



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, 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 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 **prospección<sup>1</sup> 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).

---

<sup>1</sup> 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 12 de julio de 2021 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 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.

Indica que la demanda debe ser declara 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 a 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 Chilachambilla1 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-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

“consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas *susceptibles de afectarles directamente*” (cursivas agregadas).

34. La *Ley de la Consulta Previa* establece en su artículo 2 que el derecho a la consulta es:

“el derecho de los pueblos Indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos (resaltado nuestro)

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

De igual manera, este Tribunal en el fundamento 50 de la sentencia recaída en el expediente 00022-2009-PI/TC, precisó la postura respecto a la relación entre posesión y propiedad de los territorios de los pueblos indígenas. Así, conforme a lo establecido por la Corte IDH en la sentencia del *Caso Comunidad Indígenas 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 definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.

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

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

S.

**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**