

Repositorio DESCA Ficha Técnica

"La caducidad de concesiones mineras no constituye cese de violación del derecho de consulta previa"

La existencia de la caducidad de concesiones mineras, en nada impide que la misma empresa u otras, reanude en la obtención de la concesión minera o petitionen a los demandados (Ministerio de Energía y Minas y a INGEMMET), éstos a su vez, vuelvan a acceder sin consulta previa, como las cuestionadas en la demanda de autos, trayendo como consecuencia no sólo la responsabilidad del Estado peruano, sino convulsión social de los que eventualmente podrían ser afectados en sus derechos fundamentales.

1. **Organización**

1.1. **Nombre:** Instituto de Defensa Legal

1.2. **País:** Perú

1.3. **Descripción:** El Instituto de Defensa Legal (IDL) es una institución de la sociedad civil fundada en 1983, que tiene como fin la promoción y defensa de los derechos humanos, la democracia y la paz en el Perú y en América Latina.

1.4. **Ejes temáticos:** La institución cuenta con equipos de trabajo interdisciplinario compuestos por abogados, comunicadores, sociólogos y psicólogos. Esta heterogeneidad enriquece nuestra labor y potencia nuestra incidencia. El IDL está conformado por áreas que hacen un dedicado seguimiento a las políticas públicas en temas que consideramos relevantes para el país, como la justicia, la seguridad, el medio ambiente y los pueblos indígenas. El ámbito de las comunicaciones es especialmente importante para nosotros. Contamos para ello con tres áreas: Ideele Radio, Revista Ideele e IDL-Reporter

2. **Caso**

2.1. **Nombre del Caso:** La caducidad de concesiones mineras no constituye cese de violación del derecho de consulta previa.

2.2. **Información de identificación de sentencia:** Proceso de amparo. Expediente No. 01846-2012-0-2101-JM-CI-03 del Tercer Juzgado Especializado Civil de Puno.

2.3. Resumen de los hechos del caso: Los representantes de las comunidades del distrito de Atuncolla, ubicado en la Región Puno (Perú), han solicitado que se lleve a cabo un proceso de consulta previa con el fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas que podrían verse afectados por actividades de exploración y explotación minera en concesiones otorgadas en sus territorios.

Las comunidades denuncian que se enteraron de las concesiones cuando ingenieros ingresaron sin autorización a realizar observaciones, vulnerando su derecho a decidir sobre sus tierras. Las comunidades advierten que las concesiones mineras representan una amenaza directa a sus derechos fundamentales, ya que comprometen su existencia y subsistencia, especialmente en lo que respecta a sus actividades agrícolas y ganaderas; asimismo, señalan impactos negativos en los recursos hidrobiológicos —protegidos por resolución jefatural— y en sitios arqueológicos y lugares sagrados ubicados dentro de su territorio ancestral.

Frente a esta demanda, el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) solicitó que se declare infundada, argumentando que, conforme al Convenio 169 de la OIT, el Estado reconoce los derechos de los pueblos indígenas. Además, alegó que los demandantes no habrían demostrado de forma concreta el inicio de las actividades de exploración, ni acreditado una afectación real y directa al derecho a la consulta previa.

2.4. Derechos afectados: Derecho a la consulta previa y conexos

2.5. Actores parte del proceso

2.5.1. Legitimación activa:

2.5.1.1. Eugenio Adrián Apaza Quisipe y otros, con asesoría de IDL.

2.5.2. Legitimación pasiva:

2.5.2.1. BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursai del Perú BHPWEI

2.5.2.2. Ministerio de Energía y Minas (MINEM)

2.5.2.3. Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET)

3. Estrategia de litigio

3.1. Pretensión: Los demandantes -las comunidades- pretenden que se revoque la sentencia apelada y “se procesa con la evaluación de la controversia de fondo”

3.2. Estrategia

3.2.1. Argumentos de derecho

3.2.1.1. Normativa y jurisprudencia nacional

3.2.1.1.1. **Constitución Política del Perú, Art 200 inciso 2 párrafo primero, concordante con los artículos II del Título preliminar y 1 de la Ley N°28237**, consagran: conforme a la normativa mencionada, la acción de amparo constituye una garantía constitucional que procede frente a

cualquier hecho u omisión por parte de una autoridad, funcionario o particular que vulnere derechos fundamentales. En este marco, la omisión de la consulta previa a las comunidades indígenas en el proceso de otorgamiento de concesiones mineras justifica la procedencia de una acción de amparo.

3.2.1.1.2. **Artículo 37 de la Ley N.º 28237**, el proceso de amparo procede ante la vulneración de derechos fundamentales. En el presente caso, se alegan como transgredidos:

1.El derecho a la información, opinión y expresión (consagrado en el n°3)), al haberse otorgado concesiones sin realizar una consulta previa, libre e informada a las comunidades campesinas del distrito de Atuncolla.

2.El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (consagrado en el n° 23)), debido a los potenciales impactos negativos que la exploración y explotación minera podrían generar en los territorios ancestrales de dichas comunidades.

3.2.1.1.3. **Artículo 4 de la Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios (Ley N°29.785)**. establece los principios rectores de este derecho, entre los cuales se destaca que la consulta debe realizarse de forma previa a la adopción de cualquier medida legislativa o administrativa que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas.

En el caso concreto, este principio no ha sido respetado, ya que las comunidades indígenas del distrito de Atuncolla tomaron conocimiento de la concesión minera únicamente cuando se iniciaron labores de observación en sus tierras sin su consentimiento, lo que evidencia una omisión del deber de consulta previa.

3.2.1.1.4. **Artículo 23 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley N.º 26821)** establece que la concesión aprobada otorga al concesionario el derecho al uso, disfrute y aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, incluyendo la propiedad de sus frutos. En ese sentido, el otorgamiento de una concesión constituye una afectación directa y objetiva al derecho de propiedad y al derecho al territorio de los pueblos indígenas.

Particularmente en el caso de la actividad minera, esta concesión representa una amenaza cierta e inminente sobre los recursos naturales de las comunidades indígenas,

afectando no solo sus derechos territoriales, sino también su derecho fundamental a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado.

3.2.1.1.5. **Resolución Legislativa 26253:** aprueba el Convenio n°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT.

3.2.1.1.6. **Decreto supremo n°029-2000-RE:** ratifica la Convención de Viena.

3.2.1.1.7. **Expedientes del Tribunal Constitucional números 5854-2005-PA/TC, 2730-2006-AA/TC. 1412-2007-AA/TC:** establece el ejercicio interpretativo que realice el órgano jurisdiccional del Estado para determinar el contenido de los derechos fundamentales, el cual debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de DDHH y por la interpretación de las mismas por los tribunales internacionales.

3.2.1.2. Normativa y jurisprudencia internacional

3.2.1.2.1. **Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art 1, Art 2, Art 21)** El derecho a la propiedad privada de los pueblos indígenas, además de ser protegido por la Constitución Política del Perú, tiene una consagración y reconocimiento internacional en la CADH, tan así es, que a su tenor consagra que “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes” y “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.”, concordante con el artículo 1 tendiente a respetar los derechos de la CADH y con el artículo 2 relativo al deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

3.2.1.2.2. **Artículo 26 y 27 de la Convención de Viena:** Está ratificado y vigente en Perú. El primer artículo consagra el principio Pacta Sunt Servanda, el segundo artículo consagra las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, implica el respeto y garantía de los mismos sin alegar o justificar una transgresión fundada en la legislación interna.

3.2.1.2.3. **El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art 2)** contiene las obligaciones de los Estados, la que en concordancia con el artículo 44 de la Constitución del Perú, constituye la pauta interpretativa mandatoria de la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena vigencia de los DDHH.

- 3.2.1.2.4. **Artículo 15 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT:** que impone el deber de la consulta previa para los Estados, rige en Perú por la resolución administrativa n°26253. Dicho artículo requiere a los Estados que lleven a cabo consultas a los pueblos indígenas antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.
- 3.2.1.2.5. **Artículo 32 inciso 2 de la Declaración de Naciones Unidas en concordancia con el artículo 15 del Convenio n°169 de la OIT:** señala que la consulta debe realizarse antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos.
- 3.2.1.2.6. **Corte IDH. Caso Samiraka vs Surinam:** Consulta previa y consentimiento es aplicable a acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas. En el caso concreto, las comunidades de Atuncolla son afectadas por la concesión de los recursos mineros debajo de su territorio, sufriendo un menoscabo en el mismo.

3.2.2. Argumentos procesales

- 3.2.2.1. Normativa y jurisprudencia nacional
- 3.2.2.1.1. **Artículo 1 segundo párrafo de la Ley n°28.237 (Código Procesal Constitucional Peruano):** “El presente Código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202 inciso 3) de la Constitución.”
- 3.2.2.2. Normativa y jurisprudencia internacional
- 3.2.2.3. **Artículo 6 numeral 6.1 literal a) del Convenio n°169 de la OIT:** “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;”
- 3.2.2.4. **Artículo 15 del Convenio n°169 de la OIT:** señala que se deben proteger especialmente los derechos de los pueblos sobre los recursos naturales en sus tierras, incluyendo su participación en el uso, administración y conservación de estos. Si

los recursos pertenecen al Estado, se debe consultar a los pueblos antes de iniciar actividades de exploración o explotación, para evaluar posibles perjuicios. Además, los pueblos deben participar en los beneficios y recibir compensación justa por cualquier daño causado.

3.3. Elementos probatorios clave:

3.3.1 Certificados de títulos de concesión minera:

Se ha acreditado de manera fehaciente que las concesiones mineras otorgadas por los demandados a la empresa denunciada fueron realizadas sin haberse llevado a cabo el proceso de consulta previa, libre e informada a las comunidades indígenas demandantes, en contravención del marco constitucional y del derecho internacional aplicable a los pueblos indígenas

3.3.2 Resolución de Presidencia n°123-2014-INGEMMENT/PCD:

Acredita la caducidad de las concesiones mineras.

3.3.3 Fundamento jurídico número sesenta y dos de la sentencia del expediente n°05427-2009-PC/TC: declara no idóneos e inclusive ilegales los argumentos del abogado de la denunciada civilmente BHPWEI, señalando que los mismos son incompatibles con el derecho a consulta previa previstos en los artículos 6 numeral 6.1 literal a) y artículo 15 del Convenio n°169 de la OIT, el artículo 27 de la Convención de Viena y concordante con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política vigente y del artículo V del Título Preliminar de la Ley n°28.237.

4. Sentencia

4.1. Hechos en controversia

Forma

- ¿Es procedente la acción de amparo promovida por las comunidades?
- ¿Es exigible la ley de consulta previa respecto de concesiones mineras?
- ¿El título de concesión minera transgrede el convenio n°169 de la OIT?
- ¿Las normas reglamentarias contenidas en los decretos supremos números 028-2008-EM y 012-2008-MEM son idóneas y válidas para justificar la ausencia de práctica de consulta previa?
- El acto administrativo de otorgamiento de concesión minera, ¿autoriza el inicio de actividades de exploración o explotación minera?

Fondo

- ¿Era necesaria la consulta previa en el caso concreto?
- ¿Se acreditó adecuadamente la supuesta vulneración al derecho a la consulta previa?

- ¿Existe peligro de daño a las comunidades?

4.2. Motivación de la sentencia

4.2.1. Fundamento Normativo

4.2.1.1.1. **Artículo 1 segundo párrafo de la Ley n°28.237 (Código Procesal Constitucional Peruano):** “El presente Código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202 inciso 3) de la Constitución.”

4.2.1.1.2. **Artículo 6 numeral 6.1 literal a) del Convenio n°169 de la OIT:** “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;”

4.2.1.1.3. **Artículo 15 del Convenio n°169 de la OIT:** señala que se deben proteger especialmente los derechos de los pueblos sobre los recursos naturales en sus tierras, incluyendo su participación en el uso, administración y conservación de estos. Si los recursos pertenecen al Estado, se debe consultar a los pueblos antes de iniciar actividades de exploración o explotación, para evaluar posibles perjuicios. Además, los pueblos deben participar en los beneficios y recibir compensación justa por cualquier daño causado.

4.2.1.1.4. **Fundamento jurídico número sesenta y dos de la sentencia del expediente n°05427-2009-PC/TC:** declara no idóneos e inclusive ilegales los argumentos del abogado de la denunciada civilmente BHPWEI, señalando que los mismos son incompatibles con el derecho a consulta previa previstos en los artículos 6 numeral 6.1 literal a) y artículo 15 del Convenio n°169 de la OIT, el artículo 27 de la Convención de Viena y concordante con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política vigente y del artículo V del Título Preliminar de la Ley n°28.237.

4.2.2. Razonamiento

-Según certificados expedidos por INGEMMET respecto de las concesiones mineras, los demandados y denunciada civilmente no negaron su existencia a través de sus escrito de absolución de traslado de la demanda, netamente se limitaron a justificar tal medida

señalando “la sola concesión no estaría sujeta a la consulta previa”. Por consiguiente, estas expresiones se aprecian como declaración asimilada conforme al artículo 22.1 del Código Procesal Civil.

-En cuanto a las afirmaciones de los demandados tendientes a que los demandantes no acreditaron lesión alguna productos de las concesiones mineras y que el solo título de concesión no implica una agresión o vulneración a sus derechos tras ser insuficientes para la realización de cualquier actividad de exploración y explotación, el tribunal estima que tales argumentos no tiene asidero en el ordenamiento jurídico de la república del Perú, si no que son violatorias del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, concordar con el artículo 32 ins 2 de la Declaración de las Naciones Unidas y del fundamento jurídico número 00022-2002-PI/TC.

-En virtud del artículo 15 del Convenio n°169 de la OIT señala que se deben proteger especialmente los derechos de los pueblos sobre los recursos naturales en sus tierras, incluyendo su participación en el uso, administración y conservación de estos. Si los recursos pertenecen al Estado, se debe consultar a los pueblos antes de iniciar actividades de exploración o explotación, para evaluar posibles perjuicios. Además, los pueblos deben participar en los beneficios y recibir compensación justa por cualquier daño causado.

4.3. Aplicación del control de convencionalidad

La consulta previa constituye un derecho humano fundamental de los pueblos indígenas u originarios, reconocido a nivel internacional en el artículo 15 del Convenio de 169 de la OIT, concordante con el artículo 32 inc 2 de la Declaración de las Naciones Unidas. Este derecho no es solo un procedimiento administrativo, sino una expresión concreta del respeto a la autodeterminación, identidad cultural, integridad territorial y participación efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan. A su respecto, el Estado del Perú en lo tendiente al otorgamiento de concesiones otorgadas dentro de los territorios de comunidades indígenas, transgrede y viola las normas en comento, excusándose en la aplicabilidad de su legislación interna para justificar el incumplimiento de la normativa internacional, muy en particular, en normas reglamentarias contenida en los decretos supremos números 028-2008-EM y 012-2008-MEM, violando así, el artículo 21 (Derecho a la propiedad privada), el artículo 1 y artículo 2 de la CADH.

4.4. Desarrollo del derecho en cuestión

Se desarrolló el derecho a consulta previa a la luz de la concesión de territorios pertenecientes a comunidades indígenas, en donde conforme a

los hechos del caso, se evidencia una clara violación a los artículos 6 numeral 6.1 literal a) y el artículo 15 del Convenio n°169 de la OIT y al artículo 1 segundo párrafo de la Ley n°28.237 (Código Procesal Constitucional Peruano).

4.5. Resultado (medidas ordenadas)

Se admite la pretensión de los demandantes, se revoca la sentencia apelada y se reforma. Se declara fundada la acción de amparo promovida por las comunidades indígenas.

4.5.1. Ministerio de Energía y Minas e INGAMMENT, no vuelvan a incurrir en la inobservancia del Convenio n°160 OIT, de la Ley que desarrolla y del reglamento de ésta última. Esto es, otorgar títulos de concesión minera, sin que previamente haya realizado la consulta previa -como en el presente caso- bajo apremio de aplicar las medidas coercitivas que prevé el artículo 22 de la Ley n°28.237, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

4.5.2 Ordenaron devolver los autos.

5. Estado de ejecución de sentencia

5.1. Medidas ejecutadas

5.2. Medidas pendientes de ejecución

5.3. Obstáculos identificados

5.4. Litigio a nivel internacional