

Sede Central Puno - Plaza de Armas



NOTIFICACION N° 8644-2016-SP-CI

EXPEDIENTE	01846-2012-0-2101-JM-CI-03	SALA	1° SALA CIVIL - Sede Central
RELATOR	LUIS ARTETA LA TORRE	SECRETARIO DE SALA	JHON ALFONSO CHAIÑA VILCA
MATERIA	ACCION DE AMPARO		

DEMANDANTE	: APAZA QUISPE EUGENIO ADRIAN REP COMUNIDAD DE VIRGEN, Y OTROS
DEMANDADO	: MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS MINEM ,

DESTINATARIO APAZA QUISPE EUGENIO ADRIAN REP COMUNIDAD DE VIRGEN Y OTROS

DIRECCION LEGAL : **JR. AREQUIPA NRO. 345 QUINTO PISO ABOGADO CRISTOBAL YUGRA VILLANUEVA - PUNO / PUNO / PUNO**

Se adjunta Resolucion TREINTA Y NUEVE de fecha 14/11/2016 a Fjs : 13

ANEXANDO LO SIGUIENTE:

RES N ° 037, RES N ° 038,
SENTENCIA DE VISTA N ° 039 DE FECHA 14-11-16 Y SE ADJUNTA COPIA DE ESCRITO A FJS 07
(PARA MEJORAR RESOLVER VOTO DIRIMIENTE)

18 DE NOVIEMBRE DE 2016

Expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03.

Página 004.

Demandante : Eugenio Adrían Apaza Quispe y otros.
Demandada : Ministerio de Energía y Minas y otros.
Materia : Proceso de amparo.
Procede : Tercer Juzgado Especializado Civil de Puno.
Resolución N° : 037

Puno, treinta y uno de octubre
de dos mil dieciséis.

Proveyendo el escrito de registro N° 4158-2016, presentado por Eugenio Adrian Apaza Quispe, concedieron el uso de la palabra en el acto de la vista de la causa ante juez superior dirimiente por el lapso de cinco minutos.

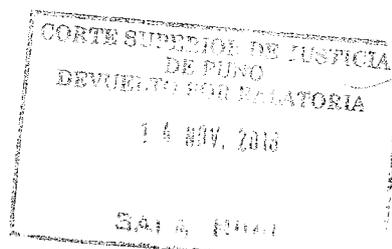
S.S.

QUINTANILLA CHACÓN

MAMANI COAQUIRA

MONZÓN MAMANI

Jhon Alfonso Chacina Vilca
SECRETARIO
SALA CIVIL DE PUNO



Expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03.

Página 004.

Demandante : Eugenio Adrián Apaza Quispe y otros.
Demandada : Ministerio de Energía y Minas y otros.
Materia : Proceso de amparo.
Procede : Tercer Juzgado Especializado Civil de Puno.
Resolución N° : 038

Puno, ocho de noviembre
de dos mil dieciséis.

Proveyendo el escrito de registro N° 4312-2016, presentado por la Procuraduría Pública del Ministerio de Energía y Minas; Téngase por apersonada a esta instancia; y téngase presente su informe escrito al momento de resolver; y, agréguese a sus antecedentes.

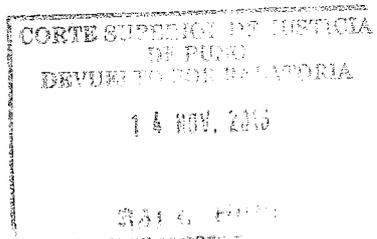
S.S.

QUINTANILLA CHACÓN

MAMANI COAQUIRA

MONZÓN MAMANI

Jhon Alfonso Chacón Vilela
SECRETARIO
SALA CIVIL DE PUNO



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
SALA CIVIL DE PUNO.

Expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03.

Página 004.

Demandante : Eugenio Adrián Apaza Quispe y otros.
Demandada : Ministerio de Energía y Minas y otros.
Materia : Proceso de amparo.
Procede : Tercer Juzgado Especializado Civil de Puno.
Ponente : J. S. Oswaldo Mamani Coaquira.
Voto discordante : J.S. Pánfilo Monzón Mamani

SENTENCIA DE VISTA

Resolución N° 039

Puno, catorce de noviembre
de dos mil dieciséis.

VISTOS; en audiencia pública: El recurso de apelación de las páginas setecientos veintidós al setecientos cuarenta, interpuesta por Eugenio Adrián Apaza Quispe, Vidal Pastor Tisnado, Simón Vilca Quispe, Gilberto Valdivia Colca, Donato Gutiérrez Vilca, Claudia Pastora López Choque, Tiburcio Quispe Apaza, Inocencio Luis Mamani Flores y otros, y la sentencia apelada número doscientos dieciocho guión dos mil catorce, contenida en la resolución número veintiséis de las páginas seiscientos noventa y siete al setecientos trece del treinta de diciembre de dos mil catorce, con el informe oral producido por los señores abogados Cristóbal Yugra Villanueva a favor de los demandantes y Álvaro Alejandro Tord Velazco a favor de la demandada BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal del Perú ('BHPWEI'), iniciando con la exposición del señor Juez Superior ponente, luego con la lectura y examen de la demanda y anexos, absolución de traslado de la demanda, de la misma sentencia y del recurso de apelación, indicados por el ponente; y, finalizado previo debate del asunto, con la votación de la causa y expedimos ésta resolución de vista.

ASUNTO:

Recurso de apelación de las páginas setecientos veintidós al setecientos cuarenta, interpuesta por Eugenio Adrián Apaza Quispe, Vidal Pastor Tisnado, Simón Vilca Quispe, Gilberto Valdivia Colca, Donato Gutiérrez Vilca, Claudia Pastora López Choque, Tiburcio Quispe Apaza, Inocencio Luis Mamani Flores y otros, en contra de la sentencia apelada número doscientos dieciocho guión dos mil catorce, contenida en la resolución número veintiséis de las páginas seiscientos noventa y siete al setecientos trece del treinta de diciembre de dos mil catorce, mediante la cual, el señor Juez del Tercer Juzgado Especializado Civil de esta provincia de Puno, falla declarando infundada demanda constitucional de amparo.

ANTECEDENTES:

El diecisiete de diciembre de dos mil doce, Simón Vilca Quisca, presidente en representación de la Comunidad de Palcamayo; Vidal Pastor Tisnado, presidente, en representación de la Comunidad de Trinidad de Moyogachi; Clinia Pastora López Choque, presidenta de la Comunidad de Colca; Tiburcio Quispe

Apaza, presidente en representación de la Comunidad de Patacancha; Andrés Donato López Neira, presidente y Donato Gutiérrez Vilca, Secretario, en representación de la Comunidad de Ticani Pampa; Pablo Quispe Pachacutec, presidente en representación de la Comunidad de San José de Principio de Santa Cruz; Eugenio Adrian Apaza Quispe, presidente en representación de la Comunidad de Virgen Soledad de Cochela; Diomedes Asunción Quispe Quispe, presidente y Teófilo Tizanado Zapana, tesorero en representación de la Comunidad de San Jerónimo de Ullagachi; Adolfo Valerio Ticona Quispe, presidente de la Comunidad de Micaela Bastidas de Yanamojo; Gilberto Valdivia Colca, presidente en representación de la Comunidad de San Antonio de Umayo; e, Inocencio Luis Mamani López, presidente de la Comunidad de Jipa Grande y Chico; todos en representación de sus respectivas Comunidades del distrito de Atuncolla de la Región de Puno, promovieron demanda de las páginas ciento setenta y nueve al doscientos cuarenta y cuatro, sobre proceso constitucional de amparo, dirigida en contra del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET) y Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas, **pidiendo** al Juzgado de origen, mediante sentencia: a) Declare **fundada** la demanda y **ordene** que se realice proceso de consulta previa en las comunidades afectadas con el acto administrativo de concesión minera inconsulto, conforme al Convenio 169 OIT y la Constitución Política del Perú; b) En consecuencia **ordene** a todas las autoridades del Ministerio de Energía y Minas y de INGEMMET, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, **ordenen suspender** las actividades de exploración y explotación que estén realizando o vayan a realizar el desarrollo de la concesión minera antes referida; c) **Ordenar** al Ministerio de Energía y Minas y a INGEMMET **realicen** la consulta previa y que obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por las actividades de exploración y explotación de las concesiones mineras, de conformidad con la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta aprobado por Decreto Supremo número 001-2012-MC y el artículo 29.2 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas; d) **Ordenar** al Ministerio de Energía y Minas y al INGEMMET que al momento de realizar el proceso de consulta y en caso de consentimiento de los pueblos indígenas de la exploración y explotación de las concesiones mineras, se fije de qué forma las Comunidades Campesinas se van a beneficiar de la actividad minera; e) **Tutelar** su patrimonio cultural, reconocidos y no reconocidos, asegurándose la protección de los restos arqueológicos ubicados en las Comunidades del Distrito de Atuncolla; y, f) **Asegurar** y **garantizar** el derecho de las Comunidades Campesinas en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica, por las razones que exponen en dicha demanda.

Admitida que fue la demanda por resolución número cero uno de las páginas doscientos cuarenta y cinco al doscientos cuarenta y siete del veintiséis de diciembre de dos mil doce, la Procuraduría Pública a cargo de la Defensa Jurídica del Ministerio de Energía y Minas, mediante el escrito de las páginas doscientos sesenta y tres al doscientos sesenta y siete, absolvió el traslado de la demanda, **pidiendo** al Juzgado declare **infundada** la demanda, en lo esencial, señalando que 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; y, en el primer otrosí del mismo escrito, interpone denuncia civil en contra de la empresa minera BH Billiton World Exploration Inc. Sucursal Perú, la cual es declarada procedente por resolución número cero tres de las páginas doscientos sesenta y ocho al doscientos setenta del diecisiete de abril de dos mil trece.

INGEMMET también absolvió el traslado de la demanda, mediante el escrito de las páginas doscientos setenta y dos al doscientos noventa y ocho, contradiciendo la demanda, **pidiendo** al juzgado se tenga por contestada la misma, en concreto, porque 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; y, finalmente, la emplazada BHP Billinton World Exploration Inc. Sucursal del Perú ('BHPWEI'), mediante escrito de las páginas cuatrocientos veinticinco al cuatrocientos cincuenta y seis, **pidió** al Juzgado declare **infundada** la demanda, en síntesis, porque la empresa demandada sólo ostenta la titularidad de las concesiones mineras cuestionadas, puesto que no ha continuado con las etapas correspondientes al proceso necesario para la obtención de autorización para la realización de actividades mineras (exploración y extracción); y, la regulación del derecho a la consulta previa contenido en la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, no es exigible a los efectos de otorgar una concesión minera, puesto que la concesión minera es insuficiente para la realización de cualquier actividad de exploración o de explotación.

CONSIDERANDO:

Primero.- Delimitación del petitorio:

Los demandantes en su recurso de apelación de las páginas setecientos veintidós al setecientos cuarenta, **pretenden** que la Sala que integramos, **revoque** la apelada y "*se proceda con la evaluación de la controversia de fondo*" (sic) —véase el párrafo tercero del apartado I del petitorio de la página setecientos veintitrés y párrafo primero del apartado IV de la pretensión impugnatoria de la página setecientos treinta y nueve—, entre otros, porque: **a)** Sobre '*la naturaleza de la concesión no establece que la concesión es una técnica reconocida en el derecho administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, pues es siempre un acto constitutivo de derechos*' (sic), así habría establecido el Tribunal Constitucional en el expediente número 0048-2004-PI/TC (fundamentos 100 al 103); **b)** El artículo 6 del Convenio 169 OIT, establecería que el criterio para consultar una medida administrativa es que esta sea susceptible de afectarse directamente; **c)** La Corte Interamericana de Derechos Humanos, dio ejemplos de medidas estatales que requieren consulta previa, como en el caso Saramaka; igualmente, señaló que la consulta procede cuando se afecta derechos o intereses: "*La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas*"; por lo que, los demandantes son afectados por la concesión de los recursos mineros debajo de su territorio, menoscabo que se produce con la concesión minera; **d)** La finalidad de concesión minera es la actividad extractiva, pues *tarde o temprano* habrá de realizarse en caso que haya yacimientos minerales que explotar (sic); **e)** En el considerando quinto de la

sentencia apelada, concluiría que "la concesión minera no constituye una medida que afecte a los pueblos indígenas" y que además "la consulta previa se haría antes de la exploración y no antes de la concesión", lo que resultaría inconstitucional e incompatible con la regla jurídica vinculante de rango constitucional, que establece que la consulta se debe realizarse antes del primer acto administrativo y no luego de este, ello **se colegiría** del artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT y así como del artículo 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, que transcribe: "La **consulta debe realizarse antes de aprobar cualquier proyecto que afecta a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos**", norma desarrollada en la Ley número 29785, Ley de Consulta Previa; **f)** La expedición de una concesión por parte de INGEMMET, constituiría una afectación directa y objetiva al derecho de propiedad y al derecho al territorio de los pueblos indígenas; en el caso de la actividad minera, constituiría una amenaza cierta e inminente al derecho a los recursos naturales de los pueblos indígenas, así como al derecho a vivir en medio ambiente adecuado y equilibrado de los mismos (sic); y, **g)** La Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales número 26821, en su artículo 23, prevé: "La **concesión aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y en consecuencia propiedad de los frutos y productos a extraerse**", idea que se reiteraría en el artículo 10 del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo número 014-92-EM.

Segundo.- Marco normativo y jurisprudencial aplicables al caso.

2.1 Procedencia del amparo.

2.1.1 El artículo 200 inciso 2º párrafo primero de la Constitución Política del Perú de mil novecientos noventa y tres, concordante con los artículos II del Título Preliminar y 1 de la Ley número 28237, **al consagrar a la acción de amparo**, como una de las garantías constitucionales, **establece que procede** contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución; y, **son fines** de los procesos constitucionales y por consiguiente del proceso de amparo, **garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva** de los derechos constitucionales y además la **de proteger** los referidos derechos constitucionales, **reponiendo** las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; o, si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, **declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión**, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

2.1.2 No debemos dejar de mencionar, que el acto lesivo debe ser personal, directo, concreto, manifiestamente ilegítimo e incontrastable, de naturaleza ilegal, notoria y arbitrario, y además el perjuicio debe ser real, efectivo,

tangible e ineludible, que ataque un derecho constitucional líquido, cierto e incontestable.

2.1.3 La precitada norma constitucional, en cuanto a los supuestos de procedencia del proceso de amparo, es desarrollada por el legislador ordinario a través del artículo 37 de la Ley número 28237, de manera enunciativa (números apertus) y no taxativa (números clausus) del catálogo de derechos, conforme al artículo 3 de la precitada Constitución Política y consiguientemente objeto de protección por violación de los demás derechos que la Constitución y el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos los reconoce, siendo entre otros derechos objeto de protección en aquél proceso sencillo y rápido, los consagrados por los artículos 2 incisos 16° y 19°, 70, 66 párrafo y 67 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 21 de la Convención Americana, que reconoce el derecho a la propiedad privada, estableciendo: a) que “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al “interés social”; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de “utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.

2.2 Derecho Internacional de los Derechos Humanos y jurisprudencia de Tribunales sobre Derechos Humanos, su vigencia y eficacia en el Perú.

a) La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política vigente y el artículo V del Título Preliminar de la Ley número 28237, consagra prevé que los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, **deben ser obligatoriamente** interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte.

b) En efecto, la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y, el Perú, conforme tenemos expresado en el literal que precede, recogió aquella obligación jurídica en materia de derechos humanos, a través de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, de allí su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional, de manera tal, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales; asimismo, constituye **principio general** del derecho internacional, que **un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas** de Derecho Internacional.

c) El referido principio general del derecho internacional, está previsto en los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta y nueve¹, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo número 029-2000-RE del catorce de setiembre de dos mil y **vigente** en el país desde el catorce de octubre del año dos mil, en cuyo artículo 26, establece: “*Pacta Sunt Servanda: Todo tratado en vigor obliga a las partes*

¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En: Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Consulta: 7 de octubre de 2016, horas 7:55. Disponible en: <http://apci.gob.pe/IINNCU/archivos/COMPENDIO/PARTE%202/Convenci%C3%B3n%20de%20Viena%20sobre%20Tratados.pdf>.

y debe ser cumplido por ellas de buena fe"; y, el de 27, señala: "El derecho interno y la observancia de los tratados Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46"; siendo así, las obligaciones del Estado, en materia de derechos humanos, implican el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción.

d) Las obligaciones del Estado parte de los tratados, están enunciadas expresamente por los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las que a su vez constituyen, por ende, pauta interpretativa mandatoria dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, vale decir, la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

e) El Tribunal Constitucional, mediante reiterada y uniforme sentencias, entre otras, las que recayeron en los expedientes números 5854-2005-PA/TC² (fundamentos jurídico veintiocho), 2730-2006-AA/TC³ (fundamentos jurídicos nueve al doce al quince) y 1412-2007-AA/TC (fundamento jurídico diecinueve)⁴,

² Sentencia del Tribunal Constitucional, que recayó en el expediente N° 5854-2005-PA/TC (fundamentos jurídico veintiocho), de procedencia Piura, caso Lizana Puelles vs Jurado Nacional de Elecciones (JNE), sobre proceso de amparo, su 8 de noviembre de 2005. Consulta: 7 de octubre de 2016, horas 8:00. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.html>. Sostuvo: "Es en base a tales premisas que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referir (entre otras, en la STC 2409-2002-AA) que detrás del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. De conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho derecho constituye parte del núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio. Debe recordarse, asimismo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de condenar y sancionar a Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, justamente, por permitir que sus máximos órganos jurisdiccionales electorales se encuentren exentos de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas".

³ Sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 2730-2006-AA/TC (fundamentos jurídicos 9 al 12), de procedencia Lambayeque, caso Castillo Chirinos vs Jurado Nacional de Elecciones (JNE), sobre proceso de amparo, su fecha 21 de julio de 2006. Consulta: 7 de octubre de 2016, horas 8:04. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.html>. Sostuvo: "Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional (artículo 55° de la Constitución), sino que la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución -en cuanto dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú- exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder. El Estado peruano no sólo ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (12 de julio de 1978), sino que, en observancia de su artículo 62.1^b, mediante instrumento de aceptación de fecha 21 de enero de 1981, ha reconocido como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH o "la Corte"), para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana (en adelante, la Convención) que le sea sometido (artículo 62.3 de la Convención). En dicha perspectiva, las obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no sólo se extiendan al contenido normativo de la Convención strictu sensu, sino a la interpretación que de ella realiza la Corte a través de sus decisiones. En ese sentido, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPConst). La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutoria (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal".

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, que recayó en el expediente N° 1412-2007-AA/TC (fundamento jurídico diecinueve), de procedencia Lima, caso Lara Contreras vs Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), sobre de amparo, su fecha 11 días del mes de febrero de 2009. Consulta: 7 de octubre de 2016, horas 8:08. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01412-2007-AA.html>. El Tribunal Constitucional, expresó: "Esto trae a colación lo que el propio Tribunal Constitucional ya ha expresado en la STC 2730-2006-AA/TC "... no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribire a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda

estableció, entre otros, el ejercicio interpretativo que realice el órgano jurisdiccional del Estado, para determinar el contenido constitucionalmente protegidos de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones, así como **beneficiarse** de la jurisprudencia que genere sobre el punto en los países parte del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares también puede dar alcance y contenido más precisos a las normas sobre derechos humanos; y, el mismo Tribunal Constitucional, en torno a las interpretaciones de los derechos fundamentales llevadas a cabo por los tribunales internacionales, señaló que no alude a la relación de jerarquización formalizada (entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos), sino a una relación de cooperación en la interpretación por homine de los derechos fundamentales, **resaltando** que **no puede olvidarse** que el artículo 29 literal b) de la Convención Americana de los Derechos Humanos, **proscribe** a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, **limitar** el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; y, finalmente, el citado Tribunal Constitucional, es concluyente en señalar que los derechos reconocidos por los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales, son, por así decirlo, un punto de partida, un referente "**mínimo indispensable**", en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea sumando derechos "**nuevos**" inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es, en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta.

2.3 Convenio número 169 de la OIT y la Consulta Previa.

a) El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), fue adoptado en Ginebra en mil novecientos ochenta y nueve y entró en vigor en mil novecientos noventa y uno; en el Estado peruano, ha sido aprobado a través de la Resolución Legislativa número 26253 del dos de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro y **vigente** a partir del dos de febrero de mil novecientos noventa y cinco; es decir, desde aquella fecha, **transcurrió** más de veinte años de vigencia.

b) El Tribunal Constitucional, invocando el fundamento jurídico número diez de la sentencia del expediente número 0022-2009-PI/TC, caso Tuanama, en los fundamentos jurídicos números nueve y diez de la sentencia que recayó en el expediente número 05427-2009-PC/TC⁵, sostuvo: "(...), como es el caso del

estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". Ello significa, por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia de este Tribunal, también es observada por la Corte. Como bien señala Cecilia Medina "... las fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente, y éstas, a su vez, influyen y son influidas por las fuentes domésticas... La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los países parte del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares también puede dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos. Mirando esto desde otro ángulo, el juez nacional, al interpretar una norma de derechos humanos nacional, también debe tener en consideración las normas internacionales y la jurisprudencia internacional...".

⁵ Fundamentos jurídicos 9 y 10 de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 05427-2009-PC/TC, procedencia Lima, caso Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP) vs Ministerio de Energía y Minas, sobre proceso de

Convenio N° 169 de la OIT. Al respecto, debe recordarse que, conforme lo ha señalado este Colegiado en reciente jurisprudencia, el **Convenio 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 infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar nuestro ordenamiento jurídico, incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional (fuerza activa) (STC 0022-2009-PI/TC, Caso Tuamama, FJ. 10). No obstante ello, este Colegiado considera que el hecho de que el mandato cuyo cumplimiento se pretende se encuentre inserto en un tratado de derechos humanos y ostente, por ello, rango constitucional, antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representa más bien un argumento de fuerza para requerir judicialmente su efectivización (...). En consecuencia, el Convenio número 169, **vincula** a todos los poderes públicos y no sólo al legislador o al Juez, sino al Poder Ejecutivo, por ende, al demandado Ministerio de Energía y Minas, por estar vinculado el ámbito de su competencia con los temas de proyectos de exploración y explotación minera e hidrocarburos.

c) El Convenio número 169, en el Estado peruano, es desarrollado mediante la Ley número 29785, publicada en el diario oficial "El Peruano" el siete de setiembre de dos mil once, en cuyo artículo 4 inciso a), prevé: "**Los principios rectores del derecho a la consulta, vienen a ser, entre otros: Oportunidad.** El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales"; este principio de oportunidad, al decir de Ruiz Molleda⁶, esto es clave y no estaba muy claro en el Convenio 169 de la OIT, recoge en realidad una regla que el TC, la Corte IDH, CEACR y los diferentes pronunciamientos del Relator de la Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas precisaron; el requisito de oportunidad, es en realidad un requerimiento que pone a prueba si existe una real intención de realizar proceso de consulta previa, o sin en realidad se quiere cumplir una formalidad carente de sentido; agrega, la **idea de hacer antes** es precisamente porque se considera importante la opinión de los pueblos indígenas, y se espera escuchar a los pueblos indígenas con miras a incorporar sus planteamientos y eventualmente reformular el proyecto e incluso desistir de su realización; el mismo nombre de "**consulta previa**", sugiere que es antes de que se tome la decisión y no posteriormente; y, **en aquellos casos en que se continúe con el proyecto sin consulta**, el Juez constitucional **tendrá que suspender** el acto administrativo inconsulto hasta que se consulte tal como lo ha hecho la Corte Constitucional de Colombia en el caso T guión setecientos sesenta y nueve de dos mil nueve.

d) El artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, requiere a los Estado que llevan a cabo consultas con los pueblos indígenas "**antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras**"; éste artículo sobre la oportunidad de la consulta, concordante con el artículo 32 inciso 2° de la Declaración de Naciones Unidas, que establece: "**La consulta debe realizarse antes de aprobar cualquier proyecto que afecta a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos**"; y, el Tribunal Constitucional, en torno a aquéllas normas de Derecho

cumplimiento, su fecha 30 de junio de 2010. Consulta: 7 de octubre de 2016, 08:10. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.html>.

⁶ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *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 – Perú: Instituto de Defensa Legal y Fundación Hanns Seidel, 2012, p. 103.

Internacional de Derechos Humanos, específicamente sobre el principio constitucional de implementación previa del proceso de consulta, a través del fundamento jurídico treinta y seis de la sentencia del expediente número 00022-2009-PI/TC⁷, sostuvo: *“Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan”*.

e) A mayor abundamiento de los argumentos en cuanto a la oportunidad de la consulta previa, tenemos al mismo Ruíz Molleda, quien en su obra⁸, inserta dos informes de la CIDH y transcribe: *“La consulta, para ser previa, debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución. Los procedimientos de consulta se deben desarrollar ‘antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación’ de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas”; y, agrega: “En cuanto a los proyectos y concesiones de explotación o extracción de los recursos naturales en territorios indígenas, la consulta debe realizarse desde que se realiza la evaluación misma del otorgamiento de la concesión: Los Estados deben garantizar, de antemano, 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”*.

f) La Sala que integramos, **no niega** que en la República del Perú, hubo hasta dos Decretos Supremos, signados con los números 028-2008-EM y 012-2008-MEM, a todas luces **ilegales** (contrario al artículo 4 inciso a) de la ley número 29785) e **incompatibles** con el derecho de consulta toda vez que sólo admiten la consulta previa a partir de la explotación en el caso de la minería y de la negociación en el caso de hidrocarburos o reconocen la posibilidad de realizar la consulta con los pueblos indígenas, no al inicio de la actividad minera y de hidrocarburos como corresponden al carácter “previo” de la consulta y con la propia naturaleza y esencia de la consulta, sino cuanto éste ya se inició, lo cual violenta el principio de oportunidad de la consulta; es decir, las normas reglamentarias que reseñamos, **admiten** consulta previa a partir de la explotación no durante la concesión, lo que evidencia negativa a la consulta previa y a la participación ciudadana al momento de la concesión, reconociendo esa participación desde la etapa de explotación.

g) Las normas reglamentarias que reseñamos en el literal f) que antecede, a criterio de la Sala que integramos, es absolutamente incompatible con el concepto de consulta “previa” que desarrollamos a la luz de los tratados del Derecho Internacional de Derechos Humanos, Convenio número 169 de la OIT,

⁷ Fundamento N° 36 de la sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 00022-2009-PI/TC, caso TUANAMA TUANAMA y más de 5000 Ciudadanos vs Poder Ejecutivo, sobre la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1089, su fecha 09 de junio de 2010. Consulta: 7 de octubre de 2016, horas 8:30. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>.

⁸ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. Ob. cit., pp. 108 y 109.

de la Constitución Política del Perú vigente, jurisprudencias supranacional y del Tribunal Constitucional, respectivamente, porque lo "previo" alude a que la consulta debe hacerse desde el inicio y **no** cuando está en plena implementación de las medidas administrativas que afecta a los pueblos indígenas, de allí que, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, en su informe del veinticuatro de abril de dos mil nueve, afirma que uno de los principios internacionales aplicables a la consulta, es el que precisa que la consulta debe realizarse con carácter "previo", lo que implica que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso, de allí que, dichos decretos supremos, no cumplen con el Convenio 169 de la OIT y por eso es puesto en cuestión por el propio **Tribunal Constitucional**, en el fundamento jurídico número sesenta y dos de la reseñada y transcrita sentencia del expediente número 05427-2009-PC/TC, luego de haber formulado un cuadro de reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo, sobre la consulta previa y **aludiendo**, entre otros, a los mencionados decretos supremos, **concluye** que "*ninguno de ellos (reglamentos)*", emitidos hasta la emisión de la sentencia, **han logrado** a desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT; agrega, los referidos dispositivos reglamentarios, tan sólo se limitan a habilitar "*talleres informativos*" con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado, porque entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas; así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho de participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación.

En **conclusión** 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 faculten el inicio de la actividad de exploración o explotación, **más no** después de otorgada la concesión.

Tercero. - Análisis del caso.

3.1 Pretensión postulada por las partes del proceso.

3.1.1 En el párrafo primero de los antecedentes de esta resolución, reseñamos que los demandantes Simón Vilca Quisca, presidente en representación de la Comunidad de Palcamay; Vidal Pastor Tisnado, presidente, en representación de la Comunidad de Trinidad de Moyogachi; Clinia Pastora López Choque, presidenta de la Comunidad de Colca; Tiburcio Quispe Apaza, presidente en representación de la Comunidad de Patacancha; Andrés Donato López Neira, presidente y Donato Gutiérrez Vilca, Secretario, en representación de la Comunidad de Ticani Pampa; Pablo Quispe Pachacutec, presidente en representación de la Comunidad de San José de Principio de Santa Cruz; Eugenio Adrián Apaza Quispe, presidente en representación de la Comunidad de Virgen Soledad de Cochela; Diomedes Asunción Quispe Quispe, presidente y Teófilo Tiznado Zapana, tesorero en representación de la Comunidad de San Jerónimo de Ullagachi; Adolfo Valerio Ticona Quispe, presidente de la Comunidad de Micaela Bastidas de Yanamojo; Gilberto Valdivia Colca, presidente en representación de la Comunidad de San Antonio de Umayo; Inocencio Luis Mamani López, presidente de la Comunidad de Jipa Grande y Chico; todos en

representación de sus respectivas Comunidades del distrito de Atuncolla de la Región de Puno, promovieron demanda de las páginas ciento setenta y nueve al doscientos cuarenta y cuatro, sobre proceso constitucional de amparo, dirigida en contra del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET) y Procurador Público del ministerio de Energía y Minas, **pidiendo** al Juzgado de origen, mediante sentencia: **a)** Declare **fundada** la demanda y **ordene** que se realice proceso de consulta previa en las comunidades afectadas con el acto administrativo de concesión minera inconsulto, conforme al Convenio 169 OIT y la Constitución Política del Perú; **b)** En consecuencia **ordene** a todas las autoridades del Ministerio de Energía y Minas y de INGGEMMET, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, **ordenen suspender** las actividades de exploración y explotación que estén realizando o vayan a realizar el desarrollo de la concesión minera antes referida; **c)** **Ordenar** al Ministerio de Energía y Minas y a INGGEMMET **realicen** la consulta previa y que obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por las actividades de exploración y explotación de las concesiones mineras, de conformidad con la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta aprobado por Decreto Supremo número 001-2012-MC y el artículo 29.2 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas; **d)** **Ordenar** al Ministerio de Energía y Minas y al INGGEMMET que al momento de realizar el proceso de consulta y en caso de consentimiento de los pueblos indígenas de la exploración y explotación de las concesiones mineras, se fije de qué forma las Comunidades Campesinas se van a beneficiar de la actividad minera; **e)** **Tutelar** su patrimonio cultural, reconocidos y no reconocidos, asegurándose la protección de los restos arqueológicos ubicados en las Comunidades del Distrito de Atuncolla; y, **f)** **Asegurar y garantizar** el derecho de las Comunidades Campesinas en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica, por las razones siguientes: **a)** Señalan que el cien por ciento de las comunidades demandantes han sido concesionadas, títulos de concesión no les fueron notificados, efectuándose sólo las publicaciones en diarios de la región, los que nunca llegaron a las comunidades; **b)** Hechos que han impedido el acceso y conocimiento las concesiones; **c)** Las comunidades recién se enteraron de las concesiones cuando los ingenieros empezaron a realizar actividades de observación sin respetar las costumbres y sin permiso de acceso a sus tierras de propiedad comunal; **d)** Las concesiones mineras ponen en peligro, un conjunto de derechos y su subsistencia, y el haberse otorgado concesión a favor de la empresa BHP Billiton World Exploration Inc Sucursal del Perú, pone en grave peligro su subsistencia y la existencia de las comunidades campesinas, afectando su agricultura y ganadería; **e)** Deben tener presente que los recursos hidrobiológicos, son protegidos conforme a la Resolución Jefatural número 054-96-INRENA, existiendo antecedentes de la afectación de las comunidades campesinas, como indicios a ser amenazados con la contaminación en el distrito de Atuncolla y en especial contaminará al Lago Umayo, fuente de sustento y vida para sus pueblos y comunidades campesinas; afectándose inclusive restos y sitios arqueológicos como las chullpas, los cerros sagrados que existen en el distrito de Atuncolla; y, **f)** Amparan su pretensión en el Convenio 169 de la OIT, sentencias del Tribunal Constitucional y el artículo 82° del Código Procesal Constitucional.

3.1.2 También dijimos que el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos de dicho sector, absolvió el traslado de la demanda por escrito de las páginas doscientos sesenta y tres al doscientos sesenta y ocho, **pidiendo** al Juzgado de origen, declare **infundada** la demanda, en concreto, porque: **a) Admite** que las concesiones mineras son una figura mediante la cual el estado da el derecho a un tercero para las actividades de exploración y explotación que permitan el aprovechamiento de los minerales que se encuentran en el subsuelo del territorio nacional; y, como de la existencia del Convenio 169 de la OIT, que sensibilizaría y reconocería los derechos de los pueblos indígenas, entre otros, de sus tierras y territorios y el que en su artículo 4, señalaría que la consulta debe realizar con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera; y, **b)** La parte accionante no señalaría en su extensa argumentación de la demanda, si la empresa minera inició o no actividades de exploración de manera cierta, menos si se ha aprobado algún estudio impacto ambiental a favor de la citada empresa; por lo tanto, **no acreditaría** lesión a su derecho a la consulta previa y menos que el área concesionada pueda poner en peligro sus costumbres, cultura o subsistencia de la parte demandante; por su parte, INGEMMET también absolvió el traslado de la demanda, en lo esencial sostuvo que no habría incurrido 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 el acto administrativo de otorgamiento de título de concesión minera, no autorizaría el inicio de actividades de exploración o explotación minera; y, la denunciada civilmente BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal del Perú ('BHPWEI'), previamente propuso las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa y de prescripción extintiva, luego absolvió el trámite de traslado de la demanda, **pidiendo** al Juzgado de origen, declare **infundada** la demanda, en lo esencial -- véase el resumen del numeral quince de la página cuatrocientos cuarenta y uno --, porque: **a) Admite** que sólo ostenta la titularidad de las concesiones mineras cuestionadas, no ha continuado con las etapas correspondientes al proceso necesario para obtener autorización para la realización de actividades mineras (exploración y extracción); **b)** El derecho a la consulta previa, contenida en la Ley y su reglamento, no sería exigible a los efectos de otorgar una concesión minera, puesto que la concesión minera sería insuficiente para la realización de cualquier actividad de exploración o de explotación, puesto que requeriría la aprobación de la certificación ambiental y de la resolución que autorice el inicio de las actividades mineras; y, **c)** Insiste que no sería exigible la consulta previa frente al otorgamiento de la concesión minera.

3.2 Fundamentos de la Sala para revocar la sentencia apelada.

a) En principio, **los demandantes** al promover su demanda de las páginas ciento setenta y nueve al doscientos cuarenta y cuatro, señalaron que los territorios comunales de la Comunidades Campesinas, a las que representan, han sido concesionadas, según la mapa y los certificados expedidos por INGEMMET, cuyas copias, están glosadas en las páginas doce al diecisiete, concesiones mineras denominadas: 'TOCONAO 0662, TOCONAO 0652, TOCONAO 0676, TOCONAO 0653, TOCONAO 0660 y TOCONAO 0675', **consentidos** en fechas tres de junio y ocho de julio del año dos mil once, respectivamente, respecto de los cuales y de las concesiones mineras, los demandados y la empresa denunciada civilmente, conforme tenemos reseñado en los dos sub numerales que preceden, **no negaron** a través de sus escritos de absolución de traslado de

la demanda, esto es, de manera expresa, inequívoca y cierta **admitieron** la existencia de las concesiones mineras, con la única justificación unánime que “*la sola concesión no estaría sujeta a la consulta previa*”. Esta afirmaciones así expresadas en lo esencial por las partes de éste proceso constitucional, **apreciamos** como declaración asimilada de las mismas, prevista en el artículo 221 del Código Procesal Civil, de observancia supletoria.

b) Las **afirmaciones** de los demandados: **Ministerio de Energía y Minas**, a través de la Procuraduría de éste sector, en el sentido que los demandantes “*no acredita lesión a su derecho a la consulta previa*” e INGEMMET que señala “*no encontrándose sujeto el título de concesión minera al procedimiento de consulta previa y el acto administrativo de otorgamiento de título de concesión minera, no autoriza el inicio de actividades de exploración o explotación minera*”; o, de la denunciada civilmente empresa minera, quien admitiendo ostentar la titularidad de las concesiones mineras cuestionadas, señala que “*no continúo con las etapas correspondientes al proceso necesario para la obtención de autorización para la realización de actividades mineras (exploración y extracción); y, la regulación del derecho a la consulta previa contenido en la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, no es exigible a los efectos de otorgar una concesión minera, puesto que la concesión minera es insuficiente para la realización de cualquier actividad de exploración o de explotación*”; no tienen asidero en el ordenamiento jurídico de la República del Perú, sino son manifiestamente violatorias del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, concordante con el artículo 32 inciso 2° de la Declaración de Naciones Unidas y del fundamento jurídico treinta y seis de la sentencia del expediente número 00022-2009-PI/TC, que reseñamos y transcribimos en el literal d) del sub numeral dos punto tres del considerando segundo de ésta sentencia de vista y actualmente del principio rector de la consulta previa establecido por el artículo 4 inciso a) de la Ley número 29785, Ley de desarrollo de aquél convenio.

c) El artículo 15 del Convenio número 169 de la OIT, por el **principio general** del Derecho Internacional de Derechos Humanos, en virtud del cual, “*un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional*”, previsto en los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo número 029-2000-RE del catorce de setiembre de dos mil y **vigente** en el país desde el catorce de octubre del año dos mil; y, por su rango constitucional según el intérprete supremo de la Constitución, no sólo es de ineludible u obligatorio cumplimiento, sino también tiene mayor fuerza vinculante para los poderes de Estado peruano (Ejecutivo–Ministerio de Energía y Minas, y Poder Judicial–jueces, entre otros) y organismos constitucionalmente constituidos (Tribunal Constitucional) y otros.

d) Además, las obligaciones del Estado parte de los tratados, en presente caso del Estado peruano (Ministerio de Energía y Minas), están enunciadas expresamente por los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; por ende, constituyen pauta interpretativa mandatoria dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, de allí que, en la sentencia apelada, era efectivamente de observancia e interpretación obligatorias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política vigente y del artículo V del Título Preliminar de la Ley número 28237, que consagra y prevé que los derechos fundamentales

reconocidos por nuestra Constitución, **deben ser obligatoriamente** interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte, todo ello aun cuando existiese legislación interna infra constitucional o infra legal, contrarias a dicho Convenio.

e) El Juez del Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de esta ciudad de Puno, en su sentencia apelada número doscientos dieciocho guión dos mil catorce de las páginas seiscientos noventa y siete al setecientos trece, en los considerando cuarto y sexto última parte, sostuvo y **específicamente** concluyó: "El acto administrativo de concesión minera, 'no implica' el inicio de actividades de exploración y explotación en los lugares concesionados, necesitándose trámites que darán lugar a permisos para el inicio de dichas actividades"; es decir, en términos muy similares de lo que expresó el señor abogado informante de la denunciada civilmente BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal Perú ('BHPWEI'), que tiene su sustento en normas reglamentarias, contenido en 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, que desarrollamos con amplitud en los literales del numeral dos punto tres, en particular en su literal d) del considerando segundo que precede y así como en observancia del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, concordante con a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política vigente y del artículo V del Título Preliminar de la Ley número 28237.

f) Durante la vista de la causa llevada a cabo en la Sala que integramos, específicamente en la etapa de preguntas del colegiado y debate, **oímos** del señor abogado de la empresa BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal Perú ('BHPWEI'), entre otros argumentos, que está de acuerdo que las concesiones mineras ya han caducado, **acreditada** por parte de las demandantes Comunidades Campesinas, a través de la Resolución de Presidencia número 123-2014-INGEMMET/PCD del veintidós de octubre de dos mil catorce, que presentaron como anexo de su escrito de conclusiones de defensa el veintiséis de julio último, por lo que, según el parecer del señor abogado de la citada empresa, la demanda de autos, carecería de sustento; sin embargo, la existencia de caducidad de las referidas concesiones mineras, en rigor de la verdad, no constituyen sustracción de la materia y menos cese de violación del derecho de consulta previa, cuya ausencia, denunciaron las demandantes, porque los demandados que concesionaron a la denunciada civilmente y sin consulta previa de las afectadas, **no hubo** una decisión voluntaria, oportuna, unilateral ni de buena fe de retractarse de la concesión minera mal hecha (apartar voluntariamente el caso objeto de la decisión judicial), sino caducidad declarada por causa imputable a la empresa concesionaria, quien no había oportunamente el derecho de vigencia de los años dos mil trece y dos mil catorce —véase el artículo primero de la aludida Resolución de Presidencia número 123-2014-INGEMMET/PCD—, de allí que, pese a la conformidad expresada por las partes del presente proceso constitucional, sobre

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 consagrados por los artículos 2 incisos 16° y 19°, 70, 66 párrafo y 67 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 21 de la Convención Americana.

En consecuencia y por las razones que expresamos en cada uno de los literales que preceden, nos corresponde revocar la apelada y declarar fundada, en cumplimiento del imperativo previsto por el artículo 1 párrafo segundo de la Ley número 28237.

g) Finalmente, estando a la razones que expresamos en cada uno de los literales que preceden y al resultado del examen de las documentales que adjuntó las demandantes a su demanda (certificados de títulos de concesión minera de las páginas doce al diecisiete), admitida la existencia de los mismos por los demandados en sus escritos de absolucón, **concluimos** que está fehacientemente **acreditada** que las concesiones mineras otorgadas por los demandados a la empresa denunciada civilmente, han sido sin consulta previa a las demandantes Comunidades Campesinas, en evidente **violación** de los artículos 6 numeral 6.1 literal a) y 15 del Convenio número 169 de la OIT, bajo el argumento que la sola concesión otorgada, no era suficiente para la realización de la consulta previa; es decir, concesionan territorios comunales de las demandantes, sin que éstas tengan conocimiento alguno y con la mera posibilidad de realizar dicha consulta previa, una vez que la concesionaria de inicio propiamente a la actividad minera de exploración y explotación.

En **conclusión** la sentencia apelada número doscientos dieciocho guión dos mil catorce, contenida en la resolución número veintiséis de las páginas seiscientos noventa y siete al setecientos trece del treinta de diciembre de dos mil catorce, **no corresponde** al mérito del proceso ni es conforme al Convenio número 169 de la OIT y así como del artículo 1 segundo párrafo de la Ley número 28237.

DECISIÓN:

Por estas consideraciones:

Primero.- Declararon **FUNDADO** en parte el recurso de apelación de las páginas setecientos veintidós al setecientos cuarenta, interpuesta por las Comunidades Campesinas demandantes, representadas por Eugenio Adrián Apaza Quispe, Vidal Pastor Tisnado, Simón Vilca Quispe, Gilberto Valdivia Colca, Donato Gutiérrez Vilca, Claudia Pastora López Choque, Tiburcio Quispe Apaza e Inocencio Luís Mamani López.

Segundo.- **REVOCARON** la sentencia apelada número doscientos dieciocho guión dos mil catorce, contenida en la resolución número veintiséis de las páginas seiscientos noventa y siete al setecientos trece del treinta de diciembre de dos mil catorce, mediante la cual, el señor Juez del Tercer Juzgado Especializado Civil de esta provincia de Puno, falla declarando infundada la

demanda constitucional de amparo de las páginas ciento setenta y nueve al doscientos cuarenta y cuatro, interpuesta por las Comunidades demandantes, con las demás que la contiene; y, **REFORMANDO** dicha sentencia, declararon **FUNDADA** la acción de amparo promovida por las Comunidades demandantes, por vulneración al contenido esencial del derecho a la consulta previa, mediante la demanda de las páginas ciento setenta y nueve al doscientos cuarenta y cuatro 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, como en el presente caso, bajo apremio de aplicarlos las medidas coercitivas que prevé el artículo 22 de la Ley número 28237, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar; y,

Tercero.- **ORDENARON** devolver los autos. T.R. Y H.S.

S.S.

QUINTANILLA CHACÓN

MAMANI COAQUIRA

COAGUILA SALAZAR.

Jhon Alfonso Chaiña Vilca
SECRETARIO
SALA CIVIL DE PUNO

VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR PÁNFILO MONZÓN MAMANI.

VISTOS:

1.- Asunto.

En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por los demandantes Eugenio Adrián Apaza Quispe, Vilca Pastor Tishado, Simón Vilca Quispe, Gilberto Valdivia Colca, Donato Gutiérrez Vilca, Claudia Pastora López Choque, Tiburcio Quispe Apaza e Inocencio Luis Mamani López, de fojas 722 a 742, así como los actuados en el presente proceso y el informe oral realizado en esta instancia por los abogados defensores de las partes.

2.- Petitorio contenido en la demanda.

Mediante escrito de fojas 179 a 244, Simón Vilca Quisca en representación de la Comunidad de Palcamayo y otros, interponen demanda constitucional de amparo por violación del derecho a la consulta previa y otros derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT, contra la omisión del Ministerio de Energía y Minas y del Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET) de realizar el proceso de consulta previa hasta la fecha antes del día de otorgar los título de concesiones mineras en favor de la BHP Billinton World Exploration INC. Sucursal Perú, **otorgándoles el derecho para la**

exploración y explotación de los recursos mineros existentes debajo del territorio de las Comunidades Campesinas recurrentes del Distrito de Atuncolla, Provincia y Región de Puno, en contra del Ministerio de Energía y Minas (MINEM) y del Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET), con notificación del Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas; peticionando, declarar fundada la demanda y ordenar que se realice proceso de consulta previa en las comunidades afectadas con el acto administrativo de concesión minera inconsulto, conforme a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas contenidos en el Convenio 169 de la OIT y en la Constitución; en consecuencia, ordenar a todas las autoridades del Ministerio de Energía y Minas y de INGEMMET ordenen suspender las actividades de exploración y explotación que se estén realizando o se vayan a realizar, en desarrollo de la concesión minera antes referida, ordenar al Ministerio de Energía y Minas y a INGEMMET que realice la consulta previa y que obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por las actividades de exploración y explotación de las concesiones mineras, de conformidad con la séptima disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento de la Ley de consulta aprobado por Decreto Supremo 001-201-MC y en consonancia con el artículo 29.2 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, ordenar al Ministerio de Energía y Minas y al INGEMMET que al momento de realizar el proceso de consulta y en caso de consentimiento de los pueblos indígenas de la exploración y explotación de las concesiones mineras, se fije de qué forma las comunidades campesinas se van a beneficiar de la actividad minera, tutelar sus patrimonios culturales, reconocidos y no reconocidos asegurándose la protección de los restos arqueológicos ubicados en nuestras comunidades del distrito de Atuncolla y, 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 manera natural y armónica, esto suponer, por tanto, el disfrute de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de dignidad; por tanto, solicitan se reponga el estado de las cosas hasta el momento anterior en que se produjo las violaciones de los derechos constitucionales invocados, es decir, que se suspenda la exploración y explotación de las concesiones mineras, hasta que no se realice el proceso de consulta y se garantice los demás derechos violados. Por los fundamentos de hecho y derecho que exponen.

3.- Resolución materia de impugnación.

Es materia de apelación, la Sentencia N° 218-2014, su fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, de fojas 697 a 713, que declara infundada la demanda constitucional de amparo de fojas ciento setenta y nueve a doscientos cuarenta y cuatro, interpuesta por Simón Vilca Quispe – Presidente en representación de la Comunidad de Palcamayo- y otros, en contra del Ministerio de Energía y Minas e Instituto Geológico Minero Metalúrgico, representados judicialmente por el Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas.

4.- Fundamentos del recurso de apelación y pretensión impugnatoria.

Los demandantes Eugenio Adrián Apaza Quispe y otros, fundamentan su recurso de apelación de modo poco preciso -principalmente- en que: **a)** Conforme establece el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, el criterio para consultar una medida administrativa, es que ésta sea susceptible de afectarles directamente a los pueblos indígenas, entendiéndose por afectación toda limitación o menoscabo de los derechos y de los intereses de los pueblos originarios, por ello en el caso de la comunidad campesina se afecta con la concesión de los recursos mineros debajo de su territorio, cuya actividad extractiva tarde o temprano habrá de realizarse en caso que haya yacimientos minerales que explotar; **b)** Se fundamenta en que la concesión minera no constituye una medida que afecte a los pueblos indígenas y que la consulta previa se hace antes de la exploración y no antes de la concesión, lo que es incompatible con la regla jurídica de rango constitucional que establece que la consulta debe realizarse antes del primer acto administrativo y no luego de ello, lo que se colige del artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT y del artículo 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas de los

Derechos de los Pueblos Indígenas, desarrollado por el artículo 4° de la Ley de Consulta, Ley N° 29785; y, c) La expedición de una concesión minera por parte de INGEMMET constituye una afectación directa y objetiva al derecho de propiedad y al derecho al territorio de los pueblos indígenas; en el caso de la actividad minera, constituye una amenaza cierta e inminente al derecho a los recursos naturales y al derecho a vivir en medio ambiente adecuado y equilibrado. Cuya pretensión impugnatoria es que, se revoque y se proceda a la evaluación de la controversia de fondo; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Del recurso de apelación y potestades de la instancia superior: Que, conforme dispone el artículo 364° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a los procesos constitucionales, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente; asimismo, el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 382° del mismo Código adjetivo.

SEGUNDO.- De los procesos constitucionales en general: Que, conforme dispone el artículo 1°, primer párrafo, del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales, entre ellos el proceso de amparo, tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. Proceden, cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona; cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización, como señala el artículo 2° del mismo Código.

Respecto a la finalidad de los procesos constitucionales, el Tribunal Constitucional ha señalado que, *"La finalidad de los procesos constitucionales, como el amparo, es la de proteger derechos de naturaleza constitucional y no de otra clase. Para estos efectos, se entiende por derechos constitucionales los derechos subjetivos que, o bien han sido reconocidos expresamente por la Constitución, o bien se tratan de atributos que, por su carácter esencial y desprenderse de principios jurídicos medulares del ordenamiento, pueden considerarse como tales, aun cuando la constitución no los haya reconocido expresamente, conforme lo dispone el artículo 3 del texto constitucional"*⁹; asimismo ha señalado que, *"En el proceso constitucional de amparo no se dilucida la titularidad de derechos, sino, sencillamente, se restablece su ejercicio. Por ello, que se encuentre fehacientemente acreditada dicha titularidad, es presupuesto procesal ineludible a efectos de poder ingresar a evaluar el fondo del asunto, con el propósito de determinar si el acto reclamado incide, o no, sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado"*¹⁰.

Además, en cuanto a la procedencia de los procesos constitucionales, es pertinente citar la siguiente jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, *"Sólo procede en caso de afectación directa de los derechos fundamentales (expresas o implícitas), implica, ante todo, determinar si la supuesta afectación en la que incurre el acto u omisión reputada de inconstitucionalidad, en efecto, incide, sobre el ámbito que resulta directamente protegido por dicho derecho"*¹¹.

TERCERO.- Del derecho a la consulta previa: Que, establece el artículo 19° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, *"Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medios de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar*

⁹ STC Expediente N° 00375-2000-AA/TC, de fecha 17 de agosto de 2000.

¹⁰ STC Expediente N° 3450-2004-AA/TC, de fecha 12 de enero de 2006.

¹¹ STC Expediente N° 1417-2005-AA/TC, de fecha 08 de julio de 2005.

medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

Por su parte, el artículo 6° del Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 1989, establece, “1. 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; (...)”.

Desarrollando el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarias respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente, establecidas en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253, en el artículo 2° de la Ley N° 29785 señala sobre el derecho a la consulta, “Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado”.

El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta, conforme ha precisado el Tribunal Constitucional, importa: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta; no formando parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta. En lo que respecta al primero, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho a la consulta sería pasible de ser afectado¹².

CUARTO.- Del análisis del caso de autos, consideraciones sobre el caso en concreto y absolución de los agravios de la apelación:

4.1.- Petitorio postulado en la demanda e itinerario del proceso.

1).- Del petitorio contenido en la demanda de fojas 179 a 244, fundamentalmente lo que los demandantes pretenden es que, se ordene la realización del proceso de consulta previa en la comunidades afectadas con el acto administrativo de **concesión minera inconsulto**, en consecuencia ordenar a todas las autoridades del Ministerio de Energía y Minas y de INGEMMET, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, **ordenen suspender las actividades de exploración y explotación** que se estén realizando o se vayan a realizar, en desarrollo de la concesión minera referida; a fin de que se reponga el estado de las cosas hasta el momento anterior en que se produjo las violaciones de los derechos constitucionales invocados, es decir, **se suspenda la exploración y explotación de las concesiones mineras, hasta que se realice el proceso de consulta y se garantice los demás derechos violados.**

2).- La Procuraduría Pública a cargo de la defensa jurídica del Ministerio de Energía y Minas, representado por el Procurador Público Walter Augusto Castillo Yataco, contesta la demanda por escrito de fojas 263 a 287; solicitando se declare infundada, porque los accionantes no han señalado en la demanda si la empresa minera ha iniciado actividades de explotación de manera cierta, mucho menos que se halle aprobado algún Estudio de Impacto Ambiental a favor de la empresa por las áreas concesionadas, tampoco acredita lesión de su derecho a la consulta previa; además de hacer denuncia civil, a fin de que se notifique al Presidente del Consejo Ejecutivo del INGEMMET y la empresa minera HB Billiton World Exploration Inc. Sucursal Perú. Integrándose a dicha empresa por resolución de fojas 269 a 270.

¹² STC Expediente N° 0022-2009-PI/TC, de fecha 9 de junio de 2010, f. 37.

3).- El Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico – INGEMMET, también contestó la demanda por escrito de fojas 272 a 298, sustentando en que el título de concesión minera no se encuentra sujeto al procedimiento de consulta previa, porque no faculta por sí el inicio de actividades mineras, será con ocasión del trámite de la certificación ambiental correspondiente (acto administrativo que faculta el inicio de actividades de exploración y explotación), que el titular minero deberá de cumplir con las normas de participación ciudadana.

4).- La empresa BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal del Perú, por escrito de fojas 425 a 456, procedió a contestar la demanda, solicitando se declare infundada la demanda, sosteniendo que, solamente tiene la titularidad de las concesiones mineras, no habiendo continuado con las etapas correspondiente para obtener la autorización para realizar actividades mineras (tanto de exploración, como de extracción) en las concesiones otorgadas a su favor, menos iniciado trámite alguno destinado a obtener la certificación ambiental aplicable a las concesiones mineras cuestionadas; además que la sola concesión minera no causa afectación directa a ninguna comunidad.

5).- Tramitado el proceso conforme a su naturaleza, mediante sentencia de fojas 697 a 713, se declaró infundada la demanda postulada; la que fue apelada por los demandantes y es materia de revisión en esta instancia.

4.2.- Consideraciones sobre el caso y absolucón de agravios.

1).- En el **agravio a)** de la apelación, se sostiene, conforme establece el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, el criterio para consultar una medida administrativa, es que ésta sea susceptible de afectarles directamente a los pueblos indígenas, entendiéndose por afectación toda limitación o menoscabo de los derechos y de los intereses de los pueblos originarios, por ello en el caso de la comunidad campesina se afecta con la concesión de los recursos mineros debajo de su territorio, cuya actividad extractiva tarde o temprano habrá de realizarse en caso que haya yacimientos minerales que explotar.

a.- Como se tiene señalado en el considerando precedente, es cierto que el artículo 6° del Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 1989, establece, "1. 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; (...)"

b.- Sin embargo, en el caso de autos, conforme al petitorio de la demanda precisado en el numeral 4.1. del presente fundamento, los demandantes no peticionan la nulidad de las concesiones minera otorgadas a favor de la empresa antes mencionada, si acaso con las mismas se hubiera afectado los derechos fundamentales que señalan en la demanda; pues, lo que pretenden es que se ordene la realización del proceso de consulta previa en la comunidades afectadas con el acto administrativo de concesión minera inconsulto, y se ordene a todas las autoridades del Ministerio de Energía y Minas y de INGEMMET, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, **ordenen suspender las actividades de exploración y explotación** que se estén realizando o se vayan a realizar, en la concesión minera referida.

c.- Entonces, de dicho petitorio queda claro que lo que pretenden los actores, es que se realice la consulta previa, a las actividades mineras de exploración y explotación para los que solicite autorización la empresa que obtuvo las concesiones mineras en los territorios de las comunidades demandantes o se suspenda la exploración y explotación en las concesiones mineras, si acaso se estuvieran realizando. En autos, no se ha aportado prueba alguna, sobre la autorización o desarrollo de las mencionadas actividades mineras, que pudieran afectar directamente los derechos de las comunidades demandantes; pues, solamente se han presentado los certificados de los títulos de concesión minera que en copias obran de fojas 12 a 17, concesiones que incluso habrían caducado a la actualidad.

2).- En lo concerniente a los agravios b) y c) del recurso, en que se alega, se fundamenta en que la concesión minera no constituye una medida que afecte a los pueblos indígenas y que la consulta previa se hace antes de la exploración y no antes de la concesión, lo que es incompatible con la regla jurídica de rango constitucional que establece que la consulta debe realizarse antes del primer acto administrativo y no luego de ello, lo que se colige del artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT y del artículo 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, desarrollado por el artículo 4° de la Ley de Consulta, Ley N° 29785, y la expedición de una concesión minera por parte de INGEMMET constituye una afectación directa y objetiva al derecho de propiedad y al derecho al territorio de los pueblos indígenas; en el caso de la actividad minera, constituye una amenaza cierta e inminente al derecho a los recursos naturales y al derecho a vivir en medio ambiente adecuado y equilibrado.

a.- Como en el presente proceso no se ha peticionado la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa mencionada, si cuyos actos administrativos hubieran afectado los derechos señalados por los demandantes, no tiene objeto emitir pronunciamiento sobre si el solo otorgamiento de un título de concesión minera se considera como medida administrativa que afecta directamente los derechos colectivos de las comunidades demandantes, por tanto requiere de consulta previa.

b.- Por su parte, sobre el derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, reconocido en el artículo 2° inciso 22 de la Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional ha determinado que su contenido constitucional protegido comprende¹³: i) El derecho a gozar de este medio ambiente y ii) el derecho a que ese medio ambiente se preserve. En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, éste comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente; esto supone por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y su dignidad, de lo contrario su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. En lo relativo con el segundo componente, el derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute; cuya obligación alcanza a los particulares, y con mayor razón, a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

Entonces, en cuanto a la amenaza del derecho a un ambiente adecuado, alegado por los actores; como hemos señalado, para que pueda tutelarse a través de los procesos constitucionales, la amenaza de violación de un derecho constitucional, ésta debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, cierto, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo el amparo aquellos perjuicios que escapan a una captación objetiva¹⁴. En el presente caso, si bien se habrían otorgado títulos de concesión minera que señalan los demandantes que estarían ubicados dentro del territorio de las Comunidades; pero no se ha aportado prueba documental u otra de actuación inmediata que demuestre que por lo menos se halle en trámite la autorización para las actividades mineras de exploración o explotación cuya suspensión se peticiona en la demanda; de ahí que, las posibles amenazas a los derechos invocados no ha sido razonablemente puesta de manifiesto mediante pruebas con las características señaladas, ya que solamente se han concretado a señalarlos en su demanda no

¹³ STC Expediente N° 0048-2004-PI/TC, citado en las sentencias de los Expedientes N°s. 03343-2007-PA/TC del 19 de febrero de 2009 y 01848-2011-PA/TC del 19 de octubre de 2011.

¹⁴ STC Expediente N° 06316-2008-PA/TC Loreto, del 11 de noviembre de 2009.

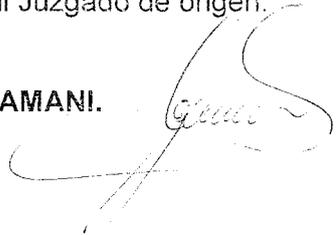
habiendo adjuntado ninguna prueba al respecto que pueda suponer una amenaza o una afectación concreta del mencionado derecho¹⁵.

QUINTO.- De la decisión de confirmar la sentencia apelada: Que, por los fundamentos esbozados, los agravios denunciados por los apelantes deben ser desestimados, con la consiguiente confirmación de la sentencia apelada.

Por los fundamentos precedentes y los pertinentes de la apelada,

Mi voto es porque, se **CONFIRME** la Sentencia N° 218-2014, su fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, de fojas 697 a 713, que declara infundada la demanda constitucional de amparo de fojas ciento setenta y nueve a doscientos cuarenta y cuatro, interpuesta por Simón Vilca Quispe – Presidente en representación de la Comunidad de Palcamayo- y otros, en contra del Ministerio de Energía y Minas e Instituto Geológico Minero Metalúrgico, representados judicialmente por el Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas. Con lo demás que contiene, por Secretaría se devuelva el expediente al Juzgado de origen.

S.
MONZÓN MAMANI.



¹⁵ STC Expediente N° 01848-2011-PA/TC Cajamarca, del 19 de octubre de 2011.