

# Universidad Católica de Santa María

## Escuela de Postgrado

### Maestría en Derecho Constitucional



**IMPLICANCIAS DEL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES MINERAS SIN CONSULTA PREVIA EN LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, AREQUIPA-2020**

Tesis presentada por la Bachiller:

**Huamani Oruro, Ana Lucia**

Para optar el Grado Académico de:

**Maestro en Derecho Constitucional**

Asesor:

**Dr. Mayta Coaguila, Ronald Albino**

**Arequipa- Perú**

**2022**

UCSM-ERP

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**  
**ESCUELA DE POSTGRADO**  
**DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR DE TESIS**

Arequipa, 25 de Octubre del 2021

**Dictamen: 001012-C-EPG-2021**

Visto el borrador del expediente 001012, presentado por:

**2015003262 - HUAMANI ORURO ANA LUCIA**

Titulado:

**IMPLICANCIAS DEL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES MINERAS SIN CONSULTA PREVIA EN  
LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, AREQUIPA-2020.**

Nuestro dictamen es:

**APROBADO**

**3247 - CAMARGO RIEGA ALBERTO VITTORIO  
DICTAMINADOR**



**6027 - ALVARADO RIOS JAMES  
DICTAMINADOR**



**6491 - ALMENARA SANDOVAL JORGE LUIS  
DICTAMINADOR**





**Dedicado a mis seres amados y a quienes me  
apoyaron en mi camino profesional.**



“Somos un pueblo, precisamos un territorio porque allí es donde se da la vida indígena; sin territorio no hay identidad como pueblo”.

**Morita Carrasco, Silvina Ramírez.**

## ÍNDICE GENERAL

### RESUMEN

### ABSTRACT

INTRODUCCIÓN .....	1
HIPÓTESIS .....	5
OBJETIVOS.....	6
ANTECEDENTES.....	7
<b>CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>10</b>
1. EL RÉGIMEN DE OTORGAMIENTO DE LAS CONCESIONES MINERAS EN EL PERÚ .....	10
1.1 La Minería en el Perú .....	10
1.2 Actividades de Explotación Minera.....	10
1.3 Definición de las Concesiones Mineras .....	11
1.4 Proceso de Otorgamiento de Concesiones Mineras.....	15
2. EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA .....	18
2.1 Regulación Normativa del Derecho de Consulta Previa a Nivel Internacional .....	18
2.1.1 El Convenio N° 169 de la OIT .....	20
2.1.2 Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	22
2.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) .....	23
2.1.4 La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas .....	24
2.2 Regulación Normativa de la Consulta Previa en el Perú.....	25
2.2.1 Definición de Consulta Previa.....	25
2.2.2 Sujetos del Derecho de Consulta Previa.....	27
2.2.3 Medidas Susceptibles de Consulta Previa. ....	28
2.2.4 Contenido Constitucionalmente Protegido de la Consulta Previa .....	29

2.2.5 Principios de la Consulta Previa .....	30
2.2.6 Etapas de la Consulta Previa. ....	34
2.2.7 Dificultades de la implementación de la Consulta Previa .....	36
3. DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS .....	38
3.1 Definición de Pueblos Indígenas .....	39
3.2 Definición de Derechos Colectivos .....	42
3.3 Definición del derecho al territorio, derecho a la autodeterminación y el derecho a la información para efectos de la investigación .....	46
3.3.1 Derecho al territorio .....	46
3.3.2 Derecho a la libre autodeterminación .....	49
3.3.3 Derecho a la información .....	50
4. DESARROLLO DE LA PROBLEMÁTICA.....	51
4.1 ¿Se Consultan las Concesiones Mineras? .....	52
4.2 Análisis de las medidas que deben ser objeto de consulta previa.....	56
4.3 ¿El otorgamiento de concesiones mineras generan afectación en los derechos colectivos de los pueblos indígenas.....	57
4.3.1 Implicancias del otorgamiento de concesiones mineras en el derecho al territorio.....	57
4.3.2 Implicancias del otorgamiento de concesiones mineras en el derecho a la libre autodeterminación .....	60
4.3.3 Implicancias del otorgamiento de concesiones mineras en el derecho a la información.....	62
4.4 El otorgamiento de concesiones mineras debe ser objeto de consulta previa .....	64
4.5 Análisis Jurisprudencial Internacional y Nacional que determina que las Concesiones Mineras deben ser objeto de Consulta Previa.....	65
4.5.1 Casos a Nivel Internacional .....	65
a) El Caso de Saramaka Vs. Suriname .....	66
b) Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador .....	68
4.5.2 Casos a Nivel Nacional.....	71
a) El Caso de la Comunidad de Jatucachi .....	72

b) El Caso de las Comunidades de Atuncolla .....	77
c) Caso de los pueblos Awajun y Wampis del Cenepa .....	82
d) Caso de la Comunidad Arboleda .....	88
e) Caso San Jose de Llugo .....	90
<b>CAPÍTULO II METODOLOGÍA .....</b>	<b>96</b>
1. Diseño Metodológico.....	96
2. Diseño muestral.....	96
3. Técnicas de Recolección de Datos .....	97
4. Técnicas Estadísticas para el Procesamiento de la Información .....	98
5. Aspectos Éticos .....	99
<b>CAPÍTULO III RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....</b>	<b>100</b>
CONCLUSIONES .....	150
SUGERENCIAS .....	152
PROYECTO DE LEY .....	153
REFERENCIA .....	156
ANEXOS .....	162
ANEXO N° 1	
TRANSCRIPCIÓN DE RESPUESTAS DE ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA, POR PREGUNTAS Y POR CADA EXPERTO .....	
ANEXO 2	
PROYECTO DE TESIS	

## LISTA DE ABREVIATURAS

<b>BDPI</b>	Base de Datos Oficial de los Pueblos Indígenas u Originarios
<b>CADH</b>	Convención Americana de Derechos Humanos
<b>CDH</b>	Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
<b>CEACR</b>	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo
<b>CERD</b>	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas
<b>CIDH</b>	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<b>CIT</b>	Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo
<b>Convenio No. 107 de OIT</b>	Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, de la OIT
<b>Convenio No.169 de OIT</b>	Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT
<b>Corte IDH</b>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<b>DADDH</b>	Declaración Americana de los Derechos y de Deberes del Hombre
<b>DADPI</b>	Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas
<b>DIA</b>	Declaración de Impacto Ambiental
<b>DNUDPI</b>	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
<b>DUDH</b>	Declaración de Universal de Derechos Humanos
<b>ECOSOC</b>	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
<b>EIA</b>	Estudio de Impacto Ambiental
<b>INGEMMET</b>	Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico
<b>Ley de Consulta Previa</b>	Ley N° 29785 Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)
<b>LGM</b>	Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería



<b>MEM</b>	Ministerio de Energía y Minas
<b>MINCUL</b>	Ministerio de Cultura
<b>OEA</b>	Organización de los Estados Americanos
<b>OIT</b>	Organización Internacional del Trabajo
<b>ONU</b>	Organización de las Naciones Unidas
<b>PIACI</b>	Pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
<b>Reglamento de la Ley de Consulta previa</b>	Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional del Perú
<b>VMI</b>	Viceministro de Interculturalidad del Ministerio de Cultura



## RESUMEN

Esta investigación lleva como título “Implicancias del otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa en los derechos colectivos de los pueblos indígenas, Arequipa-2020.”

Se plantea como objetivo general determinar si las concesiones mineras sin consulta previa generan afectaciones negativas en los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Estas afectaciones se especifican en el derecho al territorio, el derecho a la libre autodeterminación y el derecho a la información de los pueblos indígenas.

El marco teórico aborda las variables desde la legislación nacional, la Constitución, el marco normativo y la jurisprudencia a nivel nacional y supranacional. Además, se liga con el Derecho comparado.

Metodológicamente, es una investigación de tipo básico, de diseño fenomenológico y hermenéutico, de enfoque cualitativo. La muestra está representada por expertos con más de 15 años de práctica profesional y con maestría en Derecho Constitucional. Se empleó la técnica de entrevista semiestructurada. Se aplicó el programa Atlas.ti 9 para análisis cualitativo. Se concluye que las concesiones mineras sin consulta previa están generando afectaciones negativas en los derechos de los pueblos indígenas por lo cual debería contemplarse la regulación de la consulta previa de las concesiones mineras.

**Palabras clave:** Consulta previa, concesiones mineras, derecho al territorio, derecho a la libre autodeterminación y derecho a la información.

## ABSTRACT

This research is entitled “Implications of the granting of mining concessions without prior consultation on the collective rights of indigenous peoples, Arequipa-2021”

The general objective is to determine whether mining concessions without prior consultation generate negative effects on the collective rights of indigenous peoples.

These implications are specified in the right to territory, to free self-determination and the right to information of indigenous peoples.

The theoretical framework addresses the variables from national legislation, the Constitution, the regulatory framework and jurisprudence at the national and supranational level. In addition, it is linked to comparative law.

Methodologically, it is an investigation of a basic type, with a phenomenological and hermeneutical design, with a qualitative approach. The sample is represented by experts with more than 15 years of professional practice and a master's degree in Constitutional Law. The semi-structured interview technique was used. The Atlas.ti 9 program was applied for qualitative analysis. It is concluded that mining concessions without prior consultation are generating negative effects on the rights of indigenous peoples, which is why the regulation of prior consultation of mining concessions should be considered.

**Keywords:** Prior consultation, mining concessions, right to territory, right, right to self-determination and right to information.

## INTRODUCCIÓN

La consulta previa es el derecho colectivo y humano de los pueblos indígenas para que dentro de un proceso de dialogo puedan ser escuchados por el Estado sobre los proyectos que se pretendan desarrollar en su territorio y de esta manera dichos pueblos puedan examinar los beneficios o desventajas del proyecto y como podría afectar su desenvolviendo cultural y su propia existencia. (Organización Internacional del Trabajo, 1989).

El artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (1992) define a la concesión minera como un “bien inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada” y el artículo 10° de la misma norma señala que es un derecho real, de carácter irrevocable, en tanto el titular cumpla las obligaciones que la ley exige para mantener su vigencia.

Soto (2013) señala que: “La concesión minera, entendida como un título habilitante, otorga a su titular determinados atributos con la finalidad de que pueda llevar a cabo la actividad minera”, es decir la exploración y explotación de los minerales.

A nivel global, existe un conjunto de instrumentos internacionales que vinculan las concesiones mineras y los procesos de consulta previa. Entre los más destacados está la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que en el artículo 18 señala que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones” (Asamblea General, 2007).

Del mismo modo, el Convenio 169 (artículo 6.1) ha determinado que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se provean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (Organización Internacional del Trabajo, 1989) (Correa-Valero, 2017).

A nivel continental, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado en dos casos en específico en primer lugar, el caso de Saramaka Vs. Suriname y en segundo lugar el caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador señalando que si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros de un pueblo, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, así mismo señala que realizar un proceso adecuado y participativo con los pueblos indígenas implica llevar a cabo la consulta previa.

A nivel latinoamericano, en Colombia, se reconoce tres consultas en materia de proyectos petroleros: al momento de la sísmica, la perforación de pozos y de explotación. Experiencias a nivel regional, en particular de la cuenca amazónica, dan cuenta de pueblos indígenas que están construyendo propuestas de protocolos de consulta previa. Estas propuestas nacen en países que, si bien han ratificado el Convenio 169, aún no tienen un desarrollo jurídico que permita tener claridad en la implementación del derecho a la consulta previa (Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica – Coica, 2021).

Respecto del ordenamiento jurídico nacional, en la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa (2011) y su Reglamento D.S. N° 001-2012-MC (2012), se ha edificado en el Estado un artificioso asentimiento de que la consulta previa únicamente se ejecuta precedentemente a la firma del contrato. Esa condición previa descarta la contingencia de efectuar una consulta en el curso de otras fases de un proyecto que innegablemente se encuentran sujetas de afectación a los derechos de los pueblos indígenas (Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica – Coica, 2021).

Así, el artículo 9° de la Ley de Consulta Previa señala que en cada sector las entidades estatales deben identificar, las medidas legislativas o administrativas que deben ser objeto de consulta previa, así en el sector minero, mediante Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM se han identificado dichos actos como son: la autorización del inicio o reinicio de las actividades de exploración y explotación, la concesión de labor general, la concesión de beneficio y la concesión de transporte, no incluyéndose la consulta previa de las concesiones mineras de las actividades de exploración y explotación, por lo que se han venido otorgando concesiones mineras en los territorios de los pueblos indígenas, sin ninguna notificación y sin ser objeto de consulta previa.

De este modo, se presenta un problema jurídico. En efecto, la contradicción existente reside en que, desde la normativa nacional, el Estado resuelve. No obstante, la normativa internacional determina que la potestad categórica la asumen los pueblos, al amparo de su derecho de asumir sus propias ventajas de desarrollo. (Redacción Wayka, 2020).

Esta situación podría aligerarse si es que la consulta se realizara también antes del otorgamiento de las concesiones mineras. Esto ha sido rechazado por el Ministerio de Energía y Minas - INGEMMET, que es la institución encargada del otorgamiento de las concesiones mineras.

Por otro lado, la figura de la consulta previa no está todavía incluida en la Constitución en vigor. Como derivación, la Ley de Consulta Previa tampoco contempla un mecanismo para cada etapa de cada proyecto y menos aún contempla la consulta previa de las concesiones mineras.

En este orden, el debate actual refleja la existencia de una incompatibilidad entre la ley peruana y los estándares universalmente aceptados, especialmente respecto de la vulneración del derecho al territorio, a la libre autodeterminación y del derecho a la información a través del otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa.

Una primera causa de esta contradicción se relaciona con que la ley está diseñada en función del interés de la empresa privada de asegurar únicamente cuestiones formales, centrados en persuadir a la comunidad para que autorice y no se convierta en un obstáculo frente al plan de explotación.

Respecto de los efectos de esta contradicción, la forma en cómo se entiende en la legislación peruana la consulta previa limita el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Por otro lado, entre 2013 y 2016, el Estado inició 24 procesos de consulta previa, pero solo 4 llegaron al punto de implementación de las medidas acordadas con las comunidades, es decir, menos del 20%, esto podría deberse a que la consulta previa se hizo después del otorgamiento de las concesiones mineras.

De este modo, se plantea el problema de exigencia de los pueblos indígenas de que se consulten las concesiones mineras debido a que su otorgamiento sin un proceso de consulta vulnera los derechos al territorio, a la libre autodeterminación y el derecho a la información de los mismos.



## HIPÓTESIS

### Hipótesis General

Las concesiones mineras sin consulta previa están generando afectaciones negativas en los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

### Hipótesis Especificas

1. El derecho al territorio de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.
2. El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.
3. El derecho a la información de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.



## OBJETIVOS

### Objetivo General

Determinar si las concesiones mineras sin consulta previa generan afectaciones negativas en los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

### Objetivos específicos

1. Establecer si el derecho al territorio de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.
2. Establecer si el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.
3. Establecer si el derecho a la información de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.

## ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN

Un primer trabajo de investigación es el de Carreño y Diez (2018), con su artículo académico “Estado, concesiones mineras y comuneros. Los múltiples conflictos alrededor de la minería en las inmediaciones del Santuario de Qoylluriti (Cusco, Perú)”, en el mismo el autor señala que, en Cusco las organizaciones de peregrinos protestan contra la proliferación de concesiones mineras alrededor del santuario, mientras los miembros de las comunidades campesinas, donde se ubica el santuario, son quienes han obtenido estas concesiones para explotarlas, ello configura un esquema de posiciones y coaliciones coyunturales de los diversos actores alrededor de propósitos contrapuestos a favor y en contra de la actividad minera y de la creación de áreas de exclusión minera.

Linares (2017) realizó una investigación denominada “La Consulta Previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas-2017”, que tuvo como objetivo general determinar los problemas que surgen de la aplicación de la consulta previa en el Perú, a partir de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas, asimismo se enfocó en ahondar y realizar un análisis a los problemas que surgen de una incorrecta aplicación de la consulta previa, este trabajo fue de enfoque cualitativo, de tipo documental, asimismo los materiales revisados fueron el análisis doctrinario y la legislación. Se utilizaron informes y artículos referidos a la consulta previa y fichas académicas. Aportando en sus conclusiones que se debe utilizar los mecanismos correctos para entablar una relación eficiente entre el Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas. Respecto al Estado señala que, si bien fue un gran paso la expedición de la ley de consulta previa, sin embargo, existe una falta de interés por parte de este en su cumplimiento que aunado a la debilidad institucional hacen que este desempeñe un rol incorrecto. Respecto a los pueblos indígenas, manifiestan su debilidad en el cuestionamiento de la representatividad, lo que dificulta el dialogo. Respecto de la empresa privada se recalca que el único rol que debería tener la empresa privada dentro del proceso de consulta previa sería el de informar o aclarar dudas sobre el proyecto que pretenden realizar, ya que el encargado de la realización del proceso de consulta previa es el Estado.

De la Cuba (2017) en su tesis “La consulta previa y la actividad minera en el Perú” analiza si debe procederse a la consulta previa extemporánea de las actividades mineras (concesiones) autorizadas entre los años 1995-2012. Así mismo hace alusión a los derechos adquiridos por las empresas y las implicancias de que se aplique la consulta extemporánea en los proyectos mineros que se vienen desarrollando, es decir a las concesiones mineras llevadas a cabo en el período 1995 – 2012. Se señala que la consulta previa estuvo vigente en nuestro país desde 1995, sin embargo, no se consultó sino a partir del año 2011 en que se dio la ley de consulta previa por lo que se plantea la posibilidad de realizar la consulta previa de los actos administrativos, en este caso las concesiones mineras entre esos años. Este autor concluye que desde un punto de vista netamente jurídico podría resultar válida la implementación extemporánea del proceso de consulta; pero desde un punto de vista práctico esta podría no ser viable. Prosigue señalando que una vez cerrado ese ciclo (1995 – 2012), podremos mirar hacia adelante y contar con reglas más claras y transparentes respecto de lo que hoy implica verdaderamente la implementación del derecho a la consulta. También plantea sugerir al Estado que evidencie su preocupación por proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos de las empresas titulares de las concesiones a fin de evitar posibles conflictos sociales.

Cutipa (2015) en su tesis “Régimen de Concesión minera y conflictos sociales en comunidades campesinas de Puno (Año 2015)” tiene como objetivo general analizar las fuentes doctrinarias y normativas en las cuales se basa la propiedad estatal y como es el régimen de otorgamiento de las concesiones mineras que a su vez son fuente de conflictos socio ambientales. El tipo de investigación por su propósito es de carácter no experimental. El diseño de investigación es cualitativo, asimismo se enmarca dentro de la investigación causal, realiza una evaluación de la aplicación de normas de concesión minera que desde su otorgamiento generan una cadena de hechos conflictivos en los pueblos o comunidades campesinas de la región de Puno. La investigación concluye que analizando la ley y Reglamento de Procedimiento Ordinario Minero se ha determinado que en su contenido normativo no se encuentra regulado la consulta previa a las comunidades campesinas propietarias de los terrenos superficiales que serían afectados por las concesiones mineras, asimismo el crecimiento acelerado del número de las mismas crea situaciones de conflictividad social, por lo que dichos pueblos indígenas demandan la consulta previa de las concesiones mineras.

Angles (2014) en su trabajo de investigación titulado “Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio”, concluye que, en el caso que el proceso de consulta previa implique desplazamiento indígena, el Estado debe obtener el consentimiento de estos pueblos a fin de no vulnerar sus derechos. La investigación concluye que, el Estado debe implementar estrategias para la protección efectiva de los derechos colectivos indígenas, así como también debe mejorar nuestra legislación nacional, siendo indispensable que el Perú aplique la jurisprudencia internacional, en especial de la Corte IDH.

Ruíz (2014), en su artículo académico “Problemas jurídicos en la implementación de la consulta previa en el Perú o los pretextos jurídicos del gobierno para incumplirla”, se plantea analizar y revisar los argumentos señalados por el Estado para incumplir o evadir su obligación jurídica de realizar los procesos de consulta previa con los pueblos indígenas en el Perú, cada vez que prevea adoptar una medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Mamani (2013) en su tesis “Concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de los recursos minerales por las empresas extractivas”, plantea como objetivo general establecer como se configura la afectación del derecho a la propiedad del territorio comunal por parte de las empresas que extraen recursos minerales. La metodología aplicada fue de tipo exploratorio descriptivo correlacional de diseño no experimental. La población estuvo conformada por 125 personas entre ellos abogados ingenieros, biólogos y sociólogos. Los instrumentos utilizados fueron fichas de observación o fichas de registro y encuestas. Teniendo como resultado que 83,2% de los encuestados afirman que las empresas que extraen recursos minerales afectan el derecho a la propiedad comunal y el 75,2% de los encuestados mencionan que las empresas mineras ingresan sin autorización del propietario vulnerando sus derechos colectivos. La conclusión de la investigación fue que las empresas mineras al realizar sus actividades afectan el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas.

## CAPÍTULO I

### MARCO TEÓRICO

#### 1. EL RÉGIMEN DE OTORGAMIENTO DE LAS CONCESIONES MINERAS EN EL PERÚ

En el presente punto analizaremos cómo es el régimen de otorgamiento de concesiones mineras en el Perú para lo cual utilizaremos el método analítico y sintético.

##### 1.1 La Minería en el Perú

La minería, como actividad extractiva es una de las actividades económicas más importantes en nuestro país, esto debido a la gran cantidad de recursos naturales y minerales, materias primas existentes en el territorio. “Según datos del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), esta actividad representa el 13% de la inversión privada local y más del 60% del valor de las exportaciones totales del Perú” (OSINERMING, 2019, p.4).

“A lo largo y ancho del territorio peruano se encuentra una gran variedad de depósitos metálicos, que en el caso del oro, plata y cobre han sido explotados desde la época pre inca” (Kuramoto y Glave, 2002, p.531), explotación que ha ido aumentando a través del tiempo y que se prolonga hasta la actualidad, esto ha generado que el número de proyectos y concesiones mineras se incremente.

Asimismo, la minería ha venido recibiendo el apoyo estatal precisamente por su papel en el desarrollo económico del país, sin embargo, la promoción estatal significó privilegios y facilidades desmesuradas en favor de las grandes empresas extractivas, sin un control adecuado en cuanto a las consecuencias que dicha actividad pudiera acarrear en los lugares donde se desarrollan los proyectos extractivos, por lo que “esta política minera, sesgada en favor de las concesiones mineras privadas, generalmente extranjeras, dio por resultado un impacto negativo en materia ambiental, territorial, laboral, de salud, en diversos

lugares comuneros” (Witker, 2017), que es donde mayormente se ubican las concesiones otorgadas, generándose de esta manera problemas sociales y ambientales.

Según Ingemmet (2017), el 37.87% del territorio de las comunidades campesinas y el 0.39% de las comunidades nativas se encuentra concesionado a la minería, constituyéndose los departamentos con mayor porcentaje de territorio concesionado en el año 2017 Moquegua (47.65%), La Libertad (47.30%) y Apurímac (45.99%) y siendo las comunidades indígenas de estos departamentos las más afectadas al vulnerarse sus derechos con el otorgamiento de concesiones mineras.

## 1.2 Actividades de Explotación Minera

La minería es la actividad destinada a la extracción de materias primas (minerales), procesamiento y comercialización de las mismas mediante un conjunto de procesos. En el Perú el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (2012) dado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM (en adelante la LGM) regula el aprovechamiento de sustancias minerales que existen en nuestro territorio, cabe señalar que esta ley debe concordarse con otras normas puesto que el derecho minero está relacionado con otras áreas como el derecho civil, el derecho administrativo, derecho ambiental, etc.

La LGM (1992), en su artículo VI del Título Preliminar señala que “son actividades de la industria de la minería, las siguientes: cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y finalmente el transporte minero”, procediendo posteriormente a desarrollar cada una de estas actividades en los sub siguientes artículos, así:

- **El cateo** es la acción conducente a poner en evidencia indicios de mineralización por medio de labores mineras elementales (LGM, Artículo 1°).
- **La prospección** es la investigación conducente a determinar áreas de posible mineralización, por medio de indicaciones químicas y físicas, medidas con instrumentos y técnicas de precisión (LGM, Artículo 1°).
- **La exploración** es la actividad minera tendente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales (LGM, Artículo 8°).

- **La explotación** es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento (LGM, Artículo 8°).
- **El Desarrollo** es la operación que se realiza para hacer posible la explotación del mineral contenido en un yacimiento (Artículo 8° de la LGM).
- **La concesión de labor general**, otorga al titular el derecho a prestar servicios auxiliares a dos o más concesiones mineras tales como ventilación, desagüe, izaje o extracción (LGM, Artículo 19° y 20°).
- **La concesión de beneficio**, por la que se otorga el derecho a extraer la parte más valiosa de un agregado de minerales desarraigados y/o a fundir, purificar o refinar metales, ya sea mediante un conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos (LGM, Artículo 18°).
- **Concesión de transporte minero**, es la concesión que permite la utilización del transporte masivo continuo de productos minerales, a través de la instalación y operación de un sistema de transporte entre los centros mineros y un puerto o planta de beneficio, o una refinería o en uno o más tramos de estos trayectos (LGM, Artículo 22° y 23°).
- **La comercialización** de productos minerales es libre, interna y externamente, para su ejercicio no se requiere el otorgamiento de una concesión (LGM, Artículo 3°).

Así mismo, el Artículo VII del Título Preliminar de la LGM señala que el ejercicio de las actividades mineras, se realiza exclusivamente bajo el sistema de concesiones, al que se accede bajo procedimientos que son de orden público, excepto el cateo, la prospección y la comercialización que son actividades libres. El Artículo 7 de la misma ley señala que, las actividades de exploración, explotación, beneficio, labor general y transporte minero son ejecutadas por personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras, a través del sistema de concesiones, existiendo cuatro clases de concesiones las cuales son: mineras, beneficio, labor general y transporte minero.

Las concesiones mineras, materia del presente estudio son otorgadas a través del procedimiento ordinario minero, mientras que las concesiones de beneficio, labor general y transporte minero a través del procedimiento especial.

### 1.3 Definición de las Concesiones Mineras

Para definir las concesiones mineras, en principio debe tenerse presente que la figura de la concesión tiene rango constitucional, la misma que se encuentra contemplada en la Constitución Política, artículo 66° (1993) que establece “son patrimonio de la Nación los recursos naturales renovables y no renovables. El estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su otorgamiento y utilización por particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

De lo anterior se puede desprender que, el Estado al ser propietario de los recursos naturales cede el derecho de explotar los mismos a particulares por medio de la concesión que constituye un derecho real con sus consiguientes atributos (usar, disponer, disfrutar, y reivindicar) regulados en el art. 923 del código Civil.

“El concepto de concesión minera surge en nuestro país en el año 1991, con la dación del Decreto Legislativo N° 708, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, y se lo define como aquel que otorga a sus titulares el derecho tanto de explorar como de explotar los recursos mineros concedidos” (Morales y Morante, 2009, p. 140).

Por lo que en un inicio con el D. Leg. N° 708, las actividades de exploración y explotación generaban una concesión separada e individual para cada actividad, sin embargo, en la actual LGM (1992), artículo 9 “la concesión otorga ambos derechos el derecho de explorar y explotar los recursos minerales que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales.

El artículo 9° de la LGM (1992) define a la concesión minera como un bien inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada<sup>1</sup> y el artículo 10° de la misma norma señala que la concesión es un derecho real, con la característica de irrevocable, siempre que el titular cumpla las obligaciones que la ley exige para mantener su vigencia.

La Ley Orgánica para el aprovechamiento de los recursos naturales, Ley N° 26821, artículo 23 (1997) señala “la concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del

---

<sup>1</sup> Así también lo establece el artículo 885° del Código Civil que establece que son inmuebles:  
(...) 8.- Las concesiones mineras obtenidas por particulares.



recurso natural concedido y, por tanto, la propiedad de los frutos y productos extraídos”, es decir, si al título para explorar y explotar un recurso natural (concesión) le sumamos la actividad de extracción da como resultado la propiedad del producto obtenido por el particular.

Soto (2013) señala que: “La concesión minera, entendida como un título habilitante, otorga a su titular determinados atributos con la finalidad de que pueda llevar a cabo la actividad minera”, es decir la concesión busca una finalidad llevar a cabo la exploración y explotación de los recursos naturales concesionados.

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00048-2004-PI/TC, de fecha 1 de abril del 2005, señala:” La concesión hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado 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” (fundamento 102).

En ese sentido, la concesión minera es constitutiva de derechos en particulares, por voluntad del Estado.

Po otro lado, Ferreyra y Gaspar, como se citó en Sanborn et al. (2016) señalan: “cabe precisar que la concesión minera, si bien otorga un derecho para eventualmente explorar y explotar los recursos minerales, no autoriza el inicio de actividades, ya que estas requieren de una serie de autorizaciones” (p.44), requiriéndose permisos adicionales de la administración pública, así como también autorizaciones privadas que corresponden al titular del predio<sup>2</sup>.

Sobre el trámite para obtener el título de una concesión este no reviste complejidad, solo requiere una motivación de parte, seguido de un procedimiento establecido en la ley.

Baca (2013) señala: “La entrega de concesiones se realiza de manera prácticamente automática, pues la solicitud requiere sólo datos básicos” (p. 10).

---

<sup>2</sup> Para iniciar la exploración y explotación en el subsuelo del propietario, el titular concesionario deberá obtener derechos para el uso del terreno superficial (compraventa, servidumbre o arrendamiento)

Finalmente, en cuanto a los derechos que otorgan la concesión tenemos que el artículo 37° del TUO de la Ley General de Minería (1992) señala que los titulares de concesiones mineras tienen la atribución de solicitar a la autoridad minera las autorizaciones para establecer servidumbres en terrenos de terceros que sean necesarios para la utilización de la concesión, la servidumbre se constituirá previa indemnización; también pueden realizar las labores que sean necesarias al acceso, ventilación y desagüe de sus propias concesiones, transporte de los minerales y seguridad de los trabajadores, previa indemnización si causan daños; asimismo están facultados a la utilización de las aguas que sean necesarias para las operaciones de la concesión.

Por lo que si bien, es necesario obtener permisos para iniciar las actividades de exploración y explotación, el solo otorgamiento de la concesión otorga un derecho real para llevar a cabo dichos procedimientos y otorga los derechos a que se refiere el artículo 37° del TUO de la LGM citado anteriormente.

#### **1.4 Proceso de Otorgamiento de Concesiones Mineras**

La Ley General de Minería (LGM) establece que la actividad minera se desarrollará previa evaluación y pronunciamiento por parte de la autoridad competente, en el caso específico de las concesiones mineras estas serán otorgadas por:

- Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (INGEMMET) en el caso que se encuentren en el régimen general, es decir mediana y gran minería.
- Los Gobiernos Regionales por medio de sus Direcciones Regionales de Energía y Minas (en adelante, DREM) en caso se encuentren en el Régimen de Minería Artesanal o Pequeña Minería.

Ahora bien, según la Ley General de Minería, Decreto Supremo N° 014-92-EM (1992) “el procedimiento de otorgamiento de concesiones mineras es el procedimiento ordinario”, asimismo este procedimiento está regulado en el Título Décimo Segundo, Capítulo II y está constituido por las siguientes etapas:

- **Petitorio:** Según la LGM el petitorio es presentado ante la autoridad administrativa de Minería cancelando los derechos correspondientes y señalando el área expresada en coordenadas UTM.

El trámite y otorgamiento de las concesiones mineras para la mediana minería y gran minería se realiza por medio del Gobierno Central, a través del INGEMMET.

Conforme al artículo 59 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, el trámite y otorgamiento de las concesiones en el caso de la minería artesanal y pequeña minería se realiza ante los Gobiernos Regionales dentro de su circunscripción territorial, así también lo regula el artículo 10 del Decreto Supremo N° 084-2007-EM<sup>3</sup>.

Los datos del petitorio minero según el artículo 17° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por el Decreto Supremo N° 018-92-EM son nombre, ubicación, clasificación (metálico o no metálico), nombre de la carta nacional y zona, extensión en hectáreas, cuadrícula en coordenadas UTM, datos del terreno superficial donde se ubica la concesión minera, además se requiere la suscripción de la declaración jurada de compromiso previo de responsabilidad.

- **Publicación de las intenciones:** Según el artículo 33° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por el Decreto Supremo N° 020-2020-EM, concordado con lo dispuesto en el artículo 122 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Decreto Supremo N° 014-92-EM (1992) “el petitorio minero deberá de publicarse por una sola vez en el diario oficial El Peruano y en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales del lugar donde se encuentre ubicada el área peticionada”.
- **Otorgamiento del título:** El Reglamento de Procedimientos Mineros, DS N° 018-92 (Artículo 31) señala que en el plazo de los (30) días hábiles siguientes a la recepción de la publicación de los avisos, la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET o el Gobierno Regional competente, emite dictamen técnico y legal

---

<sup>3</sup> Decreto que regula el Sistema de Derechos Mineros y Catastro - SIDEMCAT y modifica normas reglamentarias del procedimiento minero para adecuarlas al procedimiento de regionalización.

correspondientes y de no mediar oposición eleva el expediente para el otorgamiento del título de concesión minera.

El INGEMMET representado por su Presidente Ejecutivo o el Gobierno Regional competente, con el dictamen técnico y legal favorable, otorga el título de la concesión minera, en el plazo de 30 días naturales de efectuada la última publicación del aviso de petitorio. La Resolución de título debe ser notificada al solicitante.

- **Publicación del título:** Conforme al Reglamento de Procedimientos Mineros Decreto Supremo N° 020-2020-EM, artículo 38° para efectos de lo dispuesto en el artículo 124 de la LGM, el INGEMMET o el Gobierno Regional, dentro de los primeros 15 días naturales de cada mes, publica en el Diario Oficial El Peruano la relación de las concesiones cuyos títulos hubieren sido emitidos durante el mes inmediato anterior, con lo que concluye el procedimiento minero ordinario.
- **Inscripción en la Sunarp:** El concesionario puede inscribir en el Registro de Derechos Mineros competente, el título que otorga la concesión minera con la constancia de firme, si bien no es de obligatorio cumplimiento es recomendable por la seguridad jurídica, en ese sentido el artículo 106° del Texto Único Ordenado de la Ley general de Minería señala que no son oponibles frente al Estado ni frente a terceros los actos, contratos y resoluciones no inscritas.

Del presente punto se concluye que, la actividad minera en el Perú se realiza a través del sistema de concesiones, así mismo, el procedimiento de otorgamiento de concesiones mineras es el procedimiento ordinario, este procedimiento no reviste mayor dificultad, pues básicamente consiste en presentar una solicitud (petitorio) y realizar las publicaciones en diarios (por una sola vez en el diario oficial "El Peruano" y en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales del departamento en donde se encuentre ubicada el área peticionada), no existe la notificación del trámite a las comunidades cuyos territorios pudieran superponerse a las concesiones mineras.

## 2. EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA

En el presente punto analizaremos la regulación del derecho de consulta previa a nivel internacional y en el derecho interno, para lo cual utilizaremos el método histórico, analítico y sintético.

### 2.1 Regulación Normativa del Derecho de Consulta Previa a Nivel Internacional

A nivel internacional, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas fue una lucha y demanda de años, pues estos sufrieron discriminación, un proceso de asimilación obligada, despojos y desplazamientos forzados de sus territorios debido en gran parte al crecimiento de la actividad extractiva.

Así, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, como se citó en Martínez (1986) advirtió “en un mundo cada vez más ávido de materias primas y de recursos naturales no explotados, las poblaciones indígenas, que viven en su mayoría en zonas remotas, advierten que sus territorios atraen la atención de poderosos intereses comerciales” (p. 192), lo que traería como consecuencia una problemática que se prolonga en nuestros tiempos a través de los conflictos socio ambientales.

Al respecto, Martínez (1986) señaló “Es evidente que, aunque apreciando la necesidad de una explotación racional de los recursos naturales, la política de desarrollo debe conciliar las necesidades de las poblaciones indígenas con las exigencias del desarrollo económico nacional” (p. 192), es decir que en la explotación de los recursos que se encuentren en territorio indígena debe respetarse sus derechos colectivos.

El derecho a la consulta previa, surge como un mecanismo de protección frente a proyectos extractivos que puedan afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Martínez (2012) define a la consulta previa de la siguiente forma:

La consulta previa es el derecho de los pueblos indígenas que se deriva del derecho a la autonomía, con miras a proteger los derechos culturales y territoriales de estos pueblos, sobre todo cuando se va ejecutar obras o proyectos de desarrollo que puedan afectarlos

directamente y cuando se pretenda explotar los recursos naturales en sus tierras, fundamentalmente los recursos no renovables o del subsuelo. (p. 56)

La consulta previa surgió como un derecho de naturaleza colectiva, es decir que se ejerce por un grupo o conjunto de personas, en este caso los pueblos indígenas. En ese mismo sentido se ha pronunciado el TC en la STC N° 00025-2009-PI/TC: “El derecho a la consulta no es un derecho individual, es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del convenio 169 de la OIT” (f.j. 22).

El derecho de consulta previa está regulado a nivel internacional y explícitamente en el Convenio N° 169 de la OIT que en su Artículo 6°, consigna lo siguiente:

En la aplicación de las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

1. Realizar la consulta previa a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.
2. Las consultas previas deberán de efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos indígenas. (Convenio N° 169, 1989)

El inciso 1 del artículo citado señala que la consulta previa se realiza sobre toda medida legislativa o administrativa que pudieran afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas y es obligación del Estado realizar dicha consulta.

El inciso 2 se refiere a la buena fe con que debe actuar el Estado, es decir la consulta previa no debe llevarse a cabo como un mero trámite sino con la finalidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado. Esta finalidad destaca dos aspectos como son la inclusión de los pueblos indígenas en las decisiones del gobierno y el respeto de sus derechos colectivos.

La consulta previa está regulada a nivel internacional en los siguientes instrumentos:

- Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (Art.1, derecho a la libre determinación de los pueblos).

- Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art.1, derecho a la libre determinación de los pueblos).
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Art. 5).
- Convenio 169 de la OIT (Art. 6).
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (Art. 18 y 19).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 21).

### 2.1.1 El Convenio N° 169 de la OIT

El convenio N° 169 (1989) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, fue expedido por la Organización Internacional del Trabajo, que no obstante ser un organismo internacional dedicado a los asuntos laborales y sociales, produjo un tratado sobre derechos de los pueblos indígenas.

El Convenio N° 169 de la OIT, tiene como antecedente el Convenio N° 107 (1957), que fue el primer instrumento internacional referido a los pueblos indígenas, el Convenio N° 107 fue reemplazado debido a que proponía un enfoque asimilacionista de los pueblos indígenas a la sociedad moderna, sin respetar sus costumbres e identidad.

“La superación del enfoque integracionista o asimilacionista fue una de las principales razones declaradas oficialmente por la OIT para decidir iniciar el proceso de revisión del Convenio No.107 (Huaco, 2015, p.41)”.

Es así que luego de revisar el Convenio N° 107 la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra aprueba el Convenio N° 169, adoptado el 27 de junio de 1989, a la fecha, el Convenio, ha sido ratificado por 23 países, el Perú aprobó el convenio en 1993, lo ratificó en 1994 y entro en vigencia en nuestro país el 02.02.1995.

Tudela, como se citó en Huaco (2013) señaló “el Convenio N° 169 de la OIT se refiere a los derechos de los pueblos indígenas dentro de las naciones independientes, sobre todo se refiere a la protección de la identidad y de las características culturales de estos pueblos de países en vías de desarrollo”.

Para la elaboración del Convenio se tomó en cuenta los derechos reconocidos en otros tratados y declaraciones internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles, además de numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación (Convenio N° 169, 1989).

Otro punto importante de resaltar es que el Convenio N° 169 tiene rango constitucional, “los tratados internacionales de derechos humanos (en adelante TIDH) tienen rango constitucional y son parte del derecho interno (Ruiz, 2012, p.22), es decir el Convenio N° 169 al haber sido ratificado por el Perú pasó a formar parte del bloque de constitucionalidad siendo de cumplimiento obligatorio.

La Constitución Política del Perú, Artículo 55° (1993) señala que los tratados suscritos por el Estado y en vigor forman parte del derecho interno, lo que significa que es derecho interno directamente aplicable. En ese sentido la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Constitución señala “las normas relativas a derechos humanos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y de acuerdo a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú” (Constitución Política del Perú, 1993)

Al respecto la Fundación para el debido proceso (2018) señala “las disposiciones del Convenio N° 169 son de obligatorio cumplimiento para los países que lo han ratificado, en consecuencia, deben adecuar su legislación nacional” (p. 5).

Esto último, obliga a los estados integrantes de la ONU, a entablar medidas y políticas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el convenio y además expedir normas que posibiliten su aplicación de una forma más eficaz.

De lo que se puede concluir que lo ideal y deseable es que los estados expidan normas que reglamenten los derechos colectivos establecidos en el tratado, sin embargo, no es un requisito indispensable para su aplicación, porque el Convenio constituye derecho interno.



A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional (2005) en la STC EXP. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC acumulados, f.j. 25 ha señalado “Los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado Peruano, no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, tienen rango constitucional”.

Asimismo, en 1926 se creó la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), la misma ha evaluado desde su dación mediante observaciones individuales el cumplimiento del Convenio N° 169 por los Estados, aunque dichas observaciones no son vinculantes constituyen indicadores del progreso de los Estados en la ejecución efectiva de sus compromisos respecto del Convenio (Herrera, 2014).

### **2.1.2 Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DUNDPI), fue aprobada por la Comisión de Derechos Humanos en junio de 2006 y por la Asamblea General el 13 de setiembre de 2007.

La DUNDPI es uno de los documentos jurídicos de la ONU que se ha elaborado en consulta con los perjudicados de las vulneraciones de derechos humanos y con los que han de ser, por tanto, los beneficiarios del documento. (Burger, 2014, p.213)

Asimismo, la declaración reconoce una amplia gama de derechos colectivos de los pueblos indígenas y desarrolla y amplía los derechos reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, por lo que podemos decir que la declaración tiene una función interpretativa y se aplica en la medida que desarrolla derechos reconocidos en el Convenio N° 169, vinculante para nuestro país.

La DUNDPI, es el instrumento más amplio relativo a los derechos de los pueblos indígenas existente en el ámbito del derecho y las políticas internacionales, en la que figuran normas mínimas en materia de reconocimiento, protección y promoción de estos derechos. Aunque no se aplica de forma uniforme o coherente, la Declaración orienta normalmente a los Estados y los pueblos indígenas en la elaboración de las leyes y políticas. (Naciones Unidas, 2013, p.4)

Por lo que el contenido de la declaración está referido a las obligaciones ya contraídas por el Estado en virtud de otros tratados de derechos humanos, solo que dicho contenido lo contextualiza a la situación de los pueblos indígenas.

Cabe mencionar que la DUNDPI es parte del soft law, es decir es “derecho blando” por lo que no tiene carácter vinculante lo que dificulta su aplicación directa por los Estados. Al respecto el Grupo internacional de trabajo sobre asuntos indígenas (2010) señala que “una primera preocupación es el hecho de que los gobiernos no consideran la Declaración como legalmente vinculante porque no es un convenio internacional que requiera ratificación” (p. 375). Por lo que se puede decir que la declaración, solo representa un compromiso moral de cumplimiento para los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

Sin embargo, para el profesor Huaco la declaración tiene carácter vinculante y es obligatoria a pesar de ser parte del soft law, debido a que se basa en un tratado internacional (desarrolla y amplía los derechos del Convenio N° 169) y está redactada en forma obligacional (Huaco, 2020).

### **2.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)**

La CADH (1969) se aprobó durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entrando en vigor en 1978, la misma instauró un sistema de protección de carácter regional, representando la columna vertebral del sistema interamericano.

Aunque la Convención no reconoce expresamente los derechos colectivos, el carácter internacional de los derechos humanos hace posible una interpretación extensiva, en ese sentido los órganos del sistema interamericano han dado contenido específico a los derechos no mencionados expresamente en la Convención (Quintana y Gongora, 2017).

La misma Corte IDH en un inicio señaló que esta solo reconocía derechos individuales a los indígenas, sin embargo, posteriormente mediante interpretación concluye

que los pueblos indígenas de la región son titulares, en tanto sujetos colectivos, de derechos de naturaleza colectiva reconocidos en ella<sup>4</sup>.

Así mismo, los estados al suscribir la convención adquieren el compromiso de respetar los derechos establecidos en su texto, al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Mexico (2014) señala:

Los Estados que forman parte de la Convención se comprometen a cumplir con una doble obligación. Por un lado, los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos absteniéndose de afectarlos arbitrariamente. Al mismo tiempo, a garantizar su libre y pleno ejercicio. (p. XII)

Es decir, los estados partes adquieren el compromiso de respetar los derechos fundamentales y a su vez garantizar su pleno ejercicio.

#### **2.1.4 La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

La declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada por la OEA, la misma reconoce una serie de derechos individuales y colectivos a los pueblos indígenas, asimismo, reconoce una serie de obligaciones por parte de los Estados Americanos a favor de dichos pueblos. El preámbulo de la declaración expresa la voluntad de los Estados miembros de la OEA de alentar a los Estados a proteger y cumplir las obligaciones con los pueblos indígenas, es decir, al igual que la declaración de las Naciones Unidas esta declaración no es vinculante, pero alienta a los Estados a actuar de buena fe y a implementarla en su legislación interna.

Asimismo, la declaración en su Artículo VI señala” Los pueblos indígenas poseen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos, por lo que, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su cultura; a usar su idioma; y a sus tierras, territorios y recursos.

---

<sup>4</sup> Así se pronunció la corte en el fallo del” Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku” y a partir de esta sentencia en sucesivos pronunciamientos.

## 2.2 Regulación Normativa de la Consulta Previa en el Perú

En nuestro país, principalmente en los últimos años los conflictos sociales alrededor de proyectos extractivos han sido una constante, uno de esos conflictos fue el de Bagua, que dejó 33 personas fallecidas entre civiles y policías, en medio de protestas por una serie de decretos legislativos que el expresidente Alan García Pérez había dictado sin consultar a los pueblos indígenas, conflicto que terminó con la expedición de la Ley de Consulta Previa Ley N° 29785 (en adelante Ley de Consulta Previa) a favor de estos pueblos, ley que se expidió en medio de la presión de diversos sectores internacionales y colectivos sociales.

Fue el expresidente Ollanta Humala, que sucedió al anterior mandatario quien expidió dicha ley, aprobada el 23/08/2011 y promulgada el 06/09/2011. Posteriormente se reglamentó, mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC, la reglamentación estuvo a cargo del Ministerio de Cultura.

Por lo que, la regulación de la consulta previa en nuestro país está constituida por las siguientes normas: Constitución Política (Art. 2, inc. 17)<sup>5</sup>, Ley N° 29785 - Ley de Consulta Previa, Reglamento de Consulta Previa - Decreto Supremo 001-2012-MC y las normas sectoriales siguientes:

- Hidrocarburos y Energía: Resolución Ministerial No.350-2012-MEM/DM
- Electricidad: Resolución Ministerial No.350-2012-MEM/DM
- Minería: Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM

### 2.2.1 Definición de Consulta Previa

Por medio de la consulta previa los pueblos indígenas deben ser consultados respecto de la implementación de medidas legislativas o administrativas que pudieran afectar sus derechos colectivos.

---

<sup>5</sup> Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

17.-A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (...)

El derecho a la consulta previa no es un derecho humano al que pueden acceder todos, esto “debido a que no está atribuido a todos los seres humanos por el solo hecho de serlo, sino únicamente a una categoría especial de sujetos colectivos los pueblos indígenas” (Herrera, 2014).

La Ley N° 29785, Artículo 2° (2011) define a la consulta previa de la siguiente forma:

Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas, administrativas o sobre los proyectos de desarrollo nacional que afecten directamente sus derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. El Estado es quien efectúa la consulta a la que hace referencia la presente Ley.

De lo anterior se concluye que, la consulta previa actúa como un mecanismo de los pueblos indígenas que sirve para garantizar sus derechos colectivos. El procedimiento de consulta debe realizarse de forma previa a las medidas administrativas o legislativas y debe ser realizado por el Estado, como lo señala la última parte del artículo citado, es decir que solo está autorizado a realizar la consulta el Estado y no así las empresas privadas y si estas llevaran a cabo procesos de consulta devendrían en nulas.

El tribunal constitucional, en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC, fundamento 15 señala que “la consulta previa permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas, por lo que significa una garantía jurídica verdadera para los pueblos indígenas”, es decir que la consulta previa significa una reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas con los que ya contaban una gran parte de la sociedad.

Asimismo, el mismo Tribunal Constitucional en el Exp 3343-2007-PA, fundamento 35, advierte que “es necesario que la consulta previa se efectúe antes de realizar algún proyecto que pudiera causar afectación a un pueblo indígena o a su hábitat”, es decir, es necesario consultar cualquier proyecto que afecte a los miembros de la comunidad como también al territorio que habitan y en donde desarrollan sus actividades.

Ruiz (2012) afirma: “El cumplimiento del procedimiento de consulta constituye una condición de validez de las decisiones estatales que requieran ser consultadas en virtud de la

presente Ley y su reglamento” (p.86). Por lo que de no cumplirse con la consulta de las decisiones estatales dichos actos legislativos o administrativos serían nulos.

### 2.2.2 Sujetos del Derecho de Consulta Previa

La Ley N° 29785, Artículo 5° (2011)° señala que los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa y en su artículo 7° señala los criterios de identificación de los pueblos indígenas como son la descendencia directa de las poblaciones originarias, con estilo de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan, con instituciones sociales, culturales y costumbres propias (criterios objetivos) y conciencia colectiva de poseer una identidad indígena (criterio subjetivo).

A su vez la Ley de Consulta Previa señala que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, es decir las diversas denominaciones empleadas para referirse a los pueblos indígenas no alteran el contenido de sus derechos ni su naturaleza.

Con respecto al requisito objetivo referido a la descendencia directa de las poblaciones originarias la Ley de Consulta Previa identifica la descendencia directa con la continuidad histórica del pueblo, sin embargo, “nos preocupa que se quiera exigir que los pueblos indígenas hayan permanecido intactos y congelados en el tiempo, negando lo que es evidente, que estos pueblos evolucionan, que dialogan e interactúan con otros pueblos, en ejercicio de su derecho a la libre determinación” (Ruiz, 2012, p. 151). Por lo que, es difícil mantener esta característica, esto porque en su mayoría los pueblos originarios han sufrido un mestizaje propio de la conquista, lo que hace difícil encontrar culturas que no hayan sufrido cambios.

En cuanto al elemento objetivo referido a los vínculos espirituales e históricos de los pueblos con el territorio ancestral o tradicional que habitan, esto ha cambiado, puesto que algunos de los pueblos indígenas lo han dejado de ocupar o usar total o parcialmente debido a lo señalado anteriormente.

El requisito objetivo referido a las instituciones sociales y costumbres propias, son patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional que en muchos casos también han sufrido un cambio, asumiendo los pueblos indígenas rasgos de la cultura occidental. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001), en el Capítulo XI, del Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala ha sostenido que “como toda sociedad humana, los pueblos indígenas tienen una historia propia. Son grupos humanos cambiantes, que se reconfiguran a lo largo del tiempo con base en los rasgos culturales que les caracterizan” (párr. 4), es decir, que los pueblos indígenas no escapan a la evolución de la sociedad, a pesar de esto y del tiempo transcurrido conservan ciertos rasgos básicamente culturales que los hacen diferentes.

En cambio, el criterio subjetivo está relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria (autoidentificación), el mismo es fundamental y no puede dejarse de lado al momento de identificar a un pueblo como indígena.

### **2.2.3 Medidas Susceptibles de Consulta Previa.**

La Ley de Consulta Previa (Art. 2), señala que las medidas (legislativas o administrativas) que deben ser objeto de consulta son aquellas que afecten directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En cuanto a lo que se considera afectación directa el Art. 3, el inc. b del Reglamento señala: “se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente a los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos”.

Así mismo, la misma Ley de Consulta Previa regula en su Art. 9° que las entidades estatales deben identificar y señalar, bajo responsabilidad, las medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

Con respecto al concepto de medidas administrativas, el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, Decreto Legislativo N° 001-2012-MC, artículo 3° inc. i) señala que “son normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio del proyecto, o el que autorice a la administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas”.

En cuanto a las medidas legislativas el mismo reglamento señala en su art. 3°, inc. j) que” estas son normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas”. El Tribunal Constitucional, en su sentencia STC 00022-2009-PI/TC señala que estas medidas son: “(...) aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas y las medidas legislativas de alcance general que requieran establecer en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas y que, por ende, tales referencias tendrán que ser materia de una consulta” (fs. 21).

#### **2.2.4 Contenido Constitucionalmente Protegido de la Consulta Previa**

El derecho fundamental de la consulta previa implica la interrelación de tres elementos como son sujeto titular (pueblos indígenas), sujeto pasivo del derecho (el Estado) y el objeto de protección que está delimitado por las posibles afectaciones sobre los derechos colectivos, ahora bien la consulta previa como derecho colectivo supone una relación jurídica, es decir, el ejercicio por los pueblos indígenas frente al Estado del contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho (Landa, 2016).

Sobre lo que se considera el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 00022-2009-PI señala que este está compuesto por los siguientes aspectos:

- i) el acceso a la consulta, es decir, el derecho colectivo de los pueblos a ser consultados ante medidas estatales que afecten sus derechos; ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, es decir, que se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. (fundamento 37).



De esta forma el contenido constitucionalmente protegido de la consulta garantiza el acceso al derecho, el respeto de sus características esenciales (principios) y que se garantice el cumplimiento de los acuerdos entre el Estado y los pueblos indígenas.

Respecto al acceso a la consulta previa por los pueblos indígenas, la sentencia señala que cuando se verifique la afectación de los derechos colectivos deba realizarse la misma.

Sobre las características esenciales de este derecho, estas son las siguientes: La buena fe, la flexibilidad, objetivo de alcanzar un acuerdo, transparencia; y la implementación previa del proceso de consulta.

Respecto al tercer aspecto, el Tribunal Constitucional ratifica el carácter vinculante de los acuerdos arribados en la consulta, sin embargo, la sentencia señala que “no forma parte del contenido de este el derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta” (fundamento 37), argumentando el TC que lo que se pretende institucionalizar es el dialogo intercultural, eso quiere decir que si no hay acuerdo, el Estado decide, siempre y cuando se realice en base al bien común y solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona.

El Ministerio de Cultura (2014) señala: “La negativa a realizar la consulta no puede formar parte del contenido del derecho a la consulta, pues ésta garantiza que la misma se realice, ello se debe a que su naturaleza es irrenunciable” (p. 19), es decir los pueblos indígenas no pueden negarse a que la consulta previa se lleve a cabo, debido a que es un derecho irrenunciable, como derecho fundamental.

### 2.2.5 Principios de la Consulta Previa

Según el Artículo 4° de la Ley de Consulta Previa los principios rectores del derecho a la consulta previa son los siguientes: Oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable, ausencia de coacción o condicionamiento e información oportuna.

**Oportunidad:** La Ley de Consulta Previa (Ley 29785, Art 4°) señala que el proceso de consulta se debe realizar de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.

El Tribunal Constitucional (TC), en el Exp. N.º 0022-2009-PI/TC (fundamento 36) afirma que “trasladar la consulta a un momento posterior a la publicación de la medida no hace posible la intervención subyacente”, lo que quiere decir que se realiza antes para poder tomar en cuenta la opinión de los pueblos indígenas.

Ruiz (2012) señala: “El requisito de la oportunidad es un requerimiento que pone a prueba si existe una intención real de realizar un proceso de consulta previa, o si solo se quiere cumplir una formalidad sin sentido”.

Lo que significa que la oportunidad de la consulta debe ser previa a la medida y esta oportunidad también significa que se realice dentro de un plazo razonable.

**Interculturalidad:** La Ley de Consulta Previa, Ley 29785, Art 4º (2011) señala que el proceso de consulta se debe desarrollar reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas. De la misma forma el Tribunal Constitucional, en el Exp. N.º 0022-2009-PI/TC señala que “es importante que en las consultas previas se tome en cuenta estas las diferencias y diversidad de pueblos indígenas existentes”, este principio se basa en el derecho de identidad cultural que reconoce la existencia de un pluralismo cultural en el país.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) en el caso Kichwa de Sarayacu Vs. Ecuador ha señalado:

El Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo indígena tengan conocimiento de los beneficios y riesgos de un proyecto, para que puedan evaluar si aceptan o no el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones (párr. 177).

Por lo que se puede decir que el principio de interculturalidad tiene su base en el principio de la identidad cultural, que quiere decir un dialogo enriquecedor y complementario respetando las diferencias.

**Buena fe:** La Ley de Consulta Previa (Ley 29785, Art 4°) señala que el Estado y las comunidades indígenas tienen el deber de actuar de buena fe durante la ejecución de la consulta, el proceso de consulta debe llevarse a cabo en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo.

Así mismo el Tribunal Constitucional, en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC, define la buena fe de la siguiente forma: “El principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta y debe ser comprendido como aquel que busca evitar conductas que pretendan la evasión de un acuerdo. Este principio debe verse concretado en las tres etapas en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: a) determinación de la afectación directa, b) consulta en sentido estricto, y c) implementación de la medida” (fundamento 27).

Es decir, para que sea posible el desarrollo adecuado de los demás principios y de las etapas de la consulta previa debe preexistir la buena fe. Este principio busca evitar la ocurrencia de actos que atenten contra el derecho colectivo de la consulta previa.

La consulta previa se debe realizar de buena fe, es decir, con el propósito de llegar a un acuerdo. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007), en el caso *Saramaka vs Surinam* señala que:” la consulta debe realizarse de buena fe, a través de procedimientos adecuados culturalmente y debe tener la finalidad llegar a un acuerdo. (párr. 133). Es decir, que se debe propiciar el acuerdo entre la comunidad y la empresa y que esta no se convierta en una simple formalidad.

**Flexibilidad:** La Ley de Consulta Previa (Ley 29785, Art 4°) señala que la consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados, este principio está relacionado con el principio de interculturalidad, pues ambos reconocen las características esenciales de cada pueblo indígena y también propicia un mayor grado de intensidad a mayor posibilidad de afectación de derechos.

Ruiz (2012) señala “el principio de flexibilidad ha quedado establecido en el artículo 6.2 del Convenio N° 169 cuando manifiesta que las consultas llevadas a cabo deberán efectuarse de manera adecuada a las circunstancias” (p. 40).

Lo mismo se ha señalado en el fundamento 31 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 00022-2009-PI/TC cuando señala:

Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en los procesos de consulta previa estas diferencias sean tomadas en cuenta. Es pertinente señalar que, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar cada proceso de consulta al tipo de medida que se pretende consultar.

De lo que se puede desprender que las consultas deben llevarse a cabo de acuerdo a las circunstancias particulares de cada pueblo indígena.

**Plazo razonable:** La Ley de Consulta Previa, Ley 29785, Art 4° (2011) señala que el proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones representativas de los pueblos indígenas conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa que es objeto de consulta. Este principio está relacionado con el principio de oportunidad, es decir que la consulta se realice en forma previa a la ejecución de la medida y en un plazo que permita un adecuado desarrollo del proceso, es decir de buena fe.

Al respecto, Ruiz (2012) señala:

El plazo razonable se relaciona con el principio de buena fe, debido a que propicia el desarrollo del diálogo; esto porque con un plazo razonable los pueblos tienen la posibilidad de meditar en torno a la medida objeto de la consulta (p. 40).

Se garantiza de esta forma un diálogo de acuerdo a las circunstancias de la medida a consultar.

**Ausencia de coacción o condicionamiento:** La Ley de Consulta Previa (Ley 29785, Art 4°) señala que la participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno, es decir que la participación de estos pueblos sea ejercida en forma libre. El convenio N° 169, Artículo 3,

inc. 2 (1989) afirma que “en el proceso de consulta previa no se debe hacer uso de ninguna coerción que afecte los derechos humanos”.

En ese sentido, “es inherente a toda consulta, el establecimiento de un clima de confianza mutua y la buena fe que exige la ausencia de cualquier tipo de coacción por parte del Estado, de agentes o terceros” (Sentencia Sarayacu, párr. 186).

**Información oportuna:** La Ley de Consulta Previa, Ley 29785, Art 4° (2011) señala que los pueblos indígenas tienen el derecho a que se les proporcione toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, es decir para manifestar su opinión deben recibir oportunamente la información y no después que ya se hayan definido cuestiones importantes.

#### 2.2.6 Etapas de la Consulta Previa.

La consulta previa es un proceso de varias etapas y no solo un momento en que un pueblo indígena expresa su opinión. Conforme la Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785 (Artículo 8) “las entidades estatales promotoras de las medidas legislativas o administrativas deben cumplir etapas básicas”, estas son:

✓ **Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta:** La Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785 (Artículo 9) señala que “esta etapa está a cargo de las entidades estatales que deben identificar, las medidas que están relacionadas directamente con los derechos colectivos de los pueblos indígenas, de concluirse la existencia de una afectación directa, debe procederse a una consulta previa”.

✓ **Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados:** La Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785 (Artículo 10) señala que “la identificación de los pueblos indígenas a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras sobre la base del contenido de la medida, el grado de relación directa con el pueblo indígena, el ámbito territorial y también sobre los criterios de identificación de los pueblos indígenas”.

✓ **Publicidad de la medida legislativa o administrativa:** La Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785 (Artículo 11) señala que “las entidades estatales promotoras de la

medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de los pueblos indígenas que serán consultados, mediante procedimientos adecuados culturalmente, tomando en cuenta la geografía que habitan y los principios de interculturalidad y flexibilidad.

✓ **Información sobre la medida legislativa o administrativa:** El Artículo 12° de la Ley N° 29785 señala que en esta etapa se toma en cuenta el principio de oportunidad, desde el inicio de la consulta corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y con la debida anticipación, sobre los motivos, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa.

✓ **Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente:** La Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785 (Artículo 13) señala que “las organizaciones de los pueblos indígenas deben contar con un plazo razonable para analizar los alcances e incidencias de la medida y la relación directa entre su contenido y la afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas”.

✓ **Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios:** La Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785 (Artículo 14) consigna que en esta etapa se debe tomar en cuenta el diálogo intercultural que se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, todos estos datos deben quedar registrados en un acta. Así mismo, el Artículo 20.7 del Reglamento de la Ley señala que en el desarrollo de la etapa de diálogo los pueblos indígenas tienen el derecho de usar su lengua nativa y la entidad promotora de la medida legislativa o administrativa debe realizar una exposición sobre los desacuerdos subsistentes al terminar la etapa de evaluación interna sobre la base de los documentos que las partes presentaron.

✓ **Decisión:** El Artículo 15° de la Ley señala que la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación integral de lo llevado a cabo en el proceso de consulta. El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas, como resultado de la consulta, es obligatorio para ambas partes. En caso

de que no se llegue a un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial, es decir son vinculantes para las partes que participaron en el proceso de consulta.

### **2.2.7 Dificultades de la implementación de la Consulta Previa**

A nueve años de la vigencia de la Ley de Consulta Previa, la misma que se emitió en gran medida para aplacar los conflictos generados entre las comunidades indígenas, las empresas extractivas y el Estado, podemos decir que contar con un marco jurídico no garantiza que se esté cumpliendo con garantizar el derecho a la consulta previa, así después de la aprobación de la ley hubo una resistencia a aplicarla por parte del mismo Estado, debido a que no estaba reglamentada, por lo que no era exigible, sin embargo, fue el mismo Estado el que debió proceder a la reglamentación de la Ley.

Posteriormente mediante Decreto Supremo 001-2012-MC, que fue publicado el 03.03.2012 se reglamentó la Consulta Previa, sin embargo, no se recogió las propuestas realizadas por las Confederaciones de las comunidades campesinas y nativas y de esta forma el Estado perdió la oportunidad de propiciar la adecuada protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Una de las dificultades para la implementación de la consulta previa fue en un inicio el reconocimiento de los pueblos indígenas como tales por las empresas del sector extractivo, al respecto la Ley de Consulta Previa (N°29785, Art. 20) estableció la implementación de una base de datos de los pueblos indígenas (BDPI) a cargo del Viceministerio de Interculturalidad (VMI), que fue creado en el año 2010.

Si bien la ley estipulaba que la BDPI era de carácter referencial y que no constituía derechos, este instrumento es de una importancia central en la medida en que ayudaría a identificar en solo instrumento quiénes eran los pueblos indígenas u originarios del Perú. Así mediante la Resolución Ministerial 202-2012/ MC se aprobó la Directiva 003-2012/MC19, dónde se establecen procedimientos para la elaboración, información y actualización de esta base de datos. Sin embargo, el hecho de no incluir a alguna comunidad en dicha base no le

restringe sus derechos, así también lo señala la Defensoría del Pueblo, como se citó en Sanborn et al. (2016) “la consulta previa no se condiciona a la inclusión de una organización en la base de datos publicada, en la práctica los organismos gubernamentales se han mostrado reacios a llevar a cabo estos procesos con comunidades no incluidas en ella” (p. 21).

Otro obstáculo para la implementación de la consulta previa, es que se ha venido propiciando a los procesos de consulta como un conjunto de talleres informativos, no permitiendo que los pueblos indígenas tomen una decisión adecuada, llegándose a acuerdos generales y que de por sí son deberes legales de las empresas extractivas.

La representación deficiente de las comunidades es otro factor que impidió la implementación de la consulta previa, esto debido a que “los pueblos indígenas también necesitan mejorar o revisar sus instituciones, mediante sus propios procedimientos de adopción de decisiones, con el fin de establecer estructuras representativas que faciliten el proceso de consulta” (Anaya, 2009, párr. 52).

Del presente punto se puede concluir que, la consulta previa, surge como un mecanismo de protección frente a proyectos extractivos que puedan afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Asimismo, si bien la dación de la ley de consulta previa en nuestro país ha significado un avance en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas, el error principal en la implementación de la consulta previa tiene que ver con la imposición de los intereses de grupos con poder, constituyendo la implementación del derecho de consulta previa uno de los desafíos más grandes al cual se han enfrentado los actores sociales, principalmente los pueblos indígenas, esto ha seguido generando en la actualidad conflictos socio ambientales, así también lo informa la Defensoría del Pueblo en su Reporte de Conflictos Sociales N° 190, emitido en diciembre de 2019.



*Tabla 1 Conflictos Sociales por autoridad competente, según tipo, diciembre 2019  
(número de casos).*

Tipo	TOTAL	%	Gobierno nacional	Gobierno regional	Gobierno local	Poder Judicial	Org. Const. Autónomo	Poder legislativo
<b>TOTAL</b>	<b>184</b>	<b>100.0%</b>	122	39	16	4	2	1
Socioambiental	127	69.0%	100	21	6	0	0	0
Asuntos de gobierno nacional	16	8.7%	16	0	0	0	0	0
Comunal	10	5.4%	0	8	1	0	1	0
Asuntos de gobierno local	9	4.9%	0	0	8	0	1	0
Asuntos de gobierno regional	7	3.8%	0	7	0	0	0	0
Laboral	6	3.3%	4	1	0	1	0	0
Otros asuntos	5	2.7%	0	2	0	3	0	0
Demarcación territorial	4	2.2%	2	0	1	0	0	1
Electoral	0	0.0%	0	0	0	0	0	0
Cultivo ilegal de coca	0	0.0%	0	0	0	0	0	0

Fuente: Defensoría del Pueblo.

De la tabla podemos ver que a los conflictos socio ambientales les corresponde un porcentaje del 69% del total de conflictos en diciembre del 2019.

### 3. DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En este punto abordaremos la definición del derecho al territorio, derecho a la libre autodeterminación y el derecho a la información de los pueblos indígenas para efectos de la determinación de su vulneración en el capítulo siguiente, para lo cual utilizaremos el método analítico.

#### 3.1 Definición de Pueblos Indígenas

Actualmente no existe una definición de lo que se considera pueblos indígenas, puesto que cada pueblo indígena reviste una particularidad y tiene elementos que los distingue entre sí, por lo que las mismas organizaciones indígenas señalan que ninguna definición es suficiente y puede abarcar el total de sus características, sin embargo, es importante establecer una definición desde la perspectiva de los derechos que actualmente se les atribuye (Grupo de Naciones Unidas para el desarrollo, 2009).

Al respecto, el Grupo de Naciones Unidas para el desarrollo (2009) afirma: “La comunidad internacional no ha adoptado una definición de pueblos indígenas y la opinión que actualmente prevalece es que no es necesario establecer un concepto único y aceptado por todos para la efectiva protección de sus derechos” (p.8). Por lo que podemos decir que el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas es independiente de su definición.

En ese mismo sentido el Convenio N° 169, en adelante el Convenio, dado en el año 1989, que es el más importante de los instrumentos internacionales de protección de los derechos de estos pueblos señala que, “las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos”, es decir el que no haya una definición unísona del término no impide el ejercicio de los derechos por sus titulares.

Asimismo, Stavenhagen, como se citó en Papadópolo (1995) señala: “... no existe una definición que englobe a todas las poblaciones que pudieran responder a este concepto, (...) cada país ha planteado el problema de la definición a su manera...” (p. 8), precisamente por las particularidades que tiene cada uno de estos pueblos. De la misma forma existen

denominaciones indistintas respecto al término en cada país, como son poblaciones autóctonas, indígenas, aborígenes, nativos, poblaciones indígenas, minorías étnicas, grupos vulnerables, pastoralistas, cazadores-recolectores y pigmeos, como también sucede en las legislaciones internas latinoamericanas que tienen diferentes acepciones para referirse a estas poblaciones en las que se ha preferido utilizar los términos comunidades indígenas, comunidades nativas, comunidades campesinas, entre otros.

Pese a no existir una definición hay autores que han elaborado algunas definiciones, así Martínez, como citó la Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (2004), producto de su “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” dio una de las definiciones más citadas de pueblos indígenas, que es la siguiente:

Se denominan pueblos indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos.

En esta definición, en su primera parte, se resalta un factor espacial e histórico, pues se consigna que estos pueblos ocuparon territorios en momentos que anteceden el proceso de conquista y colonización y que en su momento fueron un grupo mayoritario, sin embargo, actualmente constituyen sectores distintos, no dominantes y minorías dentro de la sociedad. En tanto, en la última parte resalta un factor subjetivo la autoidentificación como elemento importante en la definición de pueblos indígenas.

Bengoa (1999) ofrece otra definición, definiendo a los pueblos indígenas como:

Grupos sociales originarios de un territorio determinado, que son minorías o se encuentran en condiciones minoritarias, que poseen diferencias étnicas y culturales con el conjunto de la población del país y que han surgido como consecuencia de procesos coloniales, de rupturas provocadas por invasiones, ocupaciones territoriales y otros procesos históricos de dominación (p. 9).

Al respecto, podemos observar que en esta definición se consigna como características de un pueblo indígena que, constituyan un grupo o colectivo con la condición de minoría, así como también con condiciones minoritarias que se dan en el caso de que un

grupo social siendo mayoría sufre exclusión como si se tratase de una minoría. Otras características de la definición es que se consideren diferentes del resto de la población y hayan surgido como parte de procesos de ocupaciones territoriales.

A nivel internacional una definición aceptada es la que señala Daes, como se citó en Moro (2007) señala los cuatro criterios definatorios del concepto: la prioridad en el tiempo, la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, la conciencia de la propia identidad y una experiencia de sometimiento, independientemente de que estas condiciones persistan o no.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2006) en su preámbulo hace referencia a ciertas características que deben tener estos, como son su diferenciación, territorios y recursos naturales, presencia histórica y pre colonial en ciertos territorios, características culturales y lingüísticas y por último marginación política y legal. La diferenciación a que se hace referencia como bien lo señala la Organización Internacional del Trabajo (2009) “...no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los estados en que viven” (p. 10).

El Convenio N° 169 de la OIT, en su artículo 1°, inc b) señala que este se aplica a los pueblos indígenas señalando a continuación cuales son los criterios a tener en cuenta para que un pueblo sea considerado indígena así:

- a) Descendientes de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista.
- b) Que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

El Convenio también declara que la conciencia de la identidad indígena de un pueblo, deberá ser considerada un criterio fundamental para determinar la aplicación de las disposiciones del Convenio.

De las anteriores definiciones se puede establecer que los pueblos indígenas son un grupo de personas, es decir un colectivo con una identidad propia, con características particulares, descendientes de pueblos originarios y con una relación con los territorios que

ocupan desde tiempos inmemoriales, así mismo, que conservan sus costumbres y tradiciones parcial o totalmente y lo más importante que se auto identifican como tales.

### 3.2 Definición de Derechos Colectivos

El reconocimiento internacional de los derechos colectivos de los pueblos indígenas fue una lucha de décadas principalmente por la implicancia del reconocimiento del derecho a su libre autodeterminación, esto por el significado que representaría el término a nivel internacional y por tanto nacional, sin embargo, finalmente este reconocimiento se concretó.

Los derechos de los pueblos indígenas han evolucionado partiendo del derecho internacional vigente, en función de las circunstancias en que se encontraban estos pueblos y de sus prioridades, esta evolución se ha manifestado en los derechos a sus tierras, territorios, recursos y a la libre determinación. (Naciones Unidas, 2013, p.4)

De la misma forma en el seno de los órganos de derechos humanos de la ONU no se prestaba atención al tema de las poblaciones indígenas, un hito importante se produjo con la expedición del “Convenio N° 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes”, del 26 de junio del año 1957.

En esa misma línea, el 21 de mayo de 1971 el Consejo Económico y Social (ECOSOC) autorizó a la antigua Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección para que llevase a cabo un estudio bastante completo sobre el tema de la discriminación contra las poblaciones indígenas para de esta manera producto del estudio adoptar las medidas nacionales e internacionales necesarias para eliminar dicha discriminación. La Subcomisión, encargó a José Ricardo Martínez Cobo Ex Relator Especial dicha labor, el que presentó su estudio denominado “Estudio del problema de la discriminación sobre pueblos indígenas contra las poblaciones indígenas”. El estudio denominado Martínez Cobo propugnó a su vez una revisión del Convenio N° 107 que después fuera reemplazado por el Convenio N° 109.

Asimismo, los derechos colectivos surgieron como una respuesta a una serie demandas sociales. Gamboa (2004) afirma: “Los derechos colectivos en el momento de su

génesis social, fueron y aún son un instrumento de legitimación de una creciente cantidad de reivindicaciones que plantean los grupos minoritarios en sociedades multiculturales” (p. 62).

Los derechos fundamentales surgieron como derechos individuales, posteriormente a estos se les agregó los llamados derechos sociales, sin embargo, estos últimos eran atribuibles al individuo.

Al respecto Fiorabanti, como se citó en Acevedo y Vega (2016) afirmó:

En medio de las revoluciones francesa y americana, se emitieron las primeras declaraciones de derechos, bajo la influencia de una ideología liberal burguesa, caracterizada por una perspectiva que privilegia al individuo (p. 7).

Sin embargo, con el advenimiento de la cuestión social se amplió la titularidad de estos derechos a grupos o colectivos principalmente vulnerables con la denominación de derechos colectivos.

Los derechos colectivos son también derechos humanos, en ese sentido existe entre ellos una relación de complementariedad, es decir, no son contrapuestos y tampoco los primeros disminuyen a los segundos, al poseer la misma naturaleza (Rojas, et al., 2011, p.13).

El filósofo Joseph Raz, define a los derechos colectivos como un agregado de intereses individuales de un colectivo humano y Kymlicka señala que los derechos colectivos son derechos diferenciados, generaliza la titularidad de los derechos colectivos, y encarga el ejercicio a los miembros del colectivo (Gamboa, 2004).

Grijalva (2020) señala: “Los derechos colectivos incluyen a los derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus titulares de estos están formados por individuos” (p. 1).

Es decir, que para que los derechos colectivos existan como tales, debe existir una colectividad, puesto que estos pertenecen al grupo, que a su vez está conformado por individuos, siendo que al proteger estos a la comunidad se está protegiendo también al individuo.

Los derechos colectivos surgieron como derechos de minorías (religiosas, nacionales, étnicas y lingüísticas) y fueron otorgados a las poblaciones indígenas como minorías étnicas, sin embargo, el experto Martínez Cobo posteriormente marcará una diferencia entre grupos minoritarios y poblaciones indígenas, estableciendo características propias para estas poblaciones<sup>6</sup> y señalando además que los indígenas en algunas partes del mundo son mayoría (Bengoa, 1999).

Urteaga, como se citó en Acevedo y Vega (2016) afirma:

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios gozan de las mismas características que los derechos fundamentales individuales, lo que no niega que como categoría tengan características propias y particulares ya sea desde el enfoque de la ciudadanía, del pluralismo legal y de las ciencias políticas y ambientales. (p. 25)

Entonces, los derechos colectivos de los pueblos indígenas son derechos fundamentales que revisten características propias, en ese sentido las características propias, que los distingue de los derechos fundamentales, es que son derechos de una colectividad de personas y se ejercen a través de sus representantes, sin embargo, esto no quiere decir que los integrantes de una comunidad no puedan ejercer sus derechos fundamentales individuales (Acevedo y Vega, 2016)<sup>7</sup>.

*Cuadro 1*  
*Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas - Base Normativa Internacional*

<b>PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS</b>	<b>CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS.</b>	<b>DECLARACIÓN ONU SOBRE DERECHOS INDÍGENAS</b>
--	--	---

<sup>6</sup> El experto señalaba como características especiales que estas poblaciones indígenas habían surgido como consecuencia de un proceso histórico producto de la colonización por una cultura transoceánica.

<sup>7</sup> Alrededor de los derechos colectivos surgen nuevos conceptos como es el caso de distinción de tierra como derecho individual de cualquier persona de contar con una propiedad donde pueda desarrollar su vida y reproducir sus medios de existencia y territorio que es el conjunto físico, simbólico en el que habita un pueblo, que determina su forma de vida (Bengoa, 1999).

<b>Derecho a la libre determinación (art. 1°)</b>	Arts. 5, 6(1)(c), 7, 27(3)	Arts. 3, 4, 5, 18, 19, 23, 32, 33, 34, 46(1)
<b>Derecho al disfrute de derechos (art.2(1))</b>	Art.3	Art.1
<b>No discriminación (arts.2(1), 3, 26)</b>	Arts. 3, 4, 20(1), 24, 26, 31	Arts.2, 8(1), 21(2), 44, 8(2)(e), 9, 14, 15, 16, 17, 21, 22, 24
<b>Participación e Información (Arts.1(2), 25)</b>	Arts 2(1), 5 (c), 6(b),(2)(3(4), 15(1)(2), 20(1), 22, 23(1), 25(2), 27(1), 33	Arts.5, 18, 23, 27, 19, 30, 32(2)
<b>Nacionalidad (Art.24(3))</b>	Art.3(1)	Art.6
<b>Vida, integridad, libertad y seguridad (arts.6, 7, 9, 10, 11, 12)</b>	3(1), 12	Art.7
<b>Prohibición de la coerción (art.8)</b>	Arts.3(2), 10, 11, 16(1), 18	Arts.8, 10, 15(1), 17, 28(1), 30(1)
<b>Pertenencia a una nacionalidad indígena (Art.27)</b>	Arts.1(1)(b), 1(2), 5(a)(b)	Arts.8(2)(a), 9, 33
<b>Derecho a la identidad cultural (Art.27)</b>	Art. 4°, Art. 5, Art. 6 y Art. 18.	Art. 9, Art. 11, Art. 12 Art. 13, Art. 5, Art. 20 y Art. 33.
<b>Libertad de expresión (arts.19 y 20)</b>	Arts.30, 31	Art.16
<b>Cultura y patrimonio cultural (arts.1(1), 18, 19, 27)</b>	Arts.2(b), 5, 7(1)(3), 13, 23, 27(1), 28, 30, 31, 32	Arts.3, 5, 8(1), 8(2)(a)(d), 11, 12, 13, 15, 31, 36
<b>Tierras, territorios y recursos naturales (arts.1(1)(2), 27)</b>	Arts.7(2), 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19	Arts.8(2)(b), 10, 12, 13, 20, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 36
<b>Derecho a la consulta previa (arts.1)</b>	Arts. 6.1 (a), Art. 6 (2) y 15 (2)	Arts. 17, 19, 36 y 38.



<b>Ambiente</b> (Arts.1(1)(2), 11, 12)	Arts. 4(1), 7(2)(3)(4), 13(2), 15, 16, 20(1)(3)(b), 23, 25, 32	Art.29
<b>Educación</b> (arts.18(4), 27)	Arts.7, 21, 22, 26, 27, 28, 29, 30, 31	Art.14
<b>Derechos sindicales</b> (Art.22)	Art.20(2)(d)(3)(4)	Art.17
<b>Desarrollo</b> (art.1(1)(2)), 27	Arts.2, 5, 7	Arts.20, 21, 23, 32, 36
<b>Salud</b> (Art.6(1))	Arts.7(2), 25	Art.24
<b>Acceso a la justicia</b> (arts.2(3), 6(4), 9(4), 13, 14, 15, 26)	Arts.8, 9, 10, 12	Arts.13(2), 34, 35, 40
<b>Derecho a la jurisdicción especial</b> (arts.2(3), 6(4), 9(4), 13, 14, 15, 26)	Art. 9	Art. 35
<b>Recurso efectivo</b> (Arts..2(3), 9(3)(4), 14(1))	Arts.8, 9(2), 12, 14(2)(3), 16(2)(4), 20(4)	Arts.12, 13, 15, 22, 26, 27, 31, 40
<b>Reparaciones</b> (arts.2(3), 9(5) 14(6))	Arts.12, 15(2), 16(4)(5)	Arts.8(2), 10, 11(2), 20(2), 28, 32(3), 40
<b>Acuerdos con Estados</b> (Art.5(2))	Art.35	Art.37

*Fuente: “La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Guía de Congruencia con Normas Internacionales del Sistema Universal y del Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos”. Alto Comisionado de la ONU para los DDHH, Oficina Regional para América Latina, 2009.*

### **3.3 Definición del derecho al territorio, derecho a la autodeterminación y del derecho a la información para efectos de la investigación**

#### **3.3.1 Derecho al territorio**

El derecho al territorio es un derecho colectivo de los pueblos indígenas, por medio del cual la propiedad de la tierra es colectiva, en el sentido que, su pertenencia no se centra en una persona sino en un conjunto de personas”. (Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 89).

La Corte IDH con respecto a la relación de la tierra y las comunidades afirma:

La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica, para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente (Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni c. Nicaragua, 2001, párr. 149).

Es decir, para los pueblos indígenas el territorio reviste una especial importancia que va más allá del ámbito geográfico y económico, debido a la conexión espiritual existente entre los pueblos y sus territorios.

El Tribunal Constitucional (2009, Exp. N° 00022-2009-PI), precisa que:” ...al vulnerarse el derecho al territorio, se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales” (fundamento 52).

El mismo Tribunal Constitucional en el Exp. 3303-2007, fundamento 32, señala: “los pueblos indígenas tienen derecho a la tierra y al territorio, con los cuales los pueblos indígenas u originarios guardan una especial conexión cultural y espiritual que sustenta su cosmovisión, y que excede y trasciende una mera comprensión patrimonial del derecho de propiedad”, por lo cual el Estado debe garantizar su protección.

Así en el Informe del Centro Peruano de Estudios Sociales (2008) se señala que:

El Estado peruano debe garantizar el derecho de propiedad de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas sobre la tierra. La propiedad comunal es una de las varias formas de ejercicio del derecho de propiedad que cuenta con la protección del Estado. (p.34)

Sin embargo, el respeto del derecho al territorio, es un desafío al que se han venido enfrentando los pueblos indígenas a lo largo de los años, debido a la falta de reconocimiento formal por parte del Estado y a través de expropiaciones, desalojos, proyectos de exploración y explotación, ocupación y apropiación por terceros, entre otros.

Es por eso que una forma de realizar una concretización de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas es a través de la delimitación de sus territorios. En el Exp. N.º 0022-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional (2009) señala que:” ...con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica...” (fundamento 44), debido a que las empresas al realizar la exploración y explotación, tendrían una real perspectiva de la realidad, eso no quiere decir que para que los pueblos indígenas puedan hacer valer su derecho de propiedad, este tenga que estar formalizado, puesto que esta formalización sería un mecanismo meramente declarativo.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007) señala “la jurisprudencia interamericana ha caracterizado la propiedad territorial indígena como una forma de propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos” (párr. 231). De esta forma los estados deben reconocer la propiedad a las comunidades indígenas sobre sus territorios, aunque no medie un título formal.

Al respecto la Corte IDH sobre el derecho de propiedad indígena en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay señala:

- 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;
- 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe.

Es decir que los pueblos indígenas no necesitan un título de dominio otorgado por el Estado para ser reconocidos propietarios de sus territorios, pues por el solo hecho de la posesión ya lo son, sin embargo, la formalización por parte del Estado significaría una mayor protección de su derecho al territorio.

Por tanto, el reconocimiento del derecho al territorio es especial para la supervivencia de las comunidades indígenas. “La garantía del derecho a la propiedad territorial es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas” (Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay).

### **3.3.2 Derecho a la libre autodeterminación**

El derecho de autodeterminación es el que tienen los pueblos indígenas de decidir sus prioridades de desarrollo y el destino de su vida política, económica, cultural y territorial.

La declaración de las Naciones Unidas señala en su art. 3° que en virtud de ese derecho los pueblos indígenas determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural; asimismo, en su artículo 20.1 se señala: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.”

Oliva y Blázquez, como se citó en Vargas y Ariza (2015) señalan:

El derecho de autodeterminación es el sustento jurídico de todos los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Esto, en razón a que, sin la posibilidad de escoger su propio devenir y el de su comunidad, no es posible ejercer los derechos que se tienen en conjunto (p.38).

Es decir que los pueblos indígenas para poder ejercer sus derechos colectivos deben tener la posibilidad de ejercer el derecho de autodeterminación, este derecho es de vital importancia en la medida que garantiza la supervivencia de los pueblos indígenas.

El Tribunal Constitucional, en el Exp. 03343-2007-PA/TC señala con respecto a la autodeterminación: “Es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros” (fundamento 32).

La Fundación para el Debido Proceso (2018) afirma que el derecho a la autodeterminación: “les permite a los pueblos indígenas perseguir su bienestar y futuro, de acuerdo con sus propias prácticas, modos de vida y costumbres” (p.13), de esta manera este derecho está relacionado con el hecho de que los pueblos indígenas puedan tomar decisiones que estén de acuerdo con su identidad cultural.

### **3.3.3 Derecho a la información**

El Convenio 169 de la OIT consagra el derecho de consulta y consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas en aquellas medidas que los afectan, así como el de participar en las políticas del Estado que les incumben. Entonces, si bien este instrumento no establece explícitamente el derecho a la información, este se convierte en un verdadero requisito para el ejercicio del derecho a la consulta y participación, puesto que para ello deben ser informados.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la información está individualizado expresamente en el artículo 15, que establece que los pueblos indígenas tienen derecho a que su diversidad se refleje en la información pública. Luego, el artículo 16 de la misma declaración va más allá, disponiendo que estos pueblos tienen derecho a establecer sus propios medios de información y a acceder a todos los demás medios no indígenas sin discriminación (CEPAL, 2007, p.25).

En el caso de los pueblos indígenas y afrodescendientes, el acceso a la información implica el conocimiento de sus condiciones de vida, la libre disposición de datos relevantes, confiables y oportunos como una herramienta técnica y política que les permita ser agentes de su desarrollo y participar de la adopción de decisiones estatales (CEPAL, 2007).

Barcos, Molina y Cruz (2021) definen al derecho de información y participación pública como aquel que busca disminuir la conflictividad debido a que permite que cualquier

persona o institución pública que se considere afectada, pueda manifestar sus opiniones las cuales se tomarán en cuenta, lo que favorece al proceso de evaluación generando transparencia y paz social.

Chandía (2021) señala que el derecho a la información tiene relevancia social, ya que por medio de este se tendrá el acceso a la información pública ambiental, saber quiénes pueden interponer una acción o conocer información que consideren fundamental, que tal vez se esté ocultando. Su importancia radica en el problema jurídico de determinar si se encuentra comprometido el interés público que no puede negar información de interés general.

El derecho a la información implica no solo la obligación estatal de respetarlo, permitiendo el acceso a la información, sean registros administrativos, bases de datos y otros, sino también la obligación positiva de generar información y difundirla (CEPAL, 2011).

De este punto se concluye que, los derechos colectivos son derechos humanos ejercidos por un grupo de personas, los pueblos indígenas. El reconocimiento internacional de los derechos colectivos de los pueblos indígenas fue una lucha de décadas que finalmente se concretó en diversos instrumentos internacionales. Asimismo, el derecho al territorio, el derecho a la libre autodeterminación y el derecho a la información, que son derechos colectivos son ejes centrales para el ejercicio de la consulta previa.

#### 4. DESARROLLO DE LA PROBLEMÁTICA

En este punto se analizará doctrinaria y jurisprudencialmente si el otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa genera afectación en los derechos colectivos de los pueblos indígenas, específicamente en el derecho al territorio, el derecho a la libre autodeterminación y en el derecho a la información.

##### 4.1 ¿Se Consultan las Concesiones Mineras?

El Artículo 9° de la Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785 señala que las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

Así mismo, el artículo 3° del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, D. Leg. 001-2012-MC dispone que las entidades promotoras, son aquellas entidades públicas responsables de dictar medidas legislativas o administrativas que serán objeto de consulta, estableciendo que se encuentran en tal definición, la Presidencia del Consejo de Ministros, los Ministerios y los Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes, de concluirse que existe una afectación directa a los derechos colectivos, se procederá a la consulta previa.

El Art. 26° del Reglamento señala que las entidades promotoras identificarán o modificarán en sus TUPA los procedimientos a los que se le aplique la consulta, de esta forma, los procedimientos que definen cómo realizar y que procedimientos son objeto de consulta se establecen en los reglamentos específicos de cada sector, de lo que se desprende que no existe una regulación única y global respecto a este tema en la Ley de Consulta Previa y su reglamento, sino la regulación es sectorial.

Así, en el subsector minero en el año 2011, se emitió el Decreto Supremo N° 023-2011-EM, que en primera instancia reglamentaba la consulta previa en este sector, este decreto supremo se emitió después de que el Tribunal Constitucional en el expediente N° 05427-2009-PC/TC, sobre acción de cumplimiento interpuesta por AIDSESEP en contra del Ministerio de Energía y Minas ordene emitir un reglamento que desarrolle el derecho a la

consulta de los pueblos indígenas, este reglamento fue derogado por la Ley de consulta previa N° 29785.

Ahora bien, mediante Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM, de reciente expedición (la misma que tuvo como antecedentes al Decreto Supremo N° 020-2012-EM, Decreto Supremo N° 038-2014-EM, Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM y la Resolución Ministerial N° 044-2016-MEM/DM) se precisan los casos de los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, así como su oportunidad, siendo el órgano a cargo de realizarla la Oficina General de Gestión Social del Ministerio de Energía y Minas.

De la Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM del 18.12.2019 se tiene lo siguiente:

*Tabla 2 Procedimientos Administrativos en el sub sector minero*

**Procedimientos Administrativo en el Subsector Minero**

<b>Denominación del Procedimiento administrativo según TUPA</b>	<b>Caso</b>	<b>Oportunidad</b>
1.Otorgamiento y modificación de <b>concesión de beneficio</b>	CASO A: Otorgamiento de concesión de beneficio.  CASO B: Modificación de Concesión de Beneficio. B.1. Para ampliación de Capacidad Instalada o Instalación y/o Construcción de componentes, que impliquen nuevas áreas (incluye depósitos de relaves y/o plataformas (PAD) de Lixiviación.	Puede ser iniciado deluego de la admisión a trámite del instrumento de gestión ambiental necesario hasta antes de la emisión de la autorización de construcción para el otorgamiento o modificación de la



		concesión de beneficio.
		Puede ser iniciado
	CASO A: Inicio de las actividades de <b>exploración</b> .	deluego de la admisión a trámite del instrumento de gestión ambiental necesario hasta antes de la emisión de la autorización para inicio/reinicio de las
2. Autorización para <b>inicio/reinicio de las actividades de exploración</b> , desarrollo, preparación, explotación (incluye plan de minado y botaderos) en concesiones mineras metálicas, no metálicas, y modificatorias	CASO B: Autorización de las actividades de <b>explotación</b> (incluye aprobación del plan de desarrollo, minado y botaderos).	de actividades de preparación, explotación (incluye plan de minado y botaderos) en concesiones mineras metálicas y no metálicas
		Puede ser iniciado
3. Otorgamiento y modificación de la concesión de <b>transporte minero</b> y de la concesión de <b>labor general</b>	Caso A.1: Otorgamiento de concesión de transporte minero  CASO A2: Modificación de la concesión de transporte minero A.2.1 Para la modificación con ampliación de área	deluego de la admisión a trámite del instrumento de gestión ambiental necesario hasta antes del otorgamiento o modificación de la concesión de transporte minero

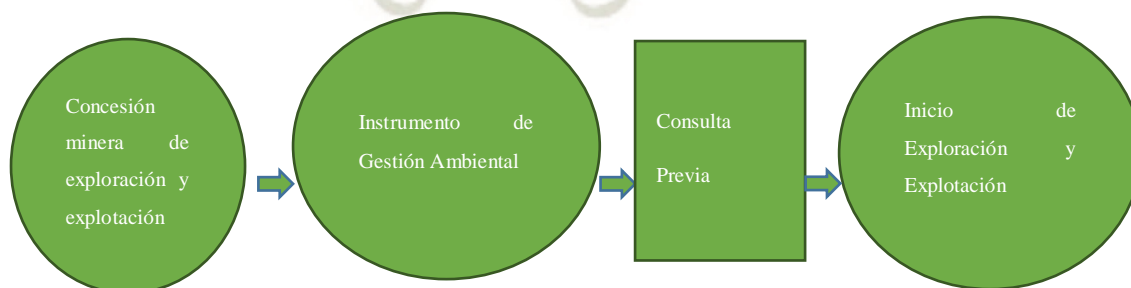
*Fuente: Elaboración propia.*

De la resolución citada, se consignan como los procedimientos administrativos en los que se debe realizar la consulta previa: concesión de labor general, concesión de beneficio y concesión de transporte, así mismo establece la oportunidad de su realización para estas tres clases de concesiones. Además, establece como un procedimiento a consultar la autorización del inicio o reinicio de las actividades de exploración y explotación, lo que es reafirmado por el Reglamento de la Ley de Consulta previa, D.S. N° 001-2012-MC (Artículo 6), que señala que la medida administrativa a que se refiere el artículo 4° de la Ley de Consulta Previa es aquella que faculta el inicio de las actividades de exploración o explotación.

De la resolución, también se desprende que para cada uno de estos procedimientos se requiere la aprobación del instrumento de gestión ambiental (EIA), como lo establece la Ley General de Minería Decreto Legislativo N° 109, sin embargo, como podemos ver entre los actos a consultar no se encuentran las concesiones mineras (que otorgan derechos de exploración y explotación).

De esta forma, la consulta previa en minería procede luego del otorgamiento de una concesión a un operador privado (persona natural o jurídica) y luego de la aprobación del estudio de impacto ambiental pero antes de suscribir un contrato para exploración o desarrollo del proyecto o de autorizar otras actividades que impactan a las comunidades (Ministerio de Cultura, 2014).

*Figura 1 Procedencia de la Consulta Previa en el Sector Minero*



*Fuente: Elaboración propia.*

Por tanto, según la legislación nacional, para el otorgamiento de concesiones mineras en territorios indígenas, no es necesario realizar consultas previas a las comunidades indígenas potencialmente afectadas.

#### **4.2 Análisis de las medidas que deben ser objeto de consulta previa**

El Convenio N° 169 de la OIT, Artículo 6° (1989) señala:“(..) al aplicar las disposiciones del presente 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...”, de lo que se puede desprender que debe realizarse la consulta previa a los pueblos indígenas ante toda medida administrativa o legislativa susceptible de afectarles directamente.

Es decir, el requisito esencial para que una medida administrativa sea objeto de consulta según el convenio es que afecte el ejercicio de los otros derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Ahora bien, según Landa (2016) “la afectación directa se conecta con un acto potencial que puede afectar de forma positiva o negativa la situación o cómo el pueblo ejerce actualmente un derecho colectivo” (p.52).

La afectación a los derechos colectivos puede ser positiva o negativa, es conveniente señalar que en ambos casos la medida legislativa o administrativa deberá ser objeto de un proceso de consulta previa. El Ministerio de Cultura (2014) afirma:

La afectación positiva de los derechos colectivos se da cuando sus efectos se orientan a mejorar la situación y condiciones de los pueblos indígenas, así como al desarrollo y al bienestar de estos pueblos y la afectación negativa se da cuando sus efectos pueden significar el menoscabo o una alteración directa sobre su vida, costumbres o integridad. (p. 16)

Por lo que, la afectación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas alude a la idea de posibilidad o probabilidad de producir cambios (modificación) en dos aspectos, primero en la situación jurídica de los derechos colectivos (es decir ampliación,

creación, eliminación de derechos) o segundo en el ejercicio de los derechos colectivos (como el pueblo ejerce un derecho colectivo).

Landa (2016) señala que el concepto de afectación directa es disímil al concepto de acto lesivo, que alude a la idea de lesión efectiva en el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.<sup>8</sup> Asimismo continúa dicho autor señalando que “una medida legislativa y administrativa que podría producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de pueblos indígenas se asemejaría, según el criterio de temporalidad, a un acto futuro o de amenaza cierta e inminente de afectación en los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios” (p.52).

En ese sentido, toda medida legislativa o administrativa que produzca la afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas debe ser objeto de consulta previa.

### **4.3 ¿El otorgamiento de concesiones mineras generan afectación en los derechos colectivos de los pueblos indígenas?**

En este punto analizaremos si la concesión minera como acto administrativo produce afectación de los derechos de los pueblos indígenas, en el caso específico del derecho al territorio, derecho a la libre autodeterminación y el derecho a la información.

#### **4.3.1 Implicancias del otorgamiento de concesiones mineras en el derecho al territorio de los pueblos indígenas**

Respecto a las implicancias de las concesiones mineras en el derecho al territorio de los pueblos indígenas, la Constitución Política en su art. 66 y la LGM en su artículo 10 señalan que la concesión otorga un derecho real habilitante a su titular, un derecho extractivo sobre los recursos naturales minerales, al ser un derecho real es del mismo orden que el derecho de propiedad que tienen los pueblos indígenas sobre sus territorios, este derecho extractivo otorgado es constitutivo y genera obligaciones y atribuciones al propietario del derecho, lo que significa una afectación jurídica concreta en el derecho al territorio de los

---

<sup>8</sup> Frente a la posibilidad de afectación de los derechos colectivos se instaura el mecanismo de la consulta previa, sin embargo, frente a la lesión efectiva del derecho colectivo, se instaura el proceso constitucional de amparo como mecanismo de defensa del derecho para reponer las cosas al estado anterior a la violación o lesión.

pueblos indígenas. Así lo señala el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 02603-2014-PA/TC PUNO:

La concesión minera es un acto constitutivo de derechos que efectivamente ejerce una injerencia en la situación jurídica de la comunidad campesina de San José de Llungo, ya que en el presente caso se están otorgando derechos sobre los territorios de tal comunidad. 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 la comunidad, 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 (fundamento 35).

Por otro lado, conforme lo señala la LGM, si bien la concesión no autoriza el inicio de las actividades de exploración y explotación, es decir no otorga licencias de operación, sin embargo, si otorga el derecho de explotar los recursos minerales que se encuentran en el territorio de las comunidades, estos derechos no se suspenden, sino que se mantienen vigentes hasta antes de la licencia de operación, lo que podría significar interrupciones del ejercicio pleno de los derechos de propiedad de los pueblos que ocupan esos territorios concesionados, pues se otorga un derecho real de explorar y explotar los minerales del territorio indígena para lo cual se debe acceder posteriormente al terreno superficial para ejecutar las labores necesarias y la concesión le otorga dichas facultades jurídicas.

Asimismo, la concesión genera la obligación de trabajarla como se señala en el Título Preliminar del TUO de la Ley de Minería que dice literalmente: “la concesión minera obliga a su trabajo”, lo que podría significar una afectación (acto potencial) del derecho al territorio de estas comunidades en forma inminente, pues para poder cumplir con las obligaciones de trabajar la concesión la empresa concesionaria debe acceder primero a los territorios donde se encuentran sus concesiones, generando la afectación del derecho al territorio.

De la misma forma, con el otorgamiento de una concesión en forma unilateral sobre el territorio de los indígenas para la explotación minera de recursos naturales, se produce una pérdida del valor del terreno, pues el hecho de estar concesionado significa una carga que disminuye su valor en caso que las comunidades pretendan enajenar dicho territorio (Ruiz, 2018).

Al respecto, el Instituto de Defensa Legal (2018) señala: “Los pueblos indígenas, en consecuencia, se ven obligados a soportar dicha carga en situación de permanente expectativa. Además, significa una situación de amenaza permanente sobre el terreno superficial donde se ubica el yacimiento”.

El Tribunal Constitucional en el Exp 3343-2007-PA, advierte que: “La consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar a la comunidad nativa o su hábitat natural... (fundamento 35).

En ese sentido, la Corte IDH, en el fundamento 50 de la sentencia del caso Saramaka vs Suriname ha sostenido, 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”.

El Convenio N° 169 de la OIT, señala en su artículo 15 lo siguiente:

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

Por lo que, es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de dichos recursos a través de las concesiones mineras. Así mismo, al ser el cateo y prospección actividades realizadas con anterioridad al otorgamiento de las concesiones mineras es de concluir que estas últimas también deben ser objeto de consulta previa.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010) afirma:

Al evaluar propuestas de planes o proyectos de inversión o desarrollo, o el otorgamiento de concesiones extractivas, los Estados deben tomar en cuenta como consideración primordial a las comunidades indígenas que habitan en los respectivos territorios, y sus formas tradicionales de tenencia de la tierra. (párrafo 220)

De lo anterior podemos concluir que, el otorgamiento de concesiones mineras en territorios de los pueblos indígenas sí podría generar afectaciones directas, que impactan específicamente sobre el derecho al territorio de los pueblos indígenas y por ese motivo deben ser objeto de consulta, antes de su otorgamiento, pues realizar la consulta en una etapa posterior generaría vulneración de dicho derecho y de la misma consulta previa.

#### **4.3.2 Implicancias del otorgamiento de concesiones mineras en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas**

Con relación a las implicancias del otorgamiento de concesiones mineras en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, la afectación se concreta en la pérdida de la libre elección de las prioridades para su desarrollo.

Las concesiones mineras reducen la capacidad de los pueblos a usar, disfrutar y disponer de sus territorios, es Ingemmet (institución que otorga las concesiones mineras) quien decide por ellos.

“Las concesiones mineras restan a la población indígena la capacidad de elegir medios diferentes a la minería para alcanzar el desarrollo” (Instituto de Defensa Legal, 2018), puesto que se estaría imponiendo esta actividad a las comunidades, sin poder manifestar su opinión y sin poder participar al respecto.

Del mismo modo se produciría dicha afectación si las comunidades quisieran desarrollar la minería en sus territorios, pues dicha posibilidad no podría concretarse si esos territorios estuvieran concesionados. Si bien las comunidades tienen pleno derecho sobre su territorio (derecho de propiedad), no obstante, deben negociar o esperar la decisión del Estado cuando sus territorios estén concesionados.

El titular del predio tiene un derecho pleno sobre el bien. No obstante, en el caso que su predio forme parte de la extensión donde se ha otorgado una concesión minera, el propietario deberá enfrentar a la disyuntiva entre negociar (de manera adecuada y eficiente) con el titular de la concesión, o esperar la decisión que el Estado pudiera adoptar con respecto a su bien (servidumbre legal o expropiación). (Camprubi y Castillo, 2018)

Según el Tribunal Constitucional, como se citó en Ministerio de Cultura (2016) el reconocimiento del derecho de libre autodeterminación implicará en su contenido el reconocimiento a su existencia legal, personería jurídica, autonomía económica y administrativa, y la libre disposición de sus tierras (art. 89 de la Constitución) y que se les reconozca y proteja valores y prácticas culturales y que toda medida que pueda afectarles sea debidamente consultada (artículos 5° y 6°, respectivamente, del Convenio 169 de la OIT). De esta forma con el otorgamiento de concesiones mineras se estaría afectando la autonomía organizativa, económica y administrativa, el uso y libre disposición de sus tierras, y los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propias de la comunidad.

Al respecto, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Artículo 32) consigna: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos”.

El décimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima señala en el Expediente N° 14037-2013-0-1810-JR-CI-10 que, el Convenio N° 169 al reconocer el derecho a la consulta previa de los programas de prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de las comunidades, legitima el derecho para determinar sus propias prioridades respecto a su proceso de desarrollo, en la medida que afecte sus vidas y a las tierras que ocupan o utilizan, y de controlar, en la medida posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Finalmente, Anaya (2013) afirma: “(...) al otorgar las licencias o permisos, los Estados deben dar prioridad a las iniciativas de extracción de recursos de los pueblos indígenas en sus territorios sobre cualquier otra iniciativa de empresas terceras relativa a las



mismas tierras” (párrafo 5), lo señalado por el profesor Anaya está regulado en nuestro país en la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley N° 26821 que señala en su Artículo 18° que, “las comunidades campesinas y nativas tienen preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras, debidamente tituladas, salvo expresa reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros”.

De lo anterior se concluye que, el Estado deberá consultar las concesiones mineras, de no hacerlo se estaría vulnerando el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas.

#### **4.3.3 Implicancias del otorgamiento de concesiones mineras en el derecho a la información de los pueblos indígenas**

El procedimiento de otorgamiento de concesiones mineras como se señaló anteriormente está regulado en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería Decreto Supremo N° 014-92-EM y está constituido por las siguientes etapas: Petitorio, Publicaciones, Título de la Concesión, Publicación del título e Inscripción, es decir, en este procedimiento no existe la notificación del trámite de otorgamiento de las concesiones mineras a las comunidades cuyos territorios pudieran superponerse a las mismas, solo se da la publicación en diarios para que puedan oponerse, sin embargo las comunidades indígenas en la mayoría de los casos no tienen acceso a los diarios en su localidad por la lejanía y poca accesibilidad a sus territorios, por lo que se suelen enterar cuando la decisión ya está tomada y, por lo tanto, los derechos mineros otorgados.

Leyva (2015) señala que la mayoría de los países de América Latina tienen políticas y normatividad de transparencia y acceso a la información, sin embargo, en el tema de concesiones mineras, la información está orientada principalmente a la empresa minera o el solicitante particular.

Por lo que se estaría vulnerando el derecho a la información de las comunidades y el derecho a ser notificadas adecuadamente y en su idioma sobre concesiones mineras que se vayan a otorgar en sus territorios, “las comunidades se enteran del hecho cuando observan a terceros accediendo a sus tierras y cuando ya se ha otorgado la concesión minera en sus

territorios, no haciendo posible el ejercicio del derecho a la consulta previa y participación, pues para ello deberían ser informados” (Ruiz, 2018).

La Declaración de Río sobre medio ambiente (1992), especialmente el Principio 19 señala que los Estados deberán brindar información adecuada y notificar de modo antelado y oportunamente a los pueblos que pudieran resultar afectados por actividades de considerables consecuencias ambientales adversas y que se deberán celebrar consultas en una fecha temprana y de buena fe.

Jácome (2014) enfoca este derecho como una condición para que se respeten otros, como la participación de las comunidades en la formulación, ejecución evaluación y control de las políticas y servicios públicos. En este orden, es un derecho que garantiza el derecho de participación.

Barcos, Molina y Cruz (2021) definen el derecho de información y participación pública como aquel que busca disminuir la conflictividad debido a que permite que cualquier persona o institución pública que se considere afectada, pueda manifestar sus opiniones las cuales se tomarán en cuenta, lo que favorece al proceso de evaluación generando transparencia.

Chandia (2021) señala que el derecho de información tiene relevancia social, ya que por medio de este se tendrá el acceso a la información pública, saber quiénes pueden interponer una acción o conocer información que consideren fundamental, que tal vez se esté ocultando. Otra exigencia es que la información se brinde en lenguaje accesible, traducida a las lenguas indígenas que se hable en esas zonas. De esta manera, el derecho de información está sometido a condiciones, pues no basta informar.

También se relaciona con la necesidad del tiempo suficiente para la recopilación de información y para el ejercicio del pleno debate. Debe incluir la propuesta de beneficios, esto es, el pago de indemnización justa no es solo compra de tierras, sino implementar el derecho a participación de los beneficios que provienen de la riqueza de su territorio.

Al respecto, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas señala:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. (Artículo 19)

Es decir, conforme a la Declaración la finalidad de la consulta previa es obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de adoptar y aplicar la medida administrativa.

Por tanto, el estado deberá consultar las concesiones mineras, de no hacerlo se estaría vulnerando el derecho a la información de los pueblos indígenas.

#### **4.4 El otorgamiento de concesiones mineras debe ser objeto de consulta previa**

Al haberse determinado que el otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa genera afectación en el derecho al territorio, a la libre autodeterminación y en el derecho a la información, que son derechos colectivos de los pueblos indígenas entonces dichas concesiones deben ser objeto de consulta previa.

En ese sentido se ha pronunciado el Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos (2018) que señala: “(...) deben celebrarse consultas antes de adoptar cualquier decisión que pudiera afectar a los derechos de los pueblos indígenas y que la adjudicación de concesiones para posibles actividades mineras en las tierras indígenas era sin duda una cuestión que debía consultarse” (párrafo 304), continúa afirmando que “debía consultarse a los pueblos indígenas antes de la adopción de decisiones relativas a la prospección y la puesta en marcha o el cierre de proyectos” (párrafo 304).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010) afirma:

La consulta previa debe realizarse desde que se realiza la evaluación del otorgamiento de la concesión en los proyectos y concesiones de explotación o extracción de los recursos naturales en territorios indígenas. Es deber del Estados garantizar la participación efectiva del pueblo indígena afectado en el proceso de evaluación del otorgamiento de concesiones. (párrafo 304)

Debido a que el otorgamiento de concesiones es un acto administrativo que no contempla en su procedimiento la consulta previa a los pueblos indígenas estos no tienen participación efectiva en la evaluación antes de su otorgamiento por lo que se estaría vulnerando sus derechos colectivos.

Anaya (2013) señala con respecto a la consulta previa de las concesiones mineras “no hay duda de que, habida cuenta del carácter invasivo de la extracción de los recursos naturales a escala industrial, el disfrute de esos derechos se ve invariablemente afectado de una u otra forma cuando las actividades extractivas tienen lugar dentro de los territorios indígenas” (párrafo 28).

Reafirmando de esta forma que el otorgamiento de las concesiones mineras genera indudablemente afectación de los derechos de los pueblos indígenas, debido al carácter invasivo de las actividades extractivas, por lo que es necesario la consulta previa de este acto administrativo.

En ese sentido debe regularse en nuestra legislación la consulta previa concesiones mineras.

#### **4.5 Análisis Jurisprudencial Internacional y Nacional que determina que las Concesiones Mineras deben ser objeto de Consulta Previa**

##### **4.5.1 Casos a Nivel Internacional**

A nivel internacional la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en dos casos en específico el primero el caso de Saramaka Vs. Suriname y en segundo lugar el caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. En la jurisprudencia presentada a continuación se realiza un análisis que contiene los siguientes datos:

- Datos del Estado demandado
- Datos del demandante
- Hechos
- Análisis de fondo
- Fallo y
- Conclusiones del caso relativas al tema de estudio.

## a) El Caso de Saramaka Vs. Suriname

**Estado Demandado:** Surinam

**Demandante:** La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la denuncia que fue remitida a la Secretaría de la Comisión por la Asociación de Autoridades Saramaka y doce capitanes Saramaka.

### **Hechos:**

El pueblo Saramaka, habita el territorio de Surinam desde principios del siglo XVIII, esta comunidad vive de la pesca, la caza y el trabajo con la madera y tiene una identidad conformada por su estructura familiar y la relación que el pueblo tiene con la tierra que es tanto económica, espiritual y cultural.

En el año 1990, el Estado otorgó concesiones a terceros para actividades madereras y de minería en la zona del Río Suriname y el territorio del Pueblo Saramaka. Asimismo, las concesiones otorgadas dañaron el medio ambiente, por lo que el pueblo de Saramaka presentó ante la Corte una demanda en contra del Estado de Surinam.

### **Análisis de fondo:**

La Corte IDH en su análisis de fondo señaló:

El pueblo Saramaka tiene derecho al uso de sus territorios y los recursos naturales que se encuentran en los mismos y que son necesarios para su supervivencia. Asimismo, el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales del pueblo Saramaka y a sus recursos naturales.

El Artículo 21° de la Convención Americana de Derechos Humanos no prohíbe la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas, sin embargo, si es voluntad del Estado restringir, legítimamente, los derechos de propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka, deben cumplirse tres condiciones: i) consultar con los pueblos afectados respecto de los proyectos de desarrollo<sup>9</sup> que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, ii) compartir los beneficios razonables con ellas, y iii) realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social.

A fin de garantizar que las restricciones impuestas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro del territorio indígena no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo a través de la consulta, dado que toda actividad minera afectará inevitablemente los recursos naturales necesarios para la subsistencia de dicho pueblo.

El Estado no cumplió con las garantías mínimas cuando emitió concesiones mineras de oro de pequeña escala dentro del territorio Saramaka, es decir, se emitieron sin realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social y sin consultar con el pueblo Saramaka, en base al principio de interculturalidad.

#### **Fallo:**

El Estado violó, en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka, el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al otorgar las concesiones mineras en territorio indígena sin consultar a los pueblos.

#### **Conclusiones del Caso:**

---

<sup>9</sup> Al utilizar el término (plan de desarrollo o inversión) la Corte supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.

La Corte en su sentencia estableció que existe una relación entre la tierra y la supervivencia de una tribu o comunidad indígena cuando la tierra es utilizada con fines económicos, culturales, sociales y religiosos, esta relación es también espiritual.

Si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros de un pueblo, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social, antes de realizar dicha restricción a través del otorgamiento de concesiones.

En conclusión, la Corte afirma que los proyectos extractivos de recursos naturales llevados a cabo en territorios indígenas deben ser consultados debido a que dichos proyectos son susceptibles de afectar los territorios y recursos de los que dependen la existencia de los pueblos indígenas.

#### **b) Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador**

**Estado Demandado:** Ecuador

**Demandante:** Miembros del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku

#### **Hechos:**

Los hechos suceden en la provincia de Pastaza, hábitat del pueblo Kichwa de Sarayaku, que se dedica a la agricultura, la caza, pesca y recolección.

En el año 1996 la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. suscribieron un contrato de participación para la exploración de un área de 200.000 Ha en que se hallaban recursos de hidrocarburos y petróleo crudo, dicho territorio era habitado por asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku, cabe resaltar que dicha decisión no fue consultada.

La empresa petrolera CGC intentó gestionar la entrada al territorio del Pueblo Sarayaku y conseguir el consentimiento de dicho pueblo para la exploración petrolera, sin embargo, Sarayaku envió una comunicación al Ministerio de Energía y Minas donde dio a conocer su oposición a la entrada de dicha empresa en su territorio ancestral.

### **Análisis de fondo:**

El artículo 21 (derecho a la propiedad privada) de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas tienen con sus tierras que han usado tradicionalmente, así como con los recursos naturales de sus territorios ancestrales.

Esta conexión con el territorio y los recursos naturales que han sido necesarios y son necesarios para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social y económica, costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean realmente respetadas por los Estados.

En el caso que, los Estados impongan limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales deben respetar ciertos requisitos mínimos. Conforme al Art. 21 de la Convención, el Estado podrá restringir la propiedad siempre que se cumplan las siguientes condiciones: Restricciones establecidas por ley, necesarias, proporcionales, con objetivos legítimos y no implique la denegación de la subsistencia del pueblo.

Para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales de los pueblos indígenas el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice el ejercicio del derecho a la consulta, en particular, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) que se realice un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios económicos que produzca la explotación de los recursos naturales, según lo que la propia comunidad determine



respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus usos y costumbres.

El estado debe garantizar el derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas en todas las fases de la planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar su territorio y otros derechos esenciales para su supervivencia.

La Corte señala que la obligación de la consulta además de constituir una norma convencional es también un principio del Derecho internacional.

En el presente caso, la explotación petrolera implicaba un trabajo sísmico, lo cual iba afectar significativamente el territorio (bosque, agua, plantas, etc) del pueblo Kichwa.

La corte ha constatado que no se efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantice la consulta previa, el pueblo Kichwa no fue consultado antes de que se realizaran actividades propias de exploración petrolera, se sembraran explosivos o se afectaran sitios de especial valor cultural.

La Corte considera también que la falta de consulta al Pueblo Kichwa afectó su identidad cultural, por cuanto, la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo una efectiva preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.

Los estados no solo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención sino también deberán evitar promulgar leyes que impidan su ejercicio.

**Fallo:**

En consecuencia, la Corte consideró que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural,

en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1<sup>10</sup> y 2<sup>11</sup> de la misma.

El Estado es responsable por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal.

### **Conclusiones del Caso:**

La Corte concluye que, al existir una conexión intrínseca entre los pueblos indígenas, su territorio y recursos naturales, se hace necesario la protección del derecho a la propiedad para garantizar la supervivencia de los mismos. Cuando se impone restricciones al derecho de propiedad se deben seguir pautas que son las siguientes: un proceso adecuado y participativo, realización de un estudio de impacto ambiental y compartir razonablemente los beneficios de la explotación de los recursos naturales. Así mismo, realizar un proceso adecuado y participativo con los pueblos indígenas implica llevar a cabo la consulta previa en forma oportuna y de buena fe. El juez también concluye que se debe realizar un estudio de impacto ambiental antes del otorgamiento de las concesiones mineras.

#### **4.5.2 Casos a Nivel Nacional**

En la jurisprudencia nacional la mayor cantidad de casos sobre la consulta previa de las concesiones mineras se han presentado en Puno, también presentaremos un caso de los pueblos Awajún y Wampis del Cenepa y dos casos que se presentaron ante el Tribunal Constitucional, para lo cual realizaremos un análisis de las sentencias de los siguientes aspectos:

- Número de Expediente.
- Materia.
- Parte demandante.

---

<sup>10</sup> Obligación de respetar los derechos de la Convención.

<sup>11</sup> Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

- Parte demandada.
- Fundamentos de la demanda.
- Petitorio.
- Fundamentos de la contestación.
- Análisis de fondo.
- Sentencia.
- Conclusiones del caso.

Se realiza un análisis de las ideas desarrolladas en el caso, resaltando los puntos resolutivos que dieron paso a la sentencia y que sirven de sustento para las conclusiones del trabajo de investigación.

**a) El Caso de la Comunidad de Jatucachi**

<b>Expediente N° 01832-2015- 0-2101-JM-CI-03</b>	
<b>Materia</b>	Acción de Amparo
<b>Demandante</b>	Comunidad Campesina de Jatucachi
<b>Demandados</b>	-MEM -INGERMET
<b>Fundamentos de la demanda</b>	- Jatucachi es una comunidad ubicada en el distrito de Pichacani, provincia y departamento de Puno, cuenta con personería jurídica.  -En el año 2015, se otorgaron trece (13) concesiones en el territorio de la Comunidad, ante este hecho se presentó una demanda de acción de amparo ante el Tercer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno en el que se demandó al MEM e INGEMMET, peticionado al Juzgado que declare la nulidad de las trece (13) concesiones mineras, al haber sido emitidas sin consulta previa, es decir, violando lo preceptuado en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT que reconoce el derecho de consulta previa y la obligación

	<p>del Estado peruano de garantizarlo cada vez que prevea medidas administrativas, como las concesiones mineras, que pudieran afectar a los pueblos indígenas.</p> <p>-La comunidad señala que no se ha realizado el proceso de consulta previa y no se les notificó sobre el proceso de otorgamiento de concesiones porque viven alejados y no tienen medios económicos para comprar periódicos.</p> <p>-Las concesiones mineras representarían una grave afectación a la supervivencia de la comunidad.</p> <p>-Los informes técnicos finales emitidos por el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero concluyeron que no existía zona agrícola, sin embargo, si existía dicha zona omitiéndose en estas conclusiones el verdadero y real estado del territorio comunal.</p> <p>- Ampara su demanda en los siguientes artículos: 7° inciso 1), 5°, 13° y 14° del convenio N° 169 de la OIT, artículo 2 inciso 19), 88° y 89° de Constitución Política del Perú.</p>				
<b>Petitorio</b>	<table border="1"> <tr> <td data-bbox="466 1232 667 1400">Primera Pretensión Principal</td> <td data-bbox="667 1232 1391 1400">Nulidad de las concesiones que se encuentran dentro del territorio comunal por omisión de la consulta previa.</td> </tr> <tr> <td data-bbox="466 1400 667 1624">Acumulación objetiva, originaria y accesoria</td> <td data-bbox="667 1400 1391 1624">Ordenar al Viceministro de interculturalidad a que realice la consulta previa.</td> </tr> </table>	Primera Pretensión Principal	Nulidad de las concesiones que se encuentran dentro del territorio comunal por omisión de la consulta previa.	Acumulación objetiva, originaria y accesoria	Ordenar al Viceministro de interculturalidad a que realice la consulta previa.
Primera Pretensión Principal	Nulidad de las concesiones que se encuentran dentro del territorio comunal por omisión de la consulta previa.				
Acumulación objetiva, originaria y accesoria	Ordenar al Viceministro de interculturalidad a que realice la consulta previa.				
<b>Fundamentos de la Contestación</b>	<p>-Los recursos naturales son patrimonio de la nación.</p> <p>-La concesión no otorga derecho de propiedad.</p> <p>-El Artículo 4 de la Ley de Consulta Previa (28785) dice que debe realizarse con anterioridad al inicio de actividades mineras, sin embargo en este caso no se ha indicado que se haya iniciado actividades.</p>				

**Análisis de fondo**

- La comunidad acredita la titularidad de las tierras (memoria descriptiva de la ficha N° 2494).
- Las concesiones mineras de áreas que se encuentran dentro del territorio de la comunidad campesina demandante fueron otorgadas por el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico en el periodo entre el 18.02.2009 al 29.05.2015.
- El Convenio N° 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad con la consiguiente posibilidad no sólo de resistir infracciones provenientes de fuentes infra constitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar nuestro ordenamiento jurídico (fuerza activa). El Convenio N° 169, se encuentra en vigencia desde 1995, y en su artículo 6, regula la consulta previa.
- Se debe tener presente lo señalado en el Art. IV del TUO de la Ley de Minería "...la concesión minera obliga a su trabajo" en concordancia con el Art. 38 que señala: "...la producción deberá obtenerse no más tarde del vencimiento del décimo año, computado a partir del año siguiente en que se hubiera otorgado el título de concesión. La producción deberá acreditarse con liquidación de venta", por lo que, conforme a lo señalado se observa que una vez otorgada la concesión minera es el mismo estado a través de esta normatividad quien procura que las concesiones mineras sean productivas, otorgando inclusive un plazo para dicha producción, por lo que se concluye que, el otorgamiento de una concesión minera tiene como consecuencia de plazo mediato la actividad extractiva. En efecto esta actividad afectara tarde o temprano las actividades agropecuarias de la comunidad si existe yacimiento mineral.

	<p>-La sola concesión minera limita objetivamente el derecho de propiedad y el derecho a la posesión sobre los territorios de una comunidad campesina específica, pues constituye una carga y un gravamen, que puede afectar el precio y las actividades que en él se pueda desarrollar. Efectivamente la concesión de convertirse en proyecto minero limitará cualquier proyecto incompatible con la explotación minera, como por ejemplo la actividad agrícola o ganadera, o un proyecto turístico.</p> <p>- La concesión minera constituye el inicio para luego seguir con la exploración y explotación, se hace imprescindible que el estado a través de sus órganos competentes realice la consulta previa y está en base al principio de oportunidad debe realizarse antes de adoptar medidas administrativas -como la concesión minera-, esta medida administrativa implica el- inicio de una posible afectación; situación también que puede ayudar a evitar posibles conflictos sociales.</p> <p>- Si bien se observa el Decreto Supremo No 028-2008-EM, y el Decreto supremo N° 012-2008-EM, los cuales admiten la consulta previa a partir de la exploración y explotación estos son incompatibles con el Convenio N° 169 de la OIT, y con el derecho a la consulta.</p>
<p><b>Sentencia de Primera Instancia</b></p>	<p>-Fundado el proceso de amparo por vulneración al contenido esencial del derecho a la consulta previa, contenido que estaría representado en el presente caso por el acceso a la consulta, es decir, el derecho colectivo de los pueblos a ser consultados ante medidas estatales que afecten sus derechos.</p> <p>-Se ordene se realice la consulta previa en los procedimientos administrativos declarados nulos.</p>

	Fundadas las pretensiones principales y por tanto las accesorias.
<b>Sentencia de Vista</b>	Al no haberse integrado al proceso y emplazado con la demanda a los beneficiarios de las concesiones mineras cuya declaración de nulidad pretenden los demandantes, se ha incurrido en afectación al debido proceso y la tutela procesal efectiva, correspondiendo declarar la nulidad de la sentencia apelada hasta el estado de incorporar al proceso como terceros las empresas concesionarias, emplazándoles con la demanda y cumplido el juez de la causa debe emitir nueva sentencia.

**Conclusiones del Caso:**

Las concesiones mineras tienen como consecuencia mediata las actividades de exploración y explotación, dichas actividades violarían el derecho a la propiedad de las comunidades, por lo que al haberse otorgado estas omitiendo realizar la consulta previa devendrían en nulas, en ese sentido la restricción de los derechos colectivos de los pueblos indígenas con el otorgamiento de las concesiones mineras obliga a la realización de la consulta previa.

Por lo que en base al principio de oportunidad la consulta previa debe realizarse antes de adoptar medidas administrativas, como la concesión minera, debido a que esta medida administrativa implica el inicio de una posible afectación; situación también que puede ayudar a evitar posibles conflictos sociales.

**b) El Caso de las Comunidades de Atuncolla**

<b>Expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03</b>	
<b>Materia</b>	Acción de Amparo
<b>Demandante</b>	<p>Comunidad Campesina de Palcamayo. Comunidad Trinidad de Moyogachi. Comunidad de Colca Comunidad de Ticani Pampa, Comunidad de San José de Principio Comunidad Virgen Soledad de Cochela, Comunidad San Jerónimo de Ullagachi, Comunidad de Micaela Bastidas de Yamojo, Comunidad de San Antonio de Umayo, Comunidad de Jipa Grande y Chico,</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: fit-content; margin-left: auto; margin-right: auto;"> <p>Comunida des distrito de Atuncolla</p> </div>
<b>Demandados</b>	<p>-Ministerio de Energía y Minas. -Instituto Geológico Minero Metalúrgico</p>
<b>Fundamentos de la demanda</b>	<p>-Atuncolla, es un distrito privilegiado con historia ancestral y cultural, posee una amplitud de tierras agrícolas, además de ser una zona turística y de otras actividades sostenibles. -En este distrito se encuentran las siguientes comunidades: Comunidad de Palcamayo, Comunidad Trinidad de Moyogachi, Comunidad de Colca, Comunidad de Ticani Pampa, Comunidad de San José de Principio, Comunidad Virgen Soledad de Cochela, Comunidad San Jerónimo de Ullagachi, Comunidad de Micaela Bastidas de Yamojo, Comunidad de San Antonio de Umayo y la Comunidad de Jipa Grande y Chico. -Sin embargo, el cien por ciento del territorio de las comunidades ha sido concesionado, por lo que dichas comunidades interpusieron una acción de amparo en contra</p>



	<p>del MINEN e INGERMET, argumentando que dichas concesiones significan la contaminación en el distrito de Atuncolla y en especial del Lago Umayo, fuente de sustento y vida para sus pueblos y comunidades campesinas, afectando a los restos y sitios arqueológicos como las chullpas, los cerros sagrados que existen en el distrito de Atuncolla.</p> <p>-Que dichos títulos de concesión no fueron notificados a las comunidades demandantes, publicándose en los diarios de la región, pero nunca llegaron a las comunidades, impidiendo el acceso y conocimiento de estas concesiones que además no respetan el derecho al idioma, por lo que no fueron notificadas.</p> <p>-Las concesiones mineras ponen en peligro, un conjunto de derechos y la subsistencia de las comunidades campesinas; su cultura, sus costumbres, sus valores, por lo que se ha lesionado la consulta previa.</p>
<p><b>Petitorio</b></p>	<p>-Declarar fundada la demanda y ordenar que se realice proceso de consulta previa en las comunidades afectadas.</p> <p>-Ordenar a todas las autoridades del Ministerio de Energía y Minas y de Ingemmet, ordenen, suspender las actividades de exploración y explotación;</p> <p>-Ordenar al Ministro de Energía y Minas y a Ingemmet, que realice la consulta previa y que obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas.</p> <p>-Ordenar al Ministro de Energía y Minas y al Ingemmet, se fije de qué forma las comunidades campesinas se van a beneficiar de la actividad minera.</p> <p>-Asegurar y garantizar el derecho de las comunidades campesinas a disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de una manera natural y armónica.</p>
	<p><b>Ingemmet señala:</b></p>

<p><b>Fundamentos de la contestación</b></p>	<p>-No incurrió en acto alguno que implique la violación de los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT, no encontrándose sujeto el título de concesión minera al procedimiento de consulta previa; y, asimismo, el acto administrativo de otorgamiento de título de concesión minera, no autoriza el inicio de actividades de exploración o explotación minera.</p> <p><b>Ministerio de Energía y Minas</b></p> <p>-Los demandantes no han señalado si la Empresa Minera, ha iniciado actividades de exploración de manera cierta, ni mucho menos si se halla aprobado algún estudio de impacto ambiental a favor de la Empresa Minera; por lo tanto, no acreditarían lesión a su derecho a la consulta previa.</p> <p><b>BHP Billinton World Exploration Inc. Sucursal-Perú</b></p> <p>-La empresa demandada sólo ostenta la titularidad de las concesiones mineras cuestionadas, no ha continuado con las etapas correspondientes al proceso necesario para la obtención de autorización para la realización de actividades mineras (exploración y extracción), debido a que no es exigible.</p>
<p><b>Análisis de fondo</b></p>	<p>- Que, la consulta previa tiene como objetivo “determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida”, (Artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT).</p> <p>- Es obligación del estado realizar la consulta a los pueblos indígenas, cuando se vean afectados sus derechos colectivos, situación que también se observa en el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 6, además dicho convenio, toma como criterio, que la medida administrativa a consultar sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.</p> <p>-El otorgamiento de una concesión minera no implica el inicio de las actividades de exploración y explotación; ya que, para ello, es necesario realizar previamente un estudio ambiental (Artículo 26° del Reglamento Ambiental para las Actividades</p>

	<p>de Exploración Minera); así como también contar con la autorización de uso del terreno superficial; para lo cual deberá existir un acuerdo previo con el propietario o la existencia de un procedimiento de servidumbre; dispuesto en el Artículo 29° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional y otras medidas complementarias en minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM; y Artículo 1 de la Ley N° 26570; en conclusión el acto administrativo de concesión minera, no implica el inicio de actividades de exploración y explotación, necesitándose tramites que darán lugar a permisos para el inicio de dichas actividades.</p> <p>- Lo dispuesto por el artículo 6° inciso 1) del Convenio N° 169; se realizara cuando existan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente; es decir, la afectación se produciría al realizarse las actividades de exploración y explotación; situación que no se encuentra evidenciada en el presente proceso.</p>
<p><b>Sentencia de Primera Instancia</b></p>	<p>No se acredita la lesión del derecho a la consulta previa, ni mucho menos que al haberse concesionado las áreas de la comunidad campesina pueda poner en peligro sus costumbres, cultura o la subsistencia de la demandante como comunidad campesina; por lo tanto no se ha vulnerado lo dispuesto por el Convenio N° 169; siendo así la demanda debe ser declarada infundada.</p>
<p><b>Sentencia de Vista</b></p>	<p>Reformando la sentencia. Declararon Fundada la acción de amparo promovida por las Comunidades demandantes, por vulneración al contenido esencial del derecho a la consulta previa y, en consecuencia. Dispusieron que los demandados Ministerio de Energía y Minas e INGEMMET, no vuelvan a incurrir en la inobservancia del Convenio número 169 OIT, de la Ley que desarrolla y del reglamento de ésta última, esto es, otorgar títulos de concesión minera, sin que previamente haya realizado la consulta previa.</p>

**Fundamentos:**

-Los Decretos Supremos números 028-2008-EM y 012-2008-MEM, puestos en cuestión y calificados por el propio Tribunal Constitucional de “inidóneos” en el logro de la consulta previa, a través del fundamento jurídico número sesenta y dos de la sentencia del expediente número 05427-2009-PC/TC, diríamos en estricto ilegales por ser contrarios al vigente artículo 4 inciso a) de la ley número 29785 e incompatibles con el derecho de consulta previa prevista por los artículos 6 numeral 6.1 literal a) y 15 del Convenio número 169 de la OIT.

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

**Conclusiones del Caso:**

La consulta previa es obligatoria para el Estado peruano y como su nombre indica debe realizarse antes de la concesión minera, es decir antes de la aprobación de la medida administrativa que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación. Asimismo, la concesión como medida administrativa daría lugar a un futuro inicio de las actividades de exploración o explotación, pues el solo otorgamiento de la concesión minera otorga los derechos de explorar y explotar los recursos naturales que se encuentran debajo del territorio de las comunidades. Todo acto administrativo como la concesión minera que se haya otorgado sin consulta previa es incompatible con los artículos 6 numeral 6.1 literal a) y 15 del Convenio número 169 de la OIT.

c) **Caso de los pueblos Awajun y Wampis del Cenepa**

<b>Expediente N° 14037-2013-0-1810-JR-CI-10</b>	
<b>Materia</b>	Acción de Amparo
<b>Demandante</b>	Kayap Jempekit Zebelio
<b>Demandados</b>	-Instituto Geológico Minero Metalúrgico– Ingemmet - Ministerio De Energía Y Minas – Minem.
<b>Fundamentos del demanda</b>	<p>- Los Awajún y Wampis del Cenepa han desarrollado su vida colectiva como pueblos, sobre un territorio ancestral que abarca la Cordillera del Cóndor y sus áreas aledañas, zona que es extremadamente biodiversa y ecológicamente vulnerable.</p> <p>- Estos pueblos decidieron colaborar con el INRENA (hoy SERNANP) en el establecimiento de la Zona Reservada Santiago Comaina apoyando el Proyecto “Paz y Conservación Binacional en la Cordillera del Cóndor, Ecuador-Perú” que se establecería en todo su territorio.</p> <p>- Sin embargo, producto de opiniones desfavorables del Ministro de Energía y Minas, Defensa y Relaciones Exteriores, y sin estar obligado a ello, el propio INRENA presentó una segunda propuesta que violó el acuerdo alcanzado con las comunidades consultadas, y redujo el área del Parque Nacional; sin argumento previo o nuevo, que justificase la modificación de su primera propuesta, dejando una extensa área del territorio Awajún y Wampís sin protección jurídica y sobre la cual se aprobaron numerosas concesiones mineras sin consulta previa a estos pueblos, haciendo caso omiso a la norma imperativa; a pesar de afectarse directamente sus derechos colectivos y personales.</p>

	<p>- El INGEMMET registra por lo menos 111 concesiones y petitorios mineros en dicho territorio.</p>
<p><b>Fundamentos de la Contestación</b></p>	<p><b>MINEM:</b></p> <p>-El MINEM no es el encargado para otorgar concesiones mineras.</p> <p>-Para que los concesionarios mineros efectúen actividad minera, luego de tramitar el EIA y DIA deberán contar con el permiso de los superficiarios para lograr obtener el permiso de iniciar operaciones.</p> <p><b>INGEMMET:</b></p> <p>-El INGEMMET no ha incurrido en la violación de los derechos reconocidos por el Convenio N° 169, ya que el acto administrativo de otorgamiento de concesión minera no autoriza el inicio de actividades de exploración y explotación minera, quedando el titular sujeto a la obtención de la certificación ambiental.</p> <p><b>ENRIQUE EDMUNDO SANCHEZ MC CLINTON</b></p> <p>-En la fecha de presentación de la demanda ya no era titular de ninguna concesión.</p> <p>-Las concesiones de las que habría sido titular han sido transferidas o han sido declaradas nulas.</p>
<p><b>Petitorio</b></p>	<p>-Se declare la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de diferentes concesiones mineras en territorio indígena Awajún y de las resoluciones aprobatorias del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) de algunas de dichas concesiones mineras, por haberse omitido la debida consulta y participación de las comunidades indígenas afectadas, esto es, vulnerándose su derecho fundamental a la consulta previa, y afectando sus derechos de propiedad comunal sobre sus territorios y recursos naturales, a su libre determinación, a su identidad cultural y religiosa, la salud y a vivir en un ambiente sano e equilibrado.</p>

<p><b>Análisis de fondo</b></p>	<p>-Haciendo una interpretación sistemática de la Ley N° 29785 y su reglamento, a la luz de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, podemos concluir que: “la consulta previa debe ser realizada efectivamente de manera previa sobre las medidas legislativas o administrativas que se quieran aprobar, así como también respecto de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional <u>que sean susceptibles de afectar directamente los derechos colectivos de pueblos indígenas</u>, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección (que se realiza incluso antes del título de concesión minera) o explotación de los recursos existentes en sus tierras, quedando en evidencia el momento que debe realizarse dicha consulta”.</p> <p>-Verificándose del Reglamento vigente, en cuanto a medidas administrativas, solo se manifiesta sobre normas reglamentarias de alcance general y del acto administrativo que faculta el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin.</p> <p>-No obstante, una medida administrativa no solo debe limitarse a lo señalado en el inciso i) artículo 3 de dicho Reglamento, sino debe ser entendido en el contexto de <u>afectación directa</u> definido en el inciso b) del artículo 3 del mismo reglamento, por cuanto dichas definiciones se complementan, además que la Ley y el Convenio refieren no solo medidas legislativas y administrativas, sino también planes, programas entre otros, siendo el aspecto relevante que <u>éstos sean susceptibles de afectar directamente los derechos colectivos de pueblos indígenas</u>.</p> <p>-La consulta previa debe ser realizada si la medida administrativa contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como también en el</p>

	<p>caso de las medidas legislativas, programas, planes, entre otros que señala la Ley y Convenio.</p> <p>-Por lo tanto, corresponde determinar si los actos administrativos materia de controversia se enmarcan dentro de estos supuestos, por lo cual correspondía que antes de su expedición se realice la consulta previa.</p> <p>-Al respecto, otorgar un título de concesión minera significa otorgar a su titular el derecho a la exploración y explotación que potencialmente puede ser susceptibles de impactar positiva o negativamente, dado que otorgado el derecho solo es necesario algunos requisitos para ejercerlo afectando de esta forma el derecho al territorio<sup>12</sup>(debido a que en las zonas concesionadas se realizan actividades para su subsistencia como son caza agricultura, pesca, cultos, ect), su derecho al uso de recursos naturales que se encuentren en su territorio<sup>13</sup>y su derecho a la libre determinación de los pueblos.</p> <p>-Más aun cuando los pueblos indígenas se encuentran directamente vinculados con los elementos de la naturaleza que son esenciales para su subsistencia, existencia, historia, cultura, creencias.</p> <p>-Así mismo, el convenio N° 169 de la OIT señala que la consulta previa debe realizarse antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección, siendo que la prospección se encuentra antes del otorgamiento de la concesión minera, entonces la consulta previa debe realizarse antes del otorgamiento de la concesión minera, por lo que el otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa infringe el Convenio N° 169 de la OIT, el cual es un requisito de procedibilidad esencial para la validez de toda medida administrativa.</p>
--	---

<sup>12</sup> El derecho al territorio implica la conservación y protección de sus tierras y territorios con los que guardan estrecha relación de índole espiritual, cultural y económica.

<sup>13</sup> Este derecho comprende el uso, administración y conservación de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y tradicionalmente utilizan para su subsistencia.



	<p>-La consulta de las concesiones mineras también evitaría conflictos sociales, que resultarían más gravosos para el Estado y la sociedad.</p> <p>-La omisión estatal respecto a la consulta previa acarrea la nulidad de los actos administrativos expedidos (concesiones mineras).</p>
<p><b>Sentencia de Primera Instancia</b></p>	<p><b>1. Declarar FUNDADA</b> la demanda de amparo por vulneración del derecho a la consulta previa (consulta previa y consentimiento) de los pueblos indígenas representados por el demandante, en razón a que las entidades estatales demandadas omitieron realizar oportunamente el procedimiento de consulta previa, y por la amenaza que significa para sus derechos constitucionales a la libre determinación, al territorio, identidad cultural y religiosa, salud, y a vivir en un ambiente sano y equilibrado, invocados en su demanda; en consecuencia:</p> <p><b>2. ORDENAR</b></p> <p>-La <b>NULIDAD</b> de las Resoluciones Administrativas de Otorgamiento de Títulos de Concesiones Mineras (listado a fojas 197 a 203 de la demanda y parte de dichas resoluciones a fojas 102-141, 144-155 y 161-192 de autos), si a la fecha éstas se encuentran vigentes.</p> <p>-La <b>NULIDAD</b> de la Resolución Directoral N°402-2009-MEM/AAM de fecha 09 de diciembre del 2009, la Resolución Directoral N°119-2011-MEM-AAM de fecha 15 de abril del 2011, si a la fecha se encuentran vigentes.</p> <p>-<b>EXHORTAR</b> al Ministerio de Energía y Minas y el Instituto Geológico Minero Metalúrgico, que previamente al otorgamiento de un título de concesión minera u otra medida administrativa, legislativa que se quiera otorgar, aprobar o emitir, así como también, respecto de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional en el área de influencia del territorio de los pueblos indígenas que resultaron afectados en éste proceso, CUMPLA con realizar la consulta</p>

	previa, cuando sean susceptibles de afectar directamente al o los pueblos indígenas.
--	--

**Conclusiones del caso:**

Partiendo de un análisis de lo que significa para los pueblos Awajun y Wampis el territorio donde habitan y desarrollan sus actividades, el Juzgado llegó a la conclusión que el otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa significaría afectarlos en su subsistencia y existencia, es decir en sus derechos colectivos.

Aunque la concesión minera no autoriza el inicio de actividades mineras si significa una potencial amenaza sobre los derechos de los pueblos indígenas.

**d) Caso de la Comunidad Arboleda****Antecedentes:**

- La comunidad Arboleda se encuentra ubicada en el distrito Tiquillaca, provincia y departamento de Puno. Durante el 2011, INGERMMET otorgó concesiones mineras ubicadas dentro del territorio de la comunidad sin realizar la consulta previa, por lo que la comunidad interpone demanda de amparo contra el MEM e INGERMMET alegando que se habría vulnerado el derecho a la consulta previa y el derecho a la identidad cultural. Asimismo, la comunidad señala que, las concesiones inconsultas constituyen una amenaza cierta e inminente del derecho al medio ambiente y al acceso de recurso natural del agua.
- En primera instancia, el Tercer Juzgado Civil de Puno, declaró improcedente la demanda de amparo, afirmando que no se establece de manera clara cuáles son las concesiones mineras en las que se omitió realizar la consulta previa, en qué fecha se inició y el estado actual del trámite. No pudiéndose advertir, por lo tanto, cuál es la medida administrativa que afectaría de forma directa a la comunidad campesina. Así mismo, que la demanda es extemporánea debido a que la medida administrativa ya habría sido adoptada, generando derechos para sus titulares, quienes de buena fe habrían obtenido tal derecho, habiéndose tornado la situación en irreparable.
- El Juzgado de Segunda Instancia confirma la resolución apelada por los mismos fundamentos, especificando que “se presume que para otorgar las concesiones mineras se han tenido que cumplir las normas vigentes para el efecto”.
- Mediante el recurso de agravio constitucional el caso llega al Tribunal Constitucional, Exp. N.º 01129-2012-PA/TC, quien tras siete años resuelve.
- El ministerio de Cultura, Oficio 590-2017-SG/MC de fecha 31.08.2017 respecto al presente caso señala: “En dicho escenario, debe tenerse presente que, en el Perú, la concesión minera es un título que otorga un derecho de carácter expectatio al titular de la misma y no habilita el inicio de actividades de exploración y explotación. (p.3)

**Fallo:**

- Declarar NULO todo lo actuado a partir de fojas 97 y dispone que se ADMITA a trámite la demanda interpuesta, correr el respectivo traslado a las entidades emplazadas, a las personas jurídicas titulares de las concesiones mineras impugnadas vigentes y a quienes tengan legítimo interés en el resultado del proceso.

- María Elena Ledesma Narváez, en su voto singular señala las interrogantes que en su opinión se debería tener presente para resolver el caso:
  - a) ¿Qué factores deben ser tomados en cuenta por parte de las entidades estatales a fin de establecer si a los pueblos les corresponde la protección que dispensa el Convenio 169 de la OIT?
  - b) ¿Si las comunidades campesinas también son titulares de los derechos y beneficios del Convenio 169?
  - c) ¿Si el Estado debe garantizar la realización de un proceso de consulta por el otorgamiento de concesiones en el territorio de la Comunidad Campesina de Arboleda, conforme al referido Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú desde el 2 de febrero de 1995?
  - d) ¿Cuáles son los efectos que produce el sólo otorgamiento de la concesión minera respecto de los derechos de la comunidad, si interviene o no en el territorio, entre otras formas de intervención? Para lo cual deberá verificarse:
    - Si el otorgamiento de la concesión no produce ningún efecto sobre los derechos de la comunidad -en cuyo caso no se requeriría consulta previa.
    - Si la concesión minera otorga a su titular el derecho a la "exploración" y "explotación" de los recursos minerales concedidos -en cuyo caso si se requeriría consulta previa.

### **Conclusión del Caso:**

El Tribunal Constitucional, ha evitado pronunciarse sobre el fondo del proceso, por lo que en este caso ha dejado una sensación de falta de protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sin embargo, cabe destacar el voto singular de María Elena Ledesma Narváez que señala ciertas interrogantes que debieron responderse para el pronunciamiento de fondo.

**e) Caso San José de Llugo****Antecedentes:**

- Con fecha 21 de Junio de 2012, don Justo Rufino Quispe Quispe y otros, en representación de la comunidad campesina de San José de Llugo, interponen demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas (MEM) y el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (Ingemmet) por la vulneración del derecho a la consulta previa y otros derechos, contenidos en el Convenio 169 de la OIT; y solicitan básicamente lo siguiente:
  - a) Nulidad de la concesión minera otorgada a favor de BHP Billinton World Exploration Inc., sucursal Perú, sobre el territorio de la comunidad campesina de San José de Llugo; y, subsecuentemente, se ordene la suspensión de las actividades de exploración y explotación de minerales que se estén realizando o se vayan a realizar sobre el referido territorio;
  - b) b) que se disponga la realización de una consulta previa y se obtenga 'el consentimiento de los comuneros de la comunidad campesina de San Jose de Llugo;
  - c) Se disponga que, al momento de realizar la consulta previa y en caso de tener el consentimiento de los comuneros de la citada comunidad, se fijen cuáles serán los beneficios que obtendrá la comunidad campesina de la actividad minera sobre sus territorios;
- En la contestación de la demanda INGEMMET refiere que el título de concesión minera no está sujeto al procedimiento de consulta previa debido a que no autoriza el inicio de actividades de exploración o explotación, pues se requiere previamente que la concesionaria cumpla con algunas licencias y autorizaciones; entre ellas, la aprobación del Instituto Nacional de Cultura (INC), la certificación ambiental, el permiso para el uso de tierras mediante acuerdo previo con el propietario del terreno superficial, todas ellas expedidas y otorgadas por otras entidades públicas. Por otro lado, aduce que no tiene competencia para suspender las actividades de exploración y explotación que se estén desarrollando en dicho territorio, dado que ni siquiera autoriza su inicio por no ser de su competencia.
- Con fecha 16 de abril de 2013, la Procuraduría Pública a cargo de la Defensa Jurídica del Ministerio de Energía y Minas contesta la demanda; sin embargo, mediante

Resolución 10, de fecha 24 de abril de 2013, el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Puno resolvió rechazarlo.

- En la sentencia de primera instancia el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Puno declaró infundada la demanda por estimar que los demandantes son responsables de acreditar la veracidad de sus argumentos; y que no existe evidencia de vulneración de los derechos invocados, ya que no se ha precisado cuáles son las concesiones mineras en las que se ha omitido realizar la consulta previa, en qué fecha se iniciaron, cuál es el estado de su trámite, o cuándo y mediante qué acto han sido tituladas.
- En la segunda instancia la Sala revisora confirmó la resolución apelada, por estimar que la consulta previa es obligatoria, pero su realización es posterior al otorgamiento del título de concesión, de conformidad con el artículo 23 del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado mediante Decreto Supremo 018-92-EM; ello en la medida en que el título de concesión no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración y explotación, pues previamente el concesionario debe conseguir las autorizaciones pertinentes.

#### **Fallo:**

- Al no haberse cancelado el derecho de vigencia de las concesiones, estas habrían caducado, por lo que la demanda deviene en improcedente por sustracción de la materia. Suscriben el fallo los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Espinoza Saldaña, sin embargo, este último sustenta la improcedencia de su voto en otras razones, mientras que Ledesma y Miranda son de la idea de declarar fundada la demanda.

#### **Consideraciones del Voto del magistrado Sardón de Taboada:**

- El derecho de consulta previa, deriva directamente del Convenio 169, empero, este Convenio fue ratificado por el Perú el 26 de noviembre de 1993, cuando aún no estaba vigente la actual Constitución que entró en vigor el 31.12.1993.
- Para que el Convenio 169 de la OIT hubiese agregado un derecho fundamental a la Constitución, su aprobación tendría que haberse hecho conforme al procedimiento previsto para la reforma constitucional, no puede aceptarse la incorporación de derechos fundamentales a la Constitución de otra manera.

- Los tratados sobre derechos humanos tienen solo rango legal. Lo anterior se desprende de una lectura conjunta del artículo 200, inciso 4<sup>14</sup>; los artículos 56 y 57<sup>15</sup>; y, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución<sup>16</sup>.
- El artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional señala que no procede el amparo cuando lo invocado no se vincula al contenido protegido de un derecho constitucional. Por tanto, la demanda es improcedente, ya que el derecho a la consulta previa no tiene el rango normativo requerido.

### **Voto Singular de Ledesma Narváez y Miranda Canales**

- Si bien se ha producido la sustracción de la materia, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, debe emitirse pronunciamiento de fondo debido a que podría presumir que, a futuro, las concesiones sean nuevamente entregadas a empresas privadas sin la participación de los pueblos involucrados.
- Los magistrados realizan un análisis de fondo de la causa y votan de la siguiente forma:

FUNDADA la demanda de amparo por haberse acreditado lesión al derecho a la consulta previa; y, se DISPONGA que, en aplicación de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, las demandadas tienen la obligación, a futuro, de evitar incurrir en una violación del derecho a la consulta análoga a la examinada en esta sentencia. Sustentan su fallo en los siguientes argumentos:



<sup>14</sup> El inciso 4, del art. 200 señala que la acción de Inconstitucionalidad, procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

<sup>15</sup> Artículo 56.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado (...)

Artículo 57.- (...) Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

<sup>16</sup> Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

- De conformidad con el artículo 55 de la Constitución Política, los "tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional.
- El otorgamiento de las concesiones mineras como títulos habilitantes no incluye la participación de los representantes de los pueblos indígenas.
- 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. 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 con la entrega del título de concesión, aún no exista una "afectación directa" a los pueblos indígenas.
- La concesión minera es un acto constitutivo de derechos que efectivamente ejerce una injerencia en la situación jurídica de la comunidad campesina, ya que en el presente caso se están otorgando derechos sobre los territorios de tal comunidad.
- Al otorgar una determinada situación jurídica de poder (concesión minera) se otorga al concesionario la posibilidad de realizar determinados actos, teniendo la comunidad que soportar la actuación de quien goza del derecho de concesión.
- 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.
- Dilatar la oportunidad de la consulta a las siguientes fases es, en la práctica, suprimir 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.



- 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.
- 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.

### **Conclusiones del Caso:**

- Consideramos que el TC en este caso nuevamente ha perdido la oportunidad de sentar un precedente sobre el fondo de la causa, debido a que actualmente en nuestro país los conflictos sociales alrededor del tema del otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa son patentes.
- Sin embargo, en su voto singular los magistrados María Elena Ledesma Narváez y Miranda Canales han señalado que deben consultarse las concesiones mineras sustentando dicha decisión básicamente en lo siguiente: i) los tratados de derechos humanos forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y son de directa aplicación (Art. 55 y Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución de la Constitución), es decir el Convenio N° 169 de la OIT es de directa aplicación sobre las normas sectoriales que existen en nuestro país, por lo que al estar regulada en dicho tratado la consulta previa de las concesiones mineras otorgadas en territorios de pueblos indígenas estas deben consultarse y ii) la consulta previa es obligatoria ante toda medida administrativa que afecte los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la concesión minera otorgada en territorio de pueblos indígenas no solo afecta el derecho al territorio (acto potencial) de estos pueblos, sino también produce una afectación jurídica concreta en los derechos de los pueblos indígenas por lo que las concesiones mineras otorgadas en territorios de pueblos indígenas deben ser objeto de consulta previa.

Del presente punto se concluye que, el otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa genera afectación en el derecho al territorio, a la libre autodeterminación y en el derecho a la información de los pueblos indígenas por lo que, dichas concesiones

mineras otorgadas en territorios de los pueblos indígenas deben ser objeto de consulta previa, así también se ha determinado del análisis del Convenio N° 169 de la OIT y de las sentencias de la Corte Interamericana en el caso Saramaka vs Surinam y en el caso Ecuador vs el Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku. En ese mismo sentido se han pronunciado el Grupo de Trabajo del CDH, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el ex relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas James Anaya.

Asimismo, se concluye que, de los pronunciamientos jurisdiccionales analizados sobre el otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa en territorios de pueblos indígenas, han resuelto en su mayoría a favor de que se consulten las concesiones mineras, debido a que se vulneran los derechos colectivos de los pueblos indígenas, afectación como acto potencial (esto debido al carácter invasivo de la extracción de minerales) y afectación jurídica concreta en el caso del derecho de propiedad.

## CAPÍTULO II METODOLOGÍA

### 1. DISEÑO METODOLÓGICO

De acuerdo con un reciente trabajo de Cobos y González (2020), esta investigación es de tipo básico, pues emplea la codificación de las nociones jurídicas (normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina); conjuntamente, se utiliza una propuesta metodológica teórica que conecta el derecho con la experiencia socio-jurídica de expertos, especialmente, su percepción referente a si las concesiones mineras sin consulta previa generan afectaciones negativas en los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Sobre el diseño, acorde con Hernández et al. (2014), es fenomenológico hermenéutico, debido a que

[...] se concentra en la interpretación de la experiencia humana y los “textos” de la vida, no sigue reglas específicas, aunque considera que es producto de la interacción dinámica entre las siguientes actividades de indagación: a) definir un fenómeno o problema de investigación (una preocupación constante para el investigador), b) estudiarlo y reflexionar sobre este, c) descubrir categorías y temas esenciales del fenómeno (lo que constituye la naturaleza de la experiencia), d) describirlo y e) interpretarlo (mediando diferentes significados aportados por los participantes). (p. 494)

Las investigaciones que se basan en el diseño cualitativo buscan que se concluya “por qué” existe una teoría en particular junto con “qué” tienen que decir los entrevistados al respecto.

### 2. DISEÑO MUESTRAL

Se toma el conjunto de expertos en Derecho Constitucional en relación con consulta previa y concesiones mineras del Ministerio de Energía y Minas-Perú.

Está representada por expertos en este aspecto con más de 15 años de práctica profesional y con maestría en Derecho Constitucional.

La muestra seleccionada obedece a los siguientes requisitos: tres expertos en Derecho Constitucional, que hayan trabajado en el Ministerio de Energía y Minas, con más de 15 años de práctica profesional y con maestría en Derecho Constitucional, esto debido a que el objetivo no es generalizar sino profundizar en la investigación, esto conforme al enfoque cualitativo.

Se utilizó el muestro no probabilístico, por conveniencia. Al respecto Hernández et al. (2014) señala:

Las muestras no probabilísticas dirigidas, suponen un proceso de selección dirigido por las características de la investigación, más que por un criterio estadístico de generalización, las pruebas estadísticas en muestras no probabilísticas tienen un valor limitado a la muestra en sí, mas no a la población. En las muestras de este tipo, la elección de los casos depende de la decisión de un investigador, es decir no todos los casos tienen la misma posibilidad de ser elegidos (p.190).

En ese sentido en un muestreo no probabilístico la muestra no representa a la población, por lo que los datos obtenidos no pueden generalizarse a la misma.

### **3. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

Se empleó la técnica de entrevista semiestructurada. Acerca de la técnica de la entrevista, las preguntas semiestructuradas le proporcionan al encuestado la oportunidad de declarar utilizando sus propias palabras.

Las preguntas semiestructuradas son modelo de indagación que admite obtener detalles más profundos en las respuestas de los entrevistados, captando información óptima sobre el entramado extraído. Esto significa que el manejo de preguntas-respuesta abierta en cuestionarios presume mayor vigor en la transcripción (comparado con los cuestionarios de respuestas cerradas). No obstante, debe considerarse un grado de subjetividad que debe ser correctamente manejado. Respectivamente, como instrumento se aplicará un cuestionario para expertos. (Hernández et al., 2014, p. 403).

#### 4. TÉCNICAS ESTADÍSTICAS PARA EL PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

Se utilizó la entrevista, específicamente, la aplicación de un cuestionario de entrevista, con preguntas semiestructuradas.

En lo referente a la preparación, se determinaron los objetivos de la entrevista en función de la problemática que actualmente plantean las variables del estudio. Para este fin, se valoró la literatura actual para fijar las cuestiones.

Se identificó a los entrevistados, con el conocimiento previo de que la selección obedecía a su condición de expertos en Derecho Constitucional.

Se prepara la comunicación, mediante formalismos: presentarse profesionalmente, indicar el objetivo y motivo de la entrevista, establecer las condiciones de confiabilidad y difusión de la información, puntualizar la duración, localizar y preparar el lugar donde va a realizarse la entrevista y preparar el material de recogida de datos digitalmente.

En cuanto al inicio de la entrevista: se comenzó la entrevista mostrando una explicación clara del propósito seguido. El desarrollo de la entrevista inicia con la distribución y esclarecimiento conciso del cuestionario. Al mismo tiempo, se determinó la duración (30 minutos) de la entrevista, de tal forma que marcó el tiempo de desarrollo.

Antes de acabar se comprueba que no existe ningún foco sin investigar y que los entrevistados no desean añadir algo más. El reporte de las entrevistas consiste en transcribir un informe donde fluyan las evaluaciones, conclusiones y resultados finales de la entrevista.

Se aplica el programa Atlas.ti 9 para análisis cualitativo. En este orden, el análisis cualitativo es iterativo y recurrente, y se efectuará con la ayuda del programa computacional Atlas.ti (Muhr, 1991).

Se trata de un programa de la Universidad Técnica de Berlín, fundado en la desintegración de datos en unidades de significado; codificación de datos en cada plano. Relaciona conceptos, categorías y cuestiones sobre construcción de una teoría. El

investigador concentra datos y documentos primarios (textos, fotografías, segmentos de audio o video, diagramas, mapas y matrices); luego, el programa los agrupa acorde al esquema planeado.

Las pautas para la codificación las dispone el investigador. En el monitor surge un combinado de datos o un documento (en el caso de esta investigación son tres entrevistas), de tal modo que la sistematización va brotando en el estudio. Además, puede ejecutar conteos y darle forma gráfica a la correlación que el investigador construya entre las categorías, dimensiones e indicadores. Finalmente, el investigador tiene la posibilidad de insertar memos y adicionarlos al examen; entretanto, otorga enfoques o vistas de los análisis, sea mediante diagramas diversos, datos desglosados, entre otros mecanismos). (Hernández et al., 2014, p. 451).

## 5. ASPECTOS ÉTICOS

Esta investigación siguió las exigencias académicas y científicas de la Universidad Católica de Santa María respecto del enfoque cualitativo. Igualmente, se aplicó las normas APA (American Psychological Association). Finalmente, se han considerado los protocolos y reglas sobre derecho a la propiedad intelectual para la presentación de citas y referencias bibliográficas de sus pertinentes autores.

## CAPÍTULO III

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### 1. RESULTADOS

En el trabajo de investigación desarrollado nos propusimos como objetivo general de trabajo “Determinar si las concesiones mineras sin consulta previa generan afectaciones negativas en los derechos colectivos de los pueblos indígenas”.

A continuación, se plantean los resultados obtenidos por la investigación. Para este propósito se sigue el orden de cada uno de los objetivos específicos. Debe anotarse que los resultados son consecuencia de los hallazgos realizados a través de una entrevista abierta semiestructurada basada en un cuestionario a expertos en Derecho constitucional.

La síntesis de lo sostenido por los tres expertos plantea los siguientes hallazgos:

**Acerca de determinar si el derecho al territorio de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras. (objetivo específico 1).**

Los estándares internacionales establecen que las medidas administrativas que afectan directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas deben ser objeto de consulta previa.

Las concesiones mineras son un mecanismo de aprovechamiento de recursos naturales de los cuales el Estado es propietario, el otorgamiento de concesiones en territorios de comunidades vulnera el derecho de propiedad, esto debido a que la propiedad sobre los recursos naturales es una ficción legal, lo que hace imposible que un particular pueda realizar la exploración y explotación sin afectar la superficie del territorio que pertenece a las comunidades.

Por tanto, la consulta previa debe aplicarse en la etapa de la concesión minera de no hacerlo se vulnera el derecho de ejercer de manera plena el derecho de propiedad comunal.

El TUO de la ley de minería, señala que la concesión minera constituye un derecho real con todos sus atributos y oponible a terceros, al expedirse un derecho real debajo de la superficie territorial de los pueblos indígenas se afecta jurídicamente el derecho al territorio que es un derecho colectivo reconocido internacionalmente.

En ese sentido, nuestra legislación debe regular la consulta previa de las concesiones mineras y de esta forma ajustarse a los estándares internacionales a fin de no violentar jurídicamente el derecho al territorio.

La propiedad según el art. 923 del Código Civil es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, sin embargo este derecho no puede ejercerse en forma plena cuando se otorgan concesiones mineras en los territorios de los pueblos indígenas, esto porque desde su otorgamiento se limita el derecho colectivo al territorio y a la propiedad comunal, que se materializa en la imposibilidad de uso y disfrute del territorio concesionado, asimismo el atributo de la disposición también se ve limitada ya que una concesión disminuye el valor de la propiedad y hasta en casos extremos imposibilita la venta.

El estado al otorgar la concesión (medida administrativa) otorga un derecho que tiene naturaleza de derecho real lo que significa una vulneración del derecho al territorio.

Por tanto, la falta de regulación de la consulta previa sobre las concesiones mineras violenta el derecho al territorio de los pueblos indígenas.

**Acerca de determinar si el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras. (objetivo específico 2).**

El otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa va a afectar el derecho a la autodeterminación, esto debido a que para la explotación de las concesiones mineras se va acceder por la superficie territorial sin el consentimiento de las comunidades, la expedición de este acto administrativo sin su participación va a afectar el uso de la parte del territorio concesionado, sus decisiones de desarrollo y sus relaciones culturales en el caso que la concesión estuviere en una zona de culto.



El desfase en la falta de regulación de la consulta previa de las concesiones mineras no está de acuerdo a lo establecido en el convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las NN.UU., lo que violenta el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, haciendo de la consulta previa un mero trámite.

El derecho a la libre autodeterminación reconocido en Convenio N° 169 y en la Declaración de las NN. UU es negado por los gobiernos latinoamericanos y por sectores que no tienen interés de respetar criterios de las comunidades para ejecutar o no los planes, programas o proyectos; significa entonces que el derecho a la libre autodeterminación no se reconoce en la práctica; de este modo, se otorgan las concesiones mineras sin consultas previas lo que hacen del derecho de consulta previa un trámite formal, violentando de esta forma el derecho a la libre autodeterminación.

En suma, resulta jurídicamente inconcebible que la figura de la consulta previa sobre las concesiones mineras no esté contemplada en nuestra legislación, pues violenta el derecho colectivo de la autodeterminación de los pueblos indígenas.

No obstante, el reconocimiento de la Constitución de la autonomía económica y administrativa de las comunidades campesinas y nativas, dentro de lo que la ley establece, reconociendo la imprescriptibilidad de la propiedad de sus tierras, planteando que el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas, la Ley de consulta previa y su reglamento no regula la consulta previa de las concesiones mineras generándose una limitación a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Por tanto, la derivación jurídica es que la inexistencia de la regulación de la consulta previa de las concesiones mineras implica un grave atraso en nuestro sistema legal, máxime cuando se debería, conforme a estándares universales, exigir que las concesiones mineras se puedan someter a consulta previa.

**Acerca de determinar si el derecho a la información de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras. (objetivo específico 3).**

En derecho internacional se habla sobre la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas. No solo es consulta previa. La consulta previa, libre e informada debe ser realizada, supervisada y garantizada exclusivamente por el Estado.

Este deber implica que el Estado admita y ofrezca información. Esto conlleva una comunicación entendible, accesible, pública y en base a la interculturalidad para que la comunidad pueda brindar una apropiada contestación al Estado (no es solo información por información, pues si no hay acceso a la información de nada sirve).

Por tanto, la falta de regulación de la consulta previa sobre las concesiones mineras violenta el derecho de información de los pueblos indígenas establecido como estándar universalmente reconocido por el Derecho.

En el artículo 2 inciso 4 de la Constitución reconoce el derecho a las libertades de información. En el artículo 5 se reconoce el derecho a solicitar sin expresión de causa la información que se requiera y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal. Sin embargo, al no consultar el otorgamiento de las concesiones mineras se violenta el derecho a la información debido a que los pueblos indígenas no son informados de los proyectos que se van a llevar a cabo en su territorio.

Nuestra regulación sufre de una desactualización respecto a la consulta previa y el derecho a la información.

En ese sentido, la consulta previa de las concesiones mineras no está definida por nuestra legislación, Ley de Consulta Previa y su reglamento. Esto da pie para que se violente el derecho de información de los pueblos indígenas.

Se debe considerar la Declaración de Río sobre medio ambiente (1992), especialmente el Principio 19 que señala que los Estados deberán brindar información adecuada y notificar de modo antelado y oportunamente a los pueblos que pudieran resultar afectados por actividades de considerables consecuencias ambientales adversas y que se deberán celebrar consultas en una fecha temprana y de buena fe.

En la práctica, las concesiones mineras no son sometidos a consulta previa y esto violenta el derecho de información establecido como estándar universalmente reconocido por el Derecho.

**Acerca de determinar si las concesiones mineras sin consulta previa generan afectaciones negativas en los derechos colectivos de los pueblos indígenas (Resultado general)**

A continuación, se plantea una tabla de resumen de los hallazgos centrales.

*Tabla 3. Síntesis de hallazgos por objetivo y por experto*

<b>Objetivos específicos</b>	<b>Hallazgo</b>	<b>Experto</b>
<b>O.E. 1</b>	la consulta previa debe aplicarse en la etapa de la concesión minera de no hacerlo se vulnera el derecho de ejercer de manera plena el derecho de propiedad comunal.	Experto 1
	nuestra legislación debe regular la consulta previa de las concesiones mineras y de esta forma ajustarse a los estándares internacionales a fin de no violentar jurídicamente el derecho al territorio	Experto 2
	la falta de regulación de la consulta previa sobre las concesiones mineras violenta el derecho al territorio de los pueblos indígenas.	Experto 3
<b>O.E.2</b>	el desfase en la falta de regulación de la consulta previa de las concesiones mineras no está de acuerdo a lo establecido en el convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las NN.UU., lo que violenta el derecho autodeterminación de los pueblos indígenas, haciendo de la consulta previa un mero trámite.	Experto 1
	resulta jurídicamente inconcebible que la figura de la consulta previa sobre las concesiones mineras no esté contemplada en nuestra legislación, pues violenta el derecho colectivo de la autodeterminación de los pueblos indígenas.	Experto 2
	la derivación jurídica es que la inexistencia de la regulación de la consulta previa de las concesiones mineras implica un grave atraso en nuestro sistema legal, máxime cuando se debería, conforme a estándares universales, exigir que las concesiones mineras se puedan someter a consulta previa.	Experto 3

	<p>la falta de regulación de la consulta previa sobre las concesiones mineras violenta el derecho de información de los pueblos indígenas establecido como estándar universalmente reconocido por el Derecho.</p>	<p>Experto 1</p>
<p><b>O.E.3</b></p>	<p>la consulta previa de las concesiones mineras no está definida por nuestra legislación (Ley de Consulta Previa y su reglamento). Esto da pie para que se violente el derecho de información de los pueblos indígenas establecido como estándar universalmente reconocido por el Derecho.</p>	<p>Experto 2</p>
	<p>en la práctica, las concesiones mineras no son sometidas a consulta previa y esto violenta el derecho de información de los pueblos indígenas</p>	<p>Experto 3</p>

## 2. DISCUSIÓN

A continuación, se presenta la contrastación de hipótesis siguiendo el orden de los objetivos específicos e hipótesis específicas.

### **Acorde con el primer objetivo específico (O.E.1), ¿el derecho al territorio de los pueblos indígenas es violentado debido a que la Legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras?**

En esta investigación al determinar que el derecho al territorio de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras, se pudo encontrar en los resultados que, la consulta previa debe aplicarse en la etapa de la concesión minera de no hacerlo se vulnera el derecho de ejercer de manera plena el derecho de propiedad comunal, asimismo, nuestra legislación debe regular la consulta previa de las concesiones mineras y de esta forma ajustarse a los estándares internacionales a fin de no violentar jurídicamente el derecho al territorio. Esto quiere decir que, al otorgarse concesiones mineras que constituyen un derecho real en los territorios superficiarios de los pueblos indígenas se afecta su derecho de propiedad, es decir el derecho de usar, disfrutar y disponer de manera plena de sus territorios.

De esta forma se comprueba la hipótesis específica que señala que el derecho al territorio de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.

Estos resultados son corroborados por Mamani (2013) quien en su investigación concluye que las empresas mineras al realizar sus actividades afectan el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas.

Así también Camprubí y Castillo (2018) concluyen que, no obstante, el titular del predio tenga un derecho pleno sobre su territorio en el caso que este forme parte de la extensión donde se ha otorgado una concesión minera, esta limita el derecho al territorio.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 02603-2014-PA/TC PUNO señala que la concesión minera es un acto constitutivo de derechos que influye en la situación jurídica de la comunidad, el Estado por medio de la concesión otorga una determinada situación jurídica de poder o de ventaja al concesionario sobre el territorio de la comunidad, esto es la posibilidad de realizar determinados actos, teniendo la comunidad que soportar la actuación de quien goza del derecho de concesión.

Así mismo la Corte IDH, en el fundamento 50 de la sentencia del caso Saramaka vs Suriname ha sostenido, que el otorgamiento de concesiones para proyectos de desarrollo o inversión que estén dentro o que afecten el territorio indígena constituye un tipo de restricción al uso y goce de la propiedad.

En tal sentido, bajo lo referido anteriormente y al analizar estos resultados confirmamos que, al existir una relación estrecha entre el territorio y la vida de los pueblos indígenas, se debe consultar toda medida que afecte este derecho, por lo que debe consultarse las concesiones mineras, de esta forma nuestra legislación estará acorde con los estándares internacionales, más aún cuando en nuestro país ya hay pronunciamientos judiciales favorables al respecto.

**Acorde con el segundo objetivo específico (O.E.2), ¿el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas es violentado debido a que la Legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras?**

En esta investigación al determinar que el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras, se pudo encontrar que, no obstante, el reconocimiento de la Constitución de la autonomía económica y administrativa de las comunidades campesinas y nativas, planteando el respeto a su identidad cultural, la Ley de consulta previa y su reglamento no regula la consulta previa de las concesiones mineras generándose una limitación a la autodeterminación de los pueblos indígenas por lo que resulta jurídicamente inconcebible que la figura de la consulta previa sobre las concesiones mineras no esté contemplada en nuestra legislación.

Esto quiere decir que, al otorgarse concesiones mineras en los territorios superficiarios de los pueblos indígenas se afecta su derecho de autodeterminación, es decir el derecho de decidir sobre sus prioridades de desarrollo, la disposición sobre sus tierras y sus relaciones culturales.

De esta forma se comprueba la hipótesis específica que señala que el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.

Estos resultados son corroborados por Valdivia (2017) al señalar en su investigación que el derecho a la consulta previa es un principio reconocido internacionalmente, basándose principalmente en la autodeterminación que tienen los pueblos indígenas y tribales para decidir sobre hechos administrativos o legales que puedan afectarles directamente, es decir elegir libremente lo que consideren ellos beneficioso para su pueblo, es decir sin intervención de un tercero que decida por ellos.

Así también el Instituto de Defensa Legal (2018) señala que las concesiones mineras restan a la población indígena la capacidad de elegir medios diferentes a la minería para alcanzar el desarrollo.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Artículo 32) consigna: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos”, es decir cualquier proyecto que afecte su autodeterminación.

El décimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima señala en el Expediente N° 14037-2013-0-1810-JR-CI-10 que, el Convenio N° 169 al reconocer el derecho a la consulta previa de los programas de prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de las comunidades, legitima el derecho para determinar sus propias prioridades respecto a su proceso de desarrollo, asimismo las concesiones mineras sin consulta previa constituyen una amenaza para los derechos constitucionales a la libre determinación, al territorio e identidad cultural y religiosa de los pueblos indígenas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010) afirma que los Estados deben garantizar, la participación efectiva del pueblo indígena o tribal afectado, a través de sus métodos tradicionales de toma de decisiones, tanto en relación con el proceso de evaluación del otorgamiento de concesiones en su territorio, como en la adopción de las decisiones correspondientes.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 02603-2014-PA/TC PUNO señala que esperar a realizar la consulta previa en forma posterior al otorgamiento de concesiones mineras es inconstitucional, puesto que la comunidad no podría participar o señalar su disconformidad.

En tal sentido, bajo lo referido anteriormente y al analizar estos resultados confirmamos que, se debe consultar toda medida que afecte los derechos de los pueblos indígenas, por lo que deben consultarse las concesiones mineras, de esta forma nuestra legislación estará acorde con los estándares internacionales.

**Acorde con el tercer objetivo específico (O.E.3), ¿el derecho a la información de los pueblos indígenas es violentado debido a que la Legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras?**

En esta investigación al determinar que el derecho a la información de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras, se pudo encontrar en los resultados que, el derecho de información implica que el Estado admita y ofrezca información, esto conlleva una comunicación entendible, accesible y pública para que la comunidad pueda brindar una apropiada contestación al Estado, asimismo, en la práctica, las concesiones mineras no son sometidos a consulta previa y esto violenta el derecho de información establecido como estándar universalmente reconocido por el Derecho.

Esto quiere decir que, al otorgarse concesiones mineras en los territorios superficiarios de los pueblos indígenas se afecta su derecho de información es decir el derecho de recibir la información y ser notificados en forma personal y en su idioma que



sobre sus territorios se está llevando un procedimiento para el otorgamiento de concesiones mineras que otorgan a su titular derechos excluyentes y oponibles.

De esta forma se comprueba la hipótesis específica que señala que el derecho a la información de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.

Estos resultados son corroborados por (Ruiz, 2018) que señala que al no consultar las concesiones mineras se estaría vulnerando el derecho a la información de las comunidades, lo que limita el ejercicio del derecho a la consulta previa y participación, pues para ello deberían ser informados, las comunidades se suelen enterar cuando la decisión ya está tomada y, por lo tanto, los derechos mineros otorgados.

Así también Leyva (2015) señala que la mayoría de los países de América Latina tienen políticas y normatividad de transparencia y acceso a la información, sin embargo, en el tema de concesiones mineras, la información está orientada principalmente a la empresa minera.

Valdivia (2017) en su investigación concluyó que, la empresa privada en virtud de que su proyecto se desarrolle debe entablar un diálogo intercultural, intercambiar información, escuchar opiniones y dudas de las comunidades para que en vez de ser un tercero que genere conflicto sea un tercero que ayude a la correcta realización del proceso de consulta previa.

Desde una óptica dogmática jurídica, Barcos et al. (2021) invocan la conveniencia del derecho a la información para disminuir la conflictividad y favorecer al proceso de evaluación generando transparencia.

Jácome (2014) enfoca este derecho como una condición para que se respeten otros, como la participación de las comunidades en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas y servicios públicos. En este orden, es un derecho que garantiza el derecho de participación.

Por su parte, el principio 10° de la Declaración de Río sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente llama a los Estados a brindar información al público respecto del estado del ambiente, a permitir a aquellos potencialmente afectados a participar en el proceso de toma de decisiones ambientales, y a proveer los medios para remediar el daño ambiental (p.43).

Chandía (2021) señala que el derecho de información tiene relevancia social, ya que por medio de este se tendrá el acceso a la información pública ambiental, saber quiénes pueden interponer una acción o conocer información que consideren fundamental, que tal vez se esté ocultando. Por otro lado, implica acceso oportuno a la información amplia y necesaria para conocer el alcance de las medidas a ser adoptadas o las normas a ser aprobadas, pues uno de los requisitos de validez de toda consulta a los pueblos indígenas es que sea informada.

En tal sentido, bajo lo referido anteriormente y al analizar estos resultados confirmamos que el otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa violenta el derecho a recibir información de las comunidades indígenas, asimismo en el proceso de otorgamiento de concesiones no se respeta el principio de información e interculturalidad, puesto que las comunidades no son notificadas de dicho proceso, en la mayoría de los casos se enteran cuando las concesiones ya han sido otorgadas.

### **Acorde con el objetivo general (O.G), ¿Las concesiones mineras sin consulta previa generan afectaciones negativas en los derechos colectivos de los pueblos indígenas?**

Se ha demostrado la hipótesis general consistente en que las concesiones mineras sin consulta previa están generando afectaciones negativas en los derechos de los pueblos indígenas, específicamente en el derecho al territorio, derecho a la libre autodeterminación y en el derecho a la información, en ese sentido deben ser objeto de consulta previa, esto se corrobora del análisis doctrinario, jurisprudencial y de los estándares internacionales establecidos.

A fin de garantizar que las restricciones impuestas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro del territorio indígena no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo, el Estado debe asegurar la participación efectiva

de los miembros del pueblo a través de la consulta (Corte IDH, Sentencia Saramaka vs Surinam, párrafo 129).

El estado debe garantizar el derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas en todas las fases de la planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar su territorio y otros derechos esenciales para su supervivencia (Corte IDH, Sentencia Kichwa vs Ecuador, párrafo 167).

El Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos (2018) señala que deben celebrarse consultas antes de adoptar cualquier decisión que pudiera afectar a los derechos de los pueblos indígenas y que la adjudicación de concesiones para posibles actividades mineras en las tierras indígenas era sin duda una cuestión que debía consultarse.

No obstante, lo señalado anteriormente, nuestra legislación interna conformada por la Ley de Consulta Previa, Reglamento de la Ley de Consulta Previa y además la Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM (norma sectorial ) no contempla la consulta previa de las concesiones mineras lo que es incompatible con los estándares internacionales y jurisprudencia nacional y extranjera. Por lo que, nuestra legislación debería adecuarse a los estándares internaciones regulando la consulta previa de las concesiones mineras.

En ese sentido, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), en su informe general para el año 2011, al referirse al Perú, observó que:

“En relación a las consultas, la Comisión toma nota de dos desafíos fundamentales:

- i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de abordar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; y
- ii) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de los recursos naturales. (Ruiz, 2012, p.84)

La Comisión de expertos de esta forma recomienda a nuestro país primero que se garantice las consultas de todas las medidas administrativas que afecten a los pueblos

indígenas y segundo que se incluya en nuestra legislación la consulta previa de las concesiones mineras.



## CONCLUSIONES

### **Primera**

En este trabajo se determinó que el otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa genera afectaciones negativas en los derechos de los pueblos indígenas, específicamente en el derecho al territorio, a la libre autodeterminación y el derecho a la información con lo queda comprobada la hipótesis planteada, esto se corrobora del análisis doctrinario, jurisprudencial y de los estándares internacionales establecidos. En ese sentido nuestra legislación debería adecuarse a los estándares internacionales regulando la consulta previa de las concesiones mineras.

### **Segunda**

Se concluye que, la consulta previa debe aplicarse en la etapa de la concesión minera de no hacerlo se vulnera el derecho de ejercer de manera plena la propiedad comunal, asimismo, nuestra legislación debe regular la consulta previa de las concesiones mineras y de esta forma ajustarse a los estándares internacionales, a fin de no violentar jurídicamente el derecho al territorio. Esto quiere decir que, al otorgarse concesiones mineras que constituyen un derecho real en los territorios superficiarios de los pueblos indígenas se afecta su derecho de propiedad, es decir el derecho de usar, disfrutar y disponer de manera plena de sus territorios, debido a que la concesión otorga una determinada situación jurídica de poder o de ventaja al concesionario sobre el territorio de la comunidad, esto es la posibilidad de realizar determinados actos, teniendo la comunidad que soportar la actuación.

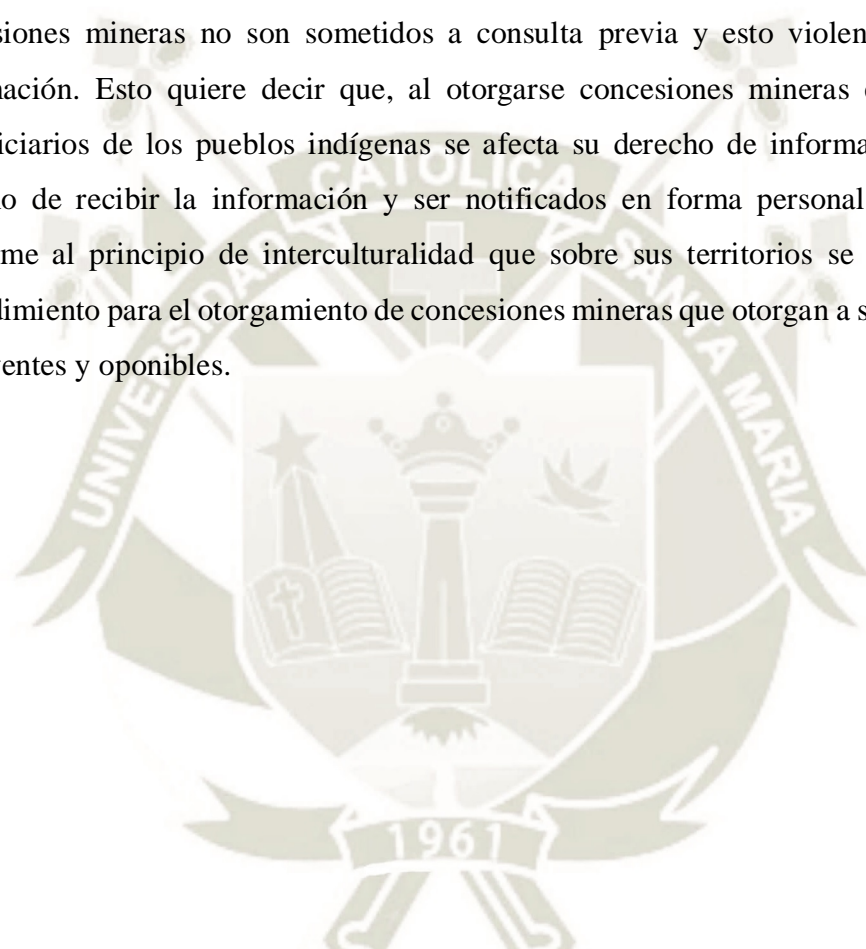
### **Tercera**

Se concluye que, no obstante, el reconocimiento de la Constitución de la autonomía económica y administrativa de las comunidades campesinas y nativas, la Ley de consulta previa y su reglamento no regula la consulta previa de las concesiones mineras generándose una limitación a la autodeterminación de los pueblos indígenas por lo que resulta jurídicamente inconcebible que la figura de la consulta previa sobre las concesiones mineras no esté contemplada en nuestra legislación. Esto debido a que, al otorgarse concesiones mineras en los territorios superficiarios de los pueblos indígenas se afecta su derecho de autodeterminación, es decir el derecho de decidir sobre sus prioridades de desarrollo, la

disposición sobre sus tierras y relaciones culturales, en ese sentido esperar a realizar la consulta previa en forma posterior a las concesiones mineras sería inconstitucional.

#### **Cuarta**

Se concluye que, el derecho de información implica que el Estado admita y ofrezca información, esto conlleva una comunicación entendible, accesible y pública para que la comunidad pueda brindar una apropiada contestación, asimismo, en la práctica, las concesiones mineras no son sometidos a consulta previa y esto violenta el derecho de información. Esto quiere decir que, al otorgarse concesiones mineras en los territorios superficarios de los pueblos indígenas se afecta su derecho de información, es decir el derecho de recibir la información y ser notificados en forma personal y en su idioma conforme al principio de interculturalidad que sobre sus territorios se está llevando un procedimiento para el otorgamiento de concesiones mineras que otorgan a su titular derechos excluyentes y oponibles.



## SUGERENCIAS

1. Desde el punto de vista teórico, es necesario incidir en estudios de enfoque dogmático jurídico sistematizando todos los derechos que violentan el otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa, asimismo de la investigación realizada se puede desprender un nuevo tema de estudio que sugerimos como objeto de futuras investigaciones consistente en determinar si los estudios de impacto ambiental deben ser objeto de consulta previa.
2. Desde una óptica socio jurídica es necesario modificar la Ley de Consulta Previa para que esta regule expresamente como uno de los actos a ser consultados antes de su expedición, el otorgamiento de concesiones mineras, lo que generaría la paz social en medio de los conflictos sociales que se vienen produciendo y otorgaría legitimidad al Estado y a las empresas extractivas lo que implicaría también una mayor seguridad respecto de sus inversiones.
3. Metodológicamente, se recomienda el desarrollo de este problema mediante otras técnicas, tales como la revisión bibliográfica y la encuesta o entrevista en comunidades indígenas.

## PROYECTO DE LEY



Proyecto de Ley

### **“PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 2° DE LA LEY N° 29785 LEY DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, PARA IMPLEMENTAR PROCESOS DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA PARA EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES MINERAS EN EL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS”**

#### **I. FORMULA LEGAL**

##### **Artículo 1 °. - Objeto de la Ley.**

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 2 de la Ley N° 29785, para implementar procesos de consulta previa, libre e informada antes del otorgamiento del título de concesiones mineras en los territorios de los pueblos indígenas organizados en Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas.

##### **Artículo 2°. - Modificación del artículo 2 de la Ley 29785**

Modifíquese el artículo 2 de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el que queda redactado con el siguiente texto:

“Artículo 2. Derecho de consulta

Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa, libre e informada sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o



desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.

**La consulta previa, se realizará a los pueblos indígenas organizados en comunidades campesinas y nativas sobre cuyo territorio se presente algún petitorio de concesión minera”.**

## DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

**Primera.** - De la adecuación de la normatividad vigente.

Adecúese la normatividad sectorial vigente sobre la materia Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM y el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa Ley N° 29785, en lo referido principalmente al Artículo 3, inc. i y Artículo 6 de este último, a lo dispuesto en la presente ley en un plazo no mayor de 60 días calendarios.

**Segunda.** - Vigencia la presente Ley.

La presente ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

## II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### Antecedentes

La presente iniciativa legislativa tiene como antecedente al Artículo 2° de la Ley N° 29785 que señala que la consulta previa:

“Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado”.

De la lectura del dispositivo antes citado se puede concluir que la Ley de Consulta Previa no contempla expresamente la consulta previa de las concesiones mineras y siendo necesario

que la consulta previa sea un verdadero mecanismo de protección de los derechos colectivos, en especial del derecho al territorio y a la libre autodeterminación que se ven afectados por el otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa en territorios ocupados por pueblos indígenas, es necesario la modificación de dicha Ley, la misma, que no está de acuerdo a los estándares internacionales (Convenio N° 169 de la OIT, sentencias de la Corte IDH y demás estándares internacionales), por lo cual es necesario adecuar nuestra legislación interna, a fin de que se regule la consulta previa de las concesiones mineras. Así mismo existen pronunciamientos judiciales en nuestro país como antecedente que se pronuncian a favor de que se consulten las concesiones mineras en sendos procesos de amparo que fundamentan dicha modificación.

### **III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA**

La presente norma modifica la Ley N° 29785, dispositivo legal vigente.

### **IV. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La aprobación de la presente iniciativa no ocasiona o constituye un gasto en detrimento del erario nacional, sino que modifica la Ley N° 29785, a fin de que se regule la consulta previa de las concesiones mineras y de esta forma la consulta previa constituya un verdadero mecanismo de protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, generando como efecto la paz social ya que se han venido produciendo conflictos sociales respecto al tema.

## REFERENCIA

- Angles, G. (2014). Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio. Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Anaya, J. (2009). Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Consejo de Derechos Humanos. ONU.
- Aroca, A. (2000). Situación de las tierras y territorios en las comunidades nativas de la amazonia peruana. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Baca, E. (2013). Estudio sobre el marco normativo minero en el Perú. Obtenido de [https://www.movimientom4.org/wp-content/docs/Normativa-Minera\\_Peru.pdf](https://www.movimientom4.org/wp-content/docs/Normativa-Minera_Peru.pdf)
- Barcos, I., Molina, A., & Cruz, I. (2021). La evaluación de la contaminación ambiental a nivel cantonal. *Revista Universidad y Sociedad*, 13(S1), 172-179. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2022/2011>
- Bazán, J. (30 de 08 de 2020). Biblioteca Virtual del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Obtenido de <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/604/lajurisdiccioneespeciali ndigena.pdf?sequence=1&isAl>
- Bengoa, J. (1999). Los derechos de las minorías y los pueblos indígenas: Debate internacional. *Diplomacia* (78), 7-21.
- Bregaglio, R. (2013). Protección multinivel de derechos humanos. Manual. España: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Burger, J. (2014). La protección de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Barcelona: Red de derechos humanos y educación superior.
- Camborda, R. (2013). Informe de inventario y análisis de las medidas administrativas del Ministerio de Energía y Minas - MEM, Subsector Minería y del Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico - INGEMMET, que deben ser consultadas en el marco de la Ley N° 29785. Lima: CIES.
- Chandia, M. (2021). El acceso a la información pública como un derecho fundamental (Bachillerato, Universidad Siglo 21).
- Chirif, A., & Mora, C. (1977). Atlas de comunidades nativas. Lima: Sistema Nacional de Apoyo a la Movilización Social (SINAMOS).
- Chuecas, A. (2008). El Derecho de los pueblos indígenas y comunidades en el contexto histórico del Perú. *Boletín de estudios amazónicos* (4), 1-19.

- Chuecas, A., Vega, I., & Villapolo, L. (2012). Los Retos de la Implementación de la consulta: Aportes para un dialogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas. Lima: Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica.
- Cobos, A. y González, C. (2020). Metodología de la investigación jurídica. Universidad Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6226/11a.pdf>
- Comision Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Washington: Norma y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (21 de 09 de 2020). ¿Qué es la CIDH? Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>
- Comité de Derechos Humanos. (2008). Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Panamá. CCPR/C/PAN/CO/3, 92º período de sesiones.
- Conferencia Internacional del Trabajo. (2009). Informe de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones. Ginebra.
- Cutipa, G. (2017). Régimen de Concesión minera y conflictos sociales en comunidades campesinas de Puno. Puno : Universidad Nacional del Altiplano.
- De la Cuba, A. (2017). La consulta previa y la actividad minera en el Perú. Lima : Pontificia Universidad Catolica del Perú.
- Duque, D., & Mosquera, S. (2018). Comentarios sobre la adaptación de los criterios de identificación indígena del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico peruano. Derecho & Sociedad (50), 221-233.
- Fundacion para el debido proceso. (2018). Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Massachusetts.
- Gamboa, C. (2004). Aproximación teórica a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Derecho & Sociedad, 59-69.
- Grijalva, A. (08 de 08 de 2020). Universidad Andina Simon Bolivar Ecuador. Obtenido de <http://www.uasb.edu.ec/padh>
- Grupo de Naciones Unidas para el desarrollo. (2009). Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2010/7374.pdf>
- Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos. (2018). Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Perú. Ginebra: Naciones Unidas.

- Grupo Internacional de trabajo sobre asuntos indígenas. (2010). El desafío de la declaración . Copenhague: IWGIA.
- Hernández R. et. Al. (2014). Metodología de la Investigación. Sexta Edición. Editorial Mc Graw Hill Educación, México DF, 233-240. file:///C:/Users/usuario/AppData/Local/Temp/MicrosoftEdgeDownloads/29554862-3c1e-4324-935d-5311e541156a/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf
- Herrera, N. (2014). La ley de consulta previa en el Peru y su reglamento. La problemática de las comunidades campesinas y nativas. (tesis de maestría). Universidad Nacional de San Martín. Colombia.
- Huaco, M. (18 de 09 de 2013). 1993: La adopción del Convenio 169 por el Perú. Obtenido de Servicios de comunicacion intercultural: <https://www.servindi.org>
- Huaco, M. (2014). El Convenio 169 de la OIT dicho en otras palabras. Lima: Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos.
- Huaco, M. (2015). Los trabajos preparatorios del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Lima: Editora Presencia S.R.L. .
- Huaco, M. (08 de 2020). Conflictividad social y convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas. En B. Cardenas. Conferencia llevada a cabo por el Instituto Latinoamericano de ciencias sociales SAC, Lima.
- Huayre, R. (07 de 08 de 2020). Grupo de trabajo historia del siglo XX: Blog de divulgación científica. Obtenido de <https://grupodetrabajohistoriasiglo20.blogspot.com/>
- Jácome, M. (2014). La utopía del carácter vinculante de la consulta previa en la constitución ecuatoriana (titulación, Quito: UCE). <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/5138>
- Kuramoto, J., & Glave, M. (2002). Minería, minerales y desarrollo sustentable en Perú. London: CIIPMA.
- Landa, C. (2016). Los derechos colectivos de los pueblos indigenas. Lima: Ministerio de Cultura.
- Leyva, A. (2018) Consúltame de verdad: aproximación a un balance sobre consulta previa en el Perú en los sectores minero e hidrocarburífero. La Región Andina: ¿desarrollo sostenible con desigualdad?, 63. <https://refubium.fu-berlin.de/bitstream/handle/fub188/26068/360-2479-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=65>

- Mamani, J. (2013). Concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de los recursos minerales por las empresas extractivas. Tacna : Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann.
- Martínez , J. (1986). Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Nueva York: Naciones Unidas.
- Martinez, J. (1986). Estudio del problema de la discriminación sobre pueblos indígenas contra las poblaciones indígenas. Organización de las Naciones Unidas.
- Ministerio de Cultura . (2014). Etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios. Guia metodológica. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Morales, J., & Morante, A. (2009). Aciertos y debilidades de la legislación minera actual. *Círculo de derecho administrativo*, (8) 137-147.
- Moro, R. (2007). Pueblos indígenas y Derechos Humanos.¿Derechos individuales y/o colectivos? . *Eikasia, Revista de Filosofía*, <http://www.revistadefilosofia.org> .
- Morris, M., Rodríguez, C., Orduz, N., & Buriticá, P. (2009). La consulta previa a los pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. Bogotá: Programa de Justicia Global y Derechos Humanos.
- Naciones Unidas . (2013). Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra.
- Naciones Unidas. (2013). La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos. Ginebra.
- OEA. (2013). Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano. Washington: Departamento de derecho internacional.
- OIT. (19 de 09 de 2020). Como funciona la OIT. Obtenido de <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo>
- Organización internacional del trabajo. (2009). Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Ginebra.
- Organización Internacional del Trabajo. (2009). Una guía sobre el convenio N° 169 de la OIT. Ginebra.
- OSINERMIN. (2019). Reporte de análisis económico sectorial minería. Lima: Gerencia de Políticas y Análisis Económico.
- Papadópolo, M. (1995). El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas. Guatemala: Universidad Rafael Landívar.

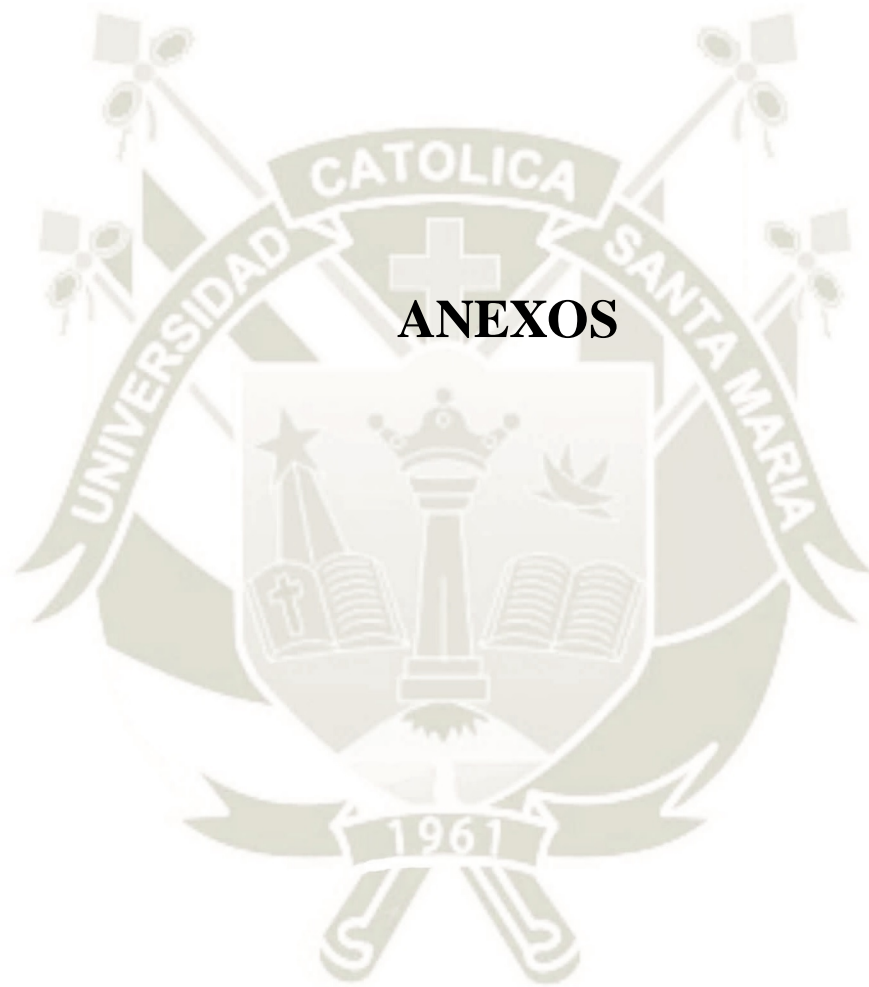
- Pareja, J. (1934). Las comunidades indígenas en el Perú: intento de síntesis. *Revista de la Universidad Católica* (02), 287-299.
- Pareja, J. (1981). *Derecho constitucional peruano y la constitucion de 1979*. Lima: Editorial y distribuidora de libros.
- Peña, A. (2013). Las comunidades campesinas y nativas en la constitución política del Perú. Un análisis exegético del artículo 89<sup>a</sup> de la constitución. *Derecho & Sociedad* (40), 195-206 Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12800>.
- Quintana, K., & Gongora, J. (2017). Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de México
- Recomendaciones de la OIT (98 reunión, 2009). Informe general y observaciones referidas a ciertos países. Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo.
- Redacción Wayka (Febrero 6, 2020). Perú: A 25 años de reconocer consulta previa, ¿se logró proteger a las comunidades? Wayka. <https://wayka.pe/peru-a-25-anos-de-reconocer-consulta-previa-se-logro-proteger-a-las-comunidades/>
- Robles, R. (2004). Tradicion y modernidad en las comunidades campesinas. *Investigaciones Sociales* (12), 25-54.
- Rojas, F., Horst, S., García, F., Molina, R., Albarracín, W., Tibán, L., . . . Rodríguez, E. (2011). *Los Derechos individuales y derechos colectivos en la construccion del pluralismo juridico en America latina*. La Paz: Impresores & Editores Garza Azul.
- Ruíz, J. (2014). Problemas jurídicos en la implementación de la consulta previa en el Perú: o los «pretextos jurídicos» del gobierno para incumplirla. *Derecho & sociedad*, (42), 179-192.
- Ruiz, J. C. (2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Lima: Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.
- Salas, G., & Diez, A. (2018). Estado, concesiones mineras y comuneros. Los múltiples conflictos alrededor de la minería en las inmediaciones del Santuario de Qoyllurit'i (Cusco, Perú). *Colombia Internacional* (93), 65-91. DOI: <https://dx.doi.org/10.7440/colombiaint93.2018.03> .
- Sanborn, C., Hurtado, V., & Ramírez, T. (2016). *La consulta previa en el Perú: avances y retos*. Lima : Universidad del Pacífico.
- Secretaría del foro permanente para las cuestiones indígenas. (2004). *El concepto de pueblos indígenas*. Nueva York: Organizacion de las Naciones Unidas.

- Soto, M. (2013). Consideraciones para la implementación del derecho a la consulta previa en el sector minero. *Derecho & Sociedad* (40), 143-158. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12796>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos : comentada*. Mexico: Fundación Konrad Adenauer.
- Valdivia, J. (2017). *La Consulta Previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas*. Lima : Universidad Ricardo Palma.
- Vergara, T. (1961). *Tahuantinsuyo: el Mundo de Los Incas .* Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Witker, J. (2018). La actividad minera, el nuevo TLCAN y los derechos humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado* (153), 739-760. DOI:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.153.13655>.

### **Sentencias**

- Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, sentencia del 29 de marzo de 2006.
- Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Tribunal Constitucional, Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 Ciudadanos, Exp. N.º 0022-2009-PI/TC.
- Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, Nº 79.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos, Caso Saramaka vs Surinam, de fecha 28/11/2007.





## ANEXO N° 1

**TRANSCRIPCIÓN DE RESPUESTAS DE ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA,  
POR PREGUNTAS Y POR CADA EXPERTO****Primera pregunta:**

**¿Desde su óptica de experto en Derecho constitucional, considera usted que la falta de regulación de la consulta previa de las concesiones mineras ¿violenta el derecho al territorio de los pueblos indígenas?**

**Experto 1**

El convenio N° 169 de la OIT señala en su art. 13.1 que “al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”

El territorio conforme al artículo 13.2 del convenio 169 cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera, de esta forma el hábitat comprende a los recursos naturales, suelo, subsuelo, agua, es decir todos los elementos o componentes necesarios para que un pueblo indígena pueda sobrevivir o haya sobrevivido a lo largo de su historia.

Las concesiones mineras son un mecanismo de aprovechamiento de recursos naturales de los cuales el Estado es titular conforme a nuestra Constitución y en razón de esa titularidad otorga a un tercero su aprovechamiento mediante el sistema de concesiones, al otorgar las concesiones en territorios de comunidades se vulnera el derecho de propiedad de dichas comunidades, esto debido a que la propiedad del Estado sobre los recursos naturales que se

encuentran en el subsuelo es una ficción legal, lo que hace imposible que un particular pueda hacerse de los mismos sin afectar la superficie del territorio que pertenece a las comunidades.

En la actualidad existe una limitación al derecho de consulta previa debido a que se aplica la consulta antes del inicio de operaciones de la actividad minera, en este caso la etapa de exploración, eso se debe criticar porque se vulnera o se pone en peligro el derecho al territorio de los pueblos originarios, más aun cuando el Convenio N° 169 establece que las medidas administrativas que afectan directamente o puedan poner en peligro los derechos colectivos de los pueblos indígenas deben ser objeto de consulta previa.

La consulta previa es un proceso y debería estar en todo o gran parte de la actividad minera, un primer momento para consultarse debería ser el otorgamiento de concesiones mineras.

Por tanto, la consulta previa debe aplicarse en la etapa de la concesión minera de no hacerlo se vulnera el derecho de ejercer de manera plena el derecho de propiedad comunal.

## **Experto 2**

El Artículo 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT señala que “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.”

El TUO de la ley de minería, señala que la concesión minera constituye un derecho real con todos sus atributos oponible a terceros, es decir no otorga derechos expectaticios, al crearse ese derecho real debajo de la superficie territorial se afecta el derecho al territorio de los pueblos indígenas que es un derecho colectivo reconocido internacionalmente.

En la sentencia Saramaka vs Surinam la Corte IDH se ha pronunciado a favor de la consulta previa de las concesiones mineras, en dicha sentencia la Corte señala la importancia del derecho de propiedad para los indígenas y ese pronunciamiento tiene rango convencional, es decir rango constitucional.

En ese sentido, todo acto administrativo que va en contra de una norma que tiene rango constitucional, tienen un vicio de nulidad, así lo señala el último párrafo del Art. 31 del Código Constitucional, así también toda norma reglamentaria o legal que va en contra del convenio N° 169 o contra un fallo de la Corte IDH tiene un vicio de nulidad.

Por tanto, nuestra legislación debe regular la consulta previa de las concesiones mineras y de esta forma ajustarse a los estándares internacionales.

### **Experto 3**

La concesión minera desde su otorgamiento limita el derecho al territorio y la propiedad comunal, que es un derecho colectivo por lo que tendría que aplicarse la consulta previa.

El estado al otorgar la concesión (medida administrativa) otorga un derecho que tiene naturaleza de derecho real lo que significa una vulneración del derecho al territorio.

El convenio N° 169 señala que deben estandarizarse los conceptos de territorio y tierra, cuando hablamos de territorio se hace referencia tanto el convenio como en la jurisprudencia internacional no solo a las tierras superficiales sino al habitat y el habitat tiene que ver con el ecosistema, el medio ambiente, los recursos naturales, el agua, y demás que hacen posible que este pueblo haya construido su identidad y que han hecho posible su supervivencia.

El estado es el obligado a reconocer formalmente el derecho de propiedad de las comunidades (titulación), en la actualidad existe superposiciones de concesiones y territorios de comunidades lo que está generando conflictos sociales.

El estado argumenta que por medio de la concesión no se otorga el derecho de explotar los recursos naturales minerales, sin embargo, su solo otorgamiento limita el derecho de propiedad, más aún cuando, si se otorgan concesiones en el territorio de una comunidad y esta posteriormente quisiera enajenarlo conforme a los atributos de la propiedad su precio sufriría una disminución.

Por tanto, la falta de regulación de la consulta previa sobre las concesiones mineras violenta el derecho al territorio de los pueblos indígenas.

### **Segunda Pregunta**

**¿Desde su óptica de experto en Derecho constitucional, considera usted que la falta de regulación la consulta previa de las concesiones mineras ¿violenta el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas?**

#### **Experto 1**

El artículo 7.1 del Convenio N° 169 señala que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.

Asimismo, el artículo 32.1 de la Declaración de las NN.UU. señala que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”.

En ese sentido el otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa va a afectar el derecho a la autodeterminación, esto debido a que para la explotación de las concesiones mineras se va acceder por la superficie territorial sin el consentimiento de las comunidades, la expedición de este acto administrativo sin su participación va a afectar el uso de la parte del territorio concesionado, sus decisiones de desarrollo y sus relaciones culturales en el caso que la concesión estuviere en una zona de culto.

Por tanto, la falta regulación de la consulta previa de las concesiones en el sector minero no está de acuerdo a lo establecido en el convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las NN.UU., se ha buscado cumplir con ciertos parámetros, a pesar de eso se han identificado momentos sin la participación de los pueblos indígenas.

Al respecto los estándares de aplicación de la consulta previa, no se ajustan a los estándares internacionales, no están acorde, no se quiere reconocer en el fondo los derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo que vamos a tener son estándares que no garantizan derechos colectivos, es decir hacen de la consulta previa un mero trámite.

## **Experto 2**

El artículo 3° de la Declaración de las NN. UU señala que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, en virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Por otro lado, el artículo 6 del convenio 169 de la OIT establece que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse bajo el principio de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

El derecho a la libre autodeterminación reconocido en Convenio N° 169 y en la Declaración de las NN. UU es negado por los gobiernos latinoamericanos y por sectores que no tienen interés de respetar criterios de las comunidades para ejecutar o no los planes, programas o proyectos; significa entonces que el derecho a la libre autodeterminación no se reconoce en la práctica; de este modo, se otorgan las concesiones mineras sin consultas previas lo que hacen del derecho de consulta previa un trámite formal, violentando de esta forma el derecho a la libre autodeterminación.

La consulta que siga los procedimientos legales deberá ser libre, esto es, sin coerción de ningún tipo; deberá ser previa, esto significa, desde antes del inicio de la actividad o proyecto; también debe ser culturalmente apropiada e informada; y, sobre todo, de buena fe, mediante un diálogo intercultural, aplicando procedimientos adecuados que respeten los estándares

internacionales de cada comunidad; de otro modo, se estaría violando un conjunto de derechos y garantías no solamente de orden constitucional sino supranacional.

En suma, resulta jurídicamente inconcebible que la figura de la consulta previa sobre las concesiones mineras no esté contemplada en Perú, pues violenta el derecho colectivo de la autodeterminación de los pueblos indígenas.

### **Experto 3**

El artículo 89 de la carta magna, que se encuentra dentro del capítulo VI, titulado Del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas, señala que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y que son personas jurídicas; además, señala que son autónomas en su organización, en el trabajo comunal, en el uso y la libre disposición de sus tierras, esto último es relevante, pues se presta a una interpretación positiva respecto a sus derechos. También señala que las comunidades campesinas y nativas son autónomas en lo económico y administrativo, dentro de lo que la ley establece. En este orden, la propiedad de sus tierras es imprescriptible. Finalmente, se plantea que el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas.

Por otro lado, el artículo 149 de la Constitución plantea que las comunidades campesinas y nativas mediante sus autoridades pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial aplicando el derecho consuetudinario, a condición de que no se vulneren los derechos fundamentales de la persona. Significa que, por un lado, se reconoce el derecho de las comunidades a ejercer función jurisdiccional y, por otro lado, el derecho a tener autonomía respecto de sus tierras, administración, organización y cultura.

No obstante, este reconocimiento, la Ley de consulta previa y su reglamento al no regular la consulta previa de las concesiones mineras muestran una limitación en cuanto al reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

En suma, la derivación jurídica es que la inexistencia de la regulación de la consulta previa de las concesiones mineras implica un grave atraso en nuestro sistema legal, máxime cuando se debería, conforme a estándares universales, exigir que las concesiones mineras se puedan someter a consulta previa.

### **Tercera Pregunta**

**¿Desde su óptica de experto en Derecho constitucional, considera usted que la falta de regulación de la consulta previa de las concesiones mineras ¿violenta el derecho a la información de los pueblos indígenas?**

### **Experto 1**

Se parte de que toda consulta debe ser informada, pues los pueblos indígenas deben tener un tiempo proporcionado para ejecutar su propio proceso de admisión de decisiones e intervenir en las decisiones adquiridas en armonía con sus experiencias culturales y sociales.

Este deber implica que el Estado admita y ofrezca información. Esto conlleva una comunicación entendible, accesible y pública para que la comunidad pueda brindar una apropiada contestación al Estado (no es solo información por información, pues si no hay acceso a la información de nada sirve). Por ejemplo, tratándose de proyectos se deben conocer los alcances del proyecto a desarrollar.

Debo aclarar que en derecho internacional se habla sobre la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas. No solo es consulta previa. La consulta previa, libre e informada debe ser realizada, supervisada y garantizada exclusivamente por el Estado, no por la empresa, pero puede tener la participación de las empresas implicadas en un proyecto, en caso contrario, el Estado omitiría la protección de personas que requieren especial atención.

La consulta previa, libre e informada se basa en diversos instrumentos internacionales, y en aportes de otras fuentes que han avanzado hacia la protección diferencial de los pueblos indígenas, replanteando la relación entre el Estado y los pueblos indígenas a la importancia del diálogo y la garantía de derechos para la pervivencia de estos pueblos. Asimismo, por medio de ejemplos se intentó aclarar y evidenciar la existencia de consentimiento en ciertos casos y la necesidad de desarrollar el tema, generando en este aspecto que los pueblos indígenas sean sujetos plenos de derechos para decidir de acuerdo con su cosmovisión, y determinar su modo de vida y su desarrollo colectivo.

El esquema de consulta en nuestro país es de un momento determinado y no de un proceso, por ejemplo, las concesiones mineras no se notifican de manera efectiva, sino a través de periódicos a los cuales las comunidades no tienen acceso y que solo circulan en las ciudades,



en ese sentido las comunidades no se enteran y cuando se enteran ya paso el plazo de un año de oposición contemplado en la LGM.

Por tanto, la falta de regulación de la consulta previa sobre las concesiones mineras violenta el derecho de información de los pueblos indígenas establecido como estándar universalmente reconocido por el Derecho.

### **Experto 2**

Considero que el problema parte de que la consulta previa de las concesiones mineras no está regulada en la Ley de Consulta Previa Ley N° 29785 y su Reglamento Decreto Legislativo N° 001-2012-MC, por lo que el INGERMET se viene resistiendo a consultar los estudios de impacto ambiental.

En cuanto al derecho de información, el artículo 65 de la Constitución plantea que el Estado garantiza el derecho a la información sobre bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado; asimismo, vela en particular por la salud. La Constitución Política del Perú en el título I, sobre la Persona y la Sociedad (Capítulo I, derechos fundamentales de la persona) en el artículo 2 inciso 4 reconoce el derecho a las libertades de información. En el artículo 5 reconoce el derecho a solicitar sin expresión de causa la información que se requiera y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal. Sin embargo, al no consultar el otorgamiento de las concesiones mineras se violenta el derecho a la información debido a que los pueblos indígenas no son informados de los proyectos que se van a llevar a cabo en su territorio.

Como se puede observar nuestra regulación sufre de una desactualización respecto a la consulta previa y el derecho a la información.

Por tanto, la consulta previa de las concesiones mineras no está definida por nuestra legislación. Esto da pie para que se violente el derecho de información de los pueblos indígenas establecido como estándar universalmente reconocido por el Derecho.

### **Experto 3**

Sobre la consulta previa informada, se trata de brindar información sobre el objeto de la consulta que debe tener acceso fácil, transparente, veraz y completo debido a que es una

información de carácter público; de este modo, entregar información incompleta es denegación de información; peor aún el ocultamiento.

Al respecto, se debe considerar la Declaración de Río sobre medio ambiente (1992), especialmente el Principio 19 que señala que los Estados deberán brindar información adecuada y notificar de modo antelado y oportunamente a los pueblos que pudieran resultar afectados por actividades de considerables consecuencias ambientales adversas y que se deberán celebrar consultas en una fecha temprana y de buena fe.

En este orden, desde instrumentos internacionales, la consulta considera tres partes (Estado, comunidad y empresa). La empresa es quien debe brindar al Estado toda la información requerida para la consulta. Por otro lado, en base al principio de responsabilidad social, la empresa estará obligada a respetar los derechos y garantías establecidos en instrumentos internacionales.

Por otro lado, la información que se brinde a los consultados tiene que ser veraz y suficiente y debe garantizar autonomía; significa que no puede presentarse ningún tipo de coacción o condicionamiento ante los consultados; por lo tanto, se deben considerar cuatro fases: preparación de convocatoria pública, información y realización, análisis de resultados y cierre de la consulta.

En la práctica he observado que a las comunidades llegan funcionarios y, de inmediato, quieren hacer todo; es decir, brindar información y que la Comunidad decida todo en dos horas. Esos funcionarios, por lo general, no aceptan que tiene que ser un proceso con diversas etapas, que se van concatenando distintos momentos en que las comunidades puedan ir madurando la idea; entonces, es una cuestión principal que se dé un proceso donde haya diálogo abierto e informado; que no signifique solamente “venimos, les informamos y nos vamos” sino que tiene que haber un ida y vuelta donde la comunidad pueda intervenir y que sea un diálogo de buena fe.

**ANEXO 2**

**PROYECTO DE TESIS**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA  
ESCUELA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**



**Proyecto de Investigación:**

**“IMPLICANCIAS DEL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES MINERAS  
SIN CONSULTA PREVIA EN LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS  
PUEBLOS INDÍGENAS, AREQUIPA-2020”.**

**Proyecto de tesis presentado por la bachiller:  
HUAMANI ORURO, ANA LUCIA**

**AREQUIPA – 2020**

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>PREÁMBULO.....</b>	.....
<b>II.</b>	<b>PLANTEAMIENTO TEÓRICO.....</b>	.....
	1. Problema.....	.....
	1.1 Enunciado del Problema.....	.....
	1.2 Descripción del Problema.....	.....
	1.3 Interrogantes Básicas.....	.....
	1.4 Justificación.....	.....
	2. Marco Conceptual.....	.....
	2.1 Conceptos Básicos.....	.....
	3. Antecedentes de la Investigación.....	.....
	4. Objetivos.....	.....
	5. Formulación de la hipótesis.....	.....
<b>III.</b>	<b>PLANTEAMIENTO OPERACIONAL.....</b>	.....
	1. Técnicas e instrumentos de verificación.....	.....
	1.1 Técnicas.....	.....
	1.2 Instrumentos.....	.....
	1.3 Tipo y nivel de Investigación.....	.....
	2. Campo de Verificación.....	.....
	2.1 Ubicación espacial.....	.....
	2.2 Ubicación temporal.....	.....
	2.3 Unidades de estudio, universo y muestra.....	.....

**IV. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....**

**V. CRONOGRAMA DE TRABAJO.....**

**VI. REFERENCIA.....**

**VII. ANEXOS.....**



## I. PREÁMBULO

El Perú es un Estado multicultural y pluriétnico en el que se reconoce la tolerancia a la diversidad como valor inherente a nuestro texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. Como expresión de esta diversidad encontramos en nuestro territorio a los pueblos y culturas originarias y ancestrales que habitan el país desde tiempos inmemorables.

Los pueblos indígenas son instituciones históricas, cuyo origen se encuentra en los pueblos que habitaron por primera vez el territorio peruano y que estuvieron presentes antes de la llegada de los colonos o conquistadores. En la actualidad, estos pueblos habitan zonas rurales y zonas urbanas a lo largo de la selva (comunidades nativas) y también en la sierra y costa (comunidades campesinas).

Históricamente y con el paso de los años, estos pueblos han sido afectados en sus derechos, principalmente el derecho al territorio con el que están profundamente ligados desde los inicios de su existencia y que constituye su medio de subsistencia, esta afectación se ha dado en los últimos tiempos alrededor de los proyectos extractivos, lo que ha generado conflictos sociales.

A partir de la dación de la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa en el año 2011 y su Reglamento D.S. N° 001-2012-MC, se ha tratado de dar solución a la problemática que se viene presentando en diferentes departamentos del país respecto a los proyectos extractivos, pero sobre todo se ha querido materializar el derecho que tienen los pueblos indígenas de ser consultados sobre medidas administrativas o legislativas que puedan afectar sus derechos colectivos.

Sin embargo, esta ley y su reglamento han sido criticados por diversos sectores que señalan que no estarían acorde con los estándares internacionales.

Un tema importante que no contempla la ley y tampoco el reglamento, es sobre los actos específicos que deben ser objeto de consulta en los diversos sectores, así la Ley en su Artículo 4° señala en forma general que el proceso de consulta se realiza de forma previa a

la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales y en su Artículo 9° señala que en cada sector las entidades estatales deben identificar, las medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas y por lo tanto que deben ser objeto de consulta previa.

Así en el sector minero, se han identificado los actos (medidas administrativas) que deben ser objeto de consulta, expidiéndose la Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM, que contempla la consulta previa de tres actos como son: concesión de labor general, la concesión de beneficio y la concesión de transporte, esta resolución no incluye la consulta previa de las concesiones mineras de las actividades de exploración y explotación, por lo que se han venido otorgando concesiones mineras en los territorios de los pueblos indígenas, sin la participación de estos, es decir sin ser consultados, esto debido a que el sistema de otorgamiento de concesiones no contempla esta intervención y la ley de consulta previa y su reglamento no contemplan la consulta previa de las concesiones mineras, por lo que se estaría vulnerando los derechos colectivos de los pueblos indígenas, principalmente su derecho al territorio, a su autodeterminación y el derecho a la información.

## II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

### 1. PROBLEMA

#### 1.1 Enunciado del problema

**“IMPLICANCIAS DEL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES MINERAS SIN CONSULTA PREVIA EN LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, AREQUIPA-2020.”**

#### 1.2 Descripción del problema

##### 1.2.1 Campo, área y línea de acción

- a. Campo: CIENCIAS JURÍDICAS
- b. Área: DERECHO CONSTITUCIONAL
- c. Línea: CONCESIONES MINERAS, CONSULTA PREVIA.

##### 1.2.2 Enfoque y tipo de investigación

El enfoque de la investigación según Hernández et al. (2014) es cualitativa de tipo fenomenológico hermenéutico.

##### 1.2.3 Análisis de variables e indicadores

El estudio de investigación es de las variables<sup>17</sup> siguientes:

---

<sup>17</sup> En una investigación cualitativa no se encuentran variables dependiente e independiente, este tipo de variables solo se pueden hallar en investigaciones cuantitativas de diseño experimental. “Los experimentos manipulan tratamientos, estímulos, influencias o intervenciones (denominadas variables independientes) para observar sus efectos sobre otras variables (las dependientes) en una situación de control” (Hernández *et al.*, 2014).



Variables	Dimensiones	Indicadores		
Concesiones mineras	Derecho territorio	Dogmática jurídica	Socio- jurídica	Axiológico- jurídico
	Derecho a la libre autodeterminación			
	Derecho a la información			
Consulta Previa	Legislación Nacional	Constitución	Marco normativo	Jurisprudencia
	Nivel supranacional	Europa	Latinoamérica	Jurisprudencial
	Derecho comparado	Europa	América	Otros

### 1.3 Interrogantes básicas

#### a. Problema principal

¿Las concesiones mineras sin consulta previa generan afectaciones negativas en los derechos colectivos de los pueblos indígenas?

#### b. Problemas específicos

¿El derecho al territorio de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras?

¿El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras?

¿El derecho a la información de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras?

## 1.4 Justificación

### a) Relevancia jurídica:

Este trabajo de investigación es relevante para el derecho porque en base a este estudio se busca determinar si la regulación de la consulta previa en el Perú, en el sector minero, al no consultar las concesiones mineras vulnera los derechos colectivos de los pueblos indígenas para luego concluir si es necesaria una reforma legal para una mejor protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Así mismo, busca determinar si tal regulación está acorde con el régimen legal internacional.

### b) Relevancia Académica

Esta investigación resulta de utilidad porque se pretende recabar datos sobre los aspectos mencionados anteriormente, que no han sido objeto recurrente de estudio, lo cual podrá servir también para futuras investigaciones.

### c) Relevancia contemporánea

Teniendo en cuenta que nuestro territorio lo habitan desde tiempos inmemorables los pueblos indígenas y que actualmente se han generado conflictos socio ambientales alrededor de su territorio a través del otorgamiento de concesiones mineras, otorgadas sin ser objeto de consulta, esta investigación resulta relevante porque busca determinar si la regulación del otorgamiento de concesiones mineras sin ser consultadas, vulnera los derechos colectivos de los pueblos indígenas y por lo mismo debería ser objeto de modificación acorde con estándares internacionales, lo que también contribuiría a la generación de la paz social a través de la licencia social.

## 2. MARCO CONCEPTUAL

### 2.1 Conceptos básicos:

#### a) Convenio N° 169

El Convenio N° 169, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, es un tratado internacional adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, el 27 de junio de 1989, a la fecha el Convenio ha sido ratificado por 23 países, el Perú ratificó el Convenio en 1994 y entro en vigencia en nuestro país el 02.02.1995. El convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos colectivos. (Ministerio del ambiente, 2020)

El Convenio al haber sido ratificado pasó a formar parte del bloque de constitucionalidad por lo que pasa a ser de cumplimiento obligatorio. Al respecto la Fundación para el debido proceso (2018) señala:

Las disposiciones del Convenio N° 169 son de obligatorio cumplimiento para los países que lo han ratificado. En consecuencia, los Estados deben adecuar la legislación nacional para desarrollar el Convenio al interior de sus países. Esto implica derogar todas las normas que sean contrarias al Convenio y aprobar las que hagan falta para aplicarlo (p. 5).

En ese sentido el Tribunal Constitucional ha señalado: “Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Peruano es parte, integran el ordenamiento jurídico.

#### **b) Pueblos indígenas:**

A lo largo de los años dentro de las Naciones Unidas se ha debatido sobre la cuestión de la definición de pueblos indígenas, pero ningún órgano ha llegado a adoptar una definición (Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 2004).

Algunos autores han dado definiciones, así Martínez, como citó la Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (2004) producto de su famoso “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” define a los pueblos indígenas de la siguiente manera:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre coloniales que se desarrollaron en sus

territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos (...).

Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por autoidentificación como tal indígena (conciencia de grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo).

Así mismo, Bengoa (1999) define a los pueblos indígenas de la siguiente forma:

Grupos sociales originarios de un territorio determinado, que son minorías o se encuentran en condiciones minoritarias, que poseen diferencias étnicas y culturales con el conjunto de la población del país y que han surgido como consecuencia de procesos coloniales, de rupturas provocadas por invasiones, ocupaciones territoriales y otros procesos históricos de dominación. (p. 9)

### **c) Derechos Colectivos:**

El filósofo Joseph Raz, define a los derechos colectivos como un agregado de intereses individuales de un colectivo humano, así mismo Kymlicka señala que los derechos colectivos son derechos diferenciados y encarga el ejercicio a los miembros del colectivo (Gamboa, 2004).

Grijalva (2001) señala: “Los derechos colectivos incluyen derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus titulares están formados por individuos, y en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales” (p. 1).

Los derechos colectivos surgieron como derechos de minorías (religiosas, nacionales, étnicas y lingüísticas) y fueron otorgados a las poblaciones indígenas como minorías étnicas, sin embargo, el experto Martínez Cobo posteriormente marcaría una diferencia entre grupos minoritarios y poblaciones indígenas, estableciendo características propias para estas poblaciones<sup>18</sup> y señalando además que los indígenas en algunas partes del mundo son mayoría (Bengoa, 1999).

---

<sup>18</sup> El experto señalaba como características especiales que estas poblaciones indígenas habían surgido como consecuencia de un proceso histórico producto de la colonización por una cultura transoceánica.

Urteaga, como se citó en Acevedo y Vega (2016) afirma:

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios gozan de las mismas características que los derechos fundamentales individuales, lo que no niega que como categoría tengan características propias y particulares ya sea desde el enfoque de la ciudadanía, del pluralismo legal y de las ciencias políticas y ambientales. (p. 25)

**d) Derecho al territorio:**

El derecho al territorio es un derecho colectivo de los pueblos indígenas, por medio del cual la propiedad de la tierra es colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad". (Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 89).

Para los pueblos indígenas el territorio reviste una especial importancia que va más allá del ámbito geográfico, debido a la conexión existente entre este y la comunidad.

El Tribunal Constitucional (2009, Exp. N° 00022-2009-PI), precisa que:" ...al vulnerarse el derecho al territorio, se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. (fundamento 52).

**e) Derecho a la libre determinación:**

Oliva y Blázquez, como se citó en Vargas y Ariza (2015) define la libre autodeterminación de la siguiente forma:

El derecho de autodeterminación es el sustento jurídico de todos los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Esto, en razón a que, sin la posibilidad de escoger su propio devenir y el de su comunidad, no es posible ejercer los derechos que se tienen en conjunto. (p.38)

Es decir que los pueblos indígenas para poder ejercer sus derechos colectivos deben tener la posibilidad de ejercer el derecho de autodeterminación, este derecho es de vital importancia en la medida que garantiza la supervivencia de los pueblos indígenas.

**f) Consulta previa:**

La consulta previa implica el reconocimiento de la capacidad de los pueblos indígenas a decidir respecto de aquellas afectaciones ocasionadas por medidas estatales (legislativas o administrativas) que puedan tener incidencia, positiva o negativa, en sus derechos colectivos, lo que conlleva a la búsqueda de un acuerdo o consentimiento sobre la concreción de esas medidas. (Acevedo & Vega, 2016, p.36)

La Consulta Previa tiene carácter fundamental y debe aplicarse, conforme a los usos y costumbres de cada etnia. (Corte Constitucional, Sentencia T-382 de 2006)

El derecho de consulta previa se encuentra regulado en el Convenio N° 169, Artículo 6 (1989) que consigna 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”.

**g) Concesiones Mineras:**

Morales y Morante (2009) afirman:

El concepto de concesión minera surge en nuestro país en el año 1991, con la dación de la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, en la cual se la define como aquella que “otorga a sus titulares el derecho tanto de explorar como de explotar los recursos mineros concedidos” (p. 140).

El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Decreto Supremo N° 014-92-EM, Artículo 9°) define la concesión minera como el acto mediante el cual se otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales. Así mismo, el artículo 7° de la misma, establece que las actividades de exploración, explotación, beneficio, labor general y transporte minero son ejecutadas por personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras, a través del sistema de concesiones.

La Ley Orgánica para el aprovechamiento de los recursos naturales, Ley N° 26821, artículo 23 señala que las concesiones, “otorgan al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo”.

### 3. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

El problema ha sido poco abordado por la doctrina nacional e internacional y ha sido objeto de pocos trabajos de investigación, a pesar de que se han presentado muchos conflictos “socio-ambientales” al respecto. Entre ellos se pueden contar los siguientes:

#### 3.1 Tesis de investigación:

Autor: VALDIVIA LINARES, José Daniel

Título: “La Consulta Previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas.”

Universidad: Ricardo Palma

Grado: Licenciado en Derecho

**Resumen:** Dentro de este trabajo se realizó una investigación que busca ahondar y realizar un mayor análisis a los problemas que surgen de una incorrecta aplicación de la consulta previa. Aportando en sus conclusiones que se debe utilizar los mecanismos correctos para entablar una relación eficiente entre el Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas. Respecto al Estado señala que su bien fue un gran paso la expedición de la ley de consulta previa, sin embargo, existe una falta de interés por parte de este en su cumplimiento que aunado a la debilidad institucional hacen que este desempeñe un rol incorrecto. Respecto a los pueblos indígenas, manifiestan su debilidad en el cuestionamiento de la representatividad, lo que dificulta el dialogo. Respecto de la empresa privada se recalca que el único rol que debería tener la empresa privada dentro del proceso de consulta previa sería el de informar o aclarar dudas sobre el proyecto que pretenden realizar, ya que el encargado de la realización del proceso de consulta previa es el Estado.

**Comentario:** El antecedente bajo referencia está vinculado con el presente trabajo de investigación pues desarrolla el tema de la consulta previa en el Perú, en especial el aspecto relacionado a su aplicación deficiente y los roles que cumplen el Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas.

### 3.2 Tesis de investigación:

Autor: ANGLES YANQUI, Gerard Henry

Título: “Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio”.

Universidad: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Grado: Magister en Derecho

**Resumen:** Esta tesis aborda cual es el alcance del consentimiento en el derecho de consulta previa en los casos de desplazamiento del territorio de los pueblos indígenas y concluye que el Estado durante los procesos de consulta previa cuando impliquen desplazamiento poblacional indígena de territorios ancestrales, tiene la obligación de obtener el consentimiento de estos pueblos, garantizando la no vulneración de sus derechos y concluye que faltan políticas gubernamentales que den una real protección a los derechos de los pueblos indígenas, junto a una revisión y mejora sobre la legislación nacional de la materia. Así mismo, consigna que hace necesario que el Perú se someta a la jurisprudencia de la Corte IDH, que ha señalado con claridad las obligaciones de los Estados parte en la debida protección jurídica a los derechos de las poblaciones indígenas.

**Comentario:** El antecedente bajo referencia está vinculado con el presente trabajo de investigación pues desarrolla el tema del consentimiento en el derecho de consulta previa de los pueblos indígenas en los casos de desplazamiento de su territorio a fin de garantizar sus derechos.

### 3.3 Tesis de investigación:

Autor: De la Cuba Benites, Alfredo Alejandro

Título: “La consulta previa y la actividad minera en el Perú”

Universidad: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Grado: Magister en Derecho

**Resumen:** En esta tesis se analiza la consulta previa en cuanto a las concesiones mineras llevadas a cabo en el periodo 1995 – 2012. Se señala que la consulta previa estuvo vigente en nuestro país desde 1995, sin embargo, no se consultó sino a partir del año 2011 en que se dio la ley de consulta previa por lo que se plantea si sería posible realizar la consulta previa de los actos administrativos, en este caso las concesiones mineras entre esos años. Concluye que desde un punto de vista netamente jurídico podría resultar valida la implementación extemporánea del proceso de consulta; pero desde un punto de vista práctico



esta podría no ser viable. Prosigue señalando que una vez cerrado ese ciclo (1995 – 2012), podremos mirar hacia adelante y contar con reglas más claras y transparentes respecto de lo que hoy implica verdaderamente la implementación del derecho a la consulta. También plantea sugerir al Estado que evidencie su preocupación por proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos de las empresas titulares de las concesiones a fin de evitar posibles conflictos sociales.

**Comentario:** El antecedente bajo referencia se limita a analizar si debe procederse a la consulta previa extemporánea de las actividades mineras (concesiones) autorizadas entre los años 1995-2012. Así mismo hace alusión a los derechos adquiridos por las empresas y las **implicancias de que se aplique la consulta extemporánea en los proyectos mineros que se vienen desarrollando**, por lo que dicho antecedente resulta de utilidad para la presente investigación en la que se analiza cuáles son las implicancias en los derechos colectivos de los pueblos indígenas (básicamente el derecho al territorio y a la libre autodeterminación) de que no se consulten actualmente las concesiones mineras sin limitarnos a analizar un periodo de tiempo específico y basándonos en los estándares internacionales específicos y actuales sobre el tema y las sentencias judiciales que se vienen dando recientemente en nuestro país en cuanto a la consulta previa de las concesiones mineras.

## 4. OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo general

Determinar si las concesiones mineras sin consulta previa generan afectaciones negativas en los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

### 4.2 Objetivos específicos

- Establecer si el derecho al territorio de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.

- Establecer si el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.
- Establecer si el derecho a la información de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.

## 5. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

### Hipótesis General

Las concesiones mineras sin consulta previa están generando afectaciones negativas en los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

### Hipótesis Específicas

El derecho al territorio de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.

El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.

El derecho a la información de los pueblos indígenas es violentado debido a que la legislación nacional no contempla la consulta previa de las concesiones mineras.

## III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

### 1. Técnicas e instrumentos de verificación

#### 1.1 Técnicas

- Observación documental.
- Se empleará la técnica de entrevista (de tipo abierta semiestructurada).

Acerca de la técnica de la entrevista, las preguntas semiestructuradas le proporcionan al encuestado la oportunidad de declarar utilizando sus propias palabras.

Las preguntas semiestructuradas son modelo de indagación que admite obtener detalles más profundos en las respuestas de los entrevistados, captando información óptima sobre el entramado extraído. Esto significa que el manejo de preguntas-respuesta abierta en cuestionarios presume mayor vigor en la transcripción (comparado con los cuestionarios de respuestas cerradas). No obstante, debe considerarse un grado de subjetividad que debe ser correctamente manejado. Respectivamente, como instrumento se aplicará un cuestionario para expertos. (Hernández et al., 2014, p. 403).

### 1.2 Instrumento:

De acuerdo con las técnicas los instrumentos serán:

- Fichas de observación documental estructurada.
- Cuestionario para expertos (guía de entrevista)<sup>19</sup>.

## CUADRO DE COHERENCIAS

### Técnica/Instrumento

#### Entrevista semiestructurada/Cuestionario para expertos:

Variables	Dimensiones	Indicadores			Estructura
Concesiones mineras	Derecho territorio	Dogmática jurídica	Socio-jurídica	Axiológico-jurídico	1
	Derecho a la libre autodeterminación				2
	Derecho a la información				3
Consulta Previa	Legislación Nacional	Constitución	Marco normativo	Jurisprudencia	
	Nivel supranacional	Europa	Latinoamérica	Jurisprudencial	
	Derecho comparado	Europa	América	Otros	

<sup>19</sup> El cuestionario fue validado por expertos.

## 2. Campo de verificación:

**2.1 Ubicación espacial:** El estudio se realizará en Perú.

**2.2 Ubicación temporal:** El horizonte temporal del estudio está referido al período de tiempo del año 2020.

### 2.3 Unidad de estudio, Universo y Muestra:

- **En la investigación documental, las unidades de estudio están constituidas por:**

- a) Obras de doctrina relacionadas al tema de investigación.
- b) Jurisprudencia nacional e internacional
- c) Legislación Nacional
- d) Regulación Internacional

- **En la investigación de campo**

Se toma el conjunto de expertos en Derecho Constitucional en relación con consulta previa y las concesiones mineras del Ministerio de Energía y Minas-Perú.

Está representada por expertos en este aspecto con más de 15 años de práctica profesional y con maestría en Derecho Constitucional.

La muestra seleccionada obedece a los siguientes requisitos: tres expertos en Derecho Constitucional, que hayan trabajado en el Ministerio de Energía y Minas, con más de 15 años de práctica profesional y con maestría en Derecho Constitucional, esto debido a que el objetivo no es generalizar sino solo profundizar en la investigación esto conforme al enfoque cualitativo.

Se utilizó el muestro no probabilístico, por conveniencia. Al respecto Hernández et al. (2014) señala:

Las muestras no probabilísticas, también llamadas muestras dirigidas, suponen un procedimiento de selección orientado por las características de la investigación, más que por un criterio estadístico de generalización (...) las pruebas estadísticas en muestras no probabilísticas tienen un valor limitado a la

muestra en sí, mas no a la población. Es decir, los datos no pueden generalizarse a ésta. En las muestras de este tipo, la elección de los casos no depende de que todos tengan la misma posibilidad de ser elegidos, sino de la decisión de un investigador o grupo de personas que recolectan los datos (p.190).

#### IV. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Se recogerá la información requerida de la siguiente forma:

**1.- Revisión Conceptual:** Recolección de información por la investigadora de las siguientes fuentes, consignando los datos en los instrumentos de investigación:

- Biblioteca Nacional de la Universidad Nacional de San Agustín
- Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María
- Biblioteca del Colegio de Abogados de Arequipa
- Biblioteca Personal
- Páginas de Internet

**2.- Revisión documental:** para la recolección de información, se revisará sentencias del Poder Judicial, Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como doctrina en materia de fundamentación de derechos colectivos.

**3.- Método:** Los métodos a aplicar serán dos:

- Analítico - Sintético: principalmente sobre los contenidos doctrinarios a revisarse en la investigación.
- Histórico - Lógico: sobre los contenidos doctrinarios a revisarse en la investigación.
- Inductivo: respecto de la jurisprudencia nacional y supra nacional, así como doctrina de fundamentación de derechos colectivos. Las bases de análisis son doctrinarias, documentales, normativas y jurisprudenciales.

**4.- Investigación de Campo:**

Se aplicará el programa Atlas.ti 9 para análisis cualitativo. En este orden, el análisis cualitativo es iterativo y recurrente, y se efectuará con la ayuda del programa computacional Atlas.ti (Muhr, 1991).

## V. CRONOGRAMA DE TRABAJO

Actividad Mes	Actividad Explorato ria	I Cap.	II Cap.	III Cap.	Aplicaci ón de Instrum ento	Resultados y Discusión/ Conclusiones Revisión y presentación del borrador
Enero	x					
Febrero		x				
Marzo		x				
Abril		x				
Mayo			x			
Junio				x		
Julio					x	
Agosto						x
Septiembre						x
Octubre						x
Noviembre						x
Diciembre						x

## VI. REFERENCIA

Instituto de derechos humanos y desarrollo de la USMP. (2015). Titulación de tierras y consulta previa. Lima.

Acevedo, A., & Vega, Y. (2016). Los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Lima: Ministerio de Cultura.

Bengoa, J. (1999). Los derechos de las minorías y los pueblos indígenas: Debate internacional. *Diplomacia* (78), 7-21.

Fundación para el debido proceso. (2018). Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Massachusetts.

- Gamboa, C. (2004). Aproximación teórica a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. *Derecho & Sociedad*, 59-69.
- Grijalva, A. (08 de 08 de 2020). Universidad Andina Simon Bolivar Ecuador. Obtenido de <http://www.uasb.edu.ec/padh>
- Ministerio del ambiente. (11 de 09 de 2020). Pagina del Ministerio del Ambiente de Argentina. Obtenido de <https://consultaindigena.mma.gob.cl>
- Morales, J., & Morante, A. (2009). Aciertos y debilidades de la legislación minera actual. *Circulo de derecho administrativo* (8), 137-147.
- Otzen, T., & Manterola, C. (2017). Técnicas de muestreo sobre una población a estudio. *International Journal of Morphology* (35), 227-232.
- Ruiz, J. C. (2012). La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento. Lima: Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.
- Secretaría del foro permanente para las cuestiones indígenas. (2004). El concepto de pueblos indígenas. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.
- Vargas, S., & Ariza, A. (2015). Derecho a la autodeterminacion de los pueblos indígenas en el ordenamiento juridico colombiano. *Revista de estudios sociales* (53), 65-76.



## ANEXOS

- **Formato de ficha documental estructurada**
  - **Jurisprudencia Internacional**
  - **Jurisprudencia Nacional**
- **Formato de cuestionario para expertos**
- **Matriz de consistencia**
- **Formato de validación de instrumentos**



**FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL ESTRUCTURADA:**

**Jurisprudencia Internacional**

**FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL**

1. NOMBRE DEL CASO: .....

2. DATOS RELEVANTES:

a) Partes procesales:

-Estado Demandado: .....

-Parte demandante: .....

b) Sumilla: .....

c) Hechos: .....

d) Análisis de fondo

.....

3. PUNTOS RESOLUTIVOS

e) Fallo:

.....

f) Conclusiones:

.....

**FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL ESTRUCTURADA:**

**Jurisprudencia nacional**

**FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL**

1. NUMERO DE EXPEDIENTE: .....

2. DATOS RELEVANTES:

a) Materia:.....

b) Partes procesales:

-Demandante: .....

-Demandado: .....

c) Fundamentos de la demanda: .....

d) Petitorio: .....

e) Fundamentos de la contestación:.....

3. PARTE RESOLUTIVA

f) Análisis de fondo

g) Sentencia:

.....

h) Conclusiones del caso:

.....

## CUESTIONARIO PARA EXPERTOS

### Entrevista de tipo abierta y semiestructurada dirigida a expertos

Entrevistado:

Lugar y Fecha:

Ocupación:

1. ¿Desde su óptica de experto en Derecho constitucional, considera usted que la falta de regulación de la consulta previa de las concesiones mineras ¿violenta el derecho al territorio de los pueblos indígenas?
2. ¿Desde su óptica de experto en Derecho constitucional, considera usted que la falta de regulación la consulta previa de las concesiones mineras ¿violenta el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas?
3. ¿Desde su óptica de experto en Derecho constitucional, considera usted que la falta de regulación de la consulta previa de las concesiones mineras ¿violenta el derecho a la información de los pueblos indígenas?

**MATRIZ DE CONSISTENCIA**


<b>Hipótesis</b>	<b>Variables</b>	<b>Dimensiones</b>	<b>Indicadores</b>		
Las concesiones mineras sin consulta previa están generando afectaciones negativas en los derechos colectivos de los pueblos indígenas.	Concesiones mineras	Derecho territorio	Dogmática jurídica	Socio-jurídica	Axiológico-jurídico
		Derecho a la libre autodeterminación			
		Derecho a la información			
	Consulta Previa	Legislación Nacional	Constitución	Marco normativo	Jurisprudencia
		Nivel supranacional	Europa	Latinoamérica	Jurisprudencial
		Derecho comparado	Europa	América	Otros

**FORMATO DE REVISIÓN Y VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS**

<b>Entidad donde se realiza la investigación</b>	Universidad Católica Santa María
<b>Unidad</b>	Escuela de Post grado
<b>Maestría</b>	En Derecho Constitucional
<b>Enunciado de la investigación</b>	Implicancias del otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa en los derechos colectivos de los pueblos indígenas, Arequipa-2020.
<b>Nombre del Tesista</b>	Ana Lucia Huamani Ojuro

<b>CRITERIO</b>	<b>MARCAR X DE CORRESPONDER</b>
1.El instrumento esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.	X
2. Esta formulado con lenguaje comprensible y existe una organización lógica.	X
3. Esta adecuado para valorar las categorías.	X
4. Los datos que se obtendrán en la investigación están limitados al problema de investigación.	X
5. La estrategia responde a una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.	X
6.El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al método científico.	X
7. Se respalda en fundamentos técnicos o teóricos.	X
8. Los resultados de la investigación generaran aportes jurídicos a la comunidad jurídica.	X

**Revisado por:**

<b>Nombres y Apellidos</b>	<b>Firma</b>
JENNY ZELMY VARGAS CALDERÓN MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL	


.....  
*Jenny Zelmy Vargas Calderón*  
ABOGADA  
C.A.A. 8721

**FORMATO DE REVISIÓN Y VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS**

<b>Entidad donde se realiza la investigación</b>	Universidad Católica Santa María
<b>Unidad</b>	Escuela de Post grado
<b>Maestría</b>	En Derecho Constitucional
<b>Enunciado de la investigación</b>	Implicancias del otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa en los derechos colectivos de los pueblos indígenas, Arequipa-2020.
<b>Nombre del Tesista</b>	Ana Lucia Huamani Oruro

<b>CRITERIO</b>	<b>MARCAR X DE CORRESPONDER</b>
1.El instrumento esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.	X
2. Esta formulado con lenguaje comprensible y existe una organización lógica.	X
3. Esta adecuado para valorar las categorías.	X
4. Los datos que se obtendrán en la investigación están limitados al problema de investigación.	X
5. La estrategia responde a una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.	X
6.El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al método científico.	X
7. Se respalda en fundamentos técnicos o teóricos.	X
8. Los resultados de la investigación generaran aportes jurídicos a la comunidad jurídica.	X

**Revisado por:**

<b>Nombres y Apellidos</b>	<b>Firma</b>
Luis Alberto Hallazi Méndez Magister en Derechos Fundamentales	

**FORMATO DE REVISIÓN Y VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS**

<b>Entidad donde se realiza la investigación</b>	Universidad Católica Santa María
<b>Unidad</b>	Escuela de Post grado
<b>Maestría</b>	En Derecho Constitucional
<b>Enunciado de la investigación</b>	Implicancias del otorgamiento de concesiones mineras sin consulta previa en los derechos colectivos de los pueblos indígenas, Arequipa-2020.
<b>Nombre del Tesista</b>	Ana Lucia Huamani Oruro

CRITERIO	MARCAR X DE CORRESPONDER
1.El instrumento esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.	X
2. Esta formulado con lenguaje comprensible y existe una organización lógica.	X
3. Esta adecuado para valorar las categorías.	X
4. Los datos que se obtendrán en la investigación están limitados al problema de investigación.	X
5. La estrategia responde a una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.	X
6.El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al método científico.	X
7. Se respalda en fundamentos técnicos o teóricos.	X
8. Los resultados de la investigación generaran aportes jurídicos a la comunidad jurídica.	X

**Revisado por:**

Nombres y Apellidos	Firma
Mg. Raidza Nadia Talavera Romero	