precisaba de un marco regulatorio más incisivo en la protección de este derecho, que permitiera garantizar la aplicación efectiva del mismo.

2.2. Antecedentes jurisprudenciales

Tal como se ha desarrollado previamente, la línea jurisprudencial seguida por el TC a lo largo de las sentencias emitidas en torno al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, contemplaba tanto el reconocimiento del mismo como parte del ordenamiento jurídico peruano, así como resaltaba la relevancia social y cultural que tenía su correcta aplicación en nuestro país. A fin de desarrollar esta idea, y evidenciar el radical cambio jurisprudencial adoptado por dicho

órgano colegiado, a continuación se presenta la línea temporal de sus pronunciamientos más relevantes en torno al derecho bajo análisis:



Al respecto, con la emisión de la sentencia recaída sobre el expediente N° 03343-2007-PA/TC, el TC establece expresamente la obligatoriedad de aplicar el derecho a la consulta previa por parte de las entidades públicas, siendo su contenido parte del derecho nacional, ello, principalmente, en el marco del derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas (2009); logrando así un gran avance en cuanto al reconocimiento de este derecho como parte del ordenamiento peruano.

No obstante, es con la sentencia recaída sobre el expediente N° 0022-2009-PI/TC, emitida tras un año de los terribles sucesos en Bagua, y reiterada con el pronunciamiento emitido en el marco del expediente N° 06316-2008-PA/TC, que se dotó de contenido al derecho a la consulta previa, dando cuenta de la obligatoriedad por parte del Estado de garantizar el cumplimiento del mismo. En efecto, el TC reconoce el rango constitucional que ostenta el C169 en el Perú, resaltando la vinculatoriedad que genera en los Estados, estando su cumplimiento, incluso, por encima del derecho interno, en el marco de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, referidos al *pacta sunt servanda* y la prohibición de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado, respectivamente, resaltando, además, que es un derecho cuya aplicación permite ejercer los demás derechos de las comunidades (2010). En cuanto al contenido constitucionalmente protegido del

derecho en mención señala: “(...) 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 (...)” (Tribunal Constitucional, 2010).

Luego, en la sentencia del TC recaída sobre el expediente N° 05427-2009-PC/TC, se consolida una postura constitucional tendiente a reconocer el derecho a la consulta previa en el plano nacional, el mismo que genera las siguientes obligaciones para el Estado: (i) observancia del principio de buena fe, (ii) flexibilidad al llevar a cabo el proceso de consulta, (iii) alcanzar acuerdos un acuerdo entre las partes intervinientes, (iv) transparencia en cuanto a la información puesta a disposición de los pueblos indígenas e (v) garantizar el carácter previo de la consulta a fin de que los pueblos indígenas puedan influir adecuadamente sobre la medida que pueda afectarlos (2010).

Con relación a las materias que se consultan, vale decir que existe mayor pronunciamiento constitucional relacionado a la aplicación de la consulta previa en aquellas medidas legislativas que afectan los derechos de los pueblos indígenas; no obstante, en la sentencia recaída sobre el expediente N° 00025-2009-PI/TC, el TC sostiene de manera general que las medidas que afectan directamente los derechos en mención pueden ser tanto administrativas como legislativas, siempre que supongan una afectación en los derechos o intereses de las comunidades indígenas (2011).

Ahora bien, para efectos del presente Informe resulta relevante el análisis desarrollado en la sentencia recaída sobre el expediente N° 00024-2009-PI, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad seguido por Gonzalo Tuanama Tuanama (demandante que formó parte de los procesos seguidos en los expedientes N° 0022-2009-PI/TC y N° 00025-2009-PI/TC), en la medida que, tomando como punto de partida que es en el sector minero donde se produce la mayor cantidad de afectaciones a los derechos indígenas, prepondera el papel como Entidad consultante que debe cumplir el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, el **MEM**) (2011).

Finalmente, se ha considerado como otra sentencia importante, la recaída sobre el expediente N° 00126-2011-HC/TC, donde se reitera la línea jurídica mantenida por el TC, que reconoce la vinculatoriedad del derecho a la consulta previa, enmarcado en una perspectiva multicultural propia del Estado peruano, que conlleve al entendimiento y aceptación de la diversidad cultural existente. En ese sentido, se sostiene que, ante la inevitable discrepancia entre los derechos y prerrogativas de las que son titulares los pueblos indígenas y la realidad de las dinámicas sociales, la autoridad constitucional asume un papel protagónico para cubrir los vacíos normativos que puedan existir a fin de cubrir las necesidades sociales, más aún, cuando el TC cumple una función revisora de las actuaciones de la Administración pública que involucren la lesión de derechos fundamentales, en tanto este poder es el encargado de ejecutar el ordenamiento jurídico de manera directa hacia la ciudadanía (2011).

2.3. Hechos relevantes del caso

Sentencia de primera instancia y declaración de nulidad de las actuaciones

- a. Con Resolución N° 01-2014, del 30 de septiembre de 2014, se admite a trámite la demanda de amparo interpuesta por Juan Tomas Chucuya Gonzáles, Rogelio Alganguia Mamani, Porfirio Anchapuri Ccanaza, Bernabé Chagua Velásquez, Máximo Chagua Apaza y Seledonio Aduviri Ccama (representantes de las Comunidades) contra el Instituto Geológico Minero Metalúrgico (en adelante, **Ingemmet**) del MEM.
- b. Con Resolución N° 09, de fecha 09 de mayo de 2016, el Juzgado Mixto de la Provincia de Chucuito - Sede Juli, declara la improcedencia de la demanda, bajo el argumento de que no habría amenaza cierta e inminente al derecho a la consulta previa, así como, que existiría una vía procedimental específica en el proceso contencioso administrativo para que las Comunidades puedan hacer valer su derecho.
- c. Con la Resolución N° 025, de fecha 27 de febrero de 2017, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, resuelve la apelación interpuesta por la parte demandante, concedida con la Resolución N° 10-2016, declarando fundado dicho recurso y por tanto, nulo todo lo actuado hasta el estado de calificarse nuevamente la demanda, con el fin de que el Juzgado de origen

subsane las omisiones advertidas por dicha Sala, estas son, la incorporación de la empresa Cemento Sur como litisconsorte necesario y el esclarecimiento de la afectación al territorio de la Comunidad Chila Pucará.

- d. Posteriormente, con la Resolución N° 30-2017, de fecha 26 de mayo de 2017, el Juzgado Mixto de la Provincia de Chucuito - Sede Juli admite a trámite la demanda de amparo interpuesta por las Comunidades en contra de la empresa minera Kuskalla Mining Company S.A., el MEM y el Ingemmet.

Pretensiones de la parte demandante

- e. La Comunidades solicitan como pretensión principal, la nulidad de las concesiones mineras realizadas con las Resoluciones Jefaturales N° 04327-2005-INACC/J y N° 04209-2005-INACC/J otorgadas a favor de la empresa Cemento Sur S.A., derecho que fue transferido posteriormente a favor de la empresa Kuskalla Mining Company S.A., que se encuentran sobrepuestas a su territorio; y, como pretensión accesoria, se ordene al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la correcta realización del proceso de consulta previa a las comunidades que puedan resultar afectadas por el proyecto de exploración y explotación minera que pueda realizar la referida empresa.

Contestación de la parte demandada

- f. El Ingemmet asegura que la sola concesión no amerita la inmediata actividad extractiva o minera, por tanto, no existe la vulneración ni la amenaza cierta e inminente del derecho invocado.
- g. La empresa Kuskalla Mining Company S.A. alega que no se habría agotado la vía administrativa correspondiente, en tanto se debió interponer un recurso administrativo contra de las mencionadas resoluciones jefaturales, ello, en el marco del artículo 125 de la Ley General de Minería. Asimismo, agrega que la concesión minera no afecta el contenido esencial del derecho a la consulta previa, en tanto no configura un derecho real ni genera certeza respecto a ninguna acción a realizarse en el marco de este.

Resolución de Primera Instancia

- h. Con la Resolución N° 42 (Sentencia N° 13-2018-CI), de fecha 18 de mayo de 2018, el Juzgado Mixto de la Provincia de Chucuito-Juli de la Corte Superior de Justicia de Puno, declara improcedente la demanda, considerando que se debió agotar previamente la vía administrativa.

Resolución de Segunda Instancia

- i. Con la Resolución N° 058, de fecha 01 de julio de 2019, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, resuelve la apelación interpuesta por la parte demandante, concedida con la Resolución N° 43, declarando infundado el recurso señalado, en atención a que no existiría certeza respecto a la pertenencia de las Comunidades demandantes a un pueblo indígena, cuestionando su autodeterminación como tal, así como, que no se habría demostrado que el petitorio y los hechos se encuentren inmersos dentro del contenido constitucionalmente protegido, ni que exista una violación o amenaza fehaciente de los derechos constitucionales invocados.
- j. Con la Resolución N° 59, de fecha 19 de julio de 2019, se concede el Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por la parte demandante contra la Resolución N° 058.

Resolución del Tribunal Constitucional

- k. Con la sentencia recaída sobre el expediente N° 03066-2019-PA/TC, de fecha 20 de enero de 2022, el TC resuelve en mayoría declarar improcedente la demanda en atención a que, según afirman, el derecho a la consulta previa no tiene carácter de derecho fundamental.
- l. Voto singular del Magistrado Miranda Canales: Aunque no niega la existencia del derecho fundamental a la consulta previa, decide declarar infundada la demanda debido a que, en el caso en concreto, no se acreditó la afectación directa al derecho invocado a través de la concesión minera otorgada.
- m. Votos singulares de la Magistrada Ledesma Narváez y del Magistrado Espinosa-Saldaña Barrera: Ambos formularon sus votos en discordia en razón de que la concesión minera otorgada a la empresa Kuskalla

constituye una afectación directa de carácter jurídico al derecho a la consulta previa de las Comunidades, reconocido como parte del ordenamiento jurídico peruano.

3. PLANTEAMIENTO Y ÁRBOL DE PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema jurídico principal

¿La decisión adoptada por el Tribunal Constitucional representa una vulneración al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas?

3.2. Problemas específicos

En el marco de la pregunta principal señalada, y en aras de coadyuvar a su resolución, se plantean las siguientes preguntas secundarias:

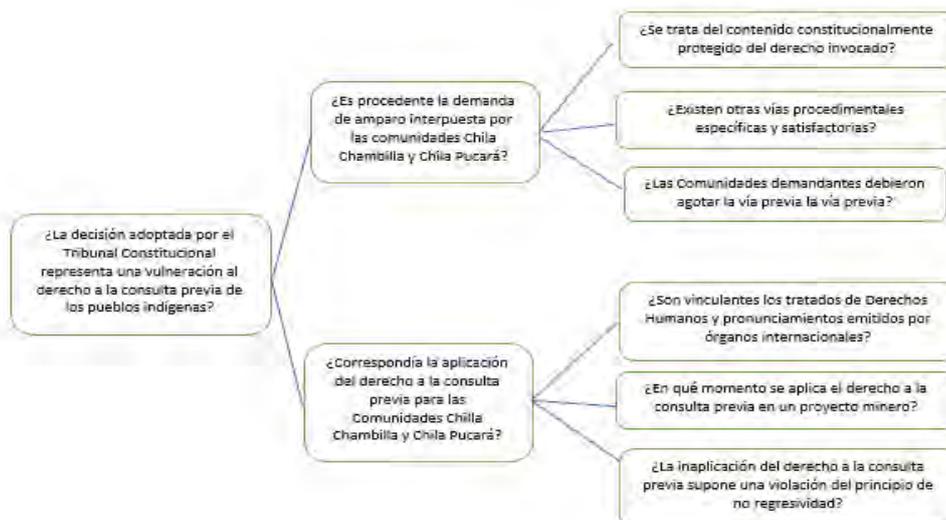
3.2.1. ¿Es procedente la demanda de amparo interpuesta por las Comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará?

- ¿Se trata del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado?
- ¿Existen otras vías procedimentales específicas y satisfactorias?
- ¿Las Comunidades demandantes debieron agotar la vía previa?

3.2.2. ¿Correspondía la aplicación del derecho a la consulta previa para las Comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará?

- ¿Son vinculantes los tratados de Derechos Humanos y pronunciamientos emitidos por órganos internacionales?
- ¿En qué momento se aplica el derecho a la consulta previa en un proyecto minero?
- ¿La inaplicación del derecho a la consulta previa supone una violación del principio de no regresividad?

3.3. Árbol de problemas



4. POSICIÓN SOBRE EL FALLO

4.1. Respuestas preliminares a los problemas jurídicos

Con relación al problema principal, considero, de manera preliminar, que la decisión adoptada por el TC representa una vulneración al derecho a la consulta previa de las Comunidades, ello, en atención a los argumentos que, preliminarmente, se desarrollan a continuación.

En primer lugar, al analizar las causales de improcedencia de una demanda de amparo, contenidas en el Código Procesal Constitucional, se puede apreciar que el presente caso no se subsume a las mismas, ya que no era posible la protección del derecho a la consulta a través de la vía ordinaria sin que el mismo se volviera irreparable, asimismo, la vulneración alegada sí se encontraba en torno al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, en tanto la consulta previa es un derecho fundamental que ostenta rango constitucional.

En segundo lugar, se desprende de los hechos alegados por las partes, vistos a la luz del bloque de constitucionalidad conformado tanto por las normas internas como los tratados internacionales y pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que correspondía la aplicación del derecho a la consulta previa en favor de las Comunidades, antes del otorgamiento de la concesión minera.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la sentencia

El radical e injustificado cambio de postura realizado por el TC en la sentencia bajo análisis supone una grieta más en una estructura social que constantemente relega las necesidades e intereses de aquellos grupos sociales que históricamente han sido considerados inferiores, sin embargo, se torna aun más peligroso que dicho discurso provenga de una de las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Si bien se trata de una sentencia cuyos efectos no son vinculantes más allá de las partes intervinientes en el proceso constitucional, lo cierto es que, en la práctica, existe el riesgo de que otras autoridades públicas repliquen sus argumentos y desconozcan los derechos que, tanto en el plano nacional como internacional, les han sido reconocidos a los pueblos indígenas. Así pues, una decisión como la adoptada por los magistrados, sin fundamento jurídico, e incumpliendo obligaciones internacionales, se suma a un contexto sociopolítico en el que se vienen adoptando medidas que contravienen los derechos de estos grupos sociales, lo cual, en un país multicultural como el Perú, donde la mayoría de los conflictos sociales son del tipo socioambiental, puede ser la antesala a un escenario de violencia al que ya nos hemos enfrentado en distintas oportunidades, y que, como en la mayoría de los casos, se podría evitar a través de un sistema que prevea la efectiva implementación de los derechos fundamentales de todos y todas.

5. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

A fin de de absolver el problema jurídico principal planteado, es necesario responder previamente aquellas cuestiones jurídicas específicas que orienten tal absolución. Así pues, a través del siguiente análisis se establecerá, por un lado, la procedibilidad de la demanda de amparo planteada por las Comunidades demandantes, en el marco de la normativa procesal aplicable, y, por otro lado,

se determinará si era aplicable el derecho a la consulta alegado por las demandantes, en el marco de la normativa internacional aplicable.

5.1.1. ¿Es procedente la demanda de amparo interpuesta por las Comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará?

A través de la sentencia 27/2022, recaída sobre el expediente N° 03066-2019-PA/TC, el TC, en mayoría, decidió declarar improcedente la demanda interpuesta por las Comunidades, bajo el fundamento de que el derecho a la consulta previa no tiene carácter de derecho fundamental, y que, al no estar reconocido por la Constitución de forma expresa ni tácita, no puede ser tutelado a través de un proceso de amparo.

Así pues, a través de una escueta fundamentación jurídica, el TC en mayoría decide pronunciarse en contra del carácter fundamental del derecho a la consulta previa, reconocido, como bien señala, en el C169, sobre pueblos indígenas y tribales, decisión adoptada en base al numeral 1 del artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional (en adelante, **NCPC**), donde se prevé como una causal de improcedencia que el proceso constitucional no se encuentre vinculado directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Es decir, de acuerdo con la interpretación jurídica realizada por los magistrados, tanto los hechos como el petitorio alegado por la parte demandante, esto es, el pedido de nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa Kuskalla Mining Company S.A. (título transferido por la empresa Cemento Sur S.A., quien ostentaba el derecho previamente), para realizar la actividad de exploración y explotación en el territorio de las Comunidades demandantes, no se encuentran referidos directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa alegado en el proceso, en tanto, según su criterio, el mismo no es considerado un derecho fundamental.

En ese sentido, a fin de realizar un acercamiento procesal a la sentencia bajo análisis, resulta conveniente desarrollar las causales de improcedencia contenidas en el artículo 7 del NCPC¹.

➤ **Sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado**

Si bien el derecho invocado por la parte demandante, este es, el derecho a la consulta previa, no se encuentra previsto expresamente en nuestra Constitución, como bien observa el TC, se debe tener en cuenta que, del artículo 89 de la Constitución, se desprende que las comunidades campesinas y nativas poseen autonomía para usar y disponer sobre sus tierras, es decir, se les reconoce el derecho sobre su propiedad comunal, cuyo ejercicio se garantiza, principalmente, a través del poder de decisión sobre la misma. Sin perjuicio de ello, aun cuando el derecho a la consulta previa no se mencione expresamente en la norma constitucional, no es posible afirmar que el mismo no encuentre asidero jurídico en nuestro ordenamiento nacional o que su garantía se encuentre únicamente garantizada a través de su interrelación con otros derechos.

Al respecto, es importante traer a colación los artículos II y VIII del Título Preliminar del NCPC, de los cuales se desprende que a través de los procesos constitucionales se busca efectivizar tanto los derechos reconocidos expresamente en la Constitución como los tratados sobre derechos humanos, por lo cual, la interpretación del alcance y contenido de los derechos constitucionales debe ser realizada de conformidad con tales instrumentos internacionales y las sentencias emitidas por instancias transnacionales a las que el país se encuentre sujeto. Precepto que el TC debió tener presente previo al pronunciamiento emitido en perjuicio de las Comunidades, pues, en atención

¹ Las causales de improcedencia a desarrollarse en esta sección son las correspondientes a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 7 del NCPC, en tanto no se desprende de los hechos que la parte demandante haya recurrido previamente a otro proceso judicial (núm. 3), por lo que no hay causa pendiente de juicio (núm. 5), asimismo, no es materia de la demanda un conflicto constitucional surgido entre los poderes del Estado o entre entidades de la administración pública (núm. 6) y, finalmente, no se ha dado el supuesto de vencimiento del plazo para interponer la demanda (núm. 7).

a las normas antes mencionadas, es posible sostener que el derecho a la consulta previa es uno de carácter fundamental en concordancia con el artículo 6 del C169 de la OIT, ratificado por el Perú, y el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos² (en adelante, **la Convención**), así como la interpretación que se realice en torno a este derecho, debe ser concordante con los pronunciamientos emitidos por organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, **Corte IDH**).

No obstante, el derecho a la consulta previa no resulta vinculante al Estado peruano únicamente a través de un proceso de interpretación, sino que su incorporación como parte del ordenamiento jurídico interno se encuentra establecida en la propia Constitución. Así pues, la normativa nacional, a través de los artículos 3, 55 y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria prevén la recepción o integración de los tratados internacionales en el derecho interno, con una mención especial respecto a aquellos que versen sobre derechos humanos, permitiendo, incluso, la adición de aquellos derechos que sean de naturaleza análoga o se funden en la dignidad de la persona.

Es decir, de una lectura sistemática de las normas en mención, se colige que el reconocimiento de los derechos fundamentales no se restringe a aquellos previstos en la norma fundamental, sino que es posible la incorporación de aquellos derechos que se encuentren contenidos en los Tratados u otras normas análogas, celebradas por el Estado, más aún, en el caso de los derechos fundamentales, pasando a formar parte del bloque de constitucionalidad; así también lo ha reconocido el TC en variada jurisprudencia, de acuerdo a lo recogido en la sentencia recaída sobre el expediente N° 03343-2007-PA/TC, donde se señala que dichos tratados, además de constituir un parámetro de constitucionalidad, ostentan rango constitucional (2009).

² De acuerdo con la Opinión Consultiva OC-1/82, la Corte IDH ha establecido que las normas de interpretación previstas en el literal b) del artículo 29 de la Convención proscriben el desconocimiento por parte de los Estados de aquellas obligaciones en materia de derechos humanos que haya asumido.

A lo mencionado, resulta pertinente agregar que la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como es el caso del C169 de la OIT, al bloque de constitucionalidad peruano, no supone únicamente un reconocimiento declarativo, sino que resulta ser exigible dentro del marco constitucional (fuerza activa) y oponible a otras normas infraconstitucionales o ante una eventual reforma constitucional (fuerza pasiva) (Tribunal Constitucional, 2006, expedientes N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC).

Así pues, en atención a lo señalado previamente, y al desarrollo del derecho a la consulta previa realizado en las sentencias del TC de los casos Tuanama Tuanama y AIDSESEP (expedientes N° 0022-2009-PI/TC y N° 06316-2008-PA/TC, respectivamente), uno de los elementos del contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, exigido por las Comunidades, que debió ser garantizado, es el de acceso a la consulta, en tanto este fue negado por las entidades administrativas y órganos jurisdiccionales correspondientes, de manera injustificada.

➤ **Sobre la existencia de vías procedimentales específicas y satisfactorias y el agotamiento de las vías previas**

Según lo establecido en los numerales 2 y 4 del artículo 7 del NCPD, no procede el proceso constitucional de amparo en los casos que existan otras vías procedimentales específicas e idóneas para la protección del derecho o cuando no se haya agotado la vía previa. Con relación a este último supuesto, el artículo 43 de la norma en referencia, señala que, en el proceso de amparo, el agotamiento de las vías previas no es exigible cuando suponga la irreparabilidad de la agresión al derecho vulnerado. En ese sentido, queda clara la naturaleza subsidiaria del proceso de amparo en tanto, para acceder al mismo, se requiere haber negado la existencia de otras opciones más idóneas en la vía ordinaria para la protección del derecho presuntamente vulnerado.

Bajo ese argumento, la defensa de la parte demandada alegó que se configuraría el supuesto de falta de agotamiento de la vía administrativa, en tanto las resoluciones debieron ser cuestionadas en un proceso contencioso

administrativo, lo que no habría implicado la irreparabilidad de la supuesta agresión.

Ahora bien, para establecer si una vía ordinaria es igualmente satisfactoria al proceso constitucional del amparo, se deben tener en cuenta las reglas establecidas por el precedente vinculante del TC, en la sentencia recaída sobre el expediente N° 02383-2013-PA/TC (Caso Elgo Ríos Nuñez), las mismas que deberán ser analizadas conjuntamente en un caso en concreto, de acuerdo al siguiente detalle: (i) que se trate de un proceso idóneo para la protección del derecho, (ii) que exista la posibilidad de que el derecho se vea tutelado por la decisión final, (iii) que no sea posible la irreparabilidad del derecho, y, (iv) que no se requiera de una tutela urgente al tratarse de un derecho relevante o por las consecuencias de su vulneración (2013).

En el caso en concreto, las Comunidades solicitan la nulidad de las Resoluciones Jefaturales a través de las que se otorga la concesión minera, esto es, el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, de conformidad con el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo N° 014-92-EM (en adelante, **TUO de la LGM**), a favor de la empresa Kuskalla. Ahora bien, aun cuando existe un procedimiento administrativo preestablecido en el artículo 125 del TUO de la LGM para cuestionar las resoluciones que otorgan los derechos de concesión, cuya resolución pone fin a la vía administrativa, lo cierto es que el otorgamiento del derecho a la exploración y explotación en las tierras pertenecientes a las Comunidades demandantes representa una amenaza a su derecho a la consulta previa.

En efecto, tal como ha manifestado la Corte IDH en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, de manera previa al otorgamiento de concesiones madereras y mineras, el Estado debe garantizar la participación de las comunidades indígenas en el plan de desarrollo de la actividad extractiva, que implique un beneficio razonable, así como que no se emita ninguna concesión sin que se cuente con un estudio de impacto social y ambiental (2007, p. 41). Así pues, en tanto el derecho a la consulta previa entra a tallar, no cuando se hace

indispensable contar con la opinión informada de las comunidades afectadas, sino incluso en las etapas previas a cualquier inicio de acción o ejecución del proyecto; la concesión minera realizada a través de las resoluciones administrativas en cuestión suponen un peligro inminente al ejercicio del derecho a la consulta previa, correspondiendo evaluar si la emisión de las mismas se dio en el marco del ordenamiento jurídico previsto por el bloque de constitucionalidad. Finalmente, y a fin de reforzar lo último señalado, cabe traer a colación la sentencia recaída sobre el expediente N° 06316-2008-PA/TC (Caso AIDSESEP), donde el ex magistrado Landa señaló que la consulta previa es un derecho que entra a tallar antes del otorgamiento de la concesión minera, pues es el paso *sine qua non* dichas actividades se vuelven jurídicamente válidas (2009).

En ese sentido, queda claro que en el caso bajo análisis no era necesaria la exigencia de recurrir a la vía ordinaria como medio más idóneo para hacer valer el derecho de las Comunidades demandantes, ya que existe el riesgo de que se produzca la irreparabilidad del derecho, por lo que tampoco era exigible el agotamiento de la vía previa.

Estos son, pues, los aspectos procesales que el TC debió tener en cuenta antes de emitir un fallo declarando la improcedencia de la demanda interpuesta por las Comunidades, aun cuando, conforme se ha desarrollado, no se encontraba en los supuestos de improcedencia recogidos en el NCPC; y, en consecuencia, lesionando un derecho que, tal como ha quedado establecido, forma parte del ordenamiento jurídico peruano y cuya incorporación como parte de su análisis constitucional resulta de carácter obligatorio en atención a los tratados internacionales vigentes así como los pronunciamientos emitidos por la Corte IDH.

5.1.2. ¿Correspondía la aplicación del derecho a la consulta previa para las Comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará?

A fin de desarrollar la presente sección, resulta necesario establecer si el derecho a la consulta previa, como derecho fundamental reconocido en distintos instrumentos internacionales, es de obligatorio cumplimiento para el Perú, y, de

ser así, qué acciones devienen de tal obligación. Asimismo, en tanto la determinación de la aplicación del derecho a la consulta previa no da respuesta por sí sola al caso en concreto, ya que uno de los dilemas que se desprenden del caso es el momento en el que tal derecho debe ser aplicado, esto es, previo a la concesión minera o en un momento posterior a esta, es imprescindible, por tanto, clarificar en qué momento debe ser aplicado el derecho en mención en un proyecto minero. Finalmente, y con relación al derecho a la consulta previa como parte del catálogo de los denominados Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante, **DESCA**), cabe traer a colación el principio de no regresividad y cómo se interpretaría el mismo con relación al fallo realizado por el TC.

➤ **Sobre la vinculatoriedad de los tratados de Derechos Humanos y pronunciamientos emitidos por órganos internacionales**

Como preámbulo al desarrollo de esta sección, corresponde recordar lo precisado en el acápite anterior, respecto a que, tal como se desprende de los artículos 3, 55 y de la Cuarta Disposición Complementaria Final de la norma constitucional, la exigencia jurídica de los derechos fundamentales no se limita a aquellos expresamente reconocidos en la Constitución, sino que también es válida la integración de los derechos contenidos en los distintos tratados internacionales de los cuales el Estado peruano forme parte, más aún, cuando la materia regulada por los mismos está referida a los derechos humanos.

Sin perjuicio de lo mencionado, la obligación de adoptar tratados internacionales en el ámbito interno no nace únicamente de las normas antes referidas, sino que existe un deber convencional que prevé la integración, no solo de dichos instrumentos, sino también de la jurisprudencia y opinión vinculante emitida por organismos transnacionales. En ese entendido, a continuación se desarrollará el concepto del control de convencionalidad, y el deber que recae sobre todas las autoridades públicas, incluyendo los tribunales de justicia especializados, de aplicar dicho examen.

Como parte del análisis correspondiente a la vinculatoriedad de los tratados internacionales, no se puede dejar de lado la norma suprema que regula esta modalidad de acuerdos entre Estados. Así, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, contiene uno de los principios más importantes referido a la obligatoriedad en el cumplimiento de los tratados ratificados por los Estados: el “*pacta sunt servanda*” (artículo 26), que, leído en conjunto con la prohibición de alegar el derecho interno para el incumplimiento de las obligaciones que nacen de los tratados (artículo 27), así como la regla de interpretar el tratado de buena fe, conforme a su contexto y finalidad (artículo 31); da cuenta de la exigibilidad que recae sobre los Estados que, en pleno ejercicio de su soberanía, suscriben determinados tratados que se encuentran obligados a incorporar en su derecho interno.

Al respecto, cabe señalar que el principio del “*ius cogens*” previsto en la Convención de Viena (artículos 53 y 64), más allá de incidir en la ya señalada obligatoriedad de cumplir con los tratados, reconoce la existencia de principios generales del derecho internacional a los que la celebración de los tratados se encuentra supeditada, a tal punto que, de oponerse a una de estas normas imperativas, el tratado en cuestión debería ser declarado nulo. Uno de las normas de carácter imperativo reconocida ampliamente por la comunidad internacional es el principio “*pro personae*”, cuyo significado adquiere mayor relevancia cuando la materia de los tratados versa sobre derechos humanos, ya que estos poseen un enfoque universal de protección de los derechos de las personas como fin principal, más allá de su nacionalidad o vínculo con el Estado parte.

Es así que el control de convencionalidad, acuñado por el jurista Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (2003), se constituye como una herramienta que busca efectivizar los derechos reconocidos en distintos instrumentos jurídicos internacionales, a fin de que, complementariamente a las normas internas de los Estados, se establezca un ámbito de protección que garantice el efectivo cumplimiento de los derechos humanos de las personas, a fin de evitar cualquier situación de transgresión a los mismos, o, en el caso de que esta suceda, establece los parámetros a tener

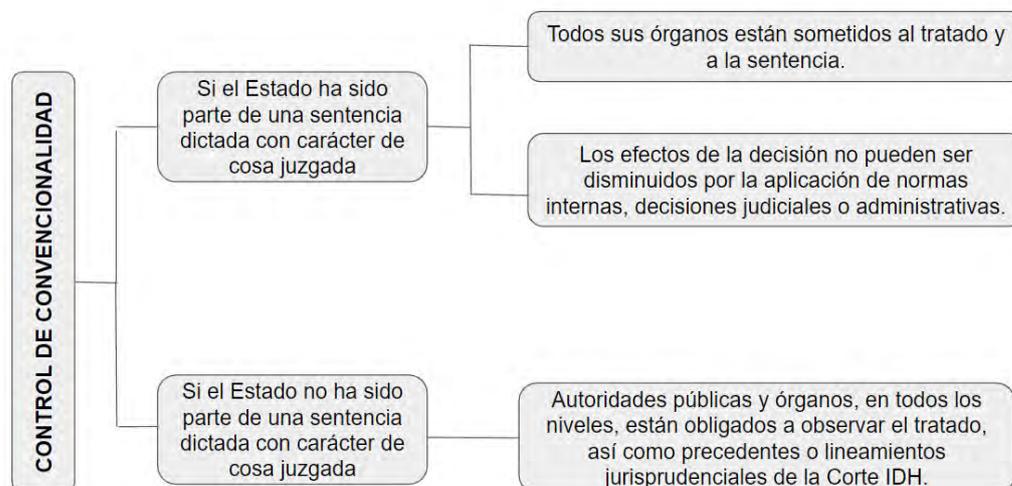
en cuenta para la evaluación, constitucional y convencional, que corresponda realizar a fin de remediar una eventual situación de desprotección. Tal como señala Sagüés, el control de convencionalidad busca “(...) asegurar la eficacia funcional del sistema internacional de los Derechos Humanos, superando los obstáculos que pudieran presentarse en el orden interno de los Estados” (2019: p. 212).

Ahora bien, aunque la sentencia emitida por la Corte IDH, señalada líneas arriba, introduce en el 2003 esta herramienta jurídica, inicialmente el control de convencionalidad nace como una evaluación cuya realización se limitaba a dicho órgano jurisdiccional; no obstante, dada la relevancia para la adopción de las medidas y lineamientos determinados por la Corte IDH, por parte de los Estados parte, a través de diversa jurisprudencia dicho organismo internacional ha ido sentando las bases para el adecuado uso del control de convencionalidad en el derecho nacional de los países respectivos. En efecto, entre las sentencias más resaltantes emitidas por dicho tribunal, se encuentra el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), una de las primeras en las que se dispone la aplicación del control de convencionalidad en el ámbito jurisdiccional interno de los Estados, aclarándose en la sentencia emitida en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), que dicho radio de acción incluía a los órganos jurisdiccionales en todos los niveles de justicia, vale decir, entonces, que los Tribunales Constitucionales, como es el caso del peruano, no se encontraban exentos de la aplicación de dicho control, sino que, por el contrario, existía la obligación de ejercer, dentro de sus competencias, el control de convencionalidad respectivo.

En esta línea argumentativa, no se puede dejar de mencionar uno de los pronunciamientos más resaltantes emitidos por la Corte IDH sobre esta materia. Así pues, en la Resolución emitida en el marco de la supervisión de cumplimiento de la sentencia del Caso *Gelman vs. Uruguay* (2013), dicho órgano jurisdiccional desarrolla la figura jurídica del control de convencionalidad, y lo hace a partir de dos manifestaciones distintas de la misma.

Figura 1

Manifestaciones del control de convencionalidad



Nota. El gráfico recoge el análisis desarrollado por la Corte IDH en la Resolución antes citada.

Tal como se aprecia en la Figura 1, las sentencias emitidas por la Corte IDH en calidad de cosa juzgada, son vinculantes tanto para el Estado que formó parte del proceso internacional, como para el que no, debiendo este último, a través del control de convencionalidad, que debe ser ejercido por todas las autoridades públicas y órganos, en todos los niveles de gobierno, observar las normas contenidas en la Convención, así como la jurisprudencia emitida por dicho órgano jurisdiccional. En ese sentido, la responsabilidad de aplicar dicho examen no recae exclusivamente en la sede jurisdiccional ordinaria de los Estados parte, sino también, sobre los tribunales especializados, instancias administrativas, y, en general, sobre toda autoridad que ejerza un poder público, quienes deberán aplicar el control de convencionalidad e incorporar la sentencia o decisión jurídica que haya sido emitida por el órgano internacional al cual el Perú se encuentre adscrito, y sea aplicable a la situación en concreto.

Ahora bien, resulta conveniente resaltar que la segunda manifestación del control de convencionalidad, según lo desarrollado por la Corte IDH, da cuenta de uno de los principales objetivos para la utilización de esta herramienta, esto es, materializar la relación de complementariedad que debe existir entre el sistema internacional de los derechos humanos y el derecho interno. De hecho,

Victor Bazan (2020) denomina “diálogo judicial”, justamente, a ese intercambio colaborativo del cual deben partir los órganos jurisdiccionales, que permita incluir los parámetros internacionales de manera crítica, es decir, teniendo en cuenta la realidad nacional, a fin de lograr lo que el autor denomina “tutela multinivel” y disminuir, en la mayor medida posible, las situaciones de desprotección de derechos (pp. 11 - 12).

Tan es así la necesidad de utilizar este recurso jurídico, que el Estado peruano no ha sido ajeno a este, al menos, en sede jurisdiccional. Así, se tiene la sentencia del TC recaída sobre el expediente N° 04617-2012-PA/TC, por lo cual se hace la distinción doctrinal de, por un lado, un control de convencionalidad vertical, que nace de la evaluación jurídica realizada por los organismos transnacionales que generan, según lo señalado por la autoridad constitucional, “doctrina jurisprudencial con efectos erga omnes”, esto es, que las sentencias emitidas por la Corte IDH son vinculantes, y por otro lado, se tiene el control de convencionalidad horizontal, por el cual, el razonamiento convencional ejercido en sede jurisdiccional nacional tiene aplicación únicamente a nivel interno de los propios Estados (2014).

Queda claro, entonces, que el control de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH supone un primer filtro en el ámbito interno de los Estados, por el cual se deben aplicar efectivamente los estándares internacionales en materia de derechos humanos en beneficio de las personas, y solo en el supuesto de que esta protección falle, se puede recurrir a la jurisdicción internacional americana. De ahí que sea imprescindible, en el marco de las normas citadas inicialmente, así como de las disposiciones contenidas en la Convención (artículos 1.1 y 29.b), que los Estados realicen efectivamente el análisis convencional que garantice la protección de los derechos que conforman el corpus iuris internacional, entre los que se encuentra el C169 de la OIT, según lo señalado en el Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (2015), precisándose que el derecho a la consulta previa, es también un principio general del derecho internacional; razón por la cual, en mérito a lo desarrollado precedentemente, corresponde que el mismo sea protegido y garantizado por el derecho interno.

➤ **Sobre la aplicación del derecho a la consulta previa en un proyecto minero**

Como se ha señalado previamente, el derecho a la consulta previa fue desarrollado legislativamente más de quince años después de su ratificación por el Estado peruano, cuando finalmente, e impulsado por un fuerte conflicto social, se promulgó la Ley del derecho a la consulta previa, que, tal como señaló la Defensoría del Pueblo en su Informe N° 003-2015-DP/AASPPI-PPI, supone un punto de inflexión histórico en el ordenamiento peruano pues es en ese momento en que se garantiza, al menos normativamente, la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones de aquellas medidas que tengan una incidencia en la efectivización de sus derechos colectivos (2015, p. 2-3).

Así pues, en atención a la definición establecida en el artículo 2 de la Ley en mención, el derecho a la consulta previa que reconoce -y se encuentra obligado a realizar - el Estado peruano a los pueblos indígenas u originarios implica que estos sean consultados antes de la ejecución de cualquier medida, legislativa o administrativa, que suponga un obstáculo directo para el ejercicio efectivo de sus derechos colectivos. Es decir, este procedimiento, conformado por una serie de etapas orientadas a establecer una comunicación eficiente entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios a consultar, debe realizarse oportuna y eficientemente, de manera tal que los sujetos a consultar cuenten con la suficiente información que les permita formar una opinión consciente y sustentada respecto a la medida que pueda afectarlos, a fin de que puedan tomar una postura frente a una consulta realizada pertinentemente, esto es, cuando sus derechos aún no han sido trastocados³.

Si bien la definición antes reseñada, en buena cuenta, se encuentra alineada con el contenido del derecho a la consulta previa desarrollado en el C169 de la OIT, el mismo que tiene un ámbito de aplicación bastante amplio (“toda medida administrativa que les afecte directamente”), resulta llamativo que no se haya

³ Con relación a ello, el artículo 4 de la Ley N° 29785 prevé los principios rectores que deben guiar el accionar de la autoridad estatal al momento de realizar la consulta previa, entre los que se encuentra el principio de oportunidad, plazo razonable e información oportuna.

incluido a la “tierra de los pueblos indígenas”, de manera expresa, como un término integrante del concepto, ya que forma parte esencial de los derechos colectivos de este grupo social, más aún cuando el sector minero es uno de los que más fricciones tiene en la aplicación de este derecho.

En contraposición a lo mencionado, la OIT sí hace hincapié sobre el derecho a la consulta previa y su vinculatoriedad con la capacidad de decidir respecto a sus tierras, en particular, el artículo 7 de dicho instrumento legal establece el supuesto de que exista una afectación que impida la correcta utilización de sus tierra, frente a lo cual, los pueblos indígenas deban evaluar las acciones a tomar ante ello; por su parte, con relación al aprovechamiento de los recursos naturales que se puedan encontrar en el subsuelo de las tierras comunales, el artículo 15 no desconoce que los mismos puedan ser propiedad del Estado, no obstante dispone que “(...) antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes (...)” se debe realizar un proceso de consulta donde intervengan efectivamente los pueblos indígenas que puedan verse afectados. En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH (2007), que, en el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, ha reconocido la propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales de las tierras que ocupan, el mismo que debe ser garantizado a través de la emisión de las normas correspondientes y de la realización de las consultas previas que sean pertinentes.

Es decir, el procedimiento de consulta regulado en el C169 de la OIT, cuando se encuentren involucrados los derechos sobre las tierras comunales de los pueblos indígenas, y a fin de cumplir con el principio rector de oportunidad, debe realizarse durante la planificación del proyecto que se fuera a ejecutar para la extracción de los recursos existentes, y no antes del comienzo efectivo de las actividades, o cuando resulte estrictamente necesario, conforme al desarrollo normativo previo.

Para un mejor entendimiento, resulta pertinente repasar brevemente cuáles son las etapas de un proyecto minero, y cómo se regula la ejecución del mismo cuando colisiona con ciertos derechos de los pueblos indígenas.

Al respecto, de acuerdo con los numerales II y IV del Título Preliminar del TUO de la LGM, establece que el Estado posee la propiedad de todos los recursos minerales, por lo que su aprovechamiento solo puede ser realizado por este, a través de su actividad empresarial, y por los privados, mediante las concesiones estatales, las mismas que, en concordancia con el artículo 10 de la referida norma, consiste en el derecho real e irrevocable sobre el recurso natural concedido, siempre que cumpla con las obligaciones que impongan las leyes especiales del sector correspondiente.

En el caso del sector minero, la expedición de la concesión minera genera la obligación en el titular de tal derecho, de invertir en la producción de sustancias minerales, conforme lo establece el artículo 38 del referido cuerpo normativo, cuyo incumplimiento acarrea la penalidad prevista en el artículo 40 del TUO de la LGM. Es decir, si bien la concesión minera no implica la realización efectiva de las actividades mineras previstas en la normativa correspondiente, de ahí que se podría suponer que no existe un impacto tangible con su otorgamiento, lo cierto es que hay un impacto jurídico evidente que no se puede negar, pues, tal como ha sido precisado por el TC en la sentencia recaída sobre el expediente N° 0048-2004-PI/TC, la concesión deviene de un acto administrativo que tiene un efecto directo en la esfera jurídica del concesionario (2005).

En ese sentido, la concesión minera supone el nacimiento de un derecho real sobre su destinatario, quien, en el marco de este acto administrativo, orienta su comportamiento a realizar ciertos actos potestativos (como es el caso de la solicitud de licencias y permisos para comenzar con los trabajos extractivos) y obligatorios (de acuerdo a lo señalado precedentemente). Así pues, sin perjuicio de que el titular de la concesión decida o no iniciar con las actividades destinadas a la explotación de los recursos minero, con el solo otorgamiento de tal acto ya se está generando un impacto inmaterial, tanto sobre el derecho del Estado como titular de los recursos naturales del país, como, en el caso de que la concesión se encuentre sobre zonas comunales, el derecho de los pueblos indígenas. Tal como señala Aguado Martínez (2009), “La razón por la cual algunas actividades mineras no requieren concesión, es porque estas no

generan impactos significativos en el ambiente (...)” (p. 28), *contrario sensu*, la concesión de actividades mineras como la exploración y explotación requieren de una concesión estatal por el impacto que causará sobre las tierras en las que se trabajará.

Al amparo de la línea argumentativa desarrollada, se debe anotar que, en el caso bajo análisis la parte demandada no desconoce la obligatoriedad del derecho a la consulta previa, sino que su cuestionamiento se centra en el momento de su ejercicio, ya que, según su postura, el otorgamiento de concesiones mineras no supone el inicio de las actividades de exploración o explotación minera, por lo que no justifica la realización de la consulta. No obstante, esto no es así, pues, la consulta previa es un proceso que atañe a toda medida administrativa o legislativa que incida directamente sobre los derechos de los pueblos indígenas y, en el caso especial de las tierras de estas comunidades, cuando se encuentren en el supuesto de aprovechamiento de recursos naturales, la consulta se realiza en la fase inicial del proyecto minero, a fin de garantizar la evaluación del mismo por parte de las comunidades que pudieran verse perjudicadas con su ejecución.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido en el Informe N° 40/04, que, el Estado que otorgue concesiones sobre recursos que se encuentren protegidos por otros mecanismos, como es el caso de las tierras de los pueblos indígenas, sin haber realizado una consulta efectiva y sin obtener un consentimiento informado, y que constituya un perjuicio contra el medio ambiente, atenta contra el derecho de propiedad previsto en la Declaración Americana (2004). En esta misma línea se pronunció la Corte IDH en el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam antes señalado, al establecer tres garantías ante las restricciones al derecho de propiedad producido por las concesiones otorgadas en territorio indígena, entre las que se encuentran las siguientes: (i) la participación efectiva de los pueblos afectados, que tenga en cuenta sus particularidades culturales, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción, que se fuera a producir en su territorio, (ii) que exista un beneficio hacia los pueblos indígenas que se vean eventualmente afectados, y, finalmente, (iii) la garantía de que se realice un estudio de impacto social y

ambiental por las entidades competentes, previo al otorgamiento de la concesión (2007).

Es evidente, entonces, que la realización de la consulta previa de manera posterior a la emisión de una concesión minera supone un desmedro hacia los derechos de los pueblos indígenas, ya que, conforme se ha sostenido por la Comisión y la Corte IDH, así como según se desprende del C169, el derecho otorgado al concesionario de los recursos naturales ubicados en los territorio indígenas supone un cambio en la esfera jurídica de los involucrados así como un peligro inminente de afectación a la tierra perteneciente a estas comunidades, lo que amerita que, a través de la ejecución de la consulta previa, se anticipen los potenciales impactos o afectaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Tal como señaló el ex magistrado Landa Arroyo en su Voto Singular de la sentencia recaída sobre el expediente N° 6316-2008-PA/TC, el derecho bajo análisis debe ser aplicado de forma previa a, entre otros, el otorgamiento de las concesiones mineras para la exploración y/o explotación, pues dicho acto supone una habilitación legal para la realización posterior de una serie de acciones cuya ejecución implicaría una afectación cada vez mayor en el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas (2009).

➤ **Sobre el principio de no regresividad**

No cabe duda que en el caso en concreto el derecho a la consulta previa alegado por las Comunidades se encuentra estrechamente vinculado con el pleno ejercicio de su derecho a la propiedad comunal, ello, en tanto las concesiones mineras objeto de análisis fueron otorgadas sobre el territorio comunal, cuya titularidad recae sobre las demandantes, sin antes realizar la consulta correspondiente, siendo que su aplicación es necesaria para garantizar el derecho a la propiedad en mención, así como su existencia física y cultural, conforme lo ha reconocido también la Corte IDH (2012) en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Así, resulta conveniente traer a colación que, en el marco del artículo 89 de la Constitución, en el plano nacional y, en el plano internacional, del artículo 21 de la Convención, existe la obligación de garantizar el derecho de propiedad en mención. Sin embargo, el derecho que

las Comunidades tienen sobre la tierra no se agota en el reconocimiento de su titularidad, sino que es necesario que en el caso de los pueblos indígenas, este derecho sea garantizado teniendo como punto de partida el lazo inmaterial que existe entre dichas comunidades y su territorio.

Por tal razón el derecho que recae sobre las tierras comunales no puede verse de manera aislada, sino que supone el punto de partida necesario para garantizar otros derechos relativos, como ha precisado la Corte IDH en el fundamento jurídico 101 del Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, y reiterado por distinta jurisprudencia emitida por dicho órgano, el derecho a la autodeterminación, al desarrollo, a la identidad cultural; asimismo, es, a su vez, garantía para el cumplimiento de otros derechos, como es el caso de los DESCAs (2015).

De hecho, la Observación General N° 26 (2022) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desarrolla los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, **PIDESC**), en relación con los derechos sobre la tierra, estableciendo específicamente la obligación de los Estados parte de respetar el derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras así como la obligación de respetar los principios de transparencia, participación y consulta, en el marco del C169 de la OIT y la DNUDPI, bajo la premisa de que el acceso a la tierra supone una garantía para el cumplimiento de los derechos contenidos en el Pacto.

En ese sentido, habiendo reconocido el Comité antes referido, la necesidad de efectivizar el derecho a la consulta previa, como garantía del ejercicio de una serie de derechos contenidos en los denominados DESCAs, estableciendo así una vinculatoriedad entre dichos derechos, resulta conveniente traer a colación los principios de progresividad y de no regresividad, que se desprenden del artículo 2 del PIDESC, así como del artículo 26 de la Convención, principios por los cuales los Estados han asumido el compromiso de adoptar acciones que propugnen gradualmente la efectividad de los derechos en mención; a fin de establecer si el pronunciamiento emitido por el TC sobre el derecho materia de análisis, ha vulnerado, en el caso en concreto, dichos principios.

Respecto a lo señalado, la Corte IDH ha precisado en el caso Vera Rojas y otros vs. Chile, que el reconocimiento de los DESCAs supone la exigencia de dos obligaciones para los Estados: por un lado, su exigibilidad inmediata, y por otro lado, la progresión expedita y eficaz de dichos derechos, lo que implica, a su vez, la no regresividad de los logros alcanzados (2021). En el plano nacional, el TC también se ha pronunciado con relación a este principio, señalando en la sentencia recaída sobre el expediente N° 0020-2015-PI/TC, que no se puede retroceder el avance que se haya logrado en la efectividad de los derechos al punto de producir un contexto de perjuicio injustificado que suponga un detrimento de los derechos respecto a la situación en la que estos se encuentran (2018).

Es decir, en el caso particular de los DESCAs, como es el derecho a la consulta previa, existe la obligación de los Estados de mejorar las condiciones en las que se desarrollan tales derechos (principio de progresión), lo que supone la exigencia de no adoptar medidas estatales que supongan el desmedro y retroceso de los resultados alcanzados por el Estado en la aplicación de estos derechos (principio de no regresividad). En efecto, tal como sostiene Courtis, la exigencia de no regresividad permite controlar aquellas medidas estatales que “(...) impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social de un país (...)” (2006, p. 20), siendo particularmente importante, en el caso de los pueblos indígenas, tener en cuenta la relación especial que mantienen con sus tierras y recursos, la misma que compone su propia identidad cultural y permiten su autodeterminación.

No obstante, como sucede con los derechos, la aplicación de estos principios no es absoluta, por lo que pueden darse ciertas circunstancias que, de manera excepcional, permita la inobservancia de los mismos. Así pues, en el marco de las Observaciones Generales emitidas por el Comité antes referido, Courtis identifica los siguientes supuestos en los que los Estados, de manera taxativa y limitada, pueden justificar la regresión de un DESCAs: (i) cuando se hayan analizado todas las opciones disponibles, (ii) cuando la regresión se realice con

el fin de salvaguardar la efectividad de otros DESCAs, más aún cuando los titulares de dichos derechos sean grupos sociales vulnerables, y, (iii) cuando la adopción de la medida restrictiva se haya tomado como última opción al no contar con los recursos necesarios para evitar la misma (2006, pp. 39 - 40).

Si bien es cierto, el pronunciamiento emitido por el TC en la sentencia recaída sobre el expediente N° 03066-2019-PA/TC, negando el carácter constitucional derecho a la consulta previa, no constituye una disposición que derogue *per se* la normativa que regula la aplicación de dicho derecho, y, aunque no constituye precedente vinculante, no se puede negar que constituye un pronunciamiento bajo el cual se pueden emitir políticas públicas que supongan el retroceso en cuanto a la eficacia del derecho a la consulta previa.

Sobre este punto, se debe tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 15 del NCPC, las decisiones sobre el fondo de la controversia adoptadas por el TC tienen la calidad de cosa juzgada constitucional, y que, de acuerdo con el fundamento 15 de la resolución aclaratoria del TC, recaída sobre el expediente N° 006-2006-PC/TC, no se puede negar la relación que existe entre la interpretación que realiza dicha institución sobre las disposiciones constitucionales y la seguridad jurídica que debe prevalecer en el ordenamiento nacional, haciendo hincapié en que dicha seguridad se logrará en tanto las demás instituciones estatales respeten la interpretación jurídica que realiza el TC, independientemente de si se trata de un precedente vinculante o no (2007).

En ese sentido, no cabe duda del papel fundamental que cumple el TC con relación a la interpretación que se debe hacer sobre la norma constitucional, y, por tanto, sobre los derechos constitucionales reconocidos a la población. Es así que, como supremo intérprete de la Constitución, marca la línea interpretativa a seguir por las demás autoridades públicas, en ese sentido, no solo sienta las bases sobre las cuales existe el riesgo de que se adopten decisiones perjudiciales para los titulares de, en este caso, el derecho a la consulta previa, sino que por sí misma resulta ser una medida que implica un retroceso para la efectiva aplicación de un derecho tutelable.

5.2. PROBLEMA PRINCIPAL

Habiendo dado respuesta a los problemas específicos que se desprenden del caso seguido por las Comunidades, es posible, pues resolver el problema jurídico principal planteado en el presente Informe. En ese sentido, se puede afirmar que la decisión adoptada por el TC en la resolución de la demanda interpuesta supone una vulneración del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Como se ha establecido previamente, no existía sustento jurídico para alegar un supuesto de improcedencia de la demanda, ya que, en el momento en que se otorgó la concesión minera a favor de la empresa minera demandada, se encontraba vigente el C169 de la OIT, así como existía nutrida jurisprudencia de la Corte IDH que desarrolla la aplicación del derecho a la consulta previa, incluyendo su pertinencia previa a la emisión de una concesión sobre la propiedad comunal de los pueblos indígenas; por lo cual, el control de constitucionalidad ejercido debió establecer la obligación del Estado, a través del MEM como entidad competente en la materia, de consultar, de forma previa, libre e informada, a las Comunidades, no solo en el marco de las disposiciones constitucionales internas, como son los citados artículos 3, 55 y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también como parte de las obligaciones adoptadas por el Estado, a la luz de la Convención de Viena y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esa línea, concuerdo con la conclusión a la que arriban la magistrada Ledesma y el magistrado Espinosa - Saldaña, respecto a que la demanda planteada, no solo era procedente procesalmente, sino que la misma debió ser declarada fundada, al encontrarse frente a una afectación directa a los derechos colectivos de las Comunidades en cuestión, quienes, como parte del pueblo indígena aimara, poseían su título de propiedad correspondiente; en ese sentido, la solicitud de concesión minera sobre el territorio indígena de dichas Comunidades entraba en colisión con el derecho de propiedad comunal que les había sido reconocido por el propio Estado, produciéndose así, una afectación directa por parte de una medida administrativa (Resoluciones Jefaturales que

otorgan la concesión) en perjuicio de los derechos e intereses de determinados pueblos indígenas (derecho de propiedad de las Comunidades) que ameritaba el inicio de un proceso de consulta.

En consecuencia, se debió retrotraer, no la línea jurisprudencia que avala y reconoce el derecho en cuestión como parte del ordenamiento nacional, sino las actuaciones administrativas que llevaron a otorgar la concesión minera sobre la propiedad comunal de los pueblos indígenas demandantes, a fin de que se realice efectivamente el procedimiento de consulta previa correspondiente, que, en el marco de las normas nacionales que regulan el mismo, así como del estándar internacional desarrollado, que se aplica de manera subsidiaria y complementaria, debe considerar, principalmente, un enfoque de interculturalidad pertinente, que permita que la comunicación entre las autoridades y los pueblos indígenas sea acertada, con un intercambio de información adecuado y realizado de buena fe entre las partes intervinientes.

6. CONCLUSIONES

Sobre el primer problema jurídico secundario

- No existe fundamento jurídico para establecer la improcedencia de la demanda planteada por las Comunidades, tal como fue sostenido por el TC, ya que el elemento constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa invocado, este es, el acceso a la consulta, forma parte del ordenamiento jurídico peruano, a través de las propias normas procesales (artículos II y VIII del Título Preliminar del NCP), las disposiciones constitucionales (artículos 3, 55 y de la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Constitución), así como las normas de naturaleza convencional (principalmente, el C169 de la OIT, la Convención y la jurisprudencia emitida por la Corte IDH).
- Asimismo, resulta inconsistente la afirmación realizada por la parte demandada, referida a la existencia de vías procedimentales específicas y satisfactorias, así como a la exigencia del agotamiento de las vías

previas, en atención a que, en el marco de las reglas establecidas en el precedente vinculante del Caso Elgo Ríos Nuñez, no existía otro proceso más idóneo que la vía constitucional para garantizar la protección del derecho invocado, pues la concesión ya había sido realizada a favor de la empresa concesionaria, que, en calidad de titular, posee en su esfera jurídica el derecho para realizar las actividades de exploración y explotación de los recursos concedidos, produciendo la potencial irreparabilidad del derecho, y por tanto, se requería de una tutela urgente que garantizara la protección de los derechos de las Comunidades afectadas.

Sobre el segundo problema jurídico secundario

- En atención a la vinculatoriedad de los tratados de Derechos Humanos, así como de los pronunciamientos emitidos por la Corte IDH, a través del control de convencionalidad, que el Estado peruano se encuentra en la obligación de realizar, es posible afirmar que correspondía la aplicación del derecho a la consulta previa a favor de las Comunidades demandantes, debiéndose tener en cuenta que esta herramienta jurídica debe ser aplicada por todas las autoridades públicas de los Estados que se encuentren bajo la jurisdicción de la Corte IDH. En ese sentido, el TC debió valorar como parte de su análisis jurídico el parámetro internacional establecido con relación al derecho a la consulta previa, conformado, principalmente, por el C169 de la OIT, la DNUDPI, así como los casos de la Corte IDH citados en el desarrollo del presente Informe.
- Asimismo, atendiendo a lo desarrollado en el análisis previo, queda claro que correspondía aplicar el derecho a la consulta previa antes de la emisión del otorgamiento de la concesión, pues, el objetivo de dicho procedimiento, en su relación con el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, es garantizar la opinión previa, libre e informada respecto a cualquier proyecto que pueda afectar directamente el ejercicio de su derecho a la tierra comunal, entre otros derechos conexos, por lo que la ejecución de la consulta no se puede implementar cuando sea

estrictamente necesario, sino con el tiempo oportuno para la evaluación de los potenciales daños que se puedan producir; constituyendo así una garantía ante la restricción del derecho de propiedad comunal, de acuerdo a lo señalado por la Corte IDH.

- Así también, al haberse establecido que el derecho a la consulta previa es presupuesto para el ejercicio de una serie de derechos pertenecientes a los denominados DESCAs, correspondía la aplicación de dicho derecho en aras de garantizar el cumplimiento de los principios de progresividad y de no regresividad, reconocidos en el PIDESC así como en la Convención. En ese sentido, al existir un retroceso en cuanto a los pronunciamientos previos que venía emitiendo el TC con relación al derecho a la consulta previa, se evidencia la vulneración del principio de no regresividad.

Sobre el problema jurídico principal

- En el marco del análisis desarrollado, se evidencia que la decisión adoptada por el TC, como supremo intérprete de la Constitución y de los derechos contenidos en esta, vulnera el derecho a la consulta previa alegado por las Comunidades demandantes, al no existir sustento jurídico, de procedibilidad ni de fondo, que avale la conclusión a la que arribó en la sentencia recaída sobre el expediente N° 03066-2019-PA/TC.

BIBLIOGRAFÍA

Aguado, M. (2009). La Concesión Minera. Jurisdicción y Procedimiento. Revista De Derecho Administrativo, (8), 25-45. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13983>

Bazan, V. (2020). Vulneraciones a los derechos humanos. Editorial Astrea.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 40/04, sobre el Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice); 12 de octubre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99; 01 de octubre de 1999.
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Almonacid Arellano y otros vs. Chile; 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Saramaka vs. Surinam; 28 de noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Myrna Mack Chang Vs. Guatemala; 25 de noviembre de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de cumplimiento de sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay; 20 de marzo de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Vera Rojas y otros vs. Chile; 01 de octubre de 2021.

Courtis, C. (2006). Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto. Recuperado a partir de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/ni-un-paso-atras-la-prohibicion-de-regresividad-en-materia-de-derechos-sociales.pdf>

Defensoría del Pueblo (2015). Informe de Adjuntía N° 003-2015-DP/AMASPPI-PPI.

Defensoría del Pueblo (2022). Informe de la Defensoría del Pueblo para el Cuarto ciclo del Examen Periódico Universal.

Guzmán, A. (2015). El Derecho público y el Derecho privado. Revista Persona y Derecho, (72), 11-21. <https://dadun.unav.edu/handle/10171/42380>

Landa, C. (2002). El Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. Fundamento Constitucional, (8), 445-461. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3287/3129>

ONU (2022). Observación general núm. 26, relativa a los derechos sobre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales. <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/ec12gc26-general-comment-no-26-2022-land-and>

Sagüés, N. (2019) El control de convencionalidad y la problemática de sus topes, Estado de Derecho y Derechos Humanos, 211-233. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/9624>

Tribunal Constitucional. Resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente N° 006-2006-PCC/TC; 23 de abril de 2007.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 03066-2019-PA/TC; 20 de enero de 2022.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 01126-2011-HC/TC; 11 de septiembre de 2012

Tribunal Constitucional. Expediente N° 0020-2015-PI/TC; 25 de abril de 2018.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 02383-2013-PA/TC; 11 de mayo de 2015.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 00024-2009-PI/TC; 26 de julio de 2011.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 00025-2009-PI/TC; 17 de marzo de 2011.

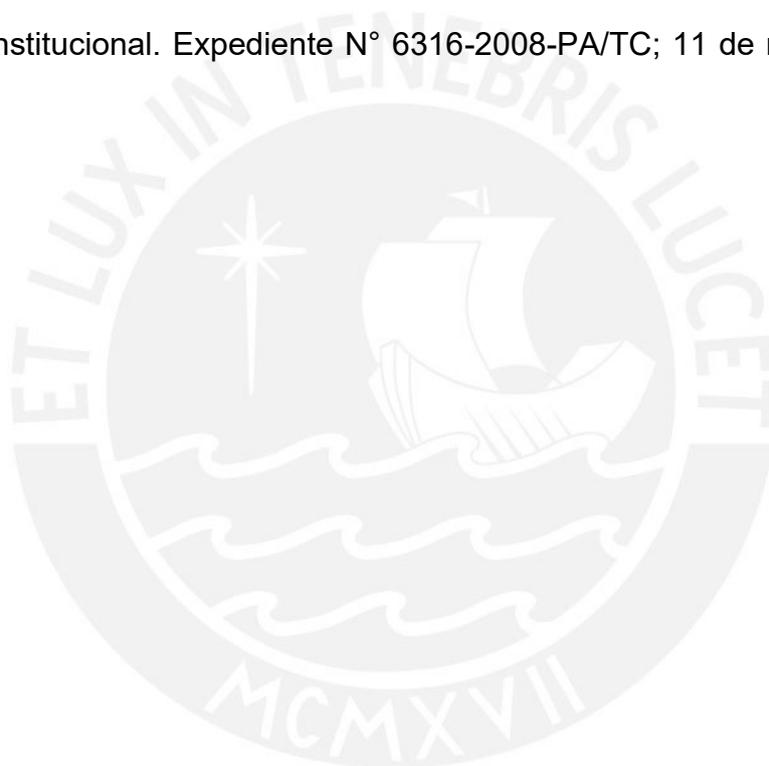
Tribunal Constitucional. Expediente N° 05427-2009-PC/TC; 30 de junio de 2010.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 0022-2009-PI/TC; 09 de junio de 2010.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 03343-2007-PA/TC; 19 de febrero de 2009.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 0048-2004-PI/TC; 01 de abril de 2005.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 6316-2008-PA/TC; 11 de noviembre de 2009.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 27/2022

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 20 de enero de 2022, los magistrados Ferrero Costa (con fundamento de voto), Sardón de Taboada y Blume Fortini han emitido la sentencia que resuelve:

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Por su parte, el magistrado Miranda Canales emitió un voto singular en el que declara infundada la demanda.

La magistrada Ledesma Narváez (quien votó en fecha posterior) y el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera formularon unos votos singulares en el que declaran fundada la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

FERRERO COSTA
SARDÓN DE TABOADA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Firmado digitalmente por:
FERRERO COSTA Augusto FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 28/02/2022 14:32:29-0500

Firmado digitalmente por:
SARDON DE TABOADA Jose
Luis FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 01/03/2022 12:03:25-0500

Firmado digitalmente por:
MIRANDA CANALES Manuel
Jesus FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 28/02/2022 19:30:46-0500

Firmado digitalmente por:
BLUME FORTINI Ernesto
Jorge FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 01/03/2022 21:24:29-0500

Firmado digitalmente por:
LEDESMA NARVAEZ
Marianella Leonor FAU 20217267618
soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 01/03/2022 10:59:31-0500

Firmado digitalmente por:
ESPINOSA SALDAÑA BARRERA
Eloy Andres FAU 20217267618
soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 27/02/2022 18:31:55-0500



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de enero de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, sin la participación del magistrado Ramos Núñez, en atención a la Resolución Administrativa N.º 172-2021-P/TC. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Ferrero Costa y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera. Se deja constancia de que la magistrada Ledesma Narváez votó en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Aydee Ugarte Sagua y Antonio Alanguia Chagua en representación de las Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará contra la Resolución 58, de fecha 01 de julio de 2019, folios 940, expedida por la Sala Civil de la Provincia de Puno de la Corte Superior de Justicia de Puno, que confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

ASUNTO

Con fecha 17 de setiembre de 2017, las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucara interponen demanda de amparo en contra del Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y contra el Ministerio de Energía y Minas (MEM), solicitando la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. Alega que las cuadrículas de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. se superpone sobre áreas pertenecientes al territorio de la comunidad de Chilla Chambilla. Específicamente indica que dichas concesiones ocupan más del 50% de cada una de las comunidades demandantes. Precisa que ello ha ocurrido sin respetar el derecho a la consulta previa, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos a la identidad cultural y religiosa.

Las demandantes alegan que para las comunidades indígenas tienen una estrecha relación con la tierra. No se trata de una relación de posesión y producción, sino como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Sostiene que mediante la concesión minera se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica, por ejemplo, sobre recursos naturales renovables y no renovables. Hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado, derechos facultades, poderes hasta entonces inexistentes. Por ello afirma que los territorios indígenas estarán a merced de que el Estado priorice la actividad minera sin tomar en cuenta los otros usos del territorio y la protección del medio ambiente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

Aduce que no es necesario agotar la vía administrativa puesto que el MINEM está a punto de otorgar licencias de exploración y explotación para autorizar el comienzo de las actividades extractivas sobre el territorio de las comunidades. Indican que nunca se les notificó de manera efectiva y concreta a las autoridades y miembros de la comunidad. El Estado asume que las autoridades comunales tienen acceso a diarios todos los días, cuando estas comunidades viven en zonas rurales donde no llega la prensa escrita y además no tienen los medios económicos para comprar periódicos, vulnerándose el derecho de defensa, al no poder ejercer el derecho de oponerse a la concesión minera conforme a la legislación vigente. Además, indica que la información publicada no es suficiente al no permitirse saber si el territorio de su comunidad ha sido concesionado.

Alega que la titulación de las concesiones mineras en territorios de las comunidades campesinas, compromete y afecta el derecho a la propiedad y el territorio de los pueblos indígenas. Y sin lugar a dudas, la actividad de exploración y explotación que genere la titulación de las concesiones mineras va a afectar el ejercicio de las actividades normales de los pueblos indígenas al limitar y restringir el derecho de propiedad y al territorio. E insiste en que las concesiones mineras no solo tendrán una incidencia directa en el derecho a la identidad cultural, sino que constituye una amenaza cierta e inminente a la tierra, a la cultura y a sus tradiciones.

Mediante Resolución 25, fecha 27 de febrero 2017, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno resolvió la apelación propuesta por las comunidades campesinas en contra de la sentencia de primera instancia contenida en la Resolución 09 de fecha 09 de mayo de 2016 que declaró improcedente la demanda. La Sala Civil por su parte consideró que al no haberse incluido en el proceso a la empresa Cementos Sur S.A. pese a que tiene la calidad de litisconsorte necesario por ser la titular de la concesión se habría estado imposibilitada para una decisión sobre el fondo, por lo que declaró la nulidad la sentencia apelada y nulo todo lo actuado ordenando que se proceda a calificar nuevamente la demanda.

Por ello, mediante Resolución 30, de fecha 26 de mayo de 2017, se admitió a trámite la demanda y se dieron 5 días para la contestación (f. 498).

Mediante escrito de fecha 01 de agosto de 2017, el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (Ingemmet), contesta la demanda indicando que en ningún momento han cumplido con demostrar algún tipo de acto administrativo que genere la vulneración o la amenaza cierta e inminente del derecho fundamental alegado. Alega que cualquier acto administrativo emitido por el Estado dentro del territorio de los demandantes no implica *per se* la vulneración de su derecho fundamental a la consulta previa. Entiende que la demanda se plantea por una supuesta amenaza cierta e inminente de vulneración a su derecho fundamental a la propiedad, por lo que debieron impugnar el acto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

administrativo con el que se generaría la amenaza. Y resalta que la sola concesión no implica que se proceda de inmediato a realizar la actividad extractiva o minera, puesto que “el proceso de otorgamiento en concesión de hidrocarburos es largo y detallado” debiendo contar con certificación ambiental, aprobación del Instituto Nacional de Cultura, obtener el permiso para utilización de tierras mediante acuerdo previo servidumbre administrativa. Así como otras licencias y permisos. Si bien reconoce el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas (f. 516), entiende también que este tiene límites. Argumenta que no está permitido poner en tela de juicio los compromisos internacionales una vez asumidos, lo contrario implicaría una contravenir el principio de buena fe y el de *pacta sum servanta*. Por ello indica que el Convenio 169 sí obliga internacionalmente al Perú, su cumplimiento no implica que se trata de un derecho fundamental ilimitado. Alega que la consulta no responde a una forma unívoca, sino que depende del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de control y la finalidad de la misma. También precisa que son los pueblos indígenas los que tienen que sustentar que determinada medida incide o afecta directamente en sus intereses. Concluye por ello que los demandantes no han acreditado ningún tipo de configuración de amenaza cierta e inminente, y mucho menos una vulneración de algún tipo de derecho de propiedad o de consulta previa. Así la situación de hecho y de derecho no ha variado.

Mediante escrito de fecha 21 de agosto de 2017 la empresa Kuskalla Mining Company S.A. (en adelante Kuskalla) se apersonó y contestó la demanda, indicando que las resoluciones jefaturales 0427-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre de 2005, y la 04209-2005-INACC/J, del 11 de octubre de 2005, otorgaron el título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II, respectivamente a favor de Rolando Francisco Málaga Luna, Ambos petitorios fueron trasferidos a favor de Cemento Sur S.A. cuya actual razón social es CAL & Cemento Sur S.A. Con fecha 05 de mayo de 2016 se realizó la transferencia a favor de Kuskalla. De otro lado indicó que en ningún momento se interpuso recurso administrativo en contra de las resoluciones jefaturales referidas, incumpléndose con lo establecido en el artículo 125 de la Ley General de Minería, con lo que se habría configurado la falta de agotamiento de la vía administrativa. Asimismo, indica que la demanda debía ser declara improcedente porque existe una vía igualmente satisfactoria puesto que las resoluciones cuestionadas son susceptibles de ser impugnados en el proceso contencioso administrativo. Afirma que la concesión no es suficiente para llevar a cabo el proyecto de inversión, por lo que el agotamiento de la vía previa no implicaría que la supuesta agresión pudiera convertirse en irreparable. De otro lado, expresó que la concesión minera es un derecho expectatio que no configura un derecho real al terreno superficial y no genera certeza sobre ninguna actividad, proyecto a ni sus eventuales impactos. Las actividades de exploración o explotación no pueden llevarse a cabo solamente con la concesión minera. Y por último indica que no se tiene información relevante ni suficiente para que esa medida sea sometida a consulta previa. Por ello sostiene que no se ha afectado el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

contenido esencial del derecho a la consulta. También alega que en la demanda no se ha presentado medio probatorio que demuestre que su territorio se encuentra amenazado con el otorgamiento de las concesiones mineras no metálicas. Se hacen referencias a meras conjeturas o suposiciones. Asimismo, se ha indicado que en la demanda no se ha demostrado que Ingemmet no comunicó el otorgamiento a las comunidades campesinas, no obstante, en la propia demanda se indicó que el procedimiento administrativo se comunicó mediante aviso de presan escrita. Refiere que la concesión minera no implica el inicio de una actividad per se por lo que no existe una presunta vulneración al derecho de consulta ni a sus derechos conexos. Más aun, de acuerdo al artículo 7 de la Ley 26505, el titular de la concesión minera deberá obtener directamente del propietario o poseionario los derechos superficiales necesarios para la realización de sus actividades. Asimismo, explica que en la práctica se evidencia que el concesionario deberá negociar directamente con las poblaciones indígenas propietarias del terreno para recién acceder a la zona, ya que de lo contrario el proyecto no prosperará. Por ello alega que la medida administrativa no afecta directamente a los pueblos indígenas.

Mediante Resolución 42, de fecha 18 de mayo de 2018 (f. 769), el Juzgado Mixto de la Provincia de Chucuito-Juli de la Corte Superior de Justicia de Puno, declaró improcedente la demanda considerando que los demandantes podían recurrir a la vía contencioso administrativa. Considera que los demandantes no han cumplido con el artículo 125 del *Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería*, que plantea medio impugnatorio administrativos contra la Resolución del registro público de minería, ante el Consejo de Minería, no agotando con ello la vía administrativa.

Mediante Resolución 58, del 01 de julio de 2019, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, confirmó la apelada indicando que, con la demanda se pretende la nulidad de las concesiones mineras emitidas en favor de Cemento Sur S.A. No obstante, considera no es claro que las entidades demandantes pertenezcan a un pueblo indígena y que su autoidentificación con uno de estos pueblos no se ha acreditado suficientemente. Por ello, considera que la titularidad del derecho a la consulta debe estar plenamente probada, pero citando un texto doctrinario que indica que las comunidades campesinas ubicadas en las zonas andinas que son la gran mayoría no son consideradas campesinas.

Asimismo, se estableció que la demanda no alude a un asunto que requiere una tutela especial de urgencia, al no describir o acreditar el inicio de cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales existentes en tierras de pueblos indígenas o de comunidades campesinas. Citando la Sentencia 0022-2009-PI/TC (fund, 16) del Tribunal Constitucional, se estableció que el derecho de consulta para el caso específico de exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas y no previamente al otorgamiento de una concesión. Por ello no se ha demostrado una manifiesta amenaza o violación de los derechos constitucionales invocados.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

Finalmente se indicó que de acuerdo al Reglamento de Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios aprobado mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC, se ha previsto que la consulta a los pueblos indígenas y tribales en formar previa a la exploración o explotación conforme a los previsto en el Convenio 169, pero no antes de su concesión.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. Mediante el proceso de amparo se solicita que se dejen sin efecto la Resolución Jefatural 04327-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre 2005, y la Resolución Jefatural 4209-2005-INACC/J, de fecha 11 de octubre de 2005, mediante las cuales se otorgó título de concesión minera no metálica Chilachambilla 1 y Chilachambilla 2, por encontrarse sobrepuestas al territorio de las comunidades campesinas demandantes. Indican que esta medida contraviene el derecho a la consulta previa, y amenaza su derecho a la propiedad, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos a la identidad cultural y religiosa.

Análisis de la controversia

2. En el presente caso, la parte demandante principalmente cuestiona que las entidades emplazadas no habrían implementado el mecanismo de la consulta previa en el otorgamiento de una concesión minera que se sobrepone a sus territorios.
3. Sin embargo, el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental.
4. En todo caso, el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional.
5. Por lo tanto, en aplicación del artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional, la demanda incoada resulta improcedente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**FERRERO COSTA
SARDÓN DE TABOADA
BLUME FORTINI**

PONENTE BLUME FORTINI





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto a nuestros colegas magistrados, si bien nos encontramos de acuerdo con lo resuelto, precisamos lo siguiente:

El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, en lo pertinente al caso de autos, señala lo siguiente (artículo 15, párrafo 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 **prospección¹ o explotación** de los recursos existentes en sus tierras (...) (énfasis añadido).

Conforme al artículo 66 de la Constitución, los recursos naturales son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Entonces, es aplicable el citado artículo del Convenio 169, donde se dispone que los gobiernos deberán establecer mecanismos de consulta a los pueblos interesados antes de emprender o autorizar cualquier programa de *exploración* o *explotación* de los recursos existentes en sus tierras (cfr. STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 16), no previamente al otorgamiento de una *concesión*.

Coherente con ello, el Reglamento de la Ley 29785, *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT* (Decreto Supremo 001-2012-MC), en su artículo 6, prescribe:

Consulta previa y recursos naturales

De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3, inciso i) del Reglamento que faculte el **inicio de la actividad de exploración o explotación** de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso (énfasis añadido).

¹ Según el Diccionario de la Real Academia Española, *prospección* es: "Exploración del subsuelo basada en el examen de los caracteres del terreno y encaminada a descubrir yacimientos minerales, petrolíferos, aguas subterráneas, etc."



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

En el caso de autos, los demandantes identifican como acto lesivo la omisión de la parte demandada de realizar la consulta previa contemplada en el Convenio 169 antes de expedir las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. Según ellos, las cuadrículas de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. se superpone sobre áreas pertenecientes al territorio de la comunidad de Chilla Chambilla.

Como hemos visto, el Convenio 169, tratándose de recursos naturales, contempla la consulta a los pueblos interesados en forma previa a la exploración o explotación de dichos recursos, pero no antes de su concesión. Debido a ello, la demanda incurre en la causal de improcedencia contenida en el artículo 7 inciso 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, ya que no está referida al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

Por lo tanto, habiendo aclarado lo referido, votamos a favor de declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por los siguientes fundamentos:

Antecedentes

1. Con fecha 17 de setiembre de 2017, las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará interponen demanda de amparo en contra del Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y del Ministerio de Energía y Minas (Minem), mediante la cual solicitan la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur SA. Alegan que las cuadrículas de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur SA se superponen sobre áreas pertenecientes al territorio de la comunidad de Chilla Chambilla. Específicamente, indican que dichas concesiones ocupan más del 50 % de cada una de las comunidades demandantes. Precisan que ello ha ocurrido sin respetar el derecho a la consulta previa, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos, a la identidad cultural y religiosa.

Sentencia de primera instancia y nulo todo lo actuado

2. Mediante Resolución 25, de fecha 27 de febrero de 2017, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno resolvió la apelación propuesta por las comunidades campesinas en contra de la sentencia de primera instancia contenida en la Resolución 9, de fecha 9 de mayo de 2016, que declaró improcedente la demanda. La Sala Civil por su parte consideró que al no haberse incluido en el proceso a la empresa Cementos Sur SA pese a que tiene la calidad de litisconsorte necesario por ser la titular de la concesión, estaba imposibilitada para una decisión sobre el fondo, por lo que declaró la nulidad de la sentencia apelada y nulo todo lo actuado, ordenando que se proceda a calificar nuevamente la demanda.
3. Por ello, mediante Resolución 30, de fecha 26 de mayo de 2017, se admitió a trámite la demanda y se dieron 5 días para la contestación (f. 498).

Contestación de la demanda

4. Mediante escrito de fecha 1 de agosto de 2017, el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (Ingemmet), contesta la demanda e indica que en ningún momento han cumplido con demostrar algún tipo de acto administrativo que genere la 5. vulneración o la amenaza cierta e inminente del derecho fundamental alegado. Alega que cualquier acto administrativo emitido por el Estado dentro del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

territorio de los demandantes no implica *per se* la vulneración de su derecho fundamental a la consulta previa. Entiende que la demanda se plantea por una supuesta amenaza cierta e inminente de vulneración a su derecho fundamental a la propiedad, por lo que debieron impugnar el acto administrativo con el que se generaría la amenaza. Y resalta que la sola concesión no implica que se proceda de inmediato a realizar la actividad extractiva o minera, puesto que “el proceso de otorgamiento en concesión de hidrocarburos es largo y detallado” debiendo contar con certificación ambiental, aprobación del Instituto Nacional de Cultura, obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo de servidumbre administrativa. Así como otras licencias y permisos. Si bien reconoce el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas (f. 516), entiende también que este tiene límites. Argumenta que no está permitido poner en tela de juicio los compromisos internacionales una vez asumidos, lo contrario implicaría contravenir el principio de buena fe y el de *pacta sum servanta*. Por ello, indica que el Convenio 169 sí obliga internacionalmente al Perú, su cumplimiento no implica que se trate de un derecho fundamental ilimitado. Alega que la consulta no responde a una forma unívoca, sino que depende del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de control y la finalidad de esta. También precisa que son los pueblos indígenas los que tienen que sustentar qué determinada medida incide o afecta directamente sus intereses. Concluye expresando que los demandantes no han acreditado ningún tipo de configuración de amenaza cierta e inminente, y mucho menos la vulneración de algún tipo de derecho de propiedad o de consulta previa. Así la situación de hecho y de derecho no ha variado.

5. Mediante escrito de fecha 21 de agosto de 2017, la empresa Kuskalla Mining Company SA (en adelante Kuskalla) se apersonó y contestó la demanda, e indicó que las Resoluciones Jefaturales 0427-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre de 2005, y la 04209-2005-INACC/J, del 11 de octubre de 2005, otorgaron el título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II, respectivamente, a favor de Rolando Francisco Málaga Luna. Ambos petitorios fueron transferidos a favor de Cemento Sur SA, cuya actual razón social es CAL & Cemento Sur SA. Con fecha 5 de mayo de 2016 se realizó la transferencia a favor de Kuskalla. De otro lado, indicó que en ningún momento se interpuso recurso administrativo en contra de las resoluciones jefaturales referidas, incumplándose con lo establecido en el artículo 125 de la Ley General de Minería, con lo que se habría configurado la falta de agotamiento de la vía administrativa. Asimismo, indica que la demanda debía ser declarada improcedente porque existe una vía igualmente satisfactoria, puesto que las resoluciones cuestionadas son susceptibles de ser impugnadas en el proceso contencioso-administrativo. Afirma que la concesión no es suficiente para llevar a cabo el proyecto de inversión, por lo que el agotamiento de la vía



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

previa no implicaría que la supuesta agresión pudiera convertirse en irreparable. Por otra parte, expresó que la concesión minera es un derecho expectatio que no configura un derecho real al terreno superficial y no genera certeza sobre ninguna actividad, proyecto ni sus eventuales impactos. Las actividades de exploración o explotación no pueden llevarse a cabo solamente con la concesión minera. Y, por último, indica que no se tiene información relevante ni suficiente para que esa medida sea sometida a consulta previa. Por ello sostiene que no se ha afectado el contenido esencial del derecho a la consulta. También alega que en la demanda no se ha presentado medio probatorio que demuestre que su territorio se encuentra amenazado con el otorgamiento de las concesiones mineras no metálicas. Se hacen referencias a meras conjeturas o suposiciones. Asimismo, se ha indicado que en la demanda no se ha demostrado que Ingemmet no comunicó el otorgamiento a las comunidades campesinas, no obstante, en la propia demanda se indicó que el procedimiento administrativo se comunicó mediante aviso de prensa escrita. Refiere que la concesión minera no implica el inicio de una actividad *per se* por lo que no existe una presunta vulneración al derecho de consulta ni a sus derechos conexos. Más aún, de acuerdo al artículo 7 de la Ley 26505, el titular de la concesión minera deberá obtener directamente del propietario o poseionario los derechos superficiales necesarios para la realización de sus actividades. Asimismo, explica que en la práctica se evidencia que el concesionario deberá negociar directamente con las poblaciones indígenas propietarias del terreno para recién acceder a la zona, ya que de lo contrario el proyecto no prosperará. Por ello, alega que la medida administrativa no afecta directamente a los pueblos indígenas.

Sentencia de primera instancia o grado

6. Mediante Resolución 42, de fecha 18 de mayo de 2018 (f. 769), el Juzgado Mixto de la Provincia de Chucuito-Juli de la Corte Superior de Justicia de Puno, declaró improcedente la demanda al considerar que los demandantes podían recurrir a la vía contencioso- administrativa. Considera que los demandantes no han cumplido con el artículo 125 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, que plantea medio de impugnación administrativo contra la Resolución del registro público de minería, ante el Consejo de Minería, no agotando con ello la vía administrativa.

Resolución de segunda instancia o grado

7. Mediante Resolución 58, del 1 de julio de 2019, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno confirmó la apelada e indicó que, con la demanda se pretende la nulidad de las concesiones mineras emitidas a favor de Cemento Sur SA. No obstante, considera no es claro que las entidades demandantes



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

pertenezcan a un pueblo indígena y que su autoidentificación con uno de estos pueblos no se ha acreditado suficientemente.

Por ello, considera que la titularidad del derecho a la consulta debe estar plenamente probada, pero citando un texto doctrinario que indica que las comunidades campesinas ubicadas en las zonas andinas que son la gran mayoría no son consideradas campesinas.

8. Asimismo, se estableció que la demanda no alude a un asunto que requiere una tutela especial de urgencia, al no describir o acreditar el inicio de cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales existentes en tierras de pueblos indígenas o de comunidades campesinas. Citando la Sentencia 0022-2009-PI/TC (fundamento 16) del Tribunal Constitucional, se estableció que el derecho de consulta para el caso específico de exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas y no previamente al otorgamiento de una concesión. Por ello no se ha demostrado una manifiesta amenaza o violación de los derechos constitucionales invocados.
9. Finalmente, se indicó que de acuerdo al Reglamento de Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios aprobado mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC, se ha previsto que la consulta a los pueblos indígenas y tribales en formar previa a la exploración o explotación conforme a los previsto en el Convenio 169, pero no antes de su concesión.

Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

10. Mediante el proceso de amparo se solicita que se dejen sin efecto la Resolución Jefatural 04327-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre 2005, y la Resolución Jefatural 4209-2005-INACC/J, de fecha 11 de octubre de 2005, mediante las cuales se otorgó título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II, por encontrarse sobrepuestas al territorio de las comunidades campesinas demandantes. Indican que esta medida contraviene el derecho a la consulta, y amenaza su derecho a la propiedad, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos, a la identidad cultural y religiosa.

Comunidades campesinas, pueblos indígenas y originarios

11. En la resolución de segunda instancia se ha considerado que las comunidades campesinas demandantes no habrían acreditado ser pueblos indígenas, por lo que no podrían invocar el derecho de consulta. Ello, a pesar de que las partes no plantearon dicho tema en el debate judicial. En virtud de esta situación este



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

Tribunal entiende que es relevante ahondar acerca de la identificación de las comunidades campesinas como pueblos indígenas.

12. Si bien el texto de la Constitución no hace referencia al término “pueblos indígenas” sí incorpora el término pueblos originarios (artículo 191). Fue mediante el Convenio 169 de la OIT mediante el cual se incorporó la nomenclatura jurídica de “pueblos indígenas”, utilizada prevalentemente en el derecho internacional. Y como ya lo indicó el Tribunal Constitucional, dicho tratado entró en vigor el 2 febrero de 1995 (ver sentencia del Expediente 0025-2009-PI/TC, fundamento 23).
13. Debe indicarse que de acuerdo al artículo 2, literal a) de la Ley 27811, *Ley que Establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos*, publicada el 10 de agosto de 2002, se estableció que las comunidades campesinas y nativas eran consideradas pueblos indígenas u originarios. Con la *Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*, Ley 29785 (Ley de Consulta Previa), publicada el 7 de setiembre de 2011, se estableció, además de los mecanismos para llevar a cabo este procedimiento, criterios de identificación de pueblos indígenas u originarios, precisándose que las “comunidades campesinas o andinas” pueden ser identificadas como pueblos indígenas u originarios.
14. Se observa entonces que la legislación nacional consideró en su momento que las comunidades campesinas y nativas eran pueblos indígenas, pero desde setiembre de 2011 se estableció que estas comunidades *pueden* ser consideradas pueblos indígenas. Estos cambios por parte del Legislador si bien resultan legítimos generan también cierta inestabilidad respecto los derechos de las comunidades campesinas y nativas. Más aún si es que existen criterios de identificación objetivos y subjetivos establecidos en el artículo 1 del Convenio 169. En tal sentido, frente a una duda sobre si determinada comunidad campesina pertenece o no a un pueblo indígena, no resulta legítimo que el juzgador presuma que no es un pueblo indígena. Más aún si se toma en consideración el artículo 2 de la Ley 24656, *Ley General de Comunidades Campesinas*, que establece que estas son organizaciones integradas por “familias que habitan y controlan determinados territorios ligados a vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra [...]”. De ahí que la obligación de acreditar fehacientemente que determinada comunidad campesinas o nativa no es o no pertenece a un pueblo indígena recae en quien plantea ello. No bastando una supuesta observación superficial sobre determinadas comunidades campesinas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

15. En todo caso, en lo que a este caso importa, la *Ley de Consulta Previa* establece la creación de una Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (artículo 20). Dicha Base de Datos es accesible vía el portal electrónico <https://bdpi.cultura.gob.pe/>. De la revisión de tal portal, este Tribunal ha apreciado que tanto la comunidad Chila Chambilla como Chila Pucará (RJ 049-77-AEORAMS-VIII, Ficha 155 RJ 037-77-AE-ORAMS-VIII, Ficha 125, respectivamente) pertenecen al pueblo indígena Aimara.

Configuración dinámica y contextualizada del derecho a la consulta

16. Este Tribunal ya ha indicado que el Congreso Constituyente Democrático mediante Resolución Legislativa 26253, aprobó dicho Convenio, siendo ratificado el 17 de enero de 1994 por el Poder Ejecutivo y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 2 de febrero de 1994. Entró en vigor 12 meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación, esto es, desde el 2 de febrero de 1995, de acuerdo al artículo 38.3 del Convenio (ver sentencia del Expediente 0025-2009-PI/TC, fundamento 23).
17. La jurisprudencia de este Tribunal ha entendido que el derecho a la consulta configura también un diálogo intercultural (sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC, fundamento 17). Este diálogo se debe activar cada vez que una medida administrativa o inclusive legislativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. El Tribunal también estableció que, si bien de acuerdo al artículo 6 del Convenio que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta.
18. Así, si bien el derecho de consulta es obligatorio y sus resultados son vinculantes, si los pueblos indígenas no den su consentimiento a la medida, ello no implica que dicha medida no pueda ser llevado a cabo. El Estado tendrá en todo caso que acreditar que hizo todo lo posible para poder acomodar las preocupaciones y sugerencias de los pueblos indígenas sobre la medida consultada. Ello en virtud del principio de la buena fe que rige el proceso de consulta. Esta es la regla general, lo que no implica que en algunos casos sí se requiera del consentimiento de los pueblos indígenas para poder implementar tal medida. Por ejemplo, el literal b) de la Séptima Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta (Decreto Supremo 001-20210-MC) establece que no “se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígena, ni emitir



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el *consentimiento* de los titulares de las mismas [...].”

19. Por su parte en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que:

[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramaka, sino d debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones (fund. 134).

20. Así, cuando se esté frente a un plan de desarrollo o una inversión dentro de un territorio indígena que pueda tener un *impacto profundo* en los derechos de propiedad de sus miembros, además de la consulta se requiere obtener también el consentimiento libre, previo e informado del pueblo indígena. Es cierto que la Corte Interamericana no estableció un contenido de qué implicaba el término “impacto profundo”, lo que no implica que este concepto no pueda ser definido jurisprudencialmente, caso a caso.

21. En suma, la regla general es que se consulte a los pueblos indígenas con el objetivo de alcanzar el consentimiento, aunque no se requerirá contar con el consentimiento del pueblo indígena para proseguir con la medida. De otro lado, en ciertas circunstancias en donde se configure un “impacto profundo” en los derechos de los pueblos indígenas o sus miembros, tal como el almacenamiento de materiales peligrosos en sus territorios, se requerirá además de la consulta, obtener el consentimiento del pueblo indígena.

22. De ello, se aprecia una configuración dinámica y contextualizada del derecho de consulta. Requiriéndose más obligaciones cuando el impacto es mayor y menos obligaciones cuando el impacto pueda ser menor. Dicha configuración encuentra su fundamento no solo en el Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta o en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino especialmente en el principio de flexibilidad explicado en el artículo 5, literal b) del Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta que establece:

“Deben establecerse mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado”.

23. De igual forma, en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC, fundamento 31-32), se ha indicado lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

“[...] el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados”.

Análisis de la controversia

24. En la presente causa la cuestión a determinar es si procedería o no que se consulte a las comunidades campesinas demandantes el otorgamiento de una concesión minera que se sobrepone a sus territorios. Para ello debe analizarse la normativa que establece la condición de hecho que permite invocar el derecho a la consulta.

25. El artículo 6, inciso a) del Convenio 169 establece que, al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán:

“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*” (cursivas agregadas).

26. Por su parte, la *Ley de la Consulta Previa* establece en su artículo 2, que 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” (cursivas agregadas).

27. Como se aprecia, en ambos casos se hace referencia a una *afectación directa*. En la Sentencia 0022-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional indicó que este tipo de medidas implican que se produzcan “cambios relevantes y directos en la situación jurídica” de los pueblos indígenas (fundamento 13). También se ha indicado que la afectación directa implica “una modificación inmediata y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

significativa de la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus integrantes (fundamento 55)”.

28. Como se aprecia de lo expuesto y como ya lo ha indicado el Tribunal, en abstracto es imposible precisar mediante una fórmula clara cuando se está ante una medida que afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Pero se indicó que resultan evidentes aquellos casos que generen menoscabos, perjuicios, se incluya desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos de intereses colectivos de los pueblos indígenas (sentencia del Expediente 0025-2009-PI/TC, fundamento 25).
29. En todo caso, se deduce de lo expuesto que son los pueblos indígenas quienes tienen la carga de probar de qué manera la medida cuestionada los afecta directamente. Es decir, deben precisar concretamente de qué modo se han configurado cambios relevantes y directos en la situación jurídica de las comunidades campesinas. Ello desde luego, lo pueden realizar tomando en cuenta su cultura, así como los principios jurídicos del derecho que emergen de la cultura indígena. Es precisamente tal explicación la que coadyuvará a la construcción de un diálogo intercultural.
30. En este caso, las comunidades demandantes cuestionan las concesiones mineras no metálicas contenidas en las Resoluciones Jefaturales 0427-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre de 2005, y la 04209-2005-INACC/J, del 11 de octubre de 2005, otorgaron el título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II. Han alegado que con estas se estaría generando una amenaza inminente sobre su derecho a la propiedad territorial de las comunidades campesinas.
31. No obstante, no se aprecia que en la demanda se haya indicado concretamente la manera en que la emisión de la concesión minera habría afectado directamente a los pueblos indígenas. Así, considerando que la concesión fue emitida en 2005, las comunidades campesinas han convivido con dichas concesiones por aproximadamente 15 años, pero a pesar de ello no han demostrado la supuesta afectación directa. Más aún, debe considerarse que la sola emisión de la concesión no autoriza a la empresa minera ahora titular de la concesión realizar intervención alguna en el territorio de la comunidad.
32. En efecto, como lo han expuesto los demandados, para iniciar los procesos de exploración y explotación se requiere una serie de autorizaciones y permisos. Así, el otorgamiento de estos, por ejemplo, el que autoriza a la exploración o explotación, sí tendrán que ser consultados porque es previsible, en principio, una materialización de la afectación directa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

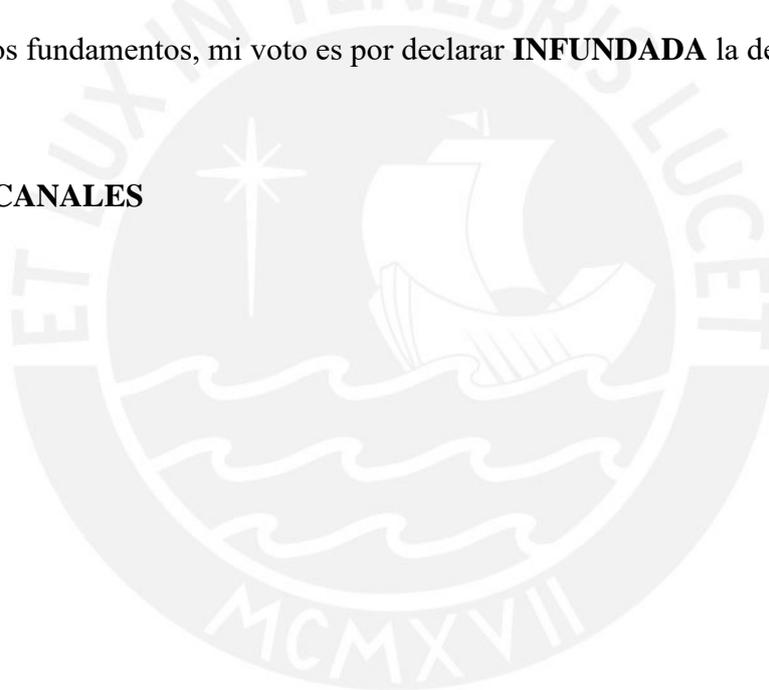
EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

33. La presente decisión tiene implicancias claras. No descarta que mediante una concesión minera se pueda afectar directamente a los pueblos indígenas. Lo que se establece en este caso en concreto es que tal afectación directa no ha sido acreditada. Desde luego, todo esto no implica que las comunidades campesinas, en virtud de su propiedad territorial, tengan la facultad de autorizar o no el ingreso de personas extrañas a su comunidad. Así, las personas que requieran ingresar a la propiedad campesina tendrán que ser autorizadas.

Por todos estos fundamentos, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

MIRANDA CANALES





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la posición de mayoría, en el presente caso, considero que la demanda debe declararse **FUNDADA**.

Las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará solicitan que se dejen sin efecto la Resolución Jefatural 04327-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre 2005, y la Resolución Jefatural 4209-2005-INACC/J, de fecha 11 de octubre de 2005, mediante las cuales se otorgó título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II, por encontrarse sobrepuestas al territorio de las comunidades campesinas demandantes. Los recurrentes indican que esta medida contraviene el derecho a la consulta, y amenaza su derecho a la propiedad, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos, a la identidad cultural y religiosa.

Comunidades campesinas, pueblos indígenas y originarios

En la resolución de segunda instancia se ha considerado que las comunidades campesinas demandantes no habrían acreditado ser pueblos indígenas, por lo que no podrían invocar el derecho de consulta. Ello, a pesar de que las partes no plantearon dicho tema en el debate judicial. En virtud de esta situación se entiende que es relevante ahondar acerca de la identificación de las comunidades campesinas como pueblos indígenas.

Si bien el texto de la Constitución no hace referencia al término “pueblos indígenas” sí incorpora el término pueblos originarios (artículo 191). Fue mediante el Convenio 169 de la OIT mediante el cual se incorporó la nomenclatura jurídica de “pueblos indígenas”, utilizada prevalentemente en el derecho internacional. Y como ya lo indicó el Tribunal Constitucional, dicho tratado entró en vigor el 2 febrero de 1995 (ver sentencia del Expediente 0025-2009-PI/TC, fundamento 23).

Debe indicarse que, de acuerdo al artículo 2, literal a) de la Ley 27811, Ley que Establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, publicada el 10 de agosto de 2002, se estableció que las comunidades campesinas y nativas eran consideradas pueblos indígenas u originarios. Con la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ley 29785 (Ley de Consulta Previa), publicada el 7 de setiembre de 2011, se estableció, además de los mecanismos para llevar a cabo este procedimiento, criterios de identificación de pueblos indígenas u originarios, precisándose que las “comunidades campesinas o andinas” pueden ser identificadas como pueblos indígenas u originarios.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

Se observa entonces que la legislación nacional consideró en su momento que las comunidades campesinas y nativas eran pueblos indígenas, pero desde setiembre de 2011 se estableció que estas comunidades *pueden* ser consideradas pueblos indígenas. Estos cambios por parte del Legislador si bien resultan legítimos generan también cierta inestabilidad respecto los derechos de las comunidades campesinas y nativas. Más aún si es que existen criterios de identificación objetivos y subjetivos establecidos en el artículo 1 del Convenio 169. En tal sentido, frente a una duda sobre si determinada comunidad campesina pertenece o no a un pueblo indígena, no resulta legítimo que el juzgador presuma que no es un pueblo indígena. Más aún si se toma en consideración el artículo 2 de la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, que establece que estas son organizaciones integradas por “familias que habitan y controlan determinados territorios ligados a vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra [...]”. De ahí que la obligación de acreditar fehacientemente qué determinada comunidad campesina o nativa no es o no pertenece a un pueblo indígena recae en quien plantea ello. No bastando una supuesta observación superficial sobre determinadas comunidades campesinas.

En todo caso, en lo que a este caso importa, la Ley de Consulta Previa establece la creación de una Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (artículo 20). Dicha Base de Datos es accesible vía el portal electrónico <https://bdpi.cultura.gob.pe/>. De la revisión de tal portal, este Tribunal ha apreciado que tanto la comunidad Chila Chambilla como Chila Pucará (RJ 049-77-AEORAMS-VIII, Ficha 155 RJ 037-77-AEORAMS-VIII, Ficha 125, respectivamente) pertenecen al pueblo indígena Aimara.

Configuración dinámica y contextualizada del derecho a la consulta

Este Tribunal ya ha indicado que el Congreso Constituyente Democrático mediante Resolución Legislativa 26253, aprobó dicho Convenio, siendo ratificado el 17 de enero de 1994 por el Poder Ejecutivo y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 2 de febrero de 1994. Entró en vigor 12 meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación, esto es, desde el 2 de febrero de 1995, de acuerdo al artículo 38.3 del Convenio (ver sentencia del Expediente 0025-2009-PI/TC, fundamento 23).

La jurisprudencia de este Tribunal ha entendido que el derecho a la consulta configura también un diálogo intercultural (sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC, fundamento 17). Este diálogo se debe activar cada vez que una medida administrativa o inclusive legislativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. El Tribunal también estableció que, si bien de acuerdo al artículo 6 del Convenio que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta.

Así, si bien el derecho de consulta es obligatorio y sus resultados son vinculantes, si los pueblos indígenas no dan su consentimiento a la medida, ello no implica que dicha medida no pueda ser llevado a cabo. El Estado tendrá en todo caso que acreditar que hizo todo lo posible para poder acomodar las preocupaciones y sugerencias de los pueblos indígenas sobre la medida consultada. Ello en virtud del principio de la buena fe que rige el proceso de consulta. Esta es la regla general, lo que no implica que en algunos casos sí se requiera del consentimiento de los pueblos indígenas para poder implementar tal medida. Por ejemplo, el literal b) de la Séptima Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta (Decreto Supremo 001-20210-MC) establece que no “se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígena, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas [...]”

Por su parte en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que

[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramaka, sino debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones (fund. 134).

Así, cuando se esté frente a un plan de desarrollo o una inversión dentro de un territorio indígena que pueda tener un *impacto profundo* en los derechos de propiedad de sus miembros, además de la consulta se requiere obtener también el consentimiento libre, previo e informado del pueblo indígena. Es cierto que la Corte Interamericana no estableció un contenido de qué implicaba el término “impacto profundo”, lo que no implica que este concepto no pueda ser definido jurisprudencialmente, caso a caso.

En suma, la regla general es que se consulte a los pueblos indígenas con el objetivo de alcanzar el consentimiento, aunque no se requerirá este para proseguir con la medida. De otro lado, en ciertas circunstancias en donde se configure un “impacto profundo” en los derechos de los pueblos indígenas o sus miembros, tal como el almacenamiento de materiales peligrosos en sus territorios, se requerirá además de la consulta, obtener el consentimiento del pueblo indígena.

De ello, se aprecia una configuración dinámica y contextualizada del derecho de consulta. Requiriéndose más obligaciones cuando el impacto es mayor y menos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

obligaciones cuando el impacto pueda ser menor. Dicha configuración encuentra su fundamento no solo en el Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta o en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino especialmente en el principio de flexibilidad explicado en el artículo 5, literal b) del Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta que establece:

“Deben establecerse mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado”.

De igual forma, en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC, fundamento 31-32), se ha indicado que

“el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados”.

La concesión minera en el ordenamiento constitucional

A fin de determinar si se ha vulnerado el derecho de consulta previa, considero necesario explicitar previamente los alcances del otorgamiento de una concesión. Así, es pertinente recordar que el Texto Único de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo 014-92-EM, establece en su artículo VI que son “actividades de la industria minera las siguientes: cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero”. Y en el artículo VII se establece que el ejercicio de actividades mineras se realiza exclusivamente bajo el sistema de concesiones. El artículo 9 establece que la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos. Y en el artículo 10 se establece que la concesión minera “otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario”.

Como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional, la concesión “es un supuesto de cesión unilateral a terceros, dispuesta por la Administración Pública, de los bienes comprendidos bajo la esfera del dominio público” (cfr. sentencia recaída en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

Expediente 00048-2004-PI/TC, fundamento 101). Más aún, el Tribunal entendió en el fundamento 102 de tal citada sentencia lo siguiente:

En una economía social de mercado, la concesión es una técnica reconocida en el Derecho Administrativo, mediante la cual se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica, por ejemplo sobre los recursos naturales renovables y no renovables, como potestad soberana del Estado para regular su aprovechamiento. Es, en sí misma, un título que [...] hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privados derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes [...]; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en aprovechamiento temporal, de los bienes de dominio público, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello, es la declaración o autonomía de la voluntad estatal la que establece la concesión para un particular.

Por lo expuesto, [...] la concesión es siempre un acto constitutivo de derechos, por el que se da al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración. Es decir, el particular, antes de que se celebre el acto de concesión, carecía absolutamente de dicha capacidad o derecho, que surge *ex novo* [citas del original omitidas].

Asimismo, en la sentencia recaída en el Expediente 00048-2004-PI/TC, fundamento 108, se señaló lo siguiente:

La concesión minera no es un contrato sino un acto administrativo que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público.

Por consiguiente, la concesión minera es un acto jurídico de derecho público, mediante el cual la Administración Pública dispone de un régimen jurídico y obligaciones en la exploración y explotación de los recursos minerales no renovables.

Como se aprecia, desde luego, el otorgamiento de concesiones mineras y la actividad minera no son inconstitucionales *per se*. Ello ha sido enfatizado también en la sentencia recaída en el Expediente 00001-2012-PI/TC, haciendo explícito el contenido del planteamiento de la inversión deseada por la Constitución. En efecto, en el fundamento 44 de la referida sentencia este Tribunal desarrolló el esquema por medio del cual se desea lo siguiente:

[...] brindar previsibilidad sobre qué tipo de inversión privada, en materia de extracción de recursos naturales, es la que se encontrará protegida por la Constitución. Así, debe considerarse cuatro puntos esenciales que deben ser evaluados al realizarse un análisis de este tipo: i) aspectos relativos a la prevención de conflictos y de posibles daños que puedan generar determinada inversión en recursos naturales, ii) fiscalización estatal de la actividad privada a fin de determinar si cumple con los estándares nacionales de protección, iii) reparaciones integrales en caso de afectación a la población, y; iv) concretización del principio de coparticipación de la riqueza.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

De lo expuesto, se advierte que la Constitución autoriza la actividad minera en el territorio nacional utilizando para ello el contrato de concesión, y autorizando que la actividad minera se realice de manera responsable y previendo posibles conflictos. Para garantizar ello, no solo es necesaria una fiscalización de la actividad minera por parte de la Administración Pública que aprueba y supervisa, en primera instancia, que tal actividad sea llevada de manera adecuada con el resto de bienes y valores constitucionales, sino que sea consultada a los pueblos y comunidades cuyos territorios serán materia de concesión.

El deber de someter a consulta previa el otorgamiento de concesiones

La entidad demandada ha sostenido que el título de concesión minera no supone la autorización para el ejercicio inmediato de actividades mineras, esto es, no autoriza realizar las actividades mineras de exploración y explotación.

Pues bien, la entrega de un título de concesión otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, además, “otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que la Ley reconoce al concesionario”. Así las cosas, es factible suponer que habría una disminución considerable del valor de mercado de los territorios que han sido concesionados, por ende, no resulta razonable afirmar que en la etapa inicial y que, con la entrega del título de concesión, aún no exista una “afectación directa” a las comunidades, en tanto no se cuente con las licencias y autorizaciones correspondientes.

La concesión minera es un acto constitutivo de derechos que efectivamente ejerce una injerencia en la situación jurídica de las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará, ya que en el presente caso se están otorgando derechos sobre parte de los territorios de tales comunidades. Y es que, por medio de las concesiones mineras cuestionadas en la presente demanda, el Estado otorgó una determinada situación jurídica de poder o de ventaja al concesionario sobre el territorio de las recurrentes, esto es, la posibilidad de realizar determinados actos por parte del concesionario, teniendo la comunidad que soportar la actuación de quien goza del derecho de concesión.

Así, el objeto de la consulta previa es poner en conocimiento de los pueblos indígenas y de las comunidades campesinas la existencia de alguna medida que pueda incidir no solo en su territorio, sino también en su modo y estilo de vida conforme a su propia cosmovisión del mundo, ello incluye a las afectaciones de carácter jurídico, tal como ocurre en el caso de las concesiones, las cuales brindan derechos reales sobre los territorios.

La entidad emplazada asume que el otorgamiento de la concesión es solo el inicio de un largo proceso, el cual estaría integrado de las siguientes fases: i) concesión,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

ii) exploración y iii) explotación. Esto le permite asumir que, en la primera fase, no existe una afectación directa a los pueblos indígenas, lo que se debe a que propiamente aún no se ha iniciado con la exploración de lugar. Ello implica, como es de verse, que para Ingemmet solo existe propiamente una “afectación” cuando existe alguna incidencia física directa en el territorio en el que se ha dado la concesión, esto es, cuando ya se han iniciado las actividades de exploración.

Siendo ello así, las comunidades recurrentes no fueron entonces consultadas sobre las concesiones otorgadas sobre su territorio, hecho que no ha sido desvirtuado por la parte demandada. En consecuencia, se acredita la vulneración del derecho a la consulta previa en perjuicio de la parte recurrente. En tal sentido, corresponde anular la resoluciones administrativas cuestionadas por no haber iniciado previamente el procedimiento de consulta previa.

A mi consideración esperar hasta las subsiguientes fases como la exploración o explotación para realizar la consulta previa resulta inconstitucional, ya que, en dichos estadio, la comunidad ya nada podría argüir. En todo caso, lo único que podrían exigir es participar de alguna manera en los beneficios que depararía el proyecto. De ahí que el otorgamiento de una concesión es también una medida administrativa que impacta en los derechos e intereses de la comunidad. Dilatar la oportunidad de la consulta a las siguientes fases es, en la práctica, debilitar el contenido de este derecho.

En consecuencia, la “afectación directa” a la que se refiere el Convenio 169 no es solamente aquella que incide en el territorio de la comunidad, y que implica, por decirlo de alguna manera, una presencia física en dicho espacio. El concepto es más amplio y puede relacionarse, por ejemplo, con actos estatales que generen una afectación de carácter jurídico.

La idea de que las concesiones deban ser objeto de consulta no es, por cierto, completamente inédita. Ya en el derecho internacional de los derechos humanos esta tendencia se ha asumido en pronunciamientos constantes. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado diversos escenarios en los que es posible exigir el derecho a la consulta en momentos previos a la concesión. Así, en el caso *Sarayaku vs. Ecuador*, el tribunal interamericano precisó lo siguiente:

[...] el Estado debía garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental [cfr. Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 205].

En ese mismo sentido, también ha afirmado que el Estado no puede otorgar concesiones en territorios indígenas si es que previamente no se han cumplido las garantías de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

participación efectiva, beneficios compartidos y evaluaciones previas de impacto social y ambiental (cfr. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 146).

Dichos pronunciamientos, son parámetro para la interpretación de los derechos que la Constitución reconoce. Este deber es aún más esencial si el criterio adoptado por el referido organismo regional es de carácter favorable o evidencia una tendencia en favor de los pueblos indígenas o comunidades campesinas, tal y como ocurre en este caso.

Por ello, el otorgamiento de concesiones es un acto administrativo que afecta directamente a los pueblos indígenas y a las comunidades campesinas, y que activa el elenco de garantías que otorga el Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785, del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

Así pues, a la luz de lo señalado precedentemente, resulta claro que una interpretación de lo que es la “afectación directa” como la que ha sido empleada por Ingemmet, es contraria a la interpretación de los derechos efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por estos fundamentos, la demanda de amparo debe estimarse.

Acerca de la constitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional

Teniendo en cuenta que en el presente caso se aplica el Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley 31307, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de julio de 2021, es mi deber de jueza constitucional dejar constancia de que dicha ley es manifiestamente contraria a la Constitución y que cuando ha sido sometida a control del Tribunal Constitucional mediante un proceso de inconstitucionalidad [Expedientes 00025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC], tres magistrados, en una motivación sin ningún sustento y tan sólo de tres párrafos, han hecho posible que dicha ley, pese a su inconstitucionalidad, se aplique sin ningún cuestionamiento.

En otras palabras, **el poder de los votos y no el de las razones jurídicas** ha caracterizado la historia de esta ley: el Poder Legislativo tenía los votos, así es que sin mayor deliberación e incumpliendo su propio reglamento, aprobó la ley. Luego, el Tribunal Constitucional, con tres votos que no tenían mayor justificación y alegando un argumento sin fundamento, convalidó dicho accionar del Poder Legislativo. Serán la ciudadanía, la opinión pública o la academia, entre otros, los que emitirán su punto de vista crítico para que estas situaciones no se repitan.

Un Código Procesal Constitucional, que se debería constituir en una de las leyes más importantes del ordenamiento jurídico peruano, dado que regula los procesos de defensa



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

de los derechos fundamentales y el control del poder, tiene hoy una versión que está vigente por el poder de los votos y no de las razones jurídicas. Es claro que ello deslegitima el Estado de Derecho y en especial la justicia constitucional. Este nuevo código es inconstitucional, irrefutablemente, por vicios formales (más allá de los vicios materiales). Lo voy a exponer de modo breve:

La Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, por ser una ley orgánica (artículo 200 de la Constitución), no se debió ser exonerada del dictamen de comisión. El artículo 73 del Reglamento del Congreso regula las etapas del procedimiento legislativo así como la excepción para que la Junta de Portavoces pueda exonerar a algunas etapas de tal procedimiento, pero además, y esto es lo más relevante, establece de modo expreso que “Esta excepción no se aplica a iniciativas de reforma constitucional, de leyes orgánicas ni de iniciativas sobre materia tributaria o presupuestal”.

Asimismo, concordante con el artículo antes citado, el artículo 31-A, inciso 2, del Reglamento del Congreso de la República, regula, entre otras competencias de la Junta de Portavoces, “La exoneración, previa presentación de escrito sustentado del Grupo Parlamentario solicitante y con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación”, y luego, expresamente, establece que “Esta regla no se aplica a iniciativas de reforma constitucional, de leyes orgánicas ni de iniciativas que propongan normas sobre materia tributaria o presupuestal, de conformidad con lo que establece el artículo 73 del Reglamento del Congreso”.

Como se aprecia, el Reglamento del Congreso, en tanto norma que forma parte del bloque de constitucionalidad, dispone que en los casos de leyes orgánicas, la Junta de Portavoces no puede exonerar del envío a comisiones en ningún supuesto. En el caso de las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa de una proposición aprobada, éstas “se tramitan como cualquier proposición” [de ley] (artículo 79 del Reglamento del Congreso).

Por tanto, ante las observaciones del Presidente de la República a una proposición de ley correspondía tramitarla como cualquier proposición de ley y, como parte de dicho trámite, enviarla a la respectiva comisión, resultando prohibido que la Junta de Portavoces exonere del trámite de envío a comisión cuando se trata de leyes orgánicas.

En el caso del nuevo Código Procesal Constitucional, mediante sesión virtual de la Junta de Portavoces celebrada el 1 de julio de 2019 se acordó exonerar del dictamen a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo a la Autógrafa de Ley, pese a que se trataba de una ley orgánica. Esta exoneración resultaba claramente contraria al propio Reglamento del Congreso y con ello al respectivo bloque de constitucionalidad, por lo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

que correspondía declarar la inconstitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional por haber incurrido en vicios formales. El Congreso de la República no respetó el procedimiento de formación de la ley que el mismo fijó.

Carece de fundamento el argumento de los tres magistrados que salvaron esta ley. Ellos sostienen que conforme al último párrafo del artículo 79 del Reglamento del Congreso, el trámite de una autógrafa de ley observada por el Presidente de la República debe pasar a comisión sólo si fue exonerada inicialmente de dicho trámite, de modo que en el caso del Nuevo Código Procesal Constitucional, al haber pasado ya por una comisión dictaminadora [antes de su primera votación], podía exonerarse a la autógrafa observada de dicho código.

Este argumento de los tres magistrados es incorrecto pues dicho párrafo es aplicable sólo cuando se trata de leyes distintas a las leyes orgánicas o de reforma constitucional, entre otras. Lo digo una vez más. En el caso de las leyes orgánicas la Junta de Portavoces del Congreso de la República está prohibida de exonerar el envío a comisiones. Las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa del Nuevo Código Procesal Constitucional debieron recibir un dictamen de la comisión respectiva y, por tratarse de una ley orgánica, no podían ser objeto de ninguna exoneración sobre el trámite a comisión.

Pese a la manifiesta inconstitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional y atendiendo a que, formalmente, una sentencia del Tribunal Constitucional, con el voto de tres magistrados, ha convalidado, en abstracto y por razones de forma, dicho código, debo proceder a aplicarlo en el caso de autos, reservándome el pronunciamiento en los casos que por razones de fondo se pueda realizar el respectivo control de constitucionalidad.

Dicho esto, mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración al derecho a la consulta previa. En consecuencia, **nula** la Resolución Jefatural 04327-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre 2005, y la Resolución Jefatural 4209-2005-INACC/J, de fecha 11 de octubre de 2005.

Lima, 1 de febrero de 2022

S.

LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por la mayoría de mis colegas, por las razones que a continuación expongo:

1. El 17 de setiembre de 2017, las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucara interponen demanda de amparo en contra del Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y contra el Ministerio de Energía y Minas (Minem). Solicitan la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. Alegan que las cuadrículas de las concesiones mineras se superponen sobre áreas pertenecientes al territorio de la comunidad de Chilla Chambilla. Indican que, en estricto, dichas concesiones ocupan más del 50 % de cada una de las comunidades demandantes. Precisan que esto ha ocurrido sin respetar el derecho a la consulta previa, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos, a la identidad cultural y religiosa.
2. Refieren que para las comunidades indígenas hay una estrecha relación con la tierra. No se trata de una relación de posesión y producción, sino como base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia. Sostienen que mediante la concesión se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica, por ejemplo, sobre recursos naturales renovables y no renovables. Hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado, derechos, facultades, poderes hasta entonces inexistentes. Por ello afirman que los territorios indígenas estarán a merced de que el Estado priorice la actividad minera sin tomar en cuenta los otros usos del territorio y la protección del medio ambiente.
3. Aducen que no es necesario agotar la vía administrativa puesto que el Minem está a punto de otorgar licencias de exploración y explotación para autorizar el comienzo de las actividades extractivas sobre el territorio de las comunidades. Indican que nunca se les notificó de manera efectiva y concreta a las autoridades y miembros de la comunidad. El Estado asume que las autoridades comunales tienen acceso a diarios, cuando estas comunidades viven en zonas rurales donde no llega la prensa escrita y además no tienen los medios económicos para comprarlos. Indican también que la información publicada no es suficiente, pues no saben si el territorio de su comunidad ha sido concesionado. Alegan que este accionar vulnera el derecho de defensa, al no poder oponerse a la concesión minera conforme a la legislación.
4. Finalmente, señalan que la titulación de las concesiones mineras en territorios de las comunidades campesinas, compromete y afecta el derecho a la propiedad y el territorio de los pueblos indígenas. Además, la actividad de exploración y explotación que genere la titulación de las concesiones mineras va a afectar el ejercicio de las actividades normales de los pueblos indígenas al limitar y restringir el derecho de propiedad y al territorio. E insiste en que las concesiones mineras no solo tendrán una incidencia directa en el derecho a la identidad cultural, sino que constituye una amenaza cierta e inminente a la tierra, a la cultura y a sus tradiciones.



5. Mediante Resolución 25, fecha 27 de febrero 2017, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno resolvió la apelación propuesta por las comunidades campesinas en contra de la sentencia de primera instancia contenida en la Resolución 09 de fecha 09 de mayo de 2016 que declaró improcedente la demanda. La Sala Civil por su parte consideró que al no haberse incluido en el proceso a la empresa Cementos Sur S.A. pese a que tiene la calidad de litisconsorte necesario por ser la titular de la concesión se habría estado imposibilitada para una decisión sobre el fondo, por lo que declaró la nulidad la sentencia apelada y nulo todo lo actuado ordenando que se proceda a calificar nuevamente la demanda.
6. Por ello, mediante Resolución 30, de fecha 26 de mayo de 2017, se admitió a trámite la demanda y se dieron 5 días para la contestación (f. 498).
7. Mediante escrito de fecha 01 de agosto de 2017, el Ingemmet contesta la demanda indicando que en ningún momento han cumplido con demostrar algún tipo de acto administrativo que genere la vulneración o la amenaza cierta e inminente del derecho fundamental alegado. Alega que cualquier acto administrativo emitido por el Estado dentro del territorio de los demandantes no implica *per se* la vulneración de su derecho fundamental a la consulta previa. Entiende que la demanda se plantea por una supuesta amenaza cierta e inminente de vulneración a su derecho fundamental a la propiedad, por lo que debieron impugnar el acto administrativo con el que se generaría la amenaza. Y resalta que la sola concesión no implica que se proceda de inmediato a realizar la actividad extractiva o minera, puesto que “el proceso de otorgamiento en concesión de hidrocarburos es largo y detallado” debiendo contar con certificación ambiental, aprobación del Instituto Nacional de Cultura, obtener el permiso para utilización de tierras mediante acuerdo previo servidumbre administrativa. Si bien reconoce el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas (f. 516), entiende también que este tiene límites.

Argumenta que no está permitido poner en tela de juicio los compromisos internacionales una vez asumidos, lo contrario implicaría una contravenir el principio de buena fe y el de *pacta sum servanta*. Por ello indica que el Convenio 169 sí obliga internacionalmente al Perú, su cumplimiento no implica que se trata de un derecho fundamental ilimitado. Alega que la consulta no responde a una forma unívoca, sino que depende del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de control y la finalidad de la misma. También precisa que son los pueblos indígenas los que tienen que sustentar que determinada medida incide o afecta directamente en sus intereses. Concluye por ello que los demandantes no han acreditado ningún tipo de configuración de amenaza cierta e inminente, y mucho menos una vulneración de algún tipo de derecho de propiedad o de consulta previa.

8. Mediante escrito de fecha 21 de agosto de 2017 la empresa Kuskalla Mining Company S.A. (en adelante Kuskalla) se apersonó y contestó la demanda, indicando que las resoluciones jefaturales 0427-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

2005, y la 04209-2005-INACC/J, del 11 de octubre de 2005, otorgaron el título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II, respectivamente a favor de Rolando Francisco Málaga Luna. Ambos petitorios fueron transferidos a favor de Cemento Sur S.A. cuya actual razón social es CAL & Cemento Sur S.A. Con fecha 05 de mayo de 2016 se realizó la transferencia a favor de Kuskalla. De otro lado indicó que en ningún momento se interpuso recurso administrativo en contra de las resoluciones jefaturales referidas, incumpléndose con lo establecido en el artículo 125 de la Ley General de Minería, con lo que se habría configurado la falta de agotamiento de la vía administrativa.

Indica que la demanda debe ser declarada improcedente pues existe una vía igualmente satisfactoria ya que las resoluciones impugnadas son susceptibles de ser vistas en el proceso contencioso administrativo. Afirma que la concesión no es suficiente para llevar a cabo el proyecto de inversión, por lo que el agotamiento de la vía previa no implicaría que la supuesta agresión pudiera convertirse en irreparable. De otro lado, expresó que la concesión minera es un derecho expectativo que no configura un derecho real al terreno superficial y no genera certeza sobre ninguna actividad, proyecto o ni sus eventuales impactos. Las actividades de exploración o explotación no pueden llevarse a cabo solamente con la concesión minera. Sostiene, por tanto, que no se ha afectado el contenido esencial del derecho a la consulta.

Refiere que en la demanda no se ha presentado medio probatorio que demuestre que su territorio se encuentra amenazado con el otorgamiento de las concesiones mineras no metálicas, solo meras conjeturas o suposiciones. Asimismo, se ha indicado que en la demanda no se ha demostrado que Ingemmet no comunicó el otorgamiento de las concesiones a las comunidades campesinas, no obstante, en la propia demanda se indicó que el procedimiento administrativo se comunicó mediante aviso de prensa escrita. Refiere que la concesión no implica el inicio de una actividad *per se* por lo que no existe vulneración al derecho de consulta ni a sus derechos conexos. Más aun, de acuerdo al artículo 7 de la Ley 26505, el titular de la concesión minera deberá obtener directamente del propietario o poseionario los derechos superficiales necesarios para la realización de sus actividades. Asimismo, explica que en la práctica se evidencia que el concesionario deberá negociar directamente con las poblaciones indígenas propietarias del terreno para recién acceder a la zona, ya que de lo contrario el proyecto no prosperará. Por ello alega que la medida administrativa no afecta directamente a los pueblos indígenas.

9. Mediante Resolución 42, de fecha 18 de mayo de 2018 (f. 769), el Juzgado Mixto de la Provincia de Chucuito-Juli de la Corte Superior de Justicia de Puno, declaró improcedente la demanda considerando que los demandantes podían recurrir a la vía contencioso administrativa. Considera que los demandantes no han cumplido con el artículo 125 del *Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería*, que plantea medio impugnatorio administrativos contra la Resolución del registro público de minería, ante el Consejo de Minería, no agotando con ello la vía administrativa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

10. Mediante Resolución 58, del 01 de julio de 2019, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, confirmó la apelada indicando que, con la demanda se pretende la nulidad de las concesiones mineras emitidas en favor de Cemento Sur S.A. No obstante, considera no es claro que los actores pertenezcan a un pueblo indígena y que su autoidentificación con uno de estos pueblos no se ha acreditado. Por ello, considera que la titularidad del derecho a la consulta debe estar plenamente probada.
11. Asimismo, se estableció que la demanda no alude a un asunto que requiere una tutela especial de urgencia, al no acreditar el inicio de cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales existentes en tierras de pueblos indígenas o de comunidades campesinas. Citando la Sentencia 0022-2009-PI/TC (fund, 16) del Tribunal Constitucional, se estableció que el derecho de consulta para el caso específico de exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas y no previamente al otorgamiento de una concesión. Por ello no se ha demostrado amenaza o violación de los derechos constitucionales invocados.
12. Finalmente se indicó que de acuerdo al Reglamento de Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios aprobado mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC, se ha previsto que la consulta a los pueblos indígenas y tribales en forma previa a la exploración o explotación conforme a lo previsto en el Convenio 169, pero no antes de su concesión.

Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

13. Mediante el proceso de amparo se solicita que se dejen sin efecto la Resolución Jefatural 04327-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre 2005, y la Resolución Jefatural 4209-2005-INACC/J, de fecha 11 de octubre de 2005, mediante las cuales se otorgó título de concesión minera no metálica Chilachambilla 1 y Chilachambilla 2, por encontrarse sobrepuestas al territorio de las comunidades campesinas demandantes. Indican que esta medida contraviene el derecho a la consulta previa, y amenaza su derecho a la propiedad, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos a la identidad cultural y religiosa.

Comunidades campesinas, pueblos indígenas y originarios

14. En la resolución de la Sala superior revisora se ha considerado que las comunidades campesinas demandantes no habrían acreditado ser pueblos indígenas, por lo que no podrían invocar el derecho de consulta. Ello, a pesar de que las partes no plantearon dicho tema en el debate judicial. En virtud de esta situación estimo que es relevante indicar algo acerca de la identificación de las comunidades campesinas como pueblos indígenas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

15. Si bien el texto de la Constitución no hace referencia al término “pueblos indígenas” sí incorpora el término pueblos originarios (artículo 191). Fue mediante el Convenio 169 de la OIT mediante el cual se incorporó la nomenclatura jurídica de “pueblos indígenas”, utilizada prevalentemente en el derecho internacional. Y como ya lo indicó el Tribunal Constitucional, dicho tratado, con rango constitucional, entró en vigor el 02 febrero de 1995 (ver Sentencia 00025-2009-PI/TC, f. j. 20 y 23).
16. Debe indicarse que de acuerdo al artículo 2 literal a) de la Ley 27811, *Ley que Establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos*, publicada el 10 de agosto de 2002, se estableció que las comunidades campesinas y nativas eran consideradas pueblos indígenas u originarios. Con la *Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*, Ley 29785 (Ley de Consulta Previa), publicada el 07 de setiembre de 2011, se estableció, además de los mecanismos para llevar a cabo este procedimiento, criterios de identificación de pueblos indígenas u originarios, precisándose que las “comunidades campesinas o andinas” pueden ser identificadas como pueblos indígenas u originarios.
17. Se observa entonces que la legislación nacional consideró en su momento que las comunidades campesinas y nativas eran pueblos indígenas, pero desde setiembre de 2011, se estableció que estas comunidades *pueden* ser consideradas pueblos indígenas. Estos cambios por parte del legislador si bien resultan legítimos generan también cierta inestabilidad respecto de los derechos de las comunidades campesinas y nativas. Más aún si es que existe criterios de identificación objetivos y subjetivos establecidos en el artículo 1 del Convenio 169.
18. En consecuencia, frente a una duda sobre si determinada comunidad campesina pertenece o no a un pueblo indígena, no resulta legítimo que el juzgador presuma que no es un pueblo indígena. Más aún si se toma en consideración el artículo 2 de la Ley 24656, *Ley General de Comunidades Campesinas*, que establece que estas son organizaciones integradas por “familias que habitan y controlan determinados territorios ligados a vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra [...]”. De ahí que la obligación de acreditar fehacientemente que determinada comunidad campesinas o nativa no es o no pertenece a un pueblo indígena recae en quien plantea ello. No bastando una supuesta observación superficial sobre determinadas comunidades campesinas.
19. En todo caso, en lo que a este caso importa, la *Ley de Consulta Previa* establece la creación de una Base de Datos oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (artículo 20). Dicha Base de Datos es accesible vía el portal electrónico <https://bdpi.cultura.gob.pe/>. De la revisión de tal portal, este Tribunal ha apreciado que tanto la comunidad Chila Chambilla como Chila Pucará (R.J. 049-77-



AEORAMS-VIII, Ficha 155 RJ 037-77-AE-ORAMS-VIII, Ficha 125 respectivamente) pertenecen al pueblo indígena Aimara.

Configuración dinámica y contextualizada del derecho a la consulta

20. Como se sabe el Congreso Constituyente Democrático mediante Resolución Legislativa 26253, aprobó el Convenio 169, siendo ratificado el 17 de enero de 1994 por el Poder Ejecutivo y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Entró en vigor 12 meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación, esto es, desde el 02 de febrero de 1995, de acuerdo al artículo 38.3 del Convenio (ver Sentencia 0025-2009-PI/TC, f. j. 23). Por tanto, este Convenio, que ostenta rango constitucional (fundamento 33 de la sentencia 0025-2005-PI/TC), forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, como cualquier otra norma, debe ser acatada (f. j. 31 de la sentencia 03343-2007-PA/TC).
21. En la Sentencia 00025-2009-PI/TC se ha resaltado su valor constitucional y su relación con otros derechos constitucionales:
20. En diversas oportunidades, este Tribunal ha hecho referencia al valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Ya sea como una concretización del derecho a la participación, reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución [STC 3343-2007-PA/TC], o ya en su condición de un derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC].
22. Así también, se ha delimitado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta en la sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC:

X. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta

37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho 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 forma 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.
38. En lo que al primer supuesto importa, 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 de consulta sería pasible de ser afectado.
(...)"
23. Mientras que en la sentencia 00005-2012-PI/TC este Tribunal estableció que el único sujeto pasivo u obligado para con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa es el Estado, quien no sólo tiene el deber de



garantizar - promoviendo a organización y procedimientos adecuados- sino también el deber de respetarlo, es decir, de llevarlo adelante cada vez que se prevea la aprobación de "medidas legislativas o administrativas" que puedan afectar directamente los derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo de los pueblos indígenas u originarios.

24. Ahora bien, como se reseñó, es abundante la referencia jurisprudencial al derecho a la consulta. Esto es así porque el Tribunal Constitucional entiende la importancia de este derecho fundamental en un país en el que conviven muchos pueblos, culturas etcétera, como es el Perú.
25. En este sentido, y a fin de afianzar las relaciones en nuestro país se ha entendido que el derecho a la consulta configura también un dialogo intercultural (Sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC, f. j. 17). Este dialogo se debe activar cada vez que una medida administrativa o inclusive legislativa, es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Se estableció también que, si bien de acuerdo al artículo 6 del Convenio que la consulta debe ser llevada a cabo "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas", ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta.
26. Así, si bien el derecho de consulta es obligatorio y sus resultados son vinculantes, si los pueblos indígenas no den su consentimiento a la medida, ello no implica que dicha medida no pueda ser llevado a cabo. El Estado tendrá en todo caso que acreditar que hizo todo lo posible para poder acomodar las preocupaciones y sugerencias de los pueblos indígenas sobre la medida consultada. Ello en virtud del principio de la buena fe que rige el proceso de consulta. Esta es la regla general, lo que no implica que en algunos casos sí se requiera del consentimiento de los pueblos indígenas para poder implementar tal medida. Por ejemplo, el literal b) de la Séptima Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta (Decreto Supremo 001-20210-MC) establece que no "se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígena, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el *consentimiento* de los titulares de las mismas [...]."
27. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que:
- [...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramaka, sino debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones (fundamento 134).



28. Así, cuando se esté frente a un plan de desarrollo o una inversión dentro de un territorio indígena que pueda tener un *impacto profundo* en los derechos de propiedad de sus miembros, además de la consulta se requiere obtener también el consentimiento libre, previo e informado del pueblo indígenas. Es cierto que la Corte Interamericana no estableció un contenido de qué implicaba el término “impacto profundo”, lo que no implica que este concepto no pueda ser definido jurisprudencialmente, caso a caso.
29. En suma, la regla general es que se consulte a los pueblos indígenas con el objetivo de alcanzar el consentimiento, aunque no se requerirá contar con el consentimiento del pueblo indígena para proseguir con la medida. De otro lado, en ciertas circunstancias en donde se configure un “impacto profundo” en los derechos de los pueblos indígenas o sus miembros, tal como el almacenamiento de materiales peligrosos en sus territorios, se requerirá además de la consulta, obtener el consentimiento del pueblo indígena.
30. De ello se aprecia una configuración dinámica y contextualizada del derecho de consulta. Requiriéndose más obligaciones cuando el impacto es mayor y menos obligaciones cuando el impacto pueda ser menor. Dicha configuración encuentra su fundamento no solo en el Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta o en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino especialmente en el principio de flexibilidad explicado en el artículo 5, literal b) del Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta que establece:
- “Deben establecerse mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado”.
31. De igual forma en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (Sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC, fund. 31-32), que ha indicado lo siguiente:

“[...] el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados.”

Análisis de la controversia

32. En la presente causa la cuestión a determinar es si procedería o no que se consulte a las comunidades campesinas demandantes el otorgamiento de una concesión minera



que se sobrepone a sus territorios. Para ello debe analizarse la normativa que establece la condición de hecho que permite invocar el derecho a la consulta.

33. El artículo 6, a) del Convenio 169 establece que, al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán

“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*” (cursivas agregadas).

34. La *Ley de la Consulta Previa* establece en su artículo 2 que 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 (resaltado nuestro)

35. Como se aprecia, en ambos casos se hace referencia a una *afectación directa*. En la Sentencia 0022-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional indicó que este tipo de medidas implican que se produzcan “cambios relevantes y directos en la situación jurídica” de los pueblos indígenas (f.j. 13). También se ha indicado que la afectación directa implica “una modificación inmediata y significativa de la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus integrantes (f. j. 55).

36. Como se aprecia, y como ya lo ha indicado el Tribunal, en abstracto es imposible precisar mediante una fórmula clara cuando se está ante una medida que afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Pero se indicó que resultan evidentes aquellos casos que generen menoscabos, perjuicios, se incluya desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos de intereses colectivos de los pueblos indígenas (Sentencia 0025-2009-PI/TC, f.j. 25).

37. De lo expuesto, se deduce que son los pueblos indígenas quienes tienen la carga de probar de qué manera la medida cuestionada afecta directamente al pueblo indígena. Es decir, deben precisar concretamente de qué manera se han configurado cambios relevantes y directos en la situación jurídica de las comunidades campesinas. Ello desde luego, lo pueden realizar tomando en cuenta su cultura, así como los principios jurídicos del derecho que emergen de la cultura indígena. Es precisamente tal explicación la que coadyuvará a la construcción de un diálogo intercultural.

38. En este caso las comunidades demandantes cuestionan las concesiones mineras no metálicas contenidas en las resoluciones jefaturales 0427-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre de 2005 y la 04209-2005-INACC/J, del 11 de octubre de 2005,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

otorgaron el título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II.

39. Como puede verse, es necesario primero determinar qué implica una concesión minera y si ésta afecta directamente al pueblo indígena; para poder concluir si se afectó o no el derecho a la consulta.
40. La Constitución en el párrafo segundo del artículo 66 señala que “La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.” Mientras que el artículo 23 de la Ley Orgánica para el aprovechamiento de los recursos naturales (Ley 26821) “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, la propiedad de los frutos y productos a extraerse”.
41. Así también, conforme ha señalado el propio abogado del Ingemmet en su escrito de fecha 20 de abril de 2021 (cuaderno del Tribunal Constitucional), que reconoce la naturaleza constitucional de este Convenio de la OIT y la calidad de derecho fundamental de la consulta previa, “de conformidad con lo establecido en el TUO de la Ley General de Minería, entendemos que la concesión minera es un acto administrativo por el cual la Administración Pública genera efectos jurídicos sobre el administrado o particular otorgándole derechos y obligaciones.”
42. Con relación a las concesiones en territorios que corresponden a Pueblos Indígenas, es necesario citar lo afirmado por Relator Especial de las Naciones Unidas de los Derechos de los pueblos indígenas en su informe sobre Perú, párrafo 40:
- el proceso utilizado por el Ministerio de Energía y Minas para otorgar concesiones (véase el párrafo 16 supra), identifica tres etapas en las que realizar consultas previas: a) previa autorización de las obras de construcción; b) antes del inicio de las actividades de exploración; c) antes de la aprobación de los planes mineros. Sin embargo, no se contempla realizar la consulta antes del otorgamiento de la concesión minera, que es previo a todos estos momentos, bajo el supuesto que la concesión minera por sí sola no constituye una “autorización al titular para la realización de actividades mineras de exploración, explotación [o] beneficio de minerales.” 31 El Relator Especial considera que esta postura debe ser revisada, porque en todo caso una concesión para eventuales actividades mineras en territorios indígenas si es una decisión susceptible a afectar los derechos de los pueblos indígenas
43. Es decir, que una concesión, tal como está regulada, es susceptible de afectar directamente los derechos de las comunidades. Este tema es vital para resolver la presente controversia, más aún si tenemos en consideración que, de conformidad con el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

De igual manera, este Tribunal en el fundamento 50 de la sentencia recaída en el expediente 00022-2009-PI/TC, precisó la postura respecto a la relación entre posesión y propiedad de los territorios de los pueblos indígenas. Así, conforme a lo establecido por la Corte IDH en la sentencia del *Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamaya vs. Paraguay*, concluye en su párrafo 128:

1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro

44. En consecuencia, si las comunidades campesinas tienen título de pleno dominio sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, y que es obligación del Estado de abstenerse de realizar, en tanto no se produzcan estas delimitaciones (del territorio), actos que puedan generar que sus agentes, o terceros que actúen bajo su tolerancia, terminen por afectar la existencia, el valor y el uso de los bienes ubicados en las zonas en las que habitan las comunidades [Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 153], no puede entenderse que se otorguen concesiones en estos territorios de propiedad de la Pueblos indígenas sin previamente haber realizado el procedimiento de consulta.
45. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos estima que si bien es posible restringir el derecho de propiedad y el derecho sobre los recursos naturales, bajo circunstancias específicas y excepcionales, pues no son derechos absolutos, señaló expresamente, en el párrafo 50, que “el otorgamiento de concesiones para proyectos de desarrollo o inversión que estén dentro o que afecten el territorio Saramaka constituye un tipo de restricción al uso y goce de la propiedad.” (Sentencia de interpretación del caso Saramaka versus Surinam del 12 de agosto de 2008).
46. Esto es, que si la concesión, como ocurre en el presente caso, es ya una restricción al derecho de propiedad de los pueblos indígenas, en sí obviamente ya es una medida directa que afecta los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas y que, por lo tanto, para su otorgamiento requiere que se realice previamente el procedimiento de consulta.
47. Así es como ha entendido la Corte Constitucional de Colombia respecto al concepto de “afectación directa” (SU 123-18, fundamento 7.3):

La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.

48. En consecuencia, estimo que en el presente la concesión otorgada a la parte demandante incide directamente en los derechos colectivos de las comunidades demandantes, pues modifica su situación jurídica respecto del derecho de propiedad; razón por la cual debe dejarse sin efecto las concesiones cuestionadas, en la medida que se ha vulnerado el derecho a la consulta previa, y disponerse que en caso se decida otorgar nuevamente estas concesiones, realizar previa e informadamente el procedimiento de consulta previa.

Por estas consideraciones, considero que la presente demanda debe ser declarada **FUNDADA** y dejarse sin efecto las concesiones demandadas. Disponer que, en caso se decida otorgar nuevamente una concesión a la parte demandada, realizar el procedimiento de consulta a la parte demandante.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA