

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre la sentencia del Tribunal Constitucional <Comunidades indígenas
Chila Chambilla y Chila Pucara Vs Ministerio de Energía y Minas e Instituto
Geológico, Minero y Metalúrgico=>

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de Abogado

Autor:

Julio Cesar Ullilen Falcon

Asesor:

José Ronald Martin Soto Florián

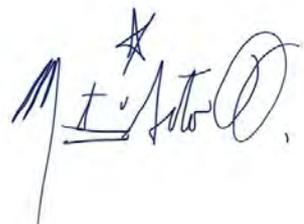
Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, SOTO FLORIAN, JOSE RONALD MARTIN, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe sobre la sentencia del Tribunal Constitucional "Comunidades indígenas Chila Chambilla y Chila Pucara Vs Ministerio de Energía y minas e Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico"", del autor(a) ULLILEN FALCON, JULIO CESAR, dejo constancia de lo siguiente:

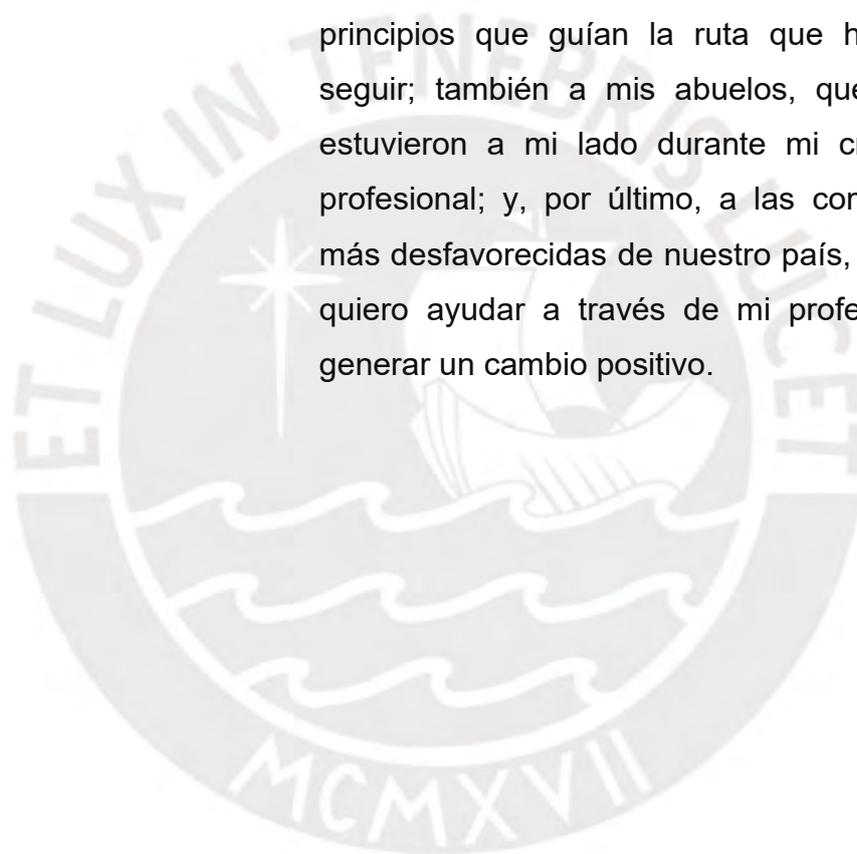
- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 13/06/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 13 de junio del 2024

<u>SOTO FLORIAN, JOSE RONALD MARTIN</u>	
DNI: 42994332	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0838-6916	

DEDICATORIA

A mis padres, que me enseñaron los valores y principios que guían la ruta que he elegido seguir; también a mis abuelos, que siempre estuvieron a mi lado durante mi crecimiento profesional; y, por último, a las comunidades más desfavorecidas de nuestro país, a quienes quiero ayudar a través de mi profesión para generar un cambio positivo.



RESUMEN

El presente trabajo centra en el análisis de la sentencia del Expediente N.º 03066-2019-PA/TC, en el que delibera sobre el Derecho a la Consulta Previa y su relación en la concesión minera. Los problemas jurídicos planteados a raíz de la sentencia son los siguientes: En primer lugar, desarrollar si la consulta Previa es un derecho constitucional reconocido en el ordenamiento interno; en segundo lugar, desarrollar el motivo por el cual el otorgamiento de concesión minera vulnera el derecho a la consulta previa; y, finalmente, si el proceso de amparo es un medio idóneo para proteger el Derecho a la Consulta Previa.

De esa forma, se desarrollará una respuesta ordenada en relación a los 3 problemas principales. Cada una de las preguntas se desarrollarán en el marco de la teoría jurídica, haciendo uso de jurisprudencia internacional y nacional, doctrina nacional y una visión antropológica.

Habiendo resuelto cada de una de las preguntas, se logrará conocer los motivos por los que la Consulta Previa es un derecho constitucional reconocido en el ordenamiento orgánico. Asimismo, se logrará conocer por qué el territorio indígena puede afectado por las concesiones mineras, tomando en consideración una visión antropológica de territorio indígena.

Finalmente, habiendo respondiendo las preguntas previas, se determinará que el proceso de amparo es un medio idóneo para la tutela del derecho a la Consulta Previa, demostrando que el Tribunal Constitucional se alejó de la jurisprudencia precedente en relación a la consulta Previa.

Palabras clave

Consulta Previa, pueblos indígenas, concesión minera, territorio, propiedad comunal.

ABSTRACT

This paper focuses on the analysis of the ruling in Case No. 03066-2019-PA/TC, which focuses on the Right to Prior Consultation and that produced by the mining concession. The legal problems raised as a result of the ruling: Firstly, develop whether Prior Consultation is a constitutional right recognized in the domestic system; secondly, develop the reason why the granting of a mining concession violates the right to prior consultation; and, finally, whether the protection process is an ideal means to protect the Right to Prior Consultation.

In this way, an ordered response will be developed in relation to the 3 main problems. Each of the questions will be developed within the framework of legal theory, using international and national jurisprudence, national doctrine and an anthropological vision.

Having resolved each of the questions, it will be possible to know the reasons why Prior Consultation is a constitutional right recognized in the organic system. Likewise, it will be possible to know why the indigenous territory may be affected by mining concessions, taking into consideration an anthropological vision of indigenous territory.

Finally, having answered the previous questions, it will be determined that the protection process is an ideal means for the protection of the right to Prior Consultation, demonstrating that the Constitutional Court moved away from the preceding jurisprudence in relation to Prior consultation.

Key words

Prior consultation, indigenous communities, territory, mining concession, communal property.

ÍNDICE

RESUMEN.....	01
ABSTRACT	02
1. INTRODUCCIÓN.....	06
2. HECHOS RELEVANTES DEL CASO	07
2.1. Antecedente.....	07
2.2. Principales hechos del caso.....	07
2.2.1. Primera parte: El proceso es declarado nulo	07
2.2.2. Segunda parte: Instancias previas al Tribunal Constitucional	08
2.2.3. Parte Tres: Sentencia del Tribunal Constitucional	09
3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	09
3.1 Problema principal	09
3.1.1 ¿La Consulta Previa es un derecho constitucional?	10
3.1.2. ¿El otorgamiento de la concesión minera vulnera el derecho a la Consulta Previa?.....	10
3.1.3.¿El proceso de amparo es un medio idóneo para proteger el derecho a la Consulta Previa?	10
4. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	10
4.1. ¿ La Consulta Previa es un derecho constitucional?	10
4.1.1. Definición del derecho constitucional	11
4.1.2. Alcances generales sobre la definición de la Consulta Previa	12
4.1.3. El convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT).....	13
4.1.4. El derecho a la Consulta Previa y su relación con derechos constitucionales del ordenamiento interno.....	16
4.1.5. El derecho a la Consulta Previa como derecho constitucional en el ordenamiento interno.....	19

4.2. ¿El otorgamiento de la Concesión minera vulnera el derecho a la Consulta Previa?.....	22
4.2.1. Alcances del derecho de propiedad y su diferencia con la propiedad comunal	22
4.2.2. Alcances sobre la afectación de la propiedad.....	25
4.2.3. Regimen del otorgamiento de concesiones mineras y su relación con la Consulta Previa	27
4.2.4. La vulneración al Derecho a la Consulta Previa en el proceso de otorgamiento de concesión minera.....	30
4.3. ¿El Proceso de amparo es un medio idóneo para proteger el derecho a la Consulta Previa?	33
4.3.1. Alcances del Proceso de amparo	33
4.3.2. El proceso de amparo puede proteger el derecho a la Consulta Previa ante riesgo de otorgamiento de concesión minera	34
5. CONCLUSIONES.....	36
6. BIBLIOGRAFÍA.....	39

ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA 1 PRIMERA LINEA DEL TIEMPO REFERENCIAL DEL PROCESO	10
---	----



1. INTRODUCCIÓN

En el Perú, durante su desarrollo como Estado, se ha generado una brecha socioeconómica y cultural que, ha desembocado en una discriminación sistemática por parte de los grupos de poder de turno. Sin embargo, dentro de estos grupos marginados y discriminados, se enfatiza los Pueblos indígenas, siendo quienes han soportado históricamente la desidia y abandono por parte del Estado. Esta situación se ha visto reflejada en una discriminación estructural, como producto de la exclusión de estos grupos, quienes se tuvieron que enfrentar a un sistema adecuado solo para una cultura predominantemente europea

En la actualidad, es cierto que las brechas de desigualdad estructural, así como el acceso a los servicios y derechos por parte de las comunidades se ha reducido. Sin embargo, lo cierto es que ahora existen nuevas amenazas para la cosmovisión de estas comunidades indígenas. Cosmovisión que no encaja con la visión del desarrollo económico y cultural del Estado peruano. Producto de ello, se han visto incluso expulsados de sus territorios debido a la presencia de recursos minerales en sus territorios, bienes importantes para la economía del Estado.

Esta situación de inestabilidad jurídica provocó que, a través de diversas manifestaciones, las Comunidades indígenas lograran que el Estado Peruano Adoptara el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 05 de diciembre de 1993; y, con ello, la incorporación del <Derecho a la Consulta Previa=en el derecho interno. Así, brindándole a las comunidades indígenas la posibilidad de que tuviesen voz y voto en el desarrollo de los proyectos que se desarrollen sobre sus tierras.

Precisamente, esto último que se hace mención en el párrafo anterior, ha motivado el presente análisis sobre la Sentencia en el Caso N° 03066-2019-PA/TC, cuyo pronunciamiento se desarrolla sobre el <Derecho a la Consulta Previa=como un derecho constitucional. Asimismo, la sentencia desarrolla las consideraciones en relación a la afectación del territorio de la comunidad indígena ante el otorgamiento de la concesión minera. Finalmente, cuestiona si el proceso de Amparo es adecuado para salvaguardar el derecho de las comunidades indígenas.

De esa manera, el presente informe se desarrollará de la siguiente forma: En primer lugar, se realizará una breve descripción de los hechos, tomando en consideración las diversas etapas procesales, así como los principales argumentos esgrimidos en las diversas etapas por las partes, brindándole mayor énfasis a lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, se identificarán los problemas jurídicos que plantea la presenta sentencia materia de análisis; siendo que, en primer lugar, se desarrollará como temas principales los siguientes: ¿Es la Consulta Previa un derecho constitucional?, ¿El otorgamiento de la Concesión minera vulnera el Derecho a la Consulta Previa? y ¿El Proceso de amparo es un medio idóneo para proteger este derecho? Cada preguntar permitirá comprender y desarrollar la siguiente, toda vez que se encuentran vinculadas.

En tercer lugar, se realizará un análisis jurídico sobre los problemas previamente presentados, realizando un análisis sobre las instituciones jurídicas y doctrinas requeridas para sostener la hipótesis que se presentará posteriormente. El presente trabajo se desarrollará principalmente sobre la propiedad colectiva, el régimen de la concesión minera, el proceso de amparo y el derecho a la consulta previa.

Concluyendo el presente análisis en una respuesta satisfactoria que permitirá comprender el motivo de la categoría del derecho a la Consulta Previa como derecho constitucional. En segundo lugar, habiendo resuelto la primera pregunta, se desarrollará el motivo la aplicación de la concesión minera implica una vulneración a la consulta previa. Finalmente, habiendo comprendido las dos respuestas, se desarrollará el motivo por el que el proceso de amparo resulta ser un mecanismo idóneo del Derecho a la Consulta Previa.

2. HECHOS RELEVANTES DEL CASO¹

2.1. Antecedentes

Las comunidades de Chilla Chambilla y Chilla Pucara(a partir de ahora comunidades), son pueblos Aymaras ubicados en la región de Puno, las cuales obtuvieron su titulación en el año 1994. No obstante, en el año 2005, estas fueron otorgadas en concesión mediante las resoluciones jefaturales N° 04327-2005-INACC/J y 4209-2005-INACC/J a favor de Rolando Francisco Luna, mismas que fueron transferidas a la empresa Cementos Sur S.A..

Estas comunidades en el año 2012 fueron reconocidas en la Base Datos de Pueblos indígenas del Ministerio de Cultura. Sin embargo, no fue hasta el 17 de setiembre de 2014, en que estas toman conocimiento de la existencia de las concesiones mineras.

A raíz de ello, las comunidades interponen un Recurso de Acción Amparo contras dichas concesiones, solicitando la nulidad de las mismas al no haberse realizado la Consulta Previa. Esta situación, conlleva a un proceso largo en el que se sometieron dos oportunidades a primera y segunda instancia, antes de llegar a la máxima instancia peruana, El Tribunal Constitucional.

2.2. Principales Hechos del Caso.

2.2.1. Primera Parte: El Proceso es declarado nulo

En fecha 17 de setiembre del año 2017, se interpone proceso de amparo en contra de las concesiones, solicitando que estas declaradas nulas, toda vez que se habría vulnerado su derecho a la Consulta previa y derechos relacionados. Dicha demanda fue respondida por el Ministerio de Energía y Minas (a partir de ahora MEM) e Instituto Geológica, Minero y Metalúrgico (a partir de ahora INGEMMET).

Las partes denunciadas, dentro de sus argumentos principales indicaron que, la concesión minera no implica explotación, por lo que no afecta la «Pachamama»; asimismo, ambas sostenían que la concesión es un bien distinto al terreno. Ante esta situación, el juzgado, en fecha 09 de junio de 201, resuelve declarando improcedente la demanda.

El juzgado considera que no había pruebas que acreditaran el daño y, además, señalaron que la concesión minera no implica daño a la integridad del territorio. En consecuencia, las comunidades apelaron dicho fallo, mismo que fue concedido en fecha 09 de junio de 2016.

¹ Para la construcción de los hechos y los argumentos de diversas etapas, se han empleado las decisiones de primera y segunda instancia, así como el fallo dictado por el Tribunal Constitucional.

Cabe precisar que, durante el desarrollo de este proceso, Cementos Sur S.A., en fecha 05 de mayo de 2016, habría transferido los títulos de concesión en favor de «Kuskalla Mining S.A.»

En fecha 27 de febrero de 2017, el tribunal revisor, precisó que el Tribunal de primera instancia habría admitido el Proceso de Amparo sin tomar en consideración la necesidad de incorporar a «Cementos Sur S.A.» pues la cosa juzgada habría afectado al mismo; en ese sentido, resuelven declarar fundada parcialmente la apelación; y, a su vez, Nulo todo el proceso, al no haberse advertido dicho error por el magistrado de primera instancia.

2.2.2. Segunda parte: Instancias Previas al Tribunal Constitucional

Retrotraído el proceso al punto inicial, las comunidades presentan nuevamente un RAC, esta vez incluyendo no solo a INGEMMET y MEM, sino también a «Kuskalla Mining S.A.» Se solicita nuevamente la nulidad de las concesiones otorgadas, agregando a su petición que se lleve a cabo la Consulta previa, extendiéndose dicha medida en favor de otras comunidades que pudiesen verse afectadas.

Las comunidades alegan que, al no convocarse a Consulta Previa, se habría creado una amenaza latente contra sus comunidades. Además, señalan que fue posible tomar conocimiento de las concesiones con anterioridad, al no tener acceso a internet y ser campesinos. En ese sentido, de acudir a un recurso previo, se ocasionaría un daño irreparable contra sus territorios.

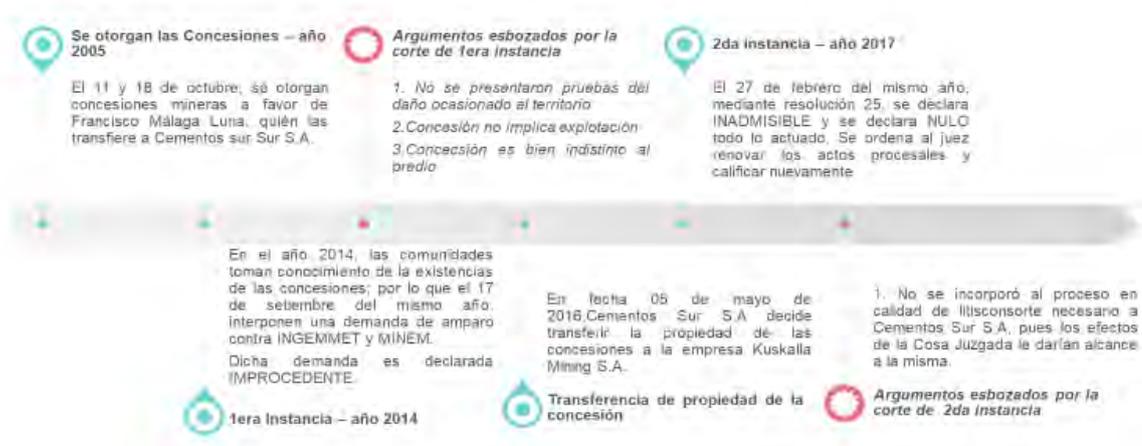
Ante ello, INGEMMET y Kuskalla (La Procuraduría del MEM no respondió en el plazo otorgado por el tribunal), dentro de sus argumentos principales alegan que la concesión no significa dañar el territorio, pues se requieren de otros requisitos para iniciar la siguiente etapa. Además, señalan que el Derecho a la Consulta Previa no es un derecho a veto. Sumado a ello, refieren que, para que el RAC es un proceso subsidiario y para ser válido se debe materializar el peligro real y concreto, no situaciones hipotéticas.

La sala de mérito, en fecha 18 de mayo de 2018, resuelve declarando improcedente la demanda al existir otros medios adecuados para prevenir el daño al territorio y, por tanto, debían agotarse antes de acudir al RAC.

El Tribunal de segunda instancia, en fecha 01 de junio de 2019, precisa que el Proceso de Amparo no presenta fundamentos, pues no se acredita que los demandantes sean Aymaras. El tribunal revisor refiere que las pruebas presentadas no demuestran que se requiera protección urgente, agregando que el Recurso de Amparo solo debe ser utilizado ante el riesgo real e inminente, no basándose en eventos imaginarios. En consecuencia, la parte demandante interpuso el Recurso de Agravio inconstitucional (a partir de ahora RAC) ante el Tribunal Constitucional, mismo que es aceptado en fecha 19 de julio de 2019.

Figura 1

Primera línea del tiempo de la primera y segunda instancia del proceso nulo



Nota: De creación propia, recabado de los hechos de la primera parte

2.3 Tercera Parte: Sentencia del Tribunal Constitucional

Los magistrados del Tribunal Constitucional (Blume Fortini, Ferreo Costa y Sardón Taboada), en fecha 28 de febrero de 2022, resuelven declarando improcedente el RAC. Dentro de sus argumentos indican: En primer lugar, la Consulta Previa no se encuentra reconocida como Derecho constitucional de manera explícita en la Constitución, por lo que el amparo no es un medio idóneo de defensa; en segundo lugar, los recursos naturales son del Estado y puede disponer de los mismos; en tercer lugar, la consulta previa no tiene un carácter obligatorio; y, finalmente que, la Consulta Previa solo es aplicable en la etapa de exploración y explotación.

Mientras que, el magistrado Miranda Canales, emite un voto individual y declarada infundada la demanda, precisando que, para demostrar el daño al territorio, se debe acreditar la *afectación directa*. Además, señala que habiendo transcurrido 15 años desde el otorgamiento, hasta ese momento, no se habría iniciado la fase de exploración, ni menos la de explotación, no acreditándose el *daño directo*.

Finalmente, los Magistrados Marianella Ledesma Narvaez y Eloy Espinoza-Saldaña, afirman que, la Consulta Previa es un derecho obligatorio y vinculante, no siendo este impedimento de inversión. El Estado debe garantizar que el proyecto no impacte sobre la comunidad, no solo manteniendo la necesidad de realizar la consulta, sino también de obtener el consentimiento de las comunidades. Por otra parte, refieren que la *Afectación directa*, no solo debe ser entendida como daño tangible, sino también *cambios significativos y directos en la situación legal*, siendo que la concesión minera es una restricción propia al derecho a la propiedad de las comunidades, afectando sus derechos colectivos.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

3.1.1 ¿La Consulta Previa es un Derecho Constitucional?

Se desarrolla el presente dossier, como respuesta preliminar, que la Consulta previa posee jerarquía constitucional. La razón de ello recae en la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Se ha incorporado a través de la interpretación del artículo 2 y 3 de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, el Derecho a la Consulta Previa se comporta como un derecho contenedor. Un derecho constitucional conexo a otros derechos, tales como el derecho a la participación política, derecho a la identidad, el derecho a la propiedad, derecho a la vida y otros. De esa forma, incluso desconociendo el Convenio 169 de la OIT, es posible reconocer el derecho de los pueblos indígenas, toda vez que el Derecho a la Consulta Previa se encuentra conexos a todos ellos.

3.1.2 ¿El otorgamiento de la concesión minera vulnera el derecho a la propiedad colectiva?

Habiendo resuelto la primera pregunta, correspondería conocer si se vulnera el Derecho Constitucional a la Consulta Previa al otorgar la Concesión minera. En ese sentido, en primer lugar, se debe comprender qué es la propiedad y su diferencia con la propiedad comunal.

De esa forma, se determina que la propiedad comunal presenta una serie de características tales como el territorio y población diferenciada. Así, se logrará comprender que la afectación hacia la propiedad indígena no solo es tangible, sino que puede ser espiritual.

En ese sentido, al otorgarse una concesión sobre un determinado territorio, se estaría vulnerando el derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas. Existe un daño potencial al otorgarse a concesión, no solo por ser una carga sobre la propiedad, limitando su uso y disfrute. Aunado a ello, se podrían generar una servidumbre minera, prescindiendo de la voluntad de los pueblos indígenas.

3.1.3 ¿El proceso de amparo es el recurso idóneo para proteger los derechos de pueblos indígenas?

El proceso de amparo es una herramienta cuyo fin es el evitar un daño irreversible ante la vulneración del derecho. Se trata de una tutela de urgencia sobre un derecho que se encuentra en un eminente peligro.

Así, el proceso de amparo es una garantía constitucional sobre los derechos constitucionales explícito e implícitos. El juez tiene el deber de ejercer protección fácil, rápida y sencilla, por lo que debe poseer una visión imparcial, teniendo presente la cosmovisión indígena.

4. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1. ¿La Consulta Previa es un derecho constitucional?

4.1.1. Definición del derecho de Derecho Constitucional

Carlos Ortega Santiago, describe al derecho constitucional como el estudio de la constitución, misma que se encarga de singularizar la forma de organizar el poder, priorizando el ideal de igualdad de los ciudadanos, la temporalidad del poder y el triunfo de los derechos individuales (2008:332-333). El derecho constitucional se encarga de la

limitación del poder del Estado, a fin de evitar se vulneren los derechos individuales de los ciudadanos.

En la Constitución Política se encuentran plasmadas los derechos sociales, económicos, políticos y deberes ciudadanos; y, los derechos fundamentales de los ciudadanos. Estos derechos son considerados como mínimos indispensables para asegurar el desenvolvimiento adecuado de los ciudadanos dentro de la sociedad. Un equilibrio entre el Estado y la libertad de sus ciudadanos.

Jesús Vallejo Mejía, señala que las formas de organización política no son indefinidas, sino que son promovidas por el dinamismo de la sociedad, la cual modifica el comportamiento de la constitución en la sociedad (1997: 85 3 86). Por lo que, esta constitución no puede comprenderse bajo una interpretación estática, sino más bien como un producto en constante cambio, según la sociedad los realice. De esa forma, brinda una mayor protección a los ciudadanos y sus necesidades cambiantes, según estas requieran atención y tutela por parte del Estado.

Un sector minoritario, por el contrario, considera que el formalismo es la única forma de dotar al ordenamiento jurídico de autonomía, librándose de los valores morales y políticos como instrumentos de influencia (Sunstein 2004: 278). Esta corriente impulsa un desarrollo autónomo del derecho constitucional sin una influencia de la sociedad, al considerar que esta no le permite actuar imparcialmente. Desconociendo la diversidad que pueda existir en el territorio y obligando a una sola interpretación de la constitución, situación que puede dejar desprotegida a una parte de la sociedad.

El formalismo, reduce la fuentes extra textuales, negando discrecionalidad a los jueces y oponiéndose al significado dinámico de la norma (Sunstein 2004: 278). La falta de discrecionalidad de los jueces, sumado a una interpretación estática de la constitución, desembocaría en un atentado contra la dignidad de los ciudadanos. Por el contrario, el conceder una interpretación amplia de la Constitución permite una mayor protección, en especial en favor de los derechos humanos y grupos propensos a ser vulnerados.

El derecho constitucional requiere una interpretación amplia debido a la diversidad existente dentro de un territorio. La heterogeneidad promueve la necesidad de una interpretación de las normas constitucionales que brinden una mayor protección a los diferentes grupos sociales. Cada grupo social presenta una identidad y cosmovisión diferente, al limitar la interpretación de la constitución, se negaría el precepto principal del derecho constitucional: La dignidad humana.

La dignidad humana se materializa al brindarle al ciudadano estándares mínimos para mantener una vida idónea. Para ello, el Estado alcanza dichos estándares al promover derechos que se encarguen de regular y protegerlos. Los derechos que buscan garantizar la dignidad son denominados «derechos humanos».

Según Luis Castillo Córdova, existen diferentes definiciones de derechos humanos, pero todas se construyen desde la persona como un valor absoluto, al existir una relación entre la naturaleza humana y dignidad humana (2018: 34). Nuestro ordenamiento jurídico coloca al ser humano como un fin, no como un medio.

Luis Castillo Córdova, precisa que los derechos humanos, desde el punto de vista del derecho positivo, deben convertirse en una herramienta efectiva que permita al ser humano alcanzar grados de «perfeccionamiento»; es decir, satisfacer necesidades humanas (2014:145). El grado de perfeccionamiento solo podrá ser alcanzado al ponderar los derechos, permitiendo la coexistencia de ellos en el ordenamiento jurídico. Los derechos humanos no son absolutos, por lo que al entrar en conflicto con otro,

deberá procurarse un punto intermedio que permita la aplicación de los mismos, sin que uno se sobreponga sobre el otro.

Los derechos humanos, al encontrarse circunscritos en la Constitución, mantienen una jerarquía equitativa. A pesar de ello, habrá ocasiones en las que dos derechos de la misma jerarquía puedan entrar en conflicto. Frente a estas situaciones, se deberá ponderar cuál de los derechos puede suponer mayor beneficio, dependiendo de las circunstancias.

Es un error considerar que, si en una ocasión los magistrados resuelven ponderar un derecho sobre otro, siendo de la misma jerarquía, deberá mantenerse así. La propia característica de la constitución señala que es cambiante. La aplicación de los derechos esgrimidos en ella, supondrá una interpretación y una mayor importancia frente a otro dependiendo de las circunstancias.

En conclusión, el derecho constitucional es el estudio de la Constitución política. A su vez, esta rama tiene como objetivo consolidar los límites del poder, no permitiendo el abuso contra los ciudadanos. El objetivo principal recae en brindar a los ciudadanos estándares mínimos que permitan vivir al hombre dignamente.

dignidad humana se materializa a través de los derechos humanos, las cuales se positivizan dentro de la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento interno. Además, estos tienen como fin al ser humano, al garantizar estándares mínimos para alcanzar la dignidad humana, al cubrir las necesidades de la sociedad. Finalmente, no son absolutos, pues ante el conflicto con un derecho de igual jerarquía, se impondrán límites a fin de que coexistan.

4.1.2. Alcances generales sobre la definición de la Consulta Previa

La consulta previa se trata de una mecánica de participación política, previsto en el convenio 169 de la OIT, con el que se empodera a las comunidades para brindar sus opiniones sobre el proyecto que les afectará y, en consecuencia, provocando la modificación de la medida (Instituto Interamericano de Derechos Humanos 2016: 13). Un procedimiento que otorga a los pueblos indígenas la capacidad de efectivizar su derecho a la participación frente a medidas que afecten la integridad de su territorio.

El Convenio de la OIT describe los deberes que tiene el Estado frente a los pueblos indígenas. Se los compromete a efectivizar sus derechos de participación, cuyo eje gira en el respeto hacia su cultura e integridad. Sumado a ello, se genera una obligación sobre el acceso de los pueblos a los derechos de manera equitativa. A su vez, involucrar a los pueblos excluidos en el desarrollo del país, manteniendo presente su cosmovisión.

La Consulta previa insta a los estados a flexibilizar los derechos constitucionales, adaptando la interpretación y aplicación de estos a los contextos sociales y culturales de las comunidades nativas. Para ello, se reconoce que los grupos humanos diferenciados presentan «Derecho colectivos». Una categoría especial orientada en la defensa de identidades de aquellos grupos minoritarios potencialmente en peligro.

Los derechos colectivos son aquellos que otorgan facultades a las personas que tiene acceso a bienes comunes y comparten características, tales como la cultura, lenguaje o tradiciones (Valdivia 2020:101). Este es un conjunto de derechos que buscan proteger aquellos que los derechos individuales son incapaces de proteger. La falta de capacidad de protección de los derechos individuales recae en que estos están orientados a la sociedad occidental.

Katherine Becerra Valdivia señala que estos derechos están orientados a la preservación de formas distintas de vida y cultura, cuyo titular son los grupos diferenciados; y, por tanto, solo podrán ser ejercidos por el grupo, no por una persona específica del mismo (2022: 100). De esa forma, se superpone el derecho de la colectividad, el bien común, sobre el beneficio individual. Al priorizar el derecho de la colectividad, se asegura los derechos individuales de aquellos que conforman el grupo beneficiado por el derecho colectivo.

El derecho a la consulta previa es un derecho colectivo que busca salvaguardar la integridad de un grupo minoritario frente a un grupo predominante. En consecuencia, se permite que los miembros de los colectivos puedan desarrollar sus derechos individuales desde su cosmovisión.

Los derechos de los pueblos indígenas no son islas separadas; por el contrario, al hacer efectivo uno de ellos, se permite la defensa de los derechos conexos (Ruíz y Roel 2011: 133). El derecho a la consulta previa se encuentra interconectado con otros derechos, tales como el del territorio, vida, cultural, entre otros. Dicho de otra forma, se trata de un derecho contenedor que es utilizado para hacer valer otros derechos, incluso los derechos individuales de los ciudadanos.

En conclusión, el derecho a la consulta es un derecho colectivo que permite la defensa de otros derechos conexos. Asimismo, no solo busca proteger los derechos conexos, sino también asegurar la supervivencia de grupos minoritarios. Finalmente, su objetivo principal es el permitir el adecuado desenvolvimiento de derechos individuales de los miembros de un colectivo y la coexistencia pacífica con otros grupos.

4.1.3. El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)

El convenio 169 se genera como consecuencia de la preocupación de la situación de los trabajadores indígenas, promoviendo la defensa de trabajadores de estos pueblos una protección especial (IWGIA 2014: 9). Su origen histórico recae sobre el trabajo explotador ocasionado sobre los pueblos indígenas, aprovechándose de la falta de protección estatal. De esa forma, se orientaba a los derechos de estos grupos, pero tomando en consideración su calidad especial de «grupo diferenciado».

El convenio 169 de la OIT cubre la amplia gama de cuestiones relativas a pueblos indígenas, en las que se incluye derechos laborales, educación, salud, organismos autóctonos, idiomas, credo y cooperación de fronteras (Oficina Internacional del Trabajo Ginebra (2013: 1). Este tratado, no solo orientó su contenido a la defensa de derechos laborales, sino que expandió el contenido hacia otros derechos. De esa forma, no solo se asegura los derechos laborales de los pueblos indígenas, sino también la supervivencia de la cultura e identidad de estos grupos.

Según Jürgen Golte, este convenio ha sido un proceso de descolonización, el cual es utilizado por grupos indigenistas y ambientalistas como herramienta para frenar la presencia del capital transnacional, referido a la explotación del subsuelo (2011: 44). Al asegurarse la supervivencia de la identidad indígena, se genera el conflicto frente a otros derechos, como es el derecho a la empresa. Esta situación, permite a las comunidades indígenas generar un contrapeso frente a proyectos de extracción sobre sus territorios.

Asimismo, la Oficina Internacional de Trabajo de Ginebra señala que el elemento central del convenio es la consulta y participación, lo que permite proteger su derecho a la vida, sus tierras, sus recursos naturales y sobre sus prioridades de desarrollo (2013: 1). De esta manera, se logra brindar a los pueblos nativos autonomía sobre su manera de

desarrollo, su estilo de vida y cosmovisión. Se otorga a las comunidades afectadas la posibilidad de intervenir en un proyecto, asegurando un beneficio sobre ellos.

Este mecanismo se incorpora al ordenamiento interno a través de la ratificación del mismo por parte del congreso. Existen dos ordenamientos que conforman el derecho: el ordenamiento interno y el ordenamiento internacional. Abugattas afirma que la convivencia de los ciudadanos es regulada por el derecho interno; mientras que, el derecho externo se encuentra orientado a la cooperación de los Estados, a fin de solucionar controversias comunes (2006: 440). Estos ordenamientos presentan principios comunes, como el consentimiento, pero diferencias en la forma en cómo se crean las normas y sujetos a los que se dirige.

La existencia de ambos ordenamientos puede provocar una contradicción entre ellos, al intentar realizar una lectura conjunta de ambos frente a un derecho regulado por ambos. Pueden existir normas que regulen una misma situación, pero de diferente forma, ocasionando conflicto de interpretación y aplicación. Esta situación desemboca en la creación de una doble teoría de incorporación de la norma internacional al ordenamiento interno: La monista y Dualista.

Por un lado, la teoría monista opta por un sistema unificado, donde dependiendo donde encuentra la norma su validez, se subordinará a ella (Abugattas 2006:446). Ante la disyuntiva sobre qué norma debe primar, se deberá buscar donde surgió el derecho regulado, De esa forma, la norma incorporada logrará una sola y evitará conflicto entre las formas que se regularon en un primer momento.

La principal crítica a esta teoría recae en decidir cuál derecho deberá primar sobre uno, situación que Kelsen resolvió al indicar que ello era un problema político, más no de derecho (Abugattas 2006: 447). La crítica indica el conflicto que podría existir ante la una norma regulada de la misma forma, dejando a una de ella sin efecto. Más, se ha encontrado una solución adecuada, en la que primará aquella que la reguló primero, o de donde surge la razón de ese derecho.

Por otra parte, la teoría dualista indica que cada ordenamiento tiene su propia fuente, indicando que cada uno regula relaciones distintas y, para incorporarse al derecho interno, debe transformarse en derecho interno y ser norma obligatoria (Abugattas 2006: 448). Se promueve que la norma internacional se incorpore al derecho interno; por lo que, se vería sometida a los cambios que podría sufrir una de dicha categoría, como podría ser la derogación. Dicho de otro modo, el convertir un tratado internacional a uno de derecho interno, supondría un peligro para esta, pues se vería sometido a la posibilidad de ser reemplazada otra norma que regulara el mismo contenido.

En el Perú, se implementa la teoría monista, según lo establece el artículo 55² de la Constitución Política del Perú. Dicho artículo señala que los tratados de derecho internacional serán incorporados al ordenamiento interno; no obstante, la manera en como se incorporen dependerá de la manera que regulan.

En el caso de los tratados internacionales de derechos humanos, adquieren jerarquía constitucional, según lo establece la interpretación conjunta del artículo 55 y la cuarta Disposición Final y transitoria³. La sentencia recaída en el expediente N° 047-2004-AI/TC, en su fundamento 22, indica que los tratados de derechos humanos permiten

² Artículo 55 de la Constitución Política del Perú .- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional

³ Cuarta Disposición Complementaria Final de la Constitución. 3 Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú

desarrollar los derechos reconocidos por la constitución, generando un control de constitucionalidad sobre los derechos y libertades de la Constitución (Tribunal Constitucional 2006). Se genera una garantía sobre los métodos de interpretación de los derechos, los cuales deberán basarse sobre lo señalado en los tratados de derechos humanos.

El convenio 169 de la OIT es un tratado de derecho internacional y, por tanto, corresponde brindarle un rango constitucional. La sentencia recaída en el expediente N° 05427-2009-PC/TC-Lima, en su fundamento 9, reafirma que dicho convenio posee jerarquía constitucional y corresponde al bloque constitucional, generando la incorporación de los derechos establecidos en el tratado en la Constitución (Tribunal Constitucional 2010: 5). El derecho a la consulta previa, reconocido en dicho convenio, se incorporó al ordenamiento interno a través de la Ley N° 29785 y, a su vez, se reglamentó la misma a través del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

Conforme al artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, los beneficiarios de la Consulta Previa deben poseer ciertos requisitos. Dentro de los cuales se encuentra que el pueblo debe ser descendiente autóctono de los pueblos anteriores a la conquista, cuyo asentamiento ha persistido durante generaciones. A su vez, debe preservar organizaciones tradicionales de sus pueblos. Además, el grupo debe poseer una conciencia de pertenencia al mismo, el criterio de mayor importancia.

El tratado no especifica quienes son los pueblos indígenas, sino que brinda las características. De esa forma, se logra optimizar la defensa de los grupos minoritarios. No se excluye a ningún grupo que pueda cumplir con dichas características, logrando evitar casos de vulneración de derechos de grupos que podrían verse excluidos del término pueblo indígena.

Según establece el convenio 169, se indica que los pueblos indígenas deberán cumplir con tres criterios objetivos y un criterio subjetivo. Dentro de los criterios objetivos se tienen: Continuidad, conexión territorial y conexión cultural. El primero, indica que son pueblos indígenas los que son anteriores a la colonización (OIT 2009:9). El pueblo debe acreditar que su pueblo existe desde antes de la conquista. El segundo, indica que el pueblo indígena se ha mantenido en su territorio ancestral, salvo haya sido expulsado violentamente (Ruíz y Roel 2011:21). El pueblo indígena deberá acreditar que su pueblo habitó las tierras indígenas que son de su propiedad, salvo haya sido expulsado de ellos. Finalmente, el tercero hace referencia a que el pueblo indígena deberá acreditar que mantiene uno o varias instituciones tradicionales (OIT 2009:9). El pueblo deberá acreditar que, si bien su estructura puede haber cambiado, mantiene aún instituciones tradicionales del origen del mismo.

Por otra parte, se tiene como criterio subjetivo: La autoidentificación. Señala que serán pueblos indígenas o tribales aquellos que se consideren como tal (Ruíz y Roel 2011:21). Se considera el criterio de mayor importancia, siendo los criterios objetivos complementarios al mismo. Se considera complementario debido a que el objetivo del convenio es evitar estados de indefensión de aquellos pueblos que se les imposibilite comprobar alguno de los criterios objetivos.

En el Perú, dichos criterios generan confusión debido a la diversidad de grupos existentes en el territorio: Comunidades nativas, grupos tribales, comunidades campesinas de la sierra y comunidad campesina de la Costa. Estos grupos presentan características comunes, más en la forma de organización y conformación recae la diferencia.

Por un lado, las comunidades campesinas son aquellas ubicadas en la sierra y costa, e incluso la selva, manteniendo autonomía en su organización, cuya finalidad es el bien común de sus comuneros (Guerrero y Vásquez 2018: 79). Las comunidades campesinas se encuentran reguladas bajo la Ley General de Comunidades Campesinas Ley N° 24656, la que refieren que son organizaciones de interés público, con existencia legal, con un territorio, con vínculos ancestrales y gobierno democrático. La descripción realizada por la ley encaja con los criterios objetivos y subjetivos del convenio 169, más en el Perú algunos funcionarios han buscado negar que son pueblos indígenas por factores políticos.

Por otra parte, las comunidades nativas son aquellas ubicadas en la selva, con una propia autonomía, basando su estructura en la familia y entorno cultural las cuales utilizan sus territorios para subsistir y buscar alimentos (Guerrero y Vásquez 2018: 79). Estos grupos se encuentran regulados por la Ley de comunidades nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva, misma que la describe como de origen tribal, constituida por familias, con caracteres culturales y tenencia permanente de un mismo territorio con un asentamiento disperso. Esta descripción no ha causado repercusión sobre su incorporación a la consulta previa, al encajar en el término de pueblos indígenas y debido a que los pueblos de dichos territorios son originalmente sucesores de pueblos ancestrales.

A pesar de presentar diferencias, se requiere realizar una interpretación al amparo del artículo 89° de la Constitución Política, a fin de afirmar que ambos tipos de comunidades se clasifican dentro de los criterios del convenio 169. Este artículo señala que tanto las comunidades campesinas y nativas son autónomas en su organización, uso de sus tierras y en el aspecto económico y cultural, por lo que el Estado respeta la identidad cultural de ambas. Bajo la concepción del derecho, se mantiene un tratamiento equitativo entre las comunidades campesinas y pueblos nativos, reconociéndoles personería jurídica y la capacidad de auto administrarse.

Antonio Peña Jumba precisa que el inconveniente recae en el criterio subjetivo, pues si una comunidad se identifica como indígena, por lo que ello sumado a demás criterios lo haría acreedor al convenio 169 (2013:199). Este criterio presenta dificultad durante su aplicación, pues solo basta el autorreconocimiento para acogerse al convenio 169 de la OIT. Sin embargo, se requiere de la complementariedad de los criterios objetivos para validar la posición de los pueblos indígenas que se auto reconozcan como tales.

En el presente caso, se ha cuestionado la identidad de los demandantes. Sin embargo, se tiene que los demandantes son reconocidos como comunidades aimaras que han habitado en su territorio ancestral, el cual es debidamente identificable. Sin embargo, los magistrados del Tribunal Constitucional señalaron que la identidad de pueblo indígena es un debate al ser incluso reconocidos por el Estado peruano.

En conclusión, el Convenio 169 de la OIT es un tratado internacional de derechos humanos. Se incorpora al ordenamiento interno a través del mecanismo establecido en la propia constitución, otorgándole rango constitucional a los derechos que alberga. El objetivo principal del tratado es asegurar la supervivencia de grupos indígenas minoritarios frente a grupos predominantes.

En el Perú existe dificultad de la aplicación de los criterios objetivos y subjetivo. Según se precisa en el convenio, se brinda mayor importancia al criterio subjetivo. Mientras que, los criterios objetivos brindan complementariedad al criterio subjetivo. Cada grupo es acreedor a ser beneficiario de la consulta previa al posee una conciencia de pertenencia a un grupo, correspondiéndole al Estado desacreditar ello mediante un análisis individual sobre el mismo.

4.1.4. El derecho a la Consulta Previa y su relación con derechos constitucionales del ordenamiento interno

La constitución debe comprenderse como el conjunto de experiencias de la sociedad, las cuales la han moldeado y creado. En el caso del derecho a la consulta previa, esta no se encuentra regulada de manera explícita en nuestro ordenamiento, a pesar de reconocerse como un derecho constitucional. Sin embargo, al realizar una lectura sistemática de los artículos 2 y 3⁴, se logra constatar que la no incorporación explícita de un derecho no implica su no existencia.

El derecho a la consulta previa implica una serie de derechos conexos. El objetivo de este derecho de los pueblos indígenas es asegurar la subsistencia del grupo, así como de sus costumbres y religión. Con ello, se logra que los miembros de dichos grupos puedan ejercer con libertad sus derechos individuales desde su concepción.

Se replica el derecho a la participación ciudadana, pero incorporando como elemento central a los pueblos indígenas. Este mecanismo integra otros conceptos como el derecho a la autonomía, a la vida, a la propiedad, entre otros. De esa forma, se logra manifestar todos estos derechos ante el reclamo de participación sobre las medidas que afecten su cosmovisión.

La constitución no se debe comprender como un conjunto de normas independientes una de la otra. Por el contrario, se requiere una lectura conjunta de los derechos que la componen para asegurar una máxima defensa de los derechos humanos.

El principio de la unidad de la constitución, señala que la constitución debe comprenderse de modo integral y no como una norma de compartimentos estancados (García Toma 2003: 205). La unidad de la constitución se manifiesta cuando a la interpretación de la norma de la Constitución se magnifica lo máximo posible. Con ello, se logra salvaguardar y asegurar los derechos de los ciudadanos.

Se salvaguarda los derechos humanos cuando, en ciertas circunstancias, en los que la interpretación individual del derecho sea insuficiente para salvaguardar al ciudadano. La sentencia recaída en el Expediente N° 2409-2002-AA/TC, afirma que la lectura sistemática de la Constitución y una aplicación integral de las normas relativas a derechos fundamentales no admiten «zonas de indefensión» (Tribunal Constitucional 2002). Se optimiza los derechos fundamentales, pues estos tienen el fin de asegurar la dignidad humana.

La consulta previa es la conjunción de diferentes derechos humanos ya reconocidos dentro del ordenamiento jurídico, algunos de ellos son: Derecho a la participación ciudadana, derecho a la autonomía, derecho a libre personalidad, entre otros.

El derecho a la participación ciudadana⁵ alude a implicarse en la toma de decisiones y acompañar en la implementación y gestión de políticas, programas y proyectos (Sociedad Peruana de derecho ambiental 2020). Característica que comparte con el derecho a la consulta previa al estar orientado a que los pueblos indígenas se impliquen en la gestión de políticas y medidas que afecten sus tierras. Más, mantiene la peculiaridad de que es un derecho colectivo que pertenece a los pueblos indígenas, como colectivo.

⁴ Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funda en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

⁵ Artículo 2. De la Constitución Política del Perú- (...) 17. A participar en forma individual o asociada, en la vida económica y cultural de la Nación (...).

El derecho a la autodeterminación⁶ alude a la manifestación de voluntad que hace una comunidad de individuos para regir por sí mismo su destino político (Forno 2003:97). El mecanismo de consulta se encuentra orientado en brindar a las comunidades la posibilidad de autogobernarse política, cultural y económicamente. No se desea una desintegración del Estado, pero sí permitirle la participación en aquellas actividades que puedan afectar su desarrollo como comunidad diferenciada.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad⁷ alude a la libertad humana en un sentido amplio, todo lo que la persona desea hacer, siempre que sea constitucionalmente admisible (Sosa 2018: 188-189). Derecho que se encuentra amparado también por el Derecho a la Consulta Previa. El mecanismo busca no solo la participación de las comunidades en las actividades que les afecten, sino también el respeto a que se desenvuelvan en sus vidas desde su cosmovisión sin ser afectados.

El Estado peruano se encuentra en la obligación de brindar una amplia protección de los derechos humanos, sin discriminar a ningún grupo. El Convenio sobre derechos humanos presenta, dentro de su artículo 1⁸ y 2, ya presenta una obligación tácita del Estado a optimizar los derechos humanos. Se desprende que el Estado debe evitar generar «estados de indefensión» ante situaciones no reguladas que no permitieran el libre ejercicio y libertades de los derechos humanos.

La sentencia recaída en el expediente N° 00022-2009-PI/TC, indica que el no regular algún mandato ius fundamental de un tratado internacional no capacita al Estado a no cumplir con sus obligaciones (Tribunal Constitucional 2010). Lo dispuesto por el Tribunal Constitucional señala el deber del Estado de seguir erigiendo justicia en favor de todos los ciudadanos. El artículo 139, inciso 8,⁹ de la Constitución Política del Perú refuerza dicha posición, al indicar que el Estado debe asegurarse de no generar estados de indefensión ante falta de norma.

Este mecanismo de participación genera la voluntad de superar la discriminación padecida por los pueblos indígenas, brindándoles un acceso real a sus derechos e incorporándolos a la sociedad, preservando sus estilos de vida (Eguiguren 2016: 65). El mecanismo de participación resulta una conjunción de derechos. De esa forma, se requiere un enfoque dinámico durante el análisis y evaluación de ese derecho, procurando la categoría de las comunidades

Se pretende reducir la brecha de acceso a la justicia. No resulta suficiente que este logre ser la conjunción de los derechos individuales. La focalización sobre la existencia de un solo derecho, imposibilita que puedan ser defendidos de manera idónea.

⁶ Artículo 89 de la Constitución Política del Perú.- Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. (...) El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas.

⁷ Artículo 2. De la Constitución Política del Perú - Toda persona tiene derecho: 1.- A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física a su libre desarrollo y bienestar (...).

⁸ Artículo 1 del Convenio Americano de Derechos Humanos.-Obligación de respetar los derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...)

Artículo 2 del Convenio Americano de Derechos Humanos.- Deber de adoptar disposiciones de derecho interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁹ Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...). 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (...)

El reconocimiento del convenio 169 es solo es reconocimiento explícito y focalizado de los derechos indígenas. De esa forma, se facilita a los magistrados la interpretación de los derechos indígenas con una sola norma. A su vez, se evita generar «estados de indefensión» por la falta de visión de un derecho multicultural.

En conclusión, el Derecho a la Consulta Previa es la manifestación explícita de un conjunto de derechos del ordenamiento peruano. Más, se pretende brindar un enfoque de colectividad sobre los grupos minoritarios. A su vez, otorga la posibilidad a los pueblos indígenas a generar espacios de diálogo con el Estado, salvaguardando la integridad de su cultura.

Se logra evitar la existencia de «espacios de indefensión» al tener un derecho específico. Se optimiza el derecho indígena, obligando al Estado a reconocer la existencia de más de un derecho.

4.1.5. El derecho a la Consulta Previa como derecho constitucional en el ordenamiento interno

En la sentencia materia del presente análisis, se afirma que el Derecho a la Consulta Previa no es un derecho constitucional. Se afirma que ese derecho no se encuentra de manera explícita ni implícita en la Constitución Política del Perú. Se considera que los derechos humanos deben ser explícitos, no siendo posible incorporarlo, orientado a la Constitución como un instrumento estático.

El derecho a la Consulta previa puede entrecerse como un derecho constitucional de dos formas: Por un lado, por la forma en la que nuestro ordenamiento interno incorpora a los tratados; por otra parte, el origen de donde emana el derecho a la consulta Previa.

En primer lugar, los tratados se incorporan al ordenamiento peruano al adoptar la teoría monista. Se incorpora el tratado internacional, priorizando el mecanismo que haya priorizado primero el derecho. De esa forma, se evita que, de existir dualidad de derecho o norma regulada, se priorizará aquel que lo reguló primero.

Sin embargo, en el caso de los tratados de derechos humanos, se presenta una peculiaridad. En la sentencia recaída en el Expediente N° 02420-2012-PC/TC 3 Lima, se indica que los Tratados de derechos humanos tiene rango constitucional en atención a lo dispuesto por los artículos 3 y 55, y la IV disposición final y transitoria de la Constitución, lo que implica que derogan normas inferiores e innovando el ordenamiento (Tribunal Constitucional 2014).

Los tratados cuyo contenido sea de derechos humanos serán parte de la Constitución. A su vez, al ser de máxima jerarquía derogan automáticamente aquellas normas infralegales que pueden regular lo mismo. Finalmente, esta clase de tratados permite innovar el ordenamiento interno al tener que interpretarse las demás normas en base a los nuevos derechos incorporados.

Por otra parte, los tratados de esta categoría al integrarse al ordenamiento interno presentan una doble función: Función hermenéutica y función positiva. La primera, hace referencia cuando se interpreta el contenido constitucional de los derechos fundamentales se deberá recurrir al tratado internacional de derechos humanos (Ruíz 2012:25). El contenido del derecho que se incorpora deberá ser interpretado a partir del contenido y contexto del tratado de derechos humanos. El segundo, hace referencia a que al incorporar el tratado se ensancha el catálogo de derechos fundamentales (Ruíz 2012:25). La incorporación de nuevos derechos humanos permite brindar mayor seguridad a los ciudadanos de un territorio, frente a la posible falta de legislación.

El convenio 169 de la OIT es un tratado de derecho humanos, cuyo foco principal son los pueblos indígenas. Dentro del contenido del mismo, se encuentran diversos derechos humanos de enfoque colectivo. Son derechos humanos de enfoque colectivo al buscar la supervivencia de los pueblos indígenas dentro de su cosmovisión, sin interferencia de otros grupos.

Al ser un tratado de derecho internacional de derechos humanos, se incorpora al ordenamiento interno. Los magistrados del Tribunal Constitucional señalan, en la sentencia en materia, que el Derecho a la Consulta Previa no es de rango constitucional, al no encontrarse de manera implícita o explícita en la misma. En primer lugar, se ha obviado que el Derecho a la Consulta Previa es un derecho que se encontraba contenido en el convenio 169 de la OIT. Por ende, se le brinda a los derechos humanos contenidos en el convenio el rango constitucional.

Se debe considerar que, el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y transitoria de la Constitución Política del Perú permiten la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución. Por un lado, el artículo 55 permite incorporar los tratados al ordenamiento jurídico. Mientras que, la Cuarta Disposición Final y Transitoria brinda la jerarquía de constitucional a los Tratados de Derechos Humanos.

Sumado a ello, si bien la constitución ha precisado cuales son los derechos humanos de las personas en el artículo 2, no es numerus clausus. El artículo 3 de la Constitución política le brinda la característica de Numerus Apertus. Esta característica brinda a los beneficiarios la garantía que la constitución podría cambiar en beneficio de los mismos. Se asegura de que los derechos humanos puedan ensancharse, conforme las necesidades lo requieran.

Incluso, de no ser reconocida de manera implícita o explícita, esta puede interpretarse de la Constitución. El derecho a la Consulta previa es un mecanismo de participación, el cual emula la participación ciudadana, con un enfoque indígena. Asimismo, pretende asegurar la supervivencia del estilo de vida y de sus costumbres como pueblo indígena.

Se trata de un derecho colectivo que se encuentra conexo a otros derechos, por decir solo dos: Derecho a la participación y derecho a la identidad cultural. El derecho a la consulta es una manifestación del derecho a la participación política, el cual es la capacidad de intervención de cualquier ciudadano en aspectos de la vida de la sociedad (Ruíz y Roel 2011: 37). El derecho a la participación política es equivalente al derecho a la participación ciudadana, regulado en el Artículo 2¹⁰, inciso 17 de la Constitución Política del Perú.

La sentencia recaída en el expediente N° 5741-2006-PA/TC-Loreto, en su fundamento 3, establece que el derecho a la participación política no solo se proyecta en el Estado-aparato, sino también en el Estado-sociedad (Tribunal Constitucional 2006). Se refleja en que el derecho a la participación política no se limita a la participación en las elecciones, sino también sobre medidas que podrían afectar a los ciudadanos.

El derecho a la Consulta Previa debe comprenderse como un parte-todo, siendo una extensión del derecho a la participación política, cuyo enfoque brinda mayor visibilidad a los pueblos indígenas. Sin embargo, esta situación no implica que antes del convenio 169 de la OIT los pueblos indígenas no tuvieran derecho a la participación.

¹⁰ Artículo 2 de la Constitución Política del Perú: (...) 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. (...)

La sentencia recaída en el expediente N° 4677-2004-PA, describe que el poder político emana del pueblo, más este debe proyectarse sobre la realidad, permitiendo la participación de cada ciudadano o colectivo a ejercer su capacidad política (Tribunal Constitucional 2005). El derecho a la participación surge de la democracia de los Estados. Se requiere la participación de todos los ciudadanos para materializar la participación de los ciudadanos en el estado, a través de forma individual o colectiva.

Por lo que, el derecho a la Consulta previa resulta ser la manifestación directa de los pueblos indígenas como colectivos. Se logra que se incorporen al desarrollo del país y participen en la toma de decisiones. Con ello, se logra la supervivencia de los pueblos indígenas tomando en consideración la visión indígena.

Por otra parte, el Derecho a la Consulta Previa, a través del mecanismo de participación, brinda el derecho a la identidad cultural. La sentencia recaída en el Expediente N° 42-2004-AI/TC, describe que el Estado posee un deber de respeto hacia las manifestaciones de cultura, de promoción de la multiculturalidad del Estado e impedir las manifestaciones que inciten el desconocer estos derechos fundamentales (Tribunal Constitucional 2005). Se incorpora el concepto de Estado multicultural y los deberes del Estado, propugnando un derecho equitativo y justo con todas las etnias.

La conexión con el derecho a la Consulta Previa se mantiene cuando esta aboga por la supervivencia de los pueblos indígenas. Al permitir la participación política de los pueblos indígenas, se logra la subsistencia de la identidad cultural de estas comunidades, la cual se refleja en el artículo 2¹¹, inciso 19 de la Constitución Política. Con ello, el respeto por la multiculturalidad del Estado peruano permite la subsistencia de los pueblos indígenas.

Por un lado, al permitir la participación política de los pueblos indígenas, se respeta las manifestaciones de culturalidad de los pueblos. Se reconoce su existencia y su diferenciación de la cultura predominante. Con ello, se logra la convivencia armónica de diferentes culturas, sin que una absorba o destruya la otra.

Por otro lado, con la participación política se promueve la identidad de los pueblos minoritarios. Se logra brindar autonomía a los pueblos indígenas al permitir que decidan sobre sus territorios. Con ello, los pueblos indígenas logran desarrollar otros derechos conexos a su identidad cultural, como es el desarrollo de la libre personalidad.

Finalmente, al permitir la participación de los pueblos indígenas en los procesos que afecten sus territorios, se fomenta el respeto a sus derechos. El no permitir la injerencia sobre los territorios indígenas, evita que se vulneren los derechos de jurisdicción especial de los pueblos indígenas. Se revaloriza los pueblos indígenas, brindándoles un trato equitativo frente a situaciones que podrían vulnerar su soberanía.

Entonces, el derecho a la Consulta Previa no es un derecho nuevo, sino que es la conjunción de otros ya existentes. No se ha menciona la totalidad de ello, pero se ilustra que contenido de este derecho son una serie de derechos constitucionales ya establecidos en la Constitución. Sin embargo, la incorporación de este derecho constitucional, a través del convenio, brinda una aplicación directa. Se evita la interpretación conjunta de los derechos individuales que se requeriría para brindar una protección a los pueblos indígenas.

¹¹ Artículo 2 de la Constitución Política del Perú.- (...) 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protégela pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante intérprete (...).

En conclusión, el derecho a la consulta previa es un derecho constitucional reconocido por la Constitución Política. Por un lado, se debe reconocer que se incorpora al ordenamiento interno realizado una interpretación del artículo 55 y cuarta disposición final transitoria de la Constitución. Se tiene presente que, al ser el ordenamiento interno de tradición monista, se incorpora al derecho interno y, al ser de contenido de derechos humanos, adquiere la máxima jerarquía. La incorporación de este tipo de tratados internacionales, permite el ensanchamiento de derechos fundamentales.

No obstante, también se reconoce que el derecho a la Consulta Previa es un derecho constitucional por su contenido. Se reconoce que este contiene un conjunto de derecho, siendo los más representativos: El derecho a la participación política y la identidad cultural. El derecho a la participación política reconoce el derecho de los pueblos indígenas a intervenir en los procesos que puedan afectarles. Asimismo, permite que tengan la capacidad de generar espacios de convivencia con grupos predominantes.

Además, el derecho a la Consulta Previa implica el derecho a la identidad cultural. Al brindarle participación a los pueblos indígenas, se permite el desarrollo autóctono. Se logra que las comunidades decidan sobre el desarrollo alineado a su cosmovisión. De esa forma, se evidencia que el derecho a la consulta previa ya se encontraba reconocido, incluso antes del convenio, dentro de nuestra constitución. Aplicando una interpretación conjunta y extensiva de los derechos ya establecidos en la misma.

4.2. ¿El otorgamiento de la concesión minera vulnera el derecho a la Consulta Previa?

4.2.1. Alcances del derecho de propiedad y su diferencia con la propiedad comunal

El derecho a la propiedad es un derecho constitucional reconocido en el artículo 2¹², inciso 16 de la Constitución Política del Perú. Mejorada señala que el derecho a la propiedad es un derecho individual y protegido que cumple un papel importante en la economía del mercado (2004 :128). Es un derecho que permite que el mercado fluya y se mantenga impérenme en el tiempo.

La propiedad es un derecho real, absoluto exclusivo y perpetuo; es un derecho real, pues hay una relación entre el bien y titular, y es «erga Omnes»; es absoluto, pues confiere al titular todas las facultades; es exclusivo, pues solo le pertenece al titular; y, es perpetuo, pues no se extingue por el no uso (Avendaño 2012:111). Dichas características permiten que sea un bien no perecible en el tiempo. Al no ser perecible en el tiempo, logra ser un activo atractivo para quienes deseen salvaguardar su integridad económica.

El código civil, en el artículo 923¹³, señala que la propiedad permite al propietario usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Francisco Avendaño señala que, «usar=hace referencia a servirse del bien, «disfrutar= hace referencia a percibir los frutos y «disposición= refiere a la facultad de ceder, transmitir o enajenar (2012:128). Se promueve a la propiedad como un bien comerciable, el cual debe fluir en el mercado.

No obstante, este derecho no puede ejercerse con libertad absoluta. El artículo 923 del Código Civil precisa que deberá ejercerse con armonía social. Mejorada precisa que el derecho a la propiedad no es absoluto, pues no puede lesionar el derecho de otros

¹² Artículo 2 de la Constitución Política del Perú.- (...) 16. A la Propiedad y a la herencia (...)

¹³ Artículo 923 del Código Civil.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar,disfrutar,disponer y reivindicar un bien. Debe ejercitarse en armonía con le interés social y dentro de los límites de la ley.

(2004: 130). El ordenamiento interno impone un límite a este derecho, al impedir que este se sobreponga sobre el derecho de los demás. El interés social recae en la necesidad de coexistir de manera pacífica frente a los demás derechos que puedan poseer los demás ciudadanos, no solo limitados al derecho de propiedad.

El artículo 70¹⁴ de la Constitución política señala que el Estado es un garante de este derecho. De esa manera, la constitución se asegura que la propiedad no pueda vulnerada por un privado, ni por el Estado. Sin embargo, presenta límites, los cuales se encuentra señalados en el mismo artículo.

Lo señalado por el ordenamiento interno, orienta indiscriminadamente a la propiedad como bien de libre disposición. Cesar Landa afirma que el reconocimiento de la propiedad comunal se encuentra consagrado en la constitución, pero bajo el modelo de libre disposición de tierras, más no se ha concretado (2020:91). Equivocadamente se interpreta que la propiedad indígena resultaría ser una propiedad que puede ser dispuesta, como si de una copropiedad se tratara.

Sin embargo, el derecho a la propiedad no solo se reconoce como un bien individual, sino también en su manifestación colectiva. En el Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingi Vs Nicaragua, en el párrafo 149, reconocen la existencia de una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, el cual le pertenece al grupo y su comunidad, no al individuo (CIDH 2001). La interpretación extensiva del artículo 21¹⁵ del Convenio Americano de Derechos Humanos, demuestra una evolución del concepto de propiedad, no limitándola a individualidad.

La propiedad en sentido estricto y la propiedad comunal mantienen elementos semejantes. Este último, logra diferenciarse de la concepción civil clásica de la propiedad, al integrar los bienes intangibles, espirituales y materiales (Landa 2020: 93). La característica recae en el significa que avoca la propiedad para el colectivo, ya no solo viéndolo como un elemento de intercambio.

Zambrano señala que la propiedad comunal presenta dos elementos característicos: estrecho vínculo con los territorios que ocupan tradicionalmente; y, este tipo de propiedad permite un uso particular de los recursos por parte de los grupos que la habitan (2012: 68). Entonces, la propiedad comunal se debe comprender como la posesión de un determinado territorio con el que se mantiene una relación especial, del que se extraen recursos para su subsistencia.

En el Caso Pueblo Saramaka VS Surinam, en el párrafo 89, sostiene la existencia de una estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos ligados a estos deben protegerse por el artículo 21 de la Convención Americanada (CIDH 2007). La corte internacional reconoce tres elementos de la propiedad comunal: Los pueblos indígenas, el territorio y el uso de recursos para su subsistencia.

¹⁴ Artículo 70 de la Constitución Política del Perú.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

¹⁵ Artículo 21 del Convenio Americano de Derechos Humanos.- 1.- Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de intereses social y en los casos y según las formas establecidas por ley. (...)

Así, el convenio 169 de la OIT cuestiona el significado tradicional de propiedad. El artículo 13, numeral 2¹⁶, señala que el término <tierras= deberá incorporar el término <territorios= al ser un término adecuado cuando se habla de propiedad comunal. Al señalar el territorio y no <tierras=, se logra incorporar ya no solo tangibles, sino también intangibles de representación de los pueblos indígenas. Se refuta que la propiedad posea solo una sola definición, precisando la existencia de diferentes conceptos de <propiedades=.

Zambrano afirma que el territorio se encuentra vinculado a un colectivo, no al individuo; involucra los recursos naturales que se encuentren, los que son utilizados a su manera; la vinculación con el territorio y la manera de usar los recursos presupone un carácter tradicional y conexión espiritual; elemento que deberán ser protegidos para asegurar la supervivencia del pueblo indígena (2012: 70). Sus características no solo recaen en un bien vinculado a la cultura del pueblo, sino que trasciende al ser un elemento necesario para la supervivencia del pueblo indígena. Se trata de unos elementos que permiten la continuidad de la vida, la supervivencia de la identidad cultural y, con ello, la supervivencia del grupo minoritario frente a grupos predominantes.

No se trata del asilamiento de los grupos indígenas de los demás grupos, como si se tratara de una enfermedad que pudiese exterminarlos. Por el contrario, se presupone la necesidad de una coexistencia pacífica de grupos diferenciados, procurando que ambos tengan un desarrollo evolutivo conforme a sus circunstancias. El reconocimiento del derecho propiedad, más allá del concepto tradicional, permitiendo un concepto amplio basado en la multiétnicidad del Estado.

Zambrano señala que la CIDH reconoce que la cultural, la economía, espiritualidad forjada por los pueblos indígenas es parte del uso tradicional del territorio, lo que permite su continuidad y debe ser tomado en cuenta como eje principal de la propiedad comunal (2012: 71). El artículo 13, numeral 1¹⁷, coincide con lo afirmado por Zambrano, deslumbrando la necesidad de que los Estados tienen el deber de generar un concepto amplio del derecho a la propiedad. De esa forma, se logra considerar que, salvaguardar el territorio implica la subsistencia cultural y social de los pueblos indígenas.

Los Estados tienen el deber de salvaguardar la propiedad comunal adoptando medidas especiales que garanticen el adecuado desenvolvimiento de los pueblos indígenas. El artículo 2¹⁸ de la OIT, señala el deber del Estado de generar igualdad de derecho, la adaptación del derecho dependiendo de la circunstancia y respetar los estilos socioculturales de los pueblos. Se trata de obligaciones de hacer del Estado, tomando como punto de partida la identidad e integridad de los pueblos indígenas.

¹⁶ Artículo 13 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo.- (...) 2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera

¹⁷ Artículo 13 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo.- (...) 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación

¹⁸ Artículo 2 de la Organización Internacional de Trabajo.- 1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas : a) que aseguren los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida

En el caso de la propiedad, se presume que la titulación permitirá un máximo de protección. El caso de la propiedad comunal presenta una particularidad, pues si bien existe un «deber de hacer» del Estado sobre la inscripción de estos, no es constitutivo. Se trata del deber del Estado de proteger la integridad de las propiedades comunales, ya que al hacerlo se protegen los derechos humanos de sus miembros.

La protección que brinda el Estado, con la inscripción de la propiedad comunal, se consigue porque estos ya son propietarios, no porque no lo sean; se reconoce su titularidad ancestral sobre el territorio, por su uso tradicional (Zambrano 2012: 73). Se trata de una posesión originaria que se ha dado a lo largo del tiempo, incluso antes de la conquista.

En el caso Comunidad Sawhoyamaya Vs Paraguay, en su párrafo 128, se afirma que la posesión indígena tiene efectos de título de pleno dominio; el uso tradicional de la propiedad otorga a los pueblos indígenas el exigir reconocimiento de su propiedad y registro (CIDH 2006). Se reconoce que la no titulación de una propiedad no implica la pérdida de derecho de los pueblos indígenas, pues estos basan su derecho en su posesión tradicional. Un reconocimiento de la conexión que existe con el territorio, ligado a su cultural, espiritualidad y socioeconomía.

En conclusión, la propiedad y el territorio presentan una base común. Por un lado, ambos presentan las características uso, goce y disfrute de la cosa. Dicha premisa otorga a la propiedad un estatus de «bien comercial» y sus características permiten que fluya en el mercado. A su vez, se le reconoce un carácter de derecho constitucional, brindando seguridad jurídica al bien y asegurando un derecho individual.

Sin embargo, la jurisprudencia internacional comprendió que el concepto de propiedad no es unívoco. Se considera la existencia de grupos humanos diferenciados, quienes mantienen una relación estrecha con la propiedad. Bajo esta óptica, la propiedad pasa a ser denominada «territorio», concepto que incluye bienes intangibles y tangibles. Se reconoce que los grupos diferenciados mantienen una relación simbiótica con su territorio debido a que se han desarrollado históricamente en ella, haciendo uso tradicional de la misma.

Se desarrolla que el territorio pasa a ser un derecho a la propiedad comunal. Se establecen que de los elementos que componen a la propiedad comunal, se encontraría el territorio. A su vez, se reconoce que el derecho al territorio no surge de un tratamiento convencional de la propiedad, sino de la posesión tradicional de los pueblos indígenas. De esa forma, se reconoce que el derecho al territorio pasa a ser un derecho a la propiedad comunal de los pueblos, reconociendo su conexión ancestral y que su posesión brinda una protección equitativa al de la propiedad titulada.

4.2.2. Alcances sobre la afectación de la propiedad

El derecho a la propiedad no es absoluto. El Artículo 70 de la Constitución Política describe la inviolabilidad de la propiedad y señala los motivos por los que es posible afectarla. Se indica que solo es posible afectar la propiedad por motivo de seguridad nacional o necesidad pública, posterior al pago del justiprecio.

Se habla de la expropiación como un método afectación total a la propiedad privada. González Barrón afirma que la causa de «necesidad pública» obedece a un conjunto de medidas que redunden en beneficio, como suelen ser la infraestructura y la «seguridad nacional» alude a el fin primario del Estado, la defensa de la soberanía nacional (2010:32). Se trata de una situación excepcional, en la que la voluntad del propietario es ignorada por la fuerza del Estado.

Cabe añadir que, la propiedad tradicional mantiene otros tipos de afectación que son ocasionadas por el poder del propietario. Morales Hervias señala que el poder es la capacidad de producir efectos jurídicos lícitos (2012: 107). Se trata de los actos jurídicos que emanan de las características de la propiedad: Usar, gozar, disfrutar y reivindicar.

La Propiedad comunal comparte, con la propiedad tradicional, las formas de afectación, presentando particularidades. El artículo 6, numeral a¹⁹, del Convenio de la OIT hace referencia que los gobiernos deberán consultar a los pueblos cuando las medidas legislativas y administrativas les *afecten directamente*. A su vez, el Perú ha incorporado dicho término en el artículo 9²⁰ de la Ley N° 29785, más en ninguno de las normas nacionales e internacionales se especifica qué es *afectación directa*.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado. García de Enterría Martínez-Carande, señalan que los conceptos jurídicos indeterminados no tienen una interpretación abierta, sino que esta debe ceñirse a una estimación jurídica en el sentido que la ley creó el concepto (2004: 45-46). Este concepto jurídico se crea en un contexto de respeto hacia los pueblos indígenas, lo que permite una descripción que incorpore un daño más allá de lo tradicional.

La sentencia recaída en el expediente N° 02196-2014-AA, fundamento 17, en relación a la afectación directa, menciona que el daño al territorio debe ser comprendido desde la visión indígena, manteniendo los jueces una actitud imparcial, no permitiendo dejarse sobrellevar por su enfoque cultural propio (Tribunal Constitucional 2019). El acceso a la justicia se presenta como garantía en el proceso, siendo el juez quien la materializa. Lo resuelto por el juez no puede ser sobre una sola interpretación de la norma, sino que esta debe contrarrestarse con otras visiones para enriquecer el debate y resolver de manera adecuada.

El máximo tribunal del ordenamiento interno se acoge a una definición general y en concordancia con el principio de interculturalidad, recogido en el artículo 4, inciso b,²¹ de la Ley de Consulta Previa. Se logra construir una definición que proviene del objetivo del Convenio 169 de la OIT, generando una mayor protección de los intereses de los pueblos indígenas.

Asimismo, la Ley N° 29785 ha incorporado también el término de *afectación directa* en el artículo 9²² de la misma. Sin embargo, va más allá del convenio 169 de la OIT, al señalar de manera explícita que la *afectación directa* altera los derechos colectivos. Se reconoce que los derechos colectivos pueden sufrir perjuicio, permitiendo generar una interpretación amplia sobre dicho término.

¹⁹ Artículo 6 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo.- Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...)

²⁰ Artículo N° 9 de la Ley N°29785.-Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se procede a una consulta previa respecto a tales medidas (...)

²¹ Artículo 4 de la Ley N°29785 .- (...) b. interculturalidad. El Proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas (...)

²² Artículo 9 de la Ley N° 29785. 3 Las entidades deben identificar bajo responsabilidad, las propuestas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

Además, se reconoce de manera implícita que el daño ya no solo es patrimonial, sino que abarca intangibles. Se incorpora que los pueblos indígenas poseen no solo territorio, sino que representa su espiritualidad, su cultura, su economía y su estilo de vida.

El reglamento de la Ley de la consulta Previa es más específico al señalar, en el artículo 3²³, inciso b, lo que debe comprenderse como afectación directa. Se agrega que la afectación directa se dará cuando se afecte la situación jurídica o el ejercicio de los derechos colectivos. La premisa abarca ya no solo el daño patrimonial, sino que abarca los cambios en la situación jurídica de los derechos colectivos. No obstante, no señala que debería comprenderse como un cambio sobre la situación jurídica.

Además, no solo reconoce el daño hacia los derechos colectivos, sino que considera que se ocasionará daño cuando no se pueda ejercer adecuadamente los derechos colectivos. La limitación del ejercicio de los derechos colectivos podrá ser un daño considerado como afectación directa. Propiciando se considere que el daño no debe ser real, sino que pueda generarse como un daño potencial sobre el territorio del pueblo indígena.

La premisa de "daño potencial" debe comprenderse como la situación de un daño a futuro. Se trataría de aquellas medidas que poseen un daño latente, pero aún no se han ejecutado. Se trataría de cargas sobre la propiedad que generen incertidumbre sobre las comunidades, quienes podrían perder el uso y goce de su propiedad de manera intempestiva.

La sentencia recaída en el Expediente N° 00012-2015-AI, en su fundamento 102, describe que la detección del daño no se requiere que sea tangible o visual, existiendo la posibilidad de generar un daño potencial; es decir, un daño a futuro producto de una medida aún no ejecutada (Tribunal constitucional 2020). Se considera potencial daño, entonces, aquel que limite la actuación de los derechos de los pueblos indígenas o que atenten contra la supervivencia de estos.

En conclusión, la propiedad comunal puede verse afectada de la misma forma que la propiedad privada. Sin embargo, la propiedad comunal no solo se representa como un bien tangible, sino también intangible. La característica de intangibilidad proporciona a la propiedad comunal atributos diferenciales en la forma en la que pueden verse afectados.

Así, se reconoce que la propiedad comunal puede verse afectada por "afectación directa". Dicho término se lo comprende como aquel daño potencial que puede ocasionarse sobre el territorio. El daño no solo se considerará como tangible, sino también como límite que impida a los indígenas desarrollar sus derechos colectivos. De esa forma, se reconoce que la propiedad de los pueblos indígenas posee un valor que va más allá del patrimonial.

4.2.3. Régimen del otorgamiento de concesiones mineras y su relación con la Consulta Previa

Los recursos naturales de los Estados presentan una clasificación, según quién sea el titular: Sistema de accesión, Sistema dominalista y Sistema de ocupación. Los diferentes sistemas reflejan la forma en como cada Estado regula sus recursos

²³ Artículo 3 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.- El contenido de la presente norma se aplica dentro del marco establecido por la ley y el convenio 169 de la OIT. Sin perjuicio de ello, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones: (...) b) afectación directa: Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o a los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos (...)

naturales. Estos sistemas conllevan, por tanto, la forma en como se explotarán dichos recursos.

El sistema de accesión sostiene que los recursos naturales son accesorios al dominio superficial (Tejada 2014: 290). Esa clase de sistema permite que aquel que es propietario de la propiedad, sea propietario del mineral del subsuelo. De esa forma, el Estado no posee injerencia en los recursos y, con ello, no se puede producir una concesión sobre dichos recursos.

Por otra parte, el sistema de ocupación refiere que ni el dueño de la propiedad ni el Estado poseen titularidad de los recursos naturales, más este último si posee la administración (Tejada 2014 291). Se trata de un sistema que no posee restricciones en tanto la titularidad de los recursos naturales, serán de aquel que posea la riqueza para extraerlos.

Finalmente, el sistema dominalista refiere que el dominio de los recursos naturales es propiedad del Estado, quién decidirá si debe extraerse mediante propiedad estatal o dándole una concesión al privado (Tejada 2014: 291). Este sistema se encuentra reconocido en el artículo 66²⁴ de la constitución Política del Perú, mediante el que se señala que el Estado peruano es el soberano de su aprovechamiento, más podrá brindar a un privado una concesión sobre el recurso natural.

La sentencia recaída en el expediente N° 0048-2204-AI, señala que los recursos naturales son patrimonio de la nación, lo que implica que su explotación no puede separarse del interés nacional y, por tanto, los beneficios deben ser para el conjunto de la Nación (Tribunal Constitucional 2005). Los recursos naturales no son propiedad del Estado, pero si se encuentran bajo administración del mismo. Se considera que los recursos naturales son de todos los ciudadanos, pero el Estado es el encargo de su explotación y administración.

Huapaya señala que la teoría que predomina en el Perú es la dominalista, al considerar que los recursos naturales son bienes públicos, bajo administración estatal (2014: 339). El Estado como administrador tiene un poder de decisión sobre los recursos. Esta premisa permite que el Estado sea el que decide si la explotación se realizará mediante empresa estatal o empresa privada.

En el Perú, el régimen minero permite brindar a los privados la posibilidad de extraer lo minerales del subsuelo mediante las concesiones mineras. El Artículo 9²⁵ de la T.U.O de la Ley General de minería establece que la concesión otorga al titular la explotación de los recursos minerales y, además, reconoce que es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada. Se trata de dos derechos reales que no son excluyentes.

Salazar niño señala que las concesiones son un acto administrativo, el cual brinda al titular un derecho de aprovechamiento sobre recursos minerales, el cual se encuentra condicionado a las obligaciones y cargas que el Estado dispone para su otorgamiento y vencimiento (2014: 368). La concesión no genera una actuación inmediata sobre la

²⁴ Artículo 66 de la Constitución Política del Perú.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano de su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

²⁵ Artículo 9 del T.U.O de la Ley General de Minería.- La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o polígono cerrado, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM). La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada.

propiedad. Se requiere de una serie de permisos que permitan al privado comenzar con la extracción, así como seguir un procedimiento regulado.

Para obtener una concesión minera, se requiere un petitorio minero, el cual se formulará ante el INGEMMET o ante la Dirección Regional de Energía y Minas del Gobierno Regional, según el tamaño de la actividad minera que se realizará. El expediente es derivado a la unidad técnica operativa del INGEMMET o del DREM a fin de que se conozca la exactitud del área, áreas restringidas, zona de frontera, si hay derechos mineros prioritarios y lo incorporará al Catastro Nacional (Tejada 2014: 298). Esta primera etapa evalúa la viabilidad de la concesión en el determinado lugar que se desea realizar la actividad minera.

Sin embargo, para conseguir la autorización para la exploración, se requiere de otros requerimientos: Certificación ambiental, certificado e inexistencia de restos arqueológicos, informe preliminar para determinar si existen pueblos indígenas, autorización del terreno y autorización de actividades de exploración. El MEM, con la implementación del convenio 169 de la OIT, considera necesario el conocer si la actividad minera afectaría los derechos colectivos (Pachas 2014: 326). La consulta Previa generó la necesidad de tomar en consideración la opinión de las comunidades indígenas. Esta situación permite considera cambios sobre la medida que pueda influir sobre el territorio.

Se ha señalado que dentro de los requisitos para la extracción de minerales se requiere la autorización del terreno. La consulta previa funge razón en que los pueblos indígenas pasan a perder la facultad de destinar su territorio a los fines que consideren pertinentes (Másquez 2018: 133). La concesión se comporta como una carga sobre la propiedad comunal. La propiedad superficial y la concesión son dos derechos reales, los cuales no son excluyentes el uno con el otro.

La Consulta Previa es un mecanismo de participación de los pueblos indígenas, la cual permite conocer la opinión de los pueblos indígenas sobre la medida que afecte su territorio. Sin embargo, no se debe considerar que este mecanismo es un veto definitivo sobre la medida que afecte su territorio. Por el contrario, es una oportunidad de reforma de la medida que afecte el territorio indígena, con el fin de promover una coexistencia pacífica.

En el Caso de Saramaka vs Surinam, entre los párrafos 127 y 128, se señala que es posible restringir el uso y goce de los pueblos indígenas cumpliendo: a) restricción establecida con anterioridad por ley, b) que sea necesaria, c) proporcional y d) con el objetivo de alcanzar una sociedad democrática y que permite la supervivencia del pueblo indígena (CIDH 2007). La jurisprudencia internacional reconoce la coexistencia del derecho a la empresa y de la propiedad indígena. Considera la coexistencia de ambos derechos, reiterando límites sobre la forma en como se deben ejecutar los proyectos de extracción.

La consulta Previa en el régimen minero se concreta como el derecho de la etnia a existir, pues implica que la extracción mineral no restrinja la supervivencia social, física, cultural y económica (Másquez 2018:74). En el Perú, la Consulta Previa no es vinculante, por lo que la decisión sobre la viabilidad del proyecto recae en el Estado. No obstante, al conocer la opinión de los pueblos, permite al Estado un margen para actuar, a fin de evitar los conflictos sociales.

El régimen de la minería en el Perú considera que la oportunidad para realizar la Consulta Previa recae en dos momentos: Luego de la admisión a trámite del instrumento de gestión ambiental y hasta la emisión del acto administrativo que faculte

el inicio de la actividad, según se indica en el Artículo 3²⁶ de la R.M N° 403-2019-MINEM/DM. Se considera que esta es la adecuada, pues durante la concesión no se ha realizado modificación tangible sobre el territorio indígena. Se reconoce que la concesión genera un derecho expectativo sobre los minerales, más no una afectación directa sobre el subsuelo y la superficie.

El régimen de minería del Perú, considera que la concesión minera genera el derecho de exploración y explotación, más se requiere de permisos adicionales que permitan hacer efectivos estos derechos (Aguado 2009:29). El ordenamiento interno considera que este derecho expectativo sobre la extracción de minerales no afecta la integridad del territorio indígena. Se considera que la concesión no afecta los derechos indígenas, pues no limita ni interfiere en su desarrollo cultural y económico.

En conclusión, el régimen minero del Perú señala que para obtener acceso a los recursos se debe realizar a través de una concesión minera. La concesión minera se considera un derecho real diferenciado del derecho de propiedad. Asimismo, este genera un derecho expectativo sobre la extracción mineral, más no es suficiente para extraer los recursos minerales.

Dentro de los requisitos para acceder a la fase de exploración, se establece la necesidad de realizarse la Consulta Previa. Se realiza este mecanismo a fin de conocer la opinión de los pueblos sobre la medida que afectará su territorio. Sin embargo, al no ser vinculante, recae en el Estado la decisión sobre la viabilidad del proyecto. Finalmente, se considera que la Consulta Previa solo se realizará antes de la fase de exploración, pues se considera que la concesión no es un daño tangible sobre el territorio.

4.2.4. La vulneración al Derecho a la consulta Previa en el proceso de otorgamiento de concesión minera

En la sentencia materia del informe, se señala que la concesión no genera daños directos sobre el territorio indígena. Se considera que los daños que se pueden ocasionar sobre el territorio deben ser tangibles, no cabiendo daños hipotéticos. Aunado a ello, definen a la afectación directa como el daño que se debe generar sobre la superficie del territorio.

La concesión minera es un derecho real diferenciado del derecho a la propiedad. Ambos derechos no son excluyentes. Sin embargo, la concesión minera se comporta como una carga sobre la propiedad. De hecho, el artículo 885²⁷, numeral 8, reconoce como bien inmueble a las concesiones mineras; por lo que, permite su inscripción ante registros públicos.

El Tribunal Constitucional desconoce el comportamiento de carga de la concesión sobre el territorio indígena. Se ciñen en la interpretación de la Ley General de Minería, la cual señala que la Consulta Previa solo deberá desarrollarse antes de la exploración. Se desconoce la interpretación sistemática del ordenamiento interno sobre la concesión minera.

La concesión minera es un derecho real que atribuye al titular el derecho de uso minero gratuito sobre la superficie cuando sean de propiedad estatal, el derecho solicitar

²⁶ Artículo 3 de la Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM.- El proceso de consulta previa puede ser iniciado luego de la admisión a trámite del instrumento de gestión ambiental necesario para los procedimientos identificados en el artículo 1 de la presente norma, según corresponda, hasta antes de la emisión de: - La autorización de construcción para el otorgamiento o modificación de la concesión de beneficio; - La autorización para inicio/reinicio de las actividades de desarrollo, preparación, explotación (incluye plan de minado y botaderos) en concesiones minera metálicas y no metálicas; y, - El otorgamiento o modificación de la concesión de transporte minero.

²⁷ Artículo 885 del Código civil. - Son inmuebles (...) 8. Las concesiones mineras obtenidas por particulares (...)

servidumbre minera, a solicitar la expropiación de los inmuebles y el derecho de servicio de aguas para las operaciones (Másquez 2018: 133). Se trata de un derecho expectativo sobre los recursos minerales del subsuelo y que brinda algunas facultades sobre el territorio donde se extraerán los minerales.

Esta situación genera incertidumbre sobre la oportunidad en la que debe realizarse la consulta previa. El Artículo 6²⁸ del Reglamento de la Ley N° 29785 señala que la Consulta Previa solo se realizará antes de la fase de exploración. La razón de dicha decisión recae en que en esa fase se realizarán cambios y modificaciones sobre el territorio.

El artículo 37²⁹, numeral 3, de la Ley General de Minería establece que el titular de la concesión puede solicitar a la autoridad minera que se realice una servidumbre minera. Martínez Aponte señala que la servidumbre minera está destinada a facilitar las actividades minera (2009:63). Se trata de un derecho que poseen los concesionarios, facilitando el derecho de extracción mineral, desistiendo de la autorización del propietario de la superficie.

Barraza Lescano señala que la servidumbre administrativa implica una restricción sobre la exclusividad del derecho de propiedad (2002: 233). La servidumbre minera actúa como una injerencia sobre el derecho de propiedad ajeno, al no requerir el consentimiento del titular de la propiedad. Una servidumbre forzosa que, en retribución de la superficie, brinda el pago del justiprecio al titular de la propiedad.

Martínez Aponte señala que la concesión minera es un acto administrativo que se impone por la autoridad minera, debido a la injustificada negación del propietario de brindar acceso a la superficie de su predio, siendo la servidumbre minera una forma rápida de ejercer del derecho sobre los recursos minerales, previa indemnización (2009: 68). Sin embargo, cuando se señala la «negativa injustificada», no se describe que es debe comprenderse como una objeción por parte del propietario de la superficie. De hecho, la el propio reglamento no impone impedimentos para solicitar la servidumbre; por el contrario, la brinda como un atributo conexo a la concesión minera.

El Derecho a la Consulta previa consta como un consenso que debe ser alcanzado antes del planeamiento del proyecto, logrando obtener información sobre el impacto para la comunidad (Soto 2013: 146). El derecho a la Consulta previa, como señala el propio nombre, describe una participación previa de los pueblos indígenas sobre el proyecto. De esa forma, se logra conocer la predisposición de estos sobre los beneficios o consecuencia del proyecto minero.

De hecho, el artículo 6 del convenio de la OIT y el artículo 9 de la Ley N° 29785, señalan que se deberán acudir a la Consulta previa ante medidas que afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Dentro de estos derechos colectivos se precisan algunos como el derecho a la propiedad comunal, el derecho a la vida, el derecho a la

²⁸ Artículo 6 del Reglamento de la ley N° 29785.- 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; en 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.

²⁹ Artículo 37 de la Ley General de Minería.- los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos: (...) 3. A solicitar a la autoridad minera, autorización para establecer servidumbres en terrenos de terceros que sean necesarios para la racional utilización de la concesión. La servidumbre se establecerá previa indemnización justipreciada si fuere el caso (...).

cultura, entre otros. Una serie de derechos conexos que se encuentran vinculados al Derecho a la Consulta Previa y, a su vez, a la propiedad comunal.

La sentencia recaída en el expediente N° 22-2009-PI, en su fundamento 52, precisa que los pueblos indígenas, ante la expropiación de su territorio, se vulnera más allá del derecho a la propiedad, colocando en peligro la subsistencia del pueblo (Tribunal Constitucional 2010). El derecho a la Consulta Previa protege el derecho a la propiedad comunal. Al no realizarse la Consulta previa antes de la concesión, se genera un daño potencial sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En el caso materia de este informe, la concesión abarca más del 50% de ambas comunidades. En efecto, de realizarse la concesión minera genera un daño potencial en el estilo de vida de las comunidades. Se debe tener presente que, al no desarrollarse la consulta previa antes de la concesión, las comunidades incluso desconocen con exactitud donde se desarrollaría la extracción de los metales.

El artículo 4³⁰, inciso a y b, de la Ley N° 29785 describen dos principios que rigen el derecho a la consulta previa. Por un lado, la oportunidad describe que el proceso de consulta debe realizarse antes de la aplicación de la medida. Por otro lado, la interculturalidad señala que el Estado debe tomar en consideración la cultura de los pueblos indígenas.

Ambos principios generan obligación del Estado a que se realice la Consulta Previa antes de la medida. Además, debiendo considerarse la cosmovisión del pueblo indígena. Dicho de otra forma, se requiere tomar en consideración los daños tangibles, intangibles y potenciales que pueda ocasionar la medida.

El otorgar una concesión minera no solo brinda derechos expectativos sobre el recurso mineral, sino también un daño potencial sobre el territorio indígena. Se genera incertidumbre los pueblos indígenas en relación a donde se desarrollará la extracción y el alcance que tendrá sobre la concesión otorgada.

A su vez, la posibilidad de generarse un daño sobre el territorio al hacerse efectiva la servidumbre forzosa. Un daño directo, aún no concretizado, pero latente a solicitud del titular de la concesión. Esta situación es lo genera la necesidad de que se desarrolle la Consulta Previa antes del otorgamiento de la Concesión.

Se debe tener presente que el Derecho a la Consulta Previa no solo es un derecho de participación política. Es un derecho que se encuentra conexo a otros constitucionales reconocidos. Además, se trata de un instrumento cuyo es asegurar la autodeterminación de los pueblos indígenas y su supervivencia sobre un grupo cultural predominante.

En conclusión, la concesión minera brinda atributos al titular. Dentro de los atributos del titular se encuentra la servidumbre minera. Este atributo permite que el titular prescinda del consentimiento del titular de la superficie y acceso con un acto administrativo del Estado.

En ese sentido, la concesión resulta un daño directo, aún no concretizado. Si bien el otorgamiento no genera un cambio tangible, si lo hace en su situación jurídica, funcionando como una carga sobre la propiedad. En consecuencia, la existencia de un

³⁰ Artículo 4 de la Ley N° 29785.- los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes: a) oportunidad. El proceso se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales. B) interculturalidad. El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas (...).

daño latente sobre los pueblos indígenas titulares de los territorios, ante la posibilidad de hacer efectiva la servidumbre forzosa.

Por lo que, existiendo un potencial daño y una modificación a la situación jurídica del territorio, se genera la necesidad de desarrollarse al Consulta Previa. Al no hacer válido este derecho constitucional, se lo está vulnerando, desconociendo los derechos pueblos indígenas. Se debe tener presente que, al vulnerarse el Derecho a la consulta Previa, también se vulneran los derechos constitucionales conexos al mismo.

4.3. ¿El Proceso de Amparo es un medio idóneo para proteger el derecho a la Consulta Previa?

4.3.1. Alcances del Proceso de Amparo

El proceso de amparo se encuentra regulado en el artículo 200³¹, inciso 2 de la constitución política. Viera Álvaro señala que se considera al amparo como un proceso al ser una secuencia y desarrollo de actos procesales ante una autoridad jurisdiccional, con el fin de solucionar un conflicto (2014: 164). Se trata de una garantía constitucional cuyo objeto es la resolución a través de una resolución firme.

Esta garantía constitucional tiene como fin garantizar los derechos constitucionales ante su vulneración. Viera Álvaro señala que el fin de esta garantía constitucional es el cese de la vulneración del derecho constitucional, retrotrayéndolo hasta su estado anterior a la afectación (2014: 168). Se busca generar que, el daño ocasionado siga materializándose sobre el derecho afectado, salvaguardando la integridad del mismo.

Landa señala que el proceso de amparo no debe concebirse como una garantía única de derechos fundamentales del bloque constitucional, sino también de los de fuente internacional y los derechos constitucionales no explícitos del artículo 3 de la Constitución (2018: 112). Se maximiza la capacidad de esta garantía con la finalidad de generar situaciones de inseguridad de los derechos constitucionales. Se reconoce el cambio constante que existe en la sociedad, permitiendo incorporar nuevos derechos que no son explícitos en el ordenamiento interno.

Se trata de una tutela sobre los derechos, teniendo en consideración que cada caso es diferente y requiere niveles de atención diferente. Viera Álvaro señala que la tutela diferenciada contemporánea establece protecciones específicas dependiendo del contexto, así se tienen dos tipos de tutela: Preventiva y Urgencia (2014:49). Se diferencia la intervención que realizará esta garantía entre un posible daño y cuando el daño ya se está generando.

Zela Villegas señala que la tutela preventiva no es un análisis de probabilidad sobre el daño que se ocasionará (2010: 45). Este tipo de tutela señala que se ejercerá defensa del derecho antes de que se ocasione el daño. El juez deberá analizar cada caso en particular y ponderar los costos beneficios, logrando concluir la magnitud y daño que se generará de permitir la vulneración.

Por otra parte, Viera Álvaro señala que la tutela de urgencia se realiza cuando el daño ya se ocasionó y/o se está ocasionando, por lo que se debe actuar rápidamente para evitar que se siga ocasionando el daño (2014: 165). Son situaciones en las que el

³¹ Artículo 200 de la Constitución política del Perú.- son garantías constitucionales: (...) 2. La acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales emanadas de procedimiento regular.

derecho ya se encuentra amenazado de manera real. En consecuencia, el juez debe acompañar la tutela de medidas cautelares que impidan la continuación del daño.

Landa señala que el proceso de amparo presenta un carácter residual o subsidiario (2018: 112). Esta característica tiene su razón en evitar que se abuse de esta garantía. Se trata de una garantía que actúa inmediatamente ante el peligro, aquella que no puede involucrarse en un trámite judicial por el peligro del daño irreparable.

Dicha característica se complementa con lo señalado en el artículo 7³², numeral 2, del Código Procesal Constitucional. Confiere barreras que deben de superarse para lograr acudir a esta garantía constitucional. Sin embargo, utilizado un término difuso al señalar «vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias», no logrando determinar qué jurisdicción podría ser considerada como tal.

La sentencia recaída en el expediente N° 2383-2013-PA/TC, en su fundamento 15 señala, respecto a la «vía igualmente satisfactoria», se debe cumplir lo siguiente «(...) La estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho, la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada, que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y, que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias» (Tribunal Constitucional 2015). Corresponde al juez evaluar estas características, teniendo presente que el proceso debe ser simple, corto y eficaz.

Esta garantía al ser simple no requiere una intensa actividad probatoria, bastando solo acreditar el presunto daño y correspondiendo al juez la evaluación de ello (Landa 2018: 114). Se materializa la necesidad de la eficacia y simpleza del proceso, procurando salvaguardar la integridad del derecho afectado.

En conclusión, el proceso de amparo tiene como objeto la defensa de los derechos constitucionales explícitos e implícitos de la constitución, inclusive los de tratados internacionales. Asimismo, presenta como características el ser un proceso subsidiario y que solo actúa ante la falta de «una vía igualmente satisfactoria».

Además, se trata de una tutela de urgencia cuya característica recae en la simpleza, rapidez y eficacia. Prueba de ello recae en su actividad probatoria, bastando solo acreditar el daño ocasionado. De esa forma, esta garantía constitucional recae como un elemento de ultima ratio, ante el peligro inminente de daño irremediable sobre un derecho constitucional.

4.3.2. El Proceso de Amparo puede proteger el derecho a la Consulta Previa ante el riesgo de otorgamiento de concesión minera

El proceso de amparo es una garantía constitucional que brinda protección de los derechos constitucionales explícitos e implícitos. Viera Arévalo señala que en los procesos de amparo se debe tener presente la constitución, los precedentes vinculantes y el conjunto del ordenamiento interno desde una perspectiva racional y razonable (2014: 167). De esa forma se logra generar una defensa conforme al ordenamiento interno, procurando una interpretación extensiva de los derechos constitucionales.

La sentencia recaída en el expediente N° 033264 2017-PA/TC, en su fundamento 72, señala que la concesión podrá ser materia de consulta, al ejercer una «afectación directa» sobre el territorio (Tribunal Constitucional 2023). Es contradictorio afirmar que

³² Artículo 7 del Código Procesal Constitucional. - No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus (...)

la Consulta Previa debe desarrollarse cuando se afecta a los pueblos, pero negar la protección de los mismos por los mismos argumentos. A su vez, no se establecen cuando una concesión podría afectar un territorio, generando una motivación defectuosa.

Aún más contradictorio es que, la sentencia citada, se señala expresamente que el Derecho a la Consulta previa es un derecho fundamental, más aún encontrándose conexos a otros derechos constitucionales. A pesar de ello, consideran que el proceso de amparo solo debe ser utilizado ante situaciones de daño tangible, evidenciables sobre el territorio.

No obstante, la sentencia recaída en el expediente N° 1846-2012-0-2101-JM-CI-03, en el numeral 2.3, inciso g, precisa que la Consulta previa debe realizarse previamente al otorgamiento de la concesión, reconociendo que es un Derecho Constitucional y la interpretación que debe realizarse en base a la constitución y los tratados internacionales (Corte Superior de Justicia 2016). Se reconoce la jerarquía en el ordenamiento interno, precisando que la constitución y los tratados de derechos humanos se encuentra por encima de reglamentos. Además, mantiene presente que el Derecho a la Consulta Previa se ha incorporado al ordenamiento interno desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

Asimismo, en la misma sentencia previamente citada, en el numeral 2.3, inciso c, hace énfasis sobre el principio de oportunidad, describiendo que se considera necesario la opinión de los pueblos indígenas a fin de incorporar sus planteamientos en el proyecto (Corte Superior de Justicia 2016). La cosmovisión de los pueblos indígenas se presenta como necesaria para el desarrollo de proyectos. Al realizarse de manera anticipada al otorgamiento, no solo se reconoce el derecho a la participación sino también el derecho a la libre determinación, el reconocimiento a su personalidad jurídica y la posibilidad de coexistencia.

Se establece que el proceso de amparo si es idóneo en dicho proceso al reconocerse que el derecho a la Consulta Previa es un derecho constitucional. Además, establece que se encuentra conexos a otros derechos constitucionales expresamente reconocidos en la constitución. De esa forma, el proceso de amparo resulta como una herramienta idónea, más aún cuando se vulneran un grupo de derechos constitucionales al desconocer la Consulta Previa.

La sentencia recaída en el Expediente N° 02196-2014-PA/TC, en su fundamento 13, describe que, si bien no hay mandado expreso sobre la defensa de derechos colectivos mediante el proceso de amparo, es posible acceder a través del supuesto de afectación directa=(Tribunal Constitucional 2019). Los daños que alegan se deben observar desde su perspectiva, señalando la multietnicidad del país. Con ello, se materializa el acceso a la justicia de los ciudadanos, al tomar en consideración la visión diferenciados de los pueblos indígenas.

Asimismo, en la misma sentencia previamente citada, en el fundamento 17, agrega que el juez debe resolver tomando en consideración la visión del pueblo indígena, debiendo evitar sobreponer su manifestación cultural sobre la controversia (Tribunal Constitucional 2019). Se trata de la tutela jurisdiccional, en la que se reconoce el derecho de todos a acceder a una justicia adecuada. En otras palabras, el juez tiene el deber de imparcialidad, adecuándose en el contexto y circunstancias, según lo amerite, para resolver de acuerdo a ley.

En el caso materia del presente informe, se presentan características similares a los casos señalados. Por un lado, nos encontramos frente al derecho constitucional de la

Consulta Previa, teniendo presente que se encuentra conexo a otros derechos constitucionales.

Asimismo, se presenta la característica de cosmovisión andina. Las partes demandantes precisan que se requiere una visión indígena para comprender el daño que se ocasiona a las comunidades. Al encontrarse bajo concesión más del 50% del territorio de las comunidades, se limita el derecho al uso y disfrute de la propiedad y su derecho de autodeterminación.

Las partes demandadas alegan que no debería proceder el proceso de amparo debido a que existen otros medios idóneos. No obstante, el otorgamiento de la concesión no solo es una carga sobre la propiedad, sino un peligro latente. Se desconoce que el titular de la concesión posee el atributo de solicitar a la autoridad minera la servidumbre minera, prescindiendo del consentimiento de las comunidades.

Siendo así, se logra cumplir con las características obligatorias para acceder al proceso de amparo. La idoneidad de este proceso recae en la afectación directa que se ocasiona al territorio desde la perspectiva de los pueblos indígenas. De esa forma, se permite a estos acceder a una tutela jurisdiccional efectiva.

Sumado a ello, la existencia de precedentes en relación al proceso de amparo, asegura la protección de los derechos colectivos. Se trata de situaciones que presentan una similitud: La vulneración del derecho a la Consulta previa, desde una perspectiva indígena. Al desconocer estos precedentes, se mantiene la vulneración continuada de los derechos indígenas, aislándolos y desconociéndoles el acceso a la justicia.

En conclusión, el proceso de amparo se presenta como una garantía constitucional de defensa de los derechos constitucionales explícitos e implícitos. En el caso de los pueblos indígenas, el proceso de amparo protege los derechos colectivos, debiendo reconocer su cosmovisión.

El Tribunal Constitucional ha reconocido en diversas oportunidades el Derecho a la Consulta Previa como fundamental. Inclusive, se han generado sentencias precedentes que permiten avalar el proceso de amparo como una garantía idónea. De esa forma, se logra acreditar que el proceso de amparo es una garantía que permite a los pueblos indígenas acceder a la tutela jurisdiccional, teniendo el juez presente la cosmovisión indígena.

5. Conclusiones

En primer lugar, en el Caso N° 03066-2019-PA/TC se ha desconocido el derecho constitucional a la Consulta Previa. No basta señalar que un derecho constitucional no tiene tal categoría al no encontrarse de manera explícita en la constitución. Se desconoce que, según lo señala nuestra propia constitución, los derechos constitucionales señalados en el artículo 2 no son *«numerus Clausus»*, siendo necesario una interpretación conjunta con el artículo 3.

Asimismo, la propia constitución, en el artículo 55, establece que los Tratados de Derechos humanos, al incorporarse al ordenamiento interno, adquieren automáticamente la jerarquía constitucional. De esa forma, el Derecho a la Consulta Previa posee el rango constitucional. Adicionalmente, cabe mencionar que el Derecho a la consulta Previa se encuentra conexo a otros derechos constitucionales, por lo que al desconocerlo se está realizando una vulneración a diferentes derechos constitucionales.

Por lo que, incluso cuando los magistrados del Tribunal Constitucional señalan que la consulta Previa no es un derecho constitucional, debieron reconocer el daño hacia otros derechos. Alguno de ellos es a su identidad cultural, por todo lo que significa el territorio para ellos; o, incluso, a su estilo de vida, pues al desconocer su participación, se les impide decidir sobre su estilo de vida y económico.

En segundo lugar, el otorgamiento de concesión minera es un derecho real, el cual no es excluyente al derecho de la propiedad. Este derecho brinda al titular de la concesión una serie de atributos, siendo el más radical la servidumbre minera. En ese sentido, la concesión si bien no permite la extracción de minerales del subsuelo, existe un peligro latente sobre el territorio indígena.

La concesión se convierte en una carga sobre la propiedad, pues al ser un derecho real es inscribible ante Registros Públicos. Se genera un estado de incertidumbre sobre las comunidades. Al generarse un derecho expectativo sobre la extracción de minerales, teniendo presente la extensión de la concesión, se genera incertidumbre sobre los comuneros y su estilo de vida.

Se genera un daño potencial generado por prescindir del derecho a la Consulta Previa, generando desconocimiento sobre las comunidades y sus comentarios respecto a la medida. Se trata de daños intangibles ligados a su espiritualidad y cultura respecto al territorio. El territorio representa esa conexión cultural e genealógica con sus antepasados, por lo que sobrepasa el concepto tradicional de propiedad.

A su vez, la posibilidad de establecer una servidumbre minera genera mayores márgenes de desconfianza. Un daño latente que brinda al titular de la concesión prescindir del consentimiento de las comunidades. Se incorpora como una razón adicional para ejercer el derecho a la consulta previa, como un salvavidas para salvaguardar su subsistencia.

Finalmente, en relación al proceso de amparo, se ha generado un daño hacia los pueblos indígenas. Por un lado, se desconoce la jerarquía constitucional de la Consulta Previa se deniega el proceso de amparo, toda vez que esto es una garantía constitucional de los derechos fundamentales. Por otro lado, se alega que no existen vías previas para acudir, toda vez que no hay un daño irreversible.

Sin embargo, los magistrados no toman en consideración el contexto y cosmovisión indígena, quienes no tuvieron conocimiento de la concesión por su falta de educación. Asimismo, Los magistrados sobreponen su cultura sobre la indígena al considerar que los daños son tangibles y no tomando en consideración que la concesión abarcaba el 50% de los territorios de las comunidades. Más aún, existen precedentes que han señalado a la Consulta Previa como un derecho fundamental y que el proceso de amparo es idóneo para protegerlo.

Se ha señalado en jurisprudencia precedente que los pueblos indígenas pueden recurrir al proceso de amparo a través de la afectación directa de sus derechos colectivos. Se reconoce la conexión del derecho a la consulta previa con otros derechos constitucionales. Concluyendo, en otros casos, que la consulta Previa es un derecho que debe ser protegido por el proceso de amparo y que el juez tiene la obligación de analizar en caso desde la visión indígena y no de su cultura predominante.

Partiendo de todo ello, la sentencia materia de análisis resulta ser un precedente peligroso para los derechos de los pueblos indígenas. Se trata de una sentencia que realiza una lectura incorrecta de los derechos indígena. Además, desconoce sentencias precedentes que consideran que la Consulta Previa es un derecho constitucional y que debe ser protegido por el proceso de amparo. También se señala el peligro de las concesiones para los pueblos indígenas, siendo el juez quién debe asumir una posición de la visión de la indígena y no imponer su propia cultura para resolver.



6. Bibliografía

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 2001 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia: 31 de agosto de 2001.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 2006 Caso Comunidad Indígenas Sawhoyama Vs. Paraguay. Sentencia: 29 de marzo de 2006.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 2007 Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia: 28 de noviembre de 2007.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA

- 2016 Expediente N° 1846-2012-0-2101-JM-CI.03. Sentencia: 14 de noviembre de 2016. https://drive.google.com/file/d/1bnlq2GsDrwU8h-IERsQ8tDeMh9v9rtzz/view?fbclid=IwAR0dDpkOvjJqwVORfjWbj9ejkKj_okak9VtRuMbP0VlyO0tUBpur4HLBJzl

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2002 Expediente N° 2409-2002-AA/TC. Sentencia: 04 de noviembre de 2002.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/02409-2002-AA.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2005 Expediente N° 0042-2004-AI/TC. Sentencia: 13 de abril de 2005.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2005 Expediente N° 0048-2004-PI/TC. Sentencia: 01 de abril de 2005.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2005 Expediente N° 4677-2004-PA/TC. Sentencia: 07 de diciembre de 2005.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04677-2004-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2006 Expediente N° 5741-2006-PA/TC. Sentencia: 11 de diciembre de 2006.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05741-2006-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006 Expediente N° 047-2004-AI/TC. Sentencia: 24 de abril de 2006.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010 Expediente N° 0022-2009-PI/TC. Sentencia: 09 de junio de 2010.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010 Expediente N° 05427-2009-PC/TC. Sentencia: 30 de junio de 2010.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2014 Expediente N° 02420-2012-PC/TC. Sentencia: 06 de agosto de 2014.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/02420-2012-AC%20Resolucion.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2015 Expediente N° 02383-2013-PA/TC. Sentencia: 12 de mayo de 2015.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/02383-2013-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2019 Expediente N° 02196-2014-PA/TC. Sentencia: 21 de agosto de 2019.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02196-2014-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2020 Caso de la Ley de Simplificación de Procedimientos y promoción de la Inversión (Expediente N° 00012-2015-AI). Sentencia: 12 de mayo de 2020.
https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00012-2015-AI.pdf?fbclid=IwAR3y_FJEkfOg_MoE7tPXhX2cbkIBnhlYtEKkt8VhhhpB8Lw4QlSdGxBicJA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2023 Expediente N° 03326-2017-PA/TC. Sentencia: 06 de junio de 2023.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03326-2017-AA.pdf>

DOCTRINA

ABUGATTAS, Gattas

2006 <Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿Tema resuelto o asignatura pendiente? *Agenda Internacional*. Lima, 2006, Volumen N° 12, Número 23, pp.439 - 461. Consulta: 30 de mayo de 2024.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/8321>

AGUADO, Miguel

2009 <Laconcesión minera. Jurisdicción y Procedimiento=. Revista de Derecho Administrativo. Lima, 2009, Número 08, pp. 25-45. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13983>

AVENDAÑO, Jorge

2012 <La propiedad en el Código Civil=. Jorge Avendaño Valdez. Estudios sobre la propiedad. Lima: Fondo Editorial PUCP, pp.111-122

AVENDAÑO, Francisco

2021 <Límites convencionales de la Propiedad=. Francisco Avendaño Arana. Estudios sobre la propiedad. Lima: Fondo editorial, pp. 123 3 134.

BARRAZA, Renato

2002 <Algunos apuntes en torno a la servidumbre minera y la problemática suscitada con la entrada en vigencia de la Ley N° 26505 ley de Tierras=. Ius Et Veritas. Lima, 2002, Número 25, pp.231 3 240. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16210>

BECERRA, Katherine

2022 <Los derechos Colectivos Indígenas: Propuesta de una clasificación en perspectiva comparada latinoamericana=. Revista Ius Et Praxis. Volumen N°28, número 02, pp. 99 3 123. Consulta: 30 de mayo de 2024.

<https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v28n2/0718-0012-iusetp-28-02-99.pdf>

CASTILLO, Luis

2014 <El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales=. Foro Jurídico. Lima, Número 13, pp. 143-154. Consulta: 30 de mayo de 2024.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13783>

CASTILLO, Luis

2018 <El Derecho Constitucional sobre Derechos humanos=. Asociación Civil Derecho y Sociedad. Número 51, pp. 33-42. Consulta: 30 de mayo de 2024.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20856>

EGUIGUREN, José

2016 <El derecho de los pueblos indígenas a las Consulta Previa: desarrollo, dificultades y desafíos=. *Pensamiento Constitucional*. Lima, 2016, volumen N° 21, pp. 61-80.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18700/18941>

FORNO, Giovanni

2003 <Apuntes sobre el principio de la libre determinación de los pueblos=. *Agenda Internacional*. Lima, 2003, Volumen N° 9, Número 18, pp.91 3 120. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/8248/8552>

GARCIA, Víctor

2003 “Valores, principios, fines e interpretación constitucional”. *Derecho y Sociedad*. Lima, 2003, Número 21, pp.190 – 209

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17370/17654>

GONZALES, Gunther

2010 <En defensa de la ley 29320, sobre expropiación para titulación de posesiones informales=. *Foro jurídico*. Lima, 2010, Número 10, pp. 31-40. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18541>

GOLTE, Juergen

2011 <El convenio 169 de la OIT, La constitución Peruana y la Ley de Consulta Previa=. ARGUMENTOS Revista de Análisis social del EIP. Volumen N° 05, Número 05, Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

GUERRERO, Gilberto y José VÁSQUEZ

2018 <La Importancia del Reconocimiento legal de la Consulta Previa a Comunidades campesinas del Perú=. Lex. Lima, 2018, Volumen 16, número 22, pp. 71 3 84.

<https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1648/1541>

HUAPAYA, Ramón

2014 <El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano=. Revista de Derecho Administrativo. Lima, 2014, Número 14, pp. 327 3 339. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13455>

INTERNATIONAL WORK GROUP FOR INDIGENOUS AFFAIRS (IWGIA)

2014 <Convenio 169 de la OIT: Desafíos de su implementación en América latina a 25 años de su aprobación=. Copenhague: Ministerio del Exterior de Dinamarca

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH)

2016 <El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada: Una Mirada Crítica desde los pueblos indígenas=. San José: IIDH.

<https://www.iidh.ed.cr/images/Publicaciones/PersonasColect/El%20derecho%20a%20la%20consulta%20previa%20libre%20e%20informada%20una%20mirada%20critica%20desde%20los%20pueblos%20indigenas.pdf>

LANDA, Cesar

2018 *Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Editorial PUCP.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170693/36%20Derecho%20procesal%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

LANDA, Cesar

2020 <Derecho a la Tierra y al Territorio de los Pueblos Indígenas u originarios=. 1era edición. Lima: Ministerio de Cultura.

https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Derecho_a_la_tierra.pdf

MARTÍNEZ, Humberto

2009 <Comentarios sobre la servidumbre en minería=. Revista de Derecho Administrativo.Lima,2009, Número 08, pp. 63-78. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13985>

MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo

2004 <Democracia, Ley e inmunidades del Poder= 1era edición. Lima: Palestra editores.

MÁSQUEZ, Álvaro

2018 <El derecho a la Consulta Previa y la garantía de la supervivencia cultural de los pueblos indígenas en el Perú, a propósito del otorgamiento de concesiones mineras=. Themis Revista de derecho. Lima, 2018, Número 74, pp. 127 3 138. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/21237>

MEJORADA, Martín

2004 <La Propiedad y el bien Común=. Foro Jurídico. Lima, 2004, Número 03, pp. 128 -131.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18345/18588>

MORALES, Rómulo

2012 <La propiedad en las situaciones jurídicas subjetivas =Rómulo Morales Hervias.. Estudios sobre la propiedad. Lima: Fondo Editorial PUCP,pp.91 3 110

ORTEGA, Carlos

2008 <El derecho Constitucional en su contexto=. Teoría y Realidad Constitucional. México, 2008, Número 21, pp. 331 3 353. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2707670.pdf>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (

2009 <Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio N° 169 de la OIT=. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo

<https://www.ilo.org/es/publications/los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-tribales-en-la-practica-una-guia-0>

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE GINEBRA

2013 <Manual Para los Mandantes tripartitos de la OIT=. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

<https://www.ilo.org/es/publications/comprender-el-convenio-sobre-pueblos-indigenas-y-tribales-1989-num-169>

PACHAS, Diego

2014 <La exploración Minera en el Perú: Un breve alcance sobre las principales autorizaciones para el desarrollo de un proyecto de exploración en el Perú=. Asociación Civil Derecho y Sociedad. Lima, 2014, Número 42, pp. 321 3 328. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12487>

PEÑA, Antonio

2012 <La propiedad Originaria en América: El derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú=. Ius Et Veritas. Lima, 2012, Número 45, pp. 254-272. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12002>

PEÑA, Antonio

2013 <Las comunidades campesinas y nativas en la constitución política del Perú: Análisis exegético del Artículo 89 de la Constitución=. Asociación Civil Derecho y Sociedad. Lima, 2013, Número 40, pp. 195 3 206.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12800>

RUÍZ, Juan

2012 La Consulta Previa de los Pueblos indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la ley de consulta previa y su reglamento. 1era Edición. Lima: Instituto de Defensa Legal

RUÍZ, Juan

2016 <Aproximación al contenido constitucional del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus territorios ancestrales=. Asociación Civil Derecho y Sociedad. Lima, 2016, Número 47, pp. 171 -185. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18881>

RUÍZ, Juan y Luis ROEL

2011 <Manuel de Herramientas legales para operadores del Sistema de Justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas=. Lima: Instituto de Defensa Legal.

RUÍZ, Juan

2012 <La consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la ley de Consulta Previa y su reglamento=. 1era Edición. Lima: Instituto de Defensa Legal.

RUÍZ, Juan

2022 <¿Qué significa <defectación directa=en el proceso de Consulta Previa? A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 01717-2014-PC. Foro jurídico. Lima, 2022, volumen 19, Número 20, pp. 363-386

SALAZAR, Elvis

2014 <La Concesión Minera y el derecho de aprovechamiento buscando un equilibrio entre lo público y privado=. Asociación Civil Derecho y Sociedad. Lima, 2014, Número 42, pp. 363 -371. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12491>

SOTO, Miguel

2013 <Consideraciones para la implementación del derecho a la consulta previa en el sector minero=. Asociación Civil Derecho y Sociedad. Lima, 2013, número 40, pp. 143 3 158. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12796>

SOSA, Juan

2018 <La Libertad Constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad=. *Pensamiento constitucional*. Lima, 2018, volumen N°23, número 23, pp.177-203.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20952/20644>

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL (SPDA)

¿Qué es y cómo se ejerce el derecho a la participación ciudadana? Consulta: 05 de junio de 2024.

<https://www.actualidadambiental.pe/que-es-y-como-se-ejerce-el-derecho-de-participacion-ciudadana/>

SUNSTEIN, Cass

2004 <¿Debe el formalismo ser defendido empíricamente?=. *Ius Et Veritas*. Lima, Número 28, pp. 276 3 297. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16059>

TEJADA, Jaime

2014 <Régimen Legal de la Titulación Minera en el Perú: Análisis del Procedimiento Ordinario Minero para la Obtención del Título de Concesión Minera y de los Procedimientos Administrativos Regulados por el TUO de la Ley General de Minería Vinculados a la Titulación de Concesiones Mineras por la Exploración y Explotación=. *Asociación Civil Derecho y Sociedad*. Lima, 2014, Número 42, pp. 289 3 310.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12484>

VALLEJO, Jesús

1997 <Introducción al derecho constitucional General=. *Estudios de Derecho*. Antioquía, volumen LVI, número 127, pp. 84 3 99. Consulta: 30 de mayo de 2024

<https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/issue/view/3036>

VIERA, Rafael

2014 <Aspectos Procesales del Amparo=. *IUS ET VERITAS*, volumen 24, número 49, pp. 162 3 174. Consulta: 30 de mayo de 2024
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13622/14245>

ZAMBRANO, Gustavo

2012 <Aproximación a la noción de derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas elaborado a partir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos=. Gustavo Zambrano Chávez. Estudios sobre la propiedad. Lima: Fondo Editorial PUCP, pp.53 - 90

ZELA, Aldo

2010 <La tutela preventiva de los derechos: Una introducción=. Themis Revista de Derecho. Lima, 2010, número 58, pp. 41-52.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9116>

NORMAS

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1984 Decreto Legislativo N° 295. Código Civil. Lima, 24 de Julio de 1984

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2021 Ley N° 28237. Nuevo Código Procesal Constitucional. Lima, 23 de julio de 2021

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2011 LEY N° 29785. 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). Lima, 07 de setiembre de 2011.

CONGRESO CONSTITUYENTE

1993 Constitución Política del Perú. Lima, 29 de diciembre de 1993

MINISTERIO DE CULTURA

2012 Decreto Supremo N° 0001-2012-MC. Reglamento de la Ley N° 29785, 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). Lima, martes 03 de abril de 2012.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

1992 Decreto Supremo N° 014-92-EM. TUO de la Ley General de Minería. Lima
04 de junio de 1992.

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS

2019 Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM. Lima, 18 de diciembre de
2019

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

1989 convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo. Ginebra, junio
de 1989

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

1978 Convención Americana de Derechos Humanos. San José, 11 de febrero
de 1978





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



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

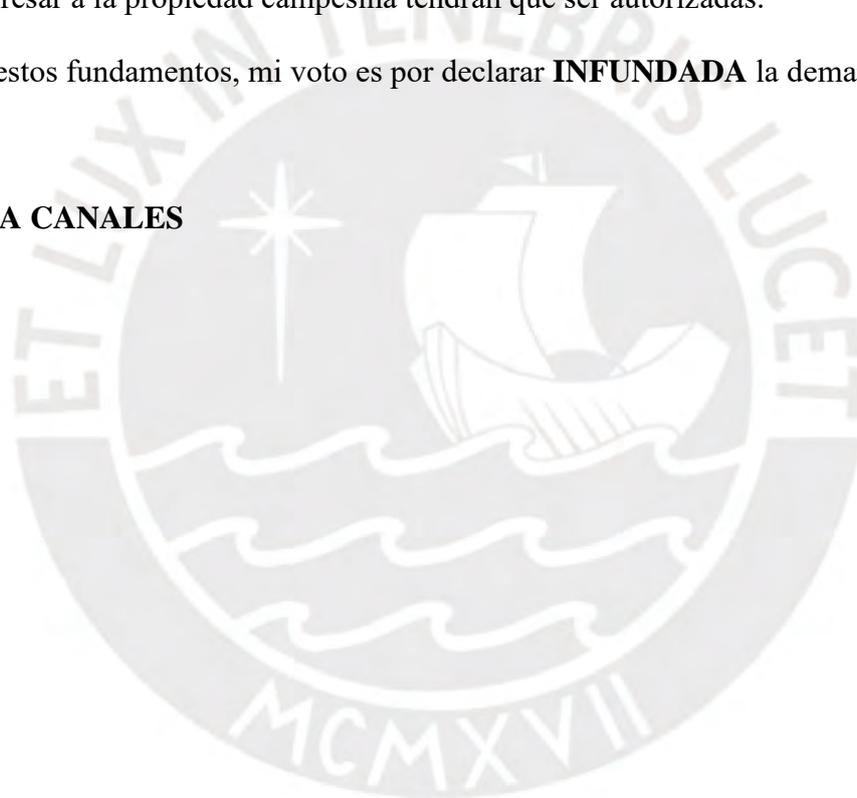
EXP. N.º 03066-2019-PA/TC
PUNO
COMUNIDADES CAMPESINAS
CHILA CHAMBILLA Y CHILA
PUCARÁ

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 expectatio 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,



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 Sawhoyamaxa 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 definatorios 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