

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESTABLECE QUE LA CONCESIÓN MINERA NO CONSTITUYE EN SI MISMA UN ACTO DE AFECTACIÓN DIRECTA QUE DEBE SER CONSULTADA PREVIAMENTE.

El Tribunal Constitucional emitió la Sentencia recaída en el Exp. N°03326-2017-PA/TC, publicada en su portal web el pasado 28 de junio de 2023, en la que declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por la Comunidad Campesina de Asacasi contra el INGEMMET, el Ministerio de Energía y Minas y la Dirección Regional de Energía y Minas de Apurímac.

La demandante solicitó se dejen sin efecto los actos administrativos que otorgaron 27 (veintisiete) concesiones mineras sin realizar el procedimiento de consulta previa, y que se inapliquen diversas normas que exonerarían el procedimiento de consulta previa en el caso de las concesiones mineras, alegando la vulneración de los derechos a la consulta previa, a la propiedad comunal y al territorio, así como de otros derechos contenidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En relación con el derecho a la consulta previa y las concesiones mineras, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

- 1.** El derecho fundamental a la consulta previa se encuentra reconocido en el Convenio 169 de la Organización del Trabajo (OIT), y reforzado por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.
- 2.** Según la normativa peruana, la concesión no autoriza, inmediata o directamente, al inicio de actividades tales como la exploración o la explotación, pues para ello se requiere, entre otras exigencias, de la previa aprobación de certificaciones ambientales o de estudios de impacto ambiental.
- 3.** En ese sentido, la concesión – como acto administrativo – no constituye en sí misma un acto de afectación directa que ope legis deba ser

consultada previamente. La oportunidad de la consulta previa no se rige automáticamente, por ejemplo, por el estado del proyecto minero (concesión, exploración, explotación, ejecución y cierre), sino cuando se advierta que dicha medida administrativa constituye una afectación directa a los pueblos indígenas u originarios.

4. Si bien la concesión deberá ser objeto de consulta previa, ello sucederá únicamente cuando se advierta que afecta directamente a un pueblo indígena u originario.

Asimismo, en relación con la publicación de las peticiones de otorgamiento de concesiones mineras, y de las otorgadas dentro de territorio indígena, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

1. La normativa peruana regula el aviso de la concesión en el diario oficial El Peruano y en un diario local, y si este no existiera, en la Oficina Regional de Minería. Pero no prescribe la realización de comunicación alguna a los pueblos indígenas u originarios ante los petitorios de concesiones mineras en su territorio, a pesar de que su otorgamiento, sí puede potencialmente configurar una medida administrativa que dé lugar a la ejecución de proyectos, obras u

actividades que los afecten directamente.

2. En ese sentido, la incorporación de los pueblos indígenas u originarios al proceso de publicidad de los petitorios y de concesiones mineras otorgadas dentro de su territorio resulta indispensable. Esta inclusión responde a que los integrantes de los pueblos indígenas u originarios ostentan también, como todo ciudadano, el derecho a la participación ciudadana reconocido en el artículo 31 de nuestra Constitución. Sin embargo, esta exigencia constitucional requiere de una modificación en la regulación nacional sobre concesiones mineras.
3. Con relación a las concesiones vigentes, si bien conforme prescribe el derecho de participación ciudadana, corresponde informar de la petición y de corresponder del otorgamiento de una concesión minera a los pueblos indígenas u originarios cuando se encuentre dentro de su territorio, también es cierto que se requiere de la configuración legal y reglamentaria. No basta la sola regulación contenida en la Constitución para que la Administración pública actúe, inmediatamente, sin contar con habilitación legal y reglamentaria para ello o al margen de la normativa vigente.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, en relación con procesos de amparo en trámite por consulta previa por el otorgamiento de concesiones mineras, donde se demanda la nulidad de una concesión, señaló lo siguiente:

- En los casos en los que, por diversas razones, una comunidad haya padecido la afectación directa por efecto de la puesta en marcha de proyectos, obras o actividades, se deberá realizar una consulta ex post para determinar las medidas a adoptarse para reparar los daños generados, así como para establecer cursos de acción para la preservación y recuperación de los valores culturales de las comunidades.

Esta sentencia contradice la reciente jurisprudencia sobre la consulta previa recaída en el Exp. N° 03066-2019-PA/TC, donde quedó establecido que el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución, y que, si bien aquel emanaba del Convenio 169 del OIT, ello no le otorgaba el carácter de derecho fundamental; razón por la cual no cabía reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo.

Además, tal y como lo precisa la magistrada Pacheco Zerga en la fundamentación de su voto, la

sentencia adolece una grave contradicción, pues, por un lado, se concluye que el Convenio 169 de la OIT estatuye la consulta previa **en el específico caso de exploración y explotación** de recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas (**mas no en el momento de la concesión**); por otro lado, se establece una excepción a dicha disposición convencional, **exigiéndose la consulta antes del otorgamiento de la concesión en caso de afectación directa a un pueblo indígena u originario. Aunado a ello, la sentencia no sustenta cómo la concesión puede por sí misma involucrar una afectación directa a un pueblo originario.**

Si bien la sentencia deja en claro que la sola emisión de la concesión no autoriza a las empresas mineras realizar intervención alguna en el territorio de la comunidad, pues para iniciar los procesos de exploración y explotación se requiere una serie de autorizaciones y permisos; no descarta que mediante una concesión minera se pueda afectar directamente a los pueblos indígenas. Claro está que, de alegarse esta "afectación directa", recaerá en el afectado la carga de la prueba, es decir, el actor deberá acreditar que la afectación directa que le produce concesiones mineras otorgadas dentro de su territorio comunal.

Finalmente, la sentencia establece la obligación de que los petitorios de concesiones mineras se comuniquen o notifiquen a los pueblos indígenas u originarios de la zona, para lo cual, exhorta al Congreso de la República a modificar la ley en tal sentido. Esta obligación se sustentaría en el artículo 31 de la Constitución que reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Sin embargo, esta norma no regula ninguna situación abstracta o concreta relacionada con la comunicación o notificación a los pueblos indígenas respecto de concesiones mineras; sino, por el contrario, los supuestos que en ella se contiene se circunscribe a situaciones específicas de participación ciudadana.



Renzo Carrasco

Socio

rcarrasco@estudiorodrigo.com



Jesús Bautista

Asociado

jbautista@estudiorodrigo.com