

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LA CONSULTA
PREVIA EN EL SECTOR MINERO PERUANO:
UNA CRÍTICA A LA SENTENCIA RECAÍDA EN
EL EXP. 03066-2019-PA/TC DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL¹

CITIZEN PARTICIPATION AND PRIOR CONSULTATION IN THE
PERUVIAN MINING SECTOR: A CRITIQUE OF THE RULING IN
EXP. 03066-2019-PA/TC OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Diego San Martín Villaverde²

Universidad César Vallejo

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *Participación ciudadana en minería.* 3. *Consulta previa en minería.* 4. *Análisis crítico de la Sentencia recaída en el Expediente N° 03066-2019-PA/TC del Tribunal Constitucional.* 5. *Conclusiones.* 6. *Referencias.*

Resumen: Las instituciones de la participación ciudadana y la consulta previa resultan de especial estudio, principalmente, para la realización pertinente de actividad minera en países de sostienen

¹ La presente parte de un extracto de la tesis doctoral del autor, denominada «El daño ambiental y la protección jurídica del ambiente ejecutando el concepto de desarrollo sostenible: el caso de la actividad minera en el Perú», la misma que fue defendida en el año 2021 en la Universidad de Jaén (España), obteniendo la máxima calificación y recomendación de publicación. De igual forma, consultar el libro «El Derecho minero» del autor. Esta versión encuentra datos actualizados y novedosas respecto de la versión entregada en 2021.

² Doctor en Derecho por la Universidad de Jaén (España). Es investigador en la Universidad César Vallejo. Profesor de Derecho de la minería en la Pontificia Universidad Católica del Perú; de Derecho minero y energético y de Desarrollo Sostenible en la Universidad Científica del Sur; de Derecho y Minería en la Universidad ESAN. Consultor y asesor.

su economía en la explotación de recursos naturales. Por muchos años, el Perú ha afrontado conflictos sociales importante porque enfrenta conceptos como propiedad superficial (predio) y la concesión minera. Es importante aseverar que en el Perú los recursos naturales, sean renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación, lo cual difiera de las teorías patrimonialistas, las cuales sitúan al Estado como el propietario de minas, tierras, bosques, etc. En este artículo, el autor presente un estudio puntual sobre la participación ciudadana y la consulta previa en el sector minero peruano, a propósito de la sentencia recaída en el Exp. 03066-2019-PA/TC del Tribunal Constitucional, la misma que adolece de criterios de especialidad en el campo del Derecho minero, ambiental y de los recursos naturales, siendo fundamental su análisis y explicación de cara a las inversiones mineras.

Palabras clave: consulta previa, derechos fundamentales, derecho minero, gestión social, participación ciudadana

Abstract: The institutions of citizen participation and prior consultation are of special study, mainly, for the pertinent realization of mining activity in countries that sustain their economy in the exploitation of natural resources. For many years, Peru has faced important social conflicts because it faces concepts such as surface property and the mining concession. It is important to assert that in Peru natural resources, whether renewable or non-renewable, are patrimony of the Nation, which differs from patrimonial theories, which place the State as the owner of mines, lands, forests, etc. In this article, the author presents a specific study on citizen participation and prior consultation in the Peruvian mining sector, regarding the ruling in Exp. 03066-2019-PA/TC of the Constitutional Court, which lacks from Specialty criteria in the field of mining, environmental and natural resources Law.

Keywords: *citizen participation, fundamental rights, mining law, prior consultation, social management*

1. INTRODUCCIÓN

Es acostumbrado para aquellos que vivimos en países con economía sostenida por la industria extractiva enfrentar conceptos y acciones para hallar un equilibrio entre el crecimiento económico y las exigencias ambientales de protección. Comúnmente, los bandos que se suelen presentar son el de las comunidades (acaso los propietarios

de los derechos de superficie) y las empresas, en tanto titulares de una concesión minera.

Sin embargo, creemos enfáticamente que no es un tema de elegir una posición, sino de ampliar la visión de estos aspectos que varían dependiendo del rol que se tenga. Por tanto, encaminar un proyecto de inversión no presenta un abordaje único, sino variables diversas y el reto pasa por identificarlas, uniformizarlas y encontrar un camino legal, seguro y apropiado no sólo para el crecimiento económico del país, sino además para el propietario de un territorio y su cosmovisión.

La actividad minera en Perú, particularmente, ha sido, por un lado, fuente fundamental del sostenimiento de su economía; y, por otro lado; criticada por la coalición con las comunidades. Es así que la gestión social es el tema más sensible para una empresa al momento de formalizar su intención de hacer minería.

Las empresas mineras hoy destinan un presupuesto elevado con la finalidad de financiar actividades de responsabilidad social y relacionamiento comunitario. Como no podría ser de otra forma, los alcances de un acuerdo con las comunidades campesinas (según su área de influencia) son una especie de aval o consentimiento general de las mismas para la realización de las actividades mineras con la particularidad de que garantizarían a la empresa que no se darían conflictos en mérito al cumplimiento de obligaciones y acuerdos determinados.

En este capítulo, abordaremos dos conceptos e instituciones: participación ciudadana y consulta previa en el marco del ordenamiento peruano. De igual forma, analizaremos críticamente la Sentencia recaída en el Expediente N° 03066-2019-PA/TC del Tribunal Constitucional, para concluir con consideraciones particulares para la mejor comprensión de estas figuras jurídicas.

2. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MINERÍA

El acto de participar en el abordaje y tomas de decisiones es un derecho fundamental, pero también un deber del ciudadano. Participar es asumir una posición y compartir la crítica constructiva con aquella que se muestre contraria o diferente. Una manera importante de involucrar a los ciudadanos es mediante la publicación de proyectos normativos, a fin de que acojan los comentarios y salvedades que los ciudadanos, representados por despachos jurídicos, por las universidades y demás del ámbito de la Academia, consideren convenientes.

El sólo hecho de permitir dicho involucramiento ciudadano configura la esencia de la participación en asuntos y políticas públicas, pues tiene métodos, vías y alternativas para conocer las preocupaciones e intereses de la población, tomando muestras y criterios sin sesgo alguno.

En el marco de la preocupación generalizada a nivel mundial por lograr equilibrio entre desarrollo económico, bienestar social y cuidado del medio ambiente, la participación ciudadana es cada vez más trascendente³.

El artículo 31 de la Constitución Política del Perú de 1993 promueve el derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural del país. Asimismo, la Ley N° 26300, Ley sobre los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, establece los requisitos, plazos y procedimientos que deberán tenerse en cuenta para poder ejercer estos derechos. Además, el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública- N° 27806, señala que todas las actividades y disposiciones de las entidades públicas están sometidas al Principio de Publicidad, por lo que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas en la Ley.

La relación entre la participación ciudadana y las actividades extractivas e industriales tendría inicio con ocasión del fortalecimiento (en estricto) o surgimiento de la regulación ambiental que inició en 1990, sin perjuicio de la mención ya establecida en la Constitución Política del Perú de 1979, la misma que en artículo 123 establecía:

«Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental».

Con la Constitución de 1993, el derecho a contar con un ambiente sano y equilibrado pasó a ser un derecho fundamental. Así las cosas, de acuerdo al numeral 22 del artículo 2 de la Constitución, toda persona tiene derecho a:

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

³ Bautista Ascue, Mariella (2011). Manual de Participación Ciudadana. Proyecto PERCAN, p. 1.

Sin perjuicio de ello, la orientación es quizá distinta y nos lleva a analizar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Este convenio rige desde 1991 y tiene dos postulados básicos: el respeto a las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas y la consulta y participación efectiva de estos pueblos en la toma de decisiones sobre aspectos que les afecten. Dichas consultas deben desarrollarse de buena fe y tienen la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento⁴.

Ahora bien, el Artículo VI del Título Preliminar del derogado Código del Ambiente y de los Recursos Naturales (CMARN) dispuso: «Toda persona tiene el derecho de participar en la definición de la política y en la adopción de las medidas de carácter nacional, regional y local relativas al medio ambiente y a los recursos naturales. De igual modo, a ser informada de las medidas o actividades que puedan afectar directa o indirectamente la salud de las personas o de la integridad del ambiente y los recursos naturales. Todos están obligados a proporcionar a las autoridades las informaciones que éstas requieran en el ejercicio de sus atribuciones para el control y vigilancia del medio ambiente».

En esa línea, el Artículo 34° del CMARN estableció: «La comunidad participa directa o indirectamente en la definición de la política ambiental y en la ejecución y aplicación de los instrumentos de dicha política». Este artículo da sustento a la participación en la toma de decisión y, luego, se extiende a las actividades extractivas, en nuestro caso, las mineras.

Posteriormente, la Ley N° 26811, Ley General del Ambiente que derogó el CMARN, señaló, de conformidad con el Artículo III de su Título Preliminar estableció que: «Toda persona tiene el derecho a

⁴ Artículo 2 Convenio 169 OIT. -

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

participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. El Estado concerta con la sociedad civil las decisiones y acciones de la gestión ambiental». Es, precisamente, el desarrollo de la normativa ambiental la que da cabida a la participación ciudadano en los distintos proyectos, lo cual se explica con la lectura del Artículo 8° del CMARN, que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la obligatoriedad de contar con un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para todo proyecto de obra o actividad, sea de carácter público o privado, que pueda provocar daños no tolerables al ambiente, el mismo que estará sujeto a la aprobación de la autoridad competente.

Por tanto, en la medida que avanzó la normativa ambiental, se intensificaron los medios o requisitos para dar notoriedad a un proyecto minero. Consideremos, por ejemplo, el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), cuya creación derivó en un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión y que estableció el establecimiento de los mecanismos que aseguren la participación ciudadana en el proceso de evaluación de impacto ambiental, según Ley N° 27446.

Ahora bien, la Ley N° 27446 y su Reglamento, Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM (emitido ocho años después de la Ley), reconocen la participación ciudadana como un proceso de intercambio amplio de información que contribuye al diseño y desarrollo responsable y sostenible de los proyectos de inversión. Ello permitió la dación de normativa adicional y relevante. Entre los dispositivos por destacar tenemos el Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, que aprobó el Reglamento sobre transparencia, acceso a la información pública ambiental y participación y consulta ciudadana en asuntos ambientales.

De manera específica, se emitió el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, Reglamento de Participación Ciudadana en el Sub Sector Minero, con el objeto de normar la participación responsable de toda persona, natural o jurídica, en forma individual o colectiva, en los procesos de definición, aplicación de medidas, acciones o toma de decisiones de la autoridad competente, relativas al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

En esa línea, se emitió, conjuntamente con el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-D, que

aprobó las Normas que Regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero. En particular, la Resolución tuvo como objeto desarrollar los mecanismos de participación ciudadana a que se refiere el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, aprobado por el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, así como las actividades, plazos y criterios específicos, para el desarrollo de los procesos de participación en cada una de las etapas de la actividad minera.

La autoridad competente determinará los mecanismos a considerar en los procesos de participación ciudadana, según resulte apropiados, de acuerdo con las características particulares del área de influencia de la actividad minera, del proyecto y su magnitud, de la población involucrada, la situación del entorno y otros aspectos relevantes⁵.

Los mecanismos de participación ciudadana que podrán emplearse son:

- Acceso de la población a los Resúmenes Ejecutivos y al contenido de los Estudios Ambientales.
- Publicidad de avisos de participación ciudadana en medios escritos y radiales.
- Encuestas, Entrevistas o Grupos Focales.
- Distribución de materiales informativos.
- Visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto.
- Interacción con la población involucrada, a través de equipo de facilitadores.
- Talleres participativos.
- Audiencia Pública.
- Presentación de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente
- Oficina de Información Permanente.
- Monitoreo Ambiental Participativo.
- Uso de medios tradicionales.
- Mesas de Diálogo
- Otros que determine la autoridad competente.

⁵ Artículo 6° del Decreto Supremo N° 028-2008-EM.

3. CONSULTA PREVIA EN MINERÍA

Si bien la Consulta ya se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico, una referida a los pueblos indígenas y originarios es relativamente nueva en un contexto caótico.

Para poder abordarlo, debemos remitirnos al Convenio 169 de la OIT, el mismo que se define como un instrumento jurídico internacional adoptado por la OIT para estimular diálogo entre gobiernos y pueblos indígenas y tribales con el fin de mejorar su situación, generalmente de pobreza.

En el marco de nuestra legislación contamos con la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Para efectos de la misma, la Consulta Previa se define como el proceso de «diálogo» entre el Estado y los pueblos (sin intervención de las empresas) mediante el cual el Estado consulta a los pueblos respecto de su opinión sobre dispositivos legales o administrativos que puedan afectar derechos colectivos indígenas. Aunque el proceso de consulta debe buscar el consentimiento, este último no es necesario, salvo en casos excepcionales, como el desplazamiento de poblaciones.

En este difícil quehacer de definir instituciones, el campo de la gestión social nacional reúne tres fundamentales: participación, consulta previa y consentimiento (ver tabla adjunta).

La OIT expresa sobre la consulta: «Proceso mediante el cual los gobiernos consultan a sus ciudadanos sobre propuestas de política o de otra índole. Sólo podrá considerarse tal, el proceso que dé a los que son consultados la oportunidad de manifestar sus puntos de vista e influenciar la toma de decisión»⁶.

Debe quedar claro que quien lleva el proceso de Consulta es el Estado, no la empresa, con lo que es una diferencia primordial con la participación ciudadana. De igual manera, podemos precisar que la Consulta Previa les compete a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Asimismo, a los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o al

⁶ Convenio 169 de la OIT.

Perú	Definición	Fuente Internacional	Fuente Nacional
<p>Participación en materia ambiental</p>	<p>Derecho ciudadano que tiene toda persona con interés en los procesos de planificación y en el desarrollo de proyectos que puedan generar impactos ambientales. Se ejerce por medio de los canales institucionales establecidos por el Estado y la empresa involucrada, y se da durante la elaboración y aprobación del EIA.</p>	<p>Declaración Universal sobre Derechos Humanos (art. 21); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 25); Convención Americana de Derechos Humanos (art. 23); C169 (art. 5, inc. C; art. 7, inc. 2); DNUDPI (art. 5); Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Principio 10, sobre Acceso a la Información, Participación Pública, y Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe; y Principio 22, sobre participación indígena en la ordenación del medio ambiente).</p>	<p>Constitución 1993 (art. 2, inc. 17); Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley 28245 (2004), y Reglamento, Decreto Supremo N° 008-2005-PCM (2005); Ley del Sistema Nacional de Evaluación e Impacto Ambiental, Ley N° 27446 (2001), y Reglamento, Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM (2009); Ley General del Ambiente, Ley N° 28611 (2005); Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley N° 28245, y su Reglamento (Decreto Supremo N° 009-2005-PCM); Reglamento sobre Transparencia, acceso a la información pública ambiental, participación y consulta ciudadana en asuntos ambientales, Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM.</p>

Perú	Definición	Fuente Internacional	Fuente Nacional
<p>Consulta previa</p>	<p>Proceso de «diálogo» entre el Estado y los pueblos (sin intervención de las empresas) mediante el cual el Estado consulta a los pueblos respecto de su opinión sobre dispositivos legales o administrativos que puedan afectar derechos colectivos indígenas. Aunque el proceso de consulta debe buscar el consentimiento, este último no es necesario, salvo en casos excepcionales, como el desplazamiento de poblaciones.</p>	<p>Convenio 169 OIT (Artículos 6.1.a y 15°) Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) (Artículos 19° y 32°) World Bank Operational Policy 4.10 [2013(2005)]; International Finance Corporation (2012), Performance Standard 7: Indigenous Peoples. Inter-American Development Bank (2016), Operational Policy on Indigenous Peoples and Strategy for Indigenous Development.</p>	<p>Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios (Ley N° 29785) y Reglamento (Decreto Supremo N° 001-2012-MC).</p>
<p>Consentimiento</p>	<p>Derecho fundamental de los pueblos indígenas mediante el cual el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado, en todos los casos en donde proyectos de gran escala puedan afectar una parte significativa del territorio y los recursos de poblaciones indígenas. El consentimiento reivindica el principio de autodeterminación, que es la base para el ejercicio de los demás derechos indígenas.</p>	<p>DNUDPI (arts. 3, 19, 32, inc. 2, interpretación fuerte); Jurisprudencia de la Corte IDH (Caso Saramaka vs. Surinam).</p>	

Adaptado de: Merino y Quispe: *Consulta previa y Participación Ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la gobernanza ambiental*. Policy Brief N° 5, Escuela de Gestión Pública – Universidad del Pacífico, 2018.

establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas⁷. Además, rige el Principio de Autoidentificación, conforme al cual la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio 169 OIT.

En mérito a ello, podemos aseverar que, de reunir las condiciones, el sujeto podrá solicitar el inicio del procedimiento de la consulta previa establecida en nuestra normativa si, como pueblo indígena u originario, considera que una medida legislativa o administrativa le afecta directamente en tanto contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de sus derechos colectivos.

De manera concreta, el Artículo 5° del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, establece que la Consulta constituye una obligación del Estado Peruano. Respecto de esta obligación, cabe señalar que:

- El no alcanzar un acuerdo o consentimiento no implica la afectación del derecho de consulta.
- Los pueblos indígenas deben realizar los procedimientos internos de decisión o elección en el proceso de consulta, en un marco de plena autonomía y sin interferencia de terceros ajenos a dichos pueblos.
- La obligación del Estado de informar al pueblo indígena, así como la de apoyar la evaluación interna, se circunscribe sólo a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que participen en el proceso de consulta.
- Las normas de carácter tributario o presupuestario no serán materia de consulta.
- No requieren ser consultadas las decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia que requieran una intervención rápida e impostergable.

En minería se cuenta con procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa. Por ello, surgió la Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM, cuyo Artículo 1° señala:

⁷ Artículo 1.1 del Convenio 169 OIT.

Procedimiento Administrativo del subsector Minero	
Denominación del Procedimiento administrativo según TUPA	CASO
Otorgamiento y modificación de concesión de beneficio	CASO A: Otorgamiento de concesión de beneficio.
	CASO B: Modificación de Concesión de Beneficio. B.1. Para ampliación de Capacidad Instalada o Instalación y/o Construcción de componentes, que impliquen nuevas áreas (incluye depósitos de relaves y/o plataformas (PAD) de Lixiviación.
Autorización para inicio/reinicio de las actividades de exploración, desarrollo, preparación, explotación (incluye plan de minado y botaderos) en concesiones mineras metálicas, no metálicas, y modificatorias	CASO A: Inicio de las actividades de exploración.
	CASO B: Autorización de las actividades de explotación (incluye aprobación del plan de minado y botaderos).
Otorgamiento y modificación de la concesión de transporte minero y de la concesión de labor general	Caso A.1: Otorgamiento de concesión de transporte minero
	CASO A2: Modificación de la concesión de transporte minero A.2.1 Para la modificación con ampliación de área

Fuente: Adaptado de la Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM (2020)

Al respecto, el órgano a cargo de realizar el proceso de consulta previa es la Oficina General de Gestión Social (OGGS) del MINEM. El proceso de consulta previa puede ser iniciado luego de la admisión a trámite del instrumento de gestión ambiental necesario para los procedimientos identificados en el artículo 1 de la Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM, y, según corresponda, hasta antes de la emisión de:

- La autorización de construcción para el otorgamiento o modificación de la concesión de beneficio;
- La autorización para inicio/reinicio de las actividades de desarrollo, preparación, explotación (incluye plan de minado y botaderos) en concesiones mineras metálicas y no metálicas; y,
- El otorgamiento o modificación de la concesión de transporte minero.

Finalmente, precisemos las etapas de la Consulta Previa:

- Identificación de la medida a consultar y de los pueblos indígenas.
- Publicación de la medida a ser consultada.
- Etapa de información: entre 30 y 60 días calendario, a criterio de la entidad promotora.
- Etapa de evaluación interna: las organizaciones representativas de los pueblos indígenas evalúan los alcances e incidencias de las medidas. Plazo máximo de 30 días.
 - Si no se presentan observaciones, concluye el proceso de consulta.
 - En caso los representantes presenten modificaciones o propuestas, tales servirán para iniciar la siguiente etapa (etapa de diálogo).
- Etapa de diálogo: tiene una duración máxima de 30 días calendario.
 - En caso no se llegue a expresar la voluntad colectiva en una primera reunión, se citará a una posterior.
 - Si en la segunda reunión no se presentan los resultados de la evaluación interna, se entenderá por abandonado el proceso.
- Etapa de decisión: la decisión final corresponde únicamente a la entidad promotora y deberá estar debidamente motivada.

Debemos tener presente que, de darse la Consulta Previa, el resultado del mismo no limita, frustra o sustituye la participación ciudadana. Así pues, de acuerdo a la 2da. Disposición Complementaria y Final de la Ley de Consulta Previa: «La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia».

Por último, de no llegarse a un acuerdo esto no significa que la medida administrativa o legislativa se deje de realizar, sino que, el Estado deberá garantizar que los derechos invocados por los pueblos indígenas u originarios sean tutelados pertinentemente y justamente eso define que ni el Convenio 169 OIT ni la Ley N° 29785 (ni el Reglamento de esta) otorga a los pueblos indígenas derecho de veto. Así las cosas, reiteramos que corresponde a la Entidad Competente adoptar la decisión final sobre las medidas objeto de consulta. En caso se alcance un acuerdo, este será de carácter obligatorio para el Estado y los pueblos indígenas u originarios; caso contrario, el Estado deberá asegurar que los derechos de los pueblos indígenas y originarios sean debidamente garantizados.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N° 03066-2019-PA/TC DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Uno de los casos recientes en esta materia se presentó con la Sentencia emitida en enero de 2022 respecto del Expediente N° 03066-2019-PA/TC. El asunto abordó la demanda de amparo interpuesta por las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucara en contra del Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y contra el Ministerio de Energía y Minas (MEM), solicitando la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. Dichas comunidades alegaron que las cuadrículas de las concesiones mineras otorgadas a favor de la referida empresa minera se superpone sobre áreas pertenecientes al territorio de la comunidad de Chilla Chambilla. Específicamente indica que dichas concesiones ocupan más del 50% de cada una de las comunidades demandantes y que ello ha ocurrido sin respetar el derecho a la consulta previa, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos a la identidad cultural y religiosa.

Por mayoría, el Tribunal Constitucional declaró, improcedente la demanda, pero sus argumentos han sido cuestionados por la comunidad jurídica, pues tomó en cuenta lo siguiente:

- El derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental;
- En todo caso, el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental,

por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional y que, por tanto, en aplicación del artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional, la demanda resulta improcedente.

Desde luego, el debate es complejo, incluso se ha sugerido que habría discriminación y escasa lectura válida a la institución de la consulta previa, la cual cuenta con fuentes internacionales de análisis obligatorio. Afirmar que la consulta previa no es, de plano, un derecho fundamental, es complejo, y con lo que no necesariamente estamos de acuerdo. ¿Hizo bien el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la categorización de la Consulta Previa o se extralimitó innecesariamente generando debate y descontento?

En este caso particular, la sentencia debió considerar un desarrollo objetivo sobre dos aspectos que estimamos clave: (i) la identificación de las demandantes como pueblos indígenas y originarios; y (ii) si el otorgamiento de una concesión minera realmente genera un perjuicio o alteración a las comunidades aludidas.

El voto singular del magistrado Espinosa - Saldaña es particularmente interesante y refleja un estudio cabal sobre decisiones que el Tribunal Constitucional ha tomado en casos previos, distintos, aunque similares en ciertos aspectos.

Ahora bien, existen criterios objetivos y subjetivos para considerar a una colectividad como pueblo indígena y/u originario al amparo de nuestra regulación y del Convenio 169 de la OIT. Al respecto, deben seguirse criterios objetivos tales como continuidad histórica; conexión territorial; instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas conservadas; y, criterios subjetivos como lo es la autoidentificación como tal; sin perjuicio de ello, una comunidad campesina, nativa o semejante puede ser considerado como tal en tanto cumpla con esos criterios y así se reconozca por el Ministerio de Cultura, quien cuenta con una base de datos oficial de tales pueblos accesible vía el portal electrónico <https://bdpi.cultura.gob.pe/>.

Según se precisa en el considerando 19 del voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña: «de la revisión de tal portal, este Tribunal ha apreciado que tanto la comunidad Chila Chambilla como Chila Pucará (R.J. 049-77- AEORAMS-VIII, Ficha 155 RJ 037-77-AE-ORAMS-VIII, Ficha 125 respectivamente) pertenecen al pueblo indígena Aimara». En consecuencia, el primer punto de análisis estaría claro, según nuestra interpretación, ya que las comunidades demandantes se tratan efectivamente de pueblos indígenas u originarios al amparo del Convenio 169 de la OIT y de nuestra regulación.

Sobre el segundo punto de análisis, consideramos que el otorgamiento de una concesión minera no genera una afectación o alteración. Bien es cierto que al amparo del artículo 66 de nuestra Constitución, la concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse, bajo ningún criterio, implica que, de obtenerse según la normativa vigente, esto es, el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (TUO LGM), se puedan realizar inmediatamente actividades mineras sin acreditar más títulos habilitantes, certificación ambiental e incluso propiedad o posesión. El presente caso sería diferente al momento de que una empresa minera ejecute actividades; ello no sería posible si no tiene acceso al terreno superficial que pertenecería a las comunidades aludidas (que implica su aval) y deberá contar con certificación ambiental y demás, y ejecute las diversas modalidades de participación ciudadana y lograr consenso de las comunidades (esto es diferente a consulta previa y sin perjuicio de la misma).

En una parte de los considerandos del magistrado Espinosa-Saldaña se hace referencia a la Sentencia de interpretación del caso *Saramaka versus Surinam* del 12 de agosto de 2008, por la que se establece que «el otorgamiento de concesiones para proyectos de desarrollo o inversión que estén dentro o que afecten el territorio Saramaka constituye un tipo de restricción al uso y goce de la propiedad».

Empero, en el marco peruano, los recursos naturales como tal, mantenidos en su fuente, son patrimonio de la Nación. No es propiedad del Estado. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos la relación estatal con los recursos naturales es uno explicado en los sistemas de dominio público por el cual el Estado, en mérito a su soberanía, concede a los particulares, mediante la concesión el medio para aprovecharlos. Pero, eso no implica propiedad, ni para el Estado ni para los concesionarios. El único tipo de propiedad al que un concesionario podría aspirar es a los frutos, productos y subproductos producto de la actividad minera, por ejemplo.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería la concesión es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicado. Esta precisión debería ser suficiente como para descartar jurídicamente que al otorgar una concesión minera, como es del caso, no estoy afectando, por ese sólo hecho, el derecho de propiedad respecto del terreno superficial.

La dinámica en Perú es que, por lo general, las concesiones mineras se ubican en el marco de una propiedad privada de una comu-

nidad campesina (u otra). Entonces, eso genera un gran debate y un aspecto impráctico para realizar actividad minera, pues el concesionario o titular minero no puede realizar actividades sin ingresar físicamente al predio y si tal es de un tercero tiene que negociar.

Sobre la casuística materia de análisis, consideramos que se deberá realizar consulta previa antes de aprobar la medida administrativa que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas. En el presente caso, ello no ha ocurrido.

Por tanto, como apuntamos anteriormente, el otorgamiento de concesiones mineras no modifica la situación jurídica del derecho de propiedad. Es más, mediante la Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM, se establecen los procedimientos administrativos del subsector minero en los que corresponden la Consulta Previa y el caso en discusión no se encuentra precisado. En esto justamente radica el análisis de los conflictos sociales: el tema del territorio, del suelo y subsuelo y lo confusa que puede ser nuestra legislación.

Finalmente, tenemos un tercer punto de análisis, quizás forzado por la Sentencia. Esto es: si la consulta previa es o no un derecho fundamental. La sentencia es muy limitada en su razonamiento, siendo un tema amplio y que quizá lo confundió aún más. El voto singular del magistrado Espinosa – Saldaña, quien estimó que la demanda debió declararse fundada, es interesante y rescata pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional. De esta manera, cita el considerando 20 de la Sentencia 00025-2009-PI/TC:

20. En diversas oportunidades, este Tribunal ha hecho referencia al valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Ya sea como una concretización del derecho a la participación, reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución [STC 3343-2007-PA/TC], o ya en su condición de un derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC].

Asimismo, se destacó que en la sentencia 00005-2012-PI/TC, el Tribunal Constitucional estableció que el único sujeto pasivo u obligado para con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa es el Estado, quien no sólo tiene el deber de garantizar —promoviendo a organización y procedimientos adecuados— sino también el deber de respetarlo, es decir, de llevarlo adelante cada vez que se prevea la aprobación de «medidas legislativas o administrativas» que puedan afectar directamente los derechos colectivos, su

existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo de los pueblos indígenas u originarios.

5. CONCLUSIONES

La jurisprudencia es vasta y permite reconocer o, al menos, interpretar que la consulta previa cuenta con contenido constitucional y sí se trata de un derecho fundamental. No dar cuenta de ello y caer en un argumento de expresión meramente formal, no puede bastar para definir, drásticamente, que la consulta previa no sería un derecho fundamental.

La concesión minera y la propiedad de predio superficial coexisten, no son lo mismo, todo lo contrario. Lo complejo de la actividad minera en el Perú es someterse a una negociación con las comunidades para que las primeras puedan acceder al terreno y realizar actividades habilitadas por la norma, pero, en caso de desacuerdo, las empresas quedan supeditas a un cambio de opinión o acuerdos leoninos con las comunidades o inclusive motivaciones perversas de terceros que quieran hacerse de acuerdo económicos amedrentando a unos al conflicto.

Finalmente, la participación ciudadana y la consulta previa son instituciones distintas. La primera se aplica en todo proyecto de inversión y es, prácticamente, un derecho fundamental que asiste a todos; mientras que, la consulta previa sólo está dirigida a los pueblos indígenas y originarios y en determinados casos.

6. REFERENCIAS

- Bautista Ascue, Mariella (2011). *Manual de Participación Ciudadana. Proyecto PERCAN*. <https://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Manual%20de%20Participaci3n%20Ciudadana.pdf>
- Barraza Lescano, Renato (2002). Algunos apuntes en torno a la servidumbre minera y la problemática suscitada con la entrada en vigencia de la Ley ° 26505 - Ley de Tierras. *Ius et veritas*, 13(25), 231- 240.
- El Comercio (2015). *¿Por qué es tan importante la minería para el Perú?*, 15 de junio. <https://elcomercio.pe/economia/peru/importante-mineria-peru-192754-noticia/?ref=ecr>
- Franciskovic Ingunza, Millitza & César Ipenza Peralta (2018). *Derecho minero y ambiente*. Lima: Grijley.

- Gutiérrez Guardia, Carlos Amado (2010). La propiedad minera. *Revista del Instituto de Investigaciones FIGMMG*, 13(25), 42-48.
- Haro Bocanegra, Iván Manuel (2020). *El Contrato de Explotación Minera*. Lima: Grijley.
- Lanegra Quispe, Iván (2014). Consulta Previa, Minería y Regulación Ambiental en la Legislación Nacional. *Revista Derecho & Sociedad*, 42, 101-112.
- Medrano Sánchez, Isabel & Jessica Obeso Cuadra (2018). *La Concesión Minera, aprovechamiento de recursos minerales, limitaciones legales y propuesta normativa*. Lima: Lex & Iuris.
- Merino, Roger & Carlos Quispe (2018). *Consulta previa y Participación Ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la gobernanza ambiental*. Policy Brief 5. Lima: Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico.
- San Martín Villaverde, Diego (2015). *El daño ambiental. Un estudio de la institución del derecho ambiental y el impacto en la sociedad*. Lima: Grijley.
- San Martín Villaverde, Diego (2022). *El Derecho Minero*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tejada Gurmendi, Jaime (2017). Regulación de los recursos naturales: perspectiva constitucional del aprovechamiento de los recursos naturales en el Perú <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12484>. En Marcelo Azevedo, Paulo Honório de Castro Júnior, Tiago de Mattos y William Freire (coords.), *Direito da mineração: questões minerárias, ambientais e tributárias* (pp. 225-252). Belo Horizonte: D'Placido.
- Tong Gonzáles, Francisco & Fernando Montero Alvarado (2009). Sobre la problemática de obtener derechos superficiales para el desarrollo de actividades mineras. *Revista de Derecho Administrativo*, 8, 79-97.
- Vergara Blanco, Alejandro (2016). *Sistema de derecho minero. Una introducción a la disciplina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

