

Washington, DC, 23 de agosto de 2012

Señor Doctor Ernesto Alvarez
Presidente del Tribunal Constitucional

Asunto: presentación de *amicus curiae* en la acción de amparo interpuesta por Martin Charaja Valdez y otros en el Expediente N° 01129-2012-PA/TC.

Benjamin Hoffman y Marissa Vahlsing, abogados de EarthRights International, con domicilio procesal ubicado en 1612 K Street, NW, Suite 401, Washington, DC 20006 EEUU, y Marcos A. Orellana, abogado de Center for International Environmental Law, con domicilio procesal ubicado en 1350 Connecticut Avenue NW, Suite #1100, Washington, DC 20036 EEUU, nos dirigimos respetuosamente a usted para manifestarle cuanto sigue:

I. Solicitud de ser consideradas *amicus curiae*

Benjamin Hoffman, Marissa Vahlsing, y Marcos A. Orellana nos presentamos, en calidad de *amici curiae*, en la acción de amparo con el número de expediente 01129-2012-PA/TC, que se tramita actualmente ante este honorable Tribunal Constitucional, para someter a su consideración el presente memorial en derecho, en el que ofrecemos argumentos jurídicos que consideramos útiles para el análisis que el honorable Tribunal Constitucional debe realizar al momento de resolver la solicitud de proteger el derecho fundamental a la consulta previa del pueblo indígena de Arboleda y de otros pueblos titulados en el distrito de Tiquillaca, según demanda de amparo interpuesta por Martin Charaja Valdez y otros en representación de sus pueblos.

EarthRights International (ERI), con domicilio procesal ubicado en 1612 K Street, NW, Suite 401, Washington, 20006, es una organización no gubernamental sin fines de lucro que lleva diecisiete años buscando promover y proteger los derechos humanos y el medio ambiente por medio de intervención legal en defensa del derecho internacional. Con este objetivo, ERI ha desarrollado acciones judiciales de interés público, incluso para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas de Perú, y ha tomado intervención en casos en los que estaba en juego la definición o interpretación de un derecho fundamental.

Fundado en 1989, el **Center for International Environmental Law (CIEL)** es una organización no-gubernamental de interés público dedicada a proteger el medio ambiente, a promover la salud humana y a construir una sociedad justa y sustentable. CIEL tiene su sede en Washington, DC y oficina en Ginebra. El programa de derechos humanos y ambiente de CIEL tuvo su inicio en 1998 en base al reconocimiento de la ineludible relación entre la degradación ambiental y la violación de derechos humanos fundamentales.

II. Interés de presentar un memorial en calidad de *amicus curiae*

En tanto organizaciones no gubernamentales dedicadas a promover que los sistemas de justicia respeten los derechos humanos, en especial aquellos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, tenemos interés en la resolución de este caso, en razón de que en él se discute sobre el derecho a la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas en el distrito de Tiquillaca. Nuestro interés como *amicus* consiste en buscar que, al resolver la demanda de amparo interpuesta por los peticionarios arriba mencionados, el honorable Tribunal Constitucional tenga en cuenta el contenido y alcance del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, como ha sido interpretado al nivel internacional. La obligación de observar el derecho internacional de los derechos humanos debe ser cumplida por todos y cada uno de los funcionarios estatales que, como el honorable Tribunal Constitucional, tengan competencias y funciones relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas.

Nos dirigimos entonces al honorable Tribunal Constitucional, en calidad de *amicus curiae*, con el fin de propugnar por una resolución del caso que proteja el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas arriba mencionados.

III. Introducción y resumen del argumento

Este caso se trata de la falta total del Estado peruano, incluso el Instituto Geológico Minero Metalúrgico, un órgano del Ministerio de Energía y Minas, de realizar la consulta previa exigida por el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y por la Convención Americana de Derechos Humanos, antes de expedir y/o titular las concesiones mineras en el pueblo indígena de Arboleda y en otros pueblos titulados en el distrito de Tiquillaca. La obligación de consulta previa es vinculante en Perú porque está establecida en tratados internacionales de derechos humanos de los cuales Perú es parte, los que en virtud de la Constitución Política tienen rango constitucional, y por la operación de la doctrina de control de convencionalidad. La falta del Estado de consultar a los pueblos indígenas antes de otorgar la concesión minera pone en peligro los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la propiedad colectiva, el derecho a la alimentación, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al agua, el derecho a la salud, el derecho a la cultura y al modo de vida tradicional, el derecho al territorio y el derecho a la participación. Más aun, la falta del Estado de llevar a cabo una consulta de acuerdo a los estándares del derecho internacional—en particular, la falta de llevar a cabo la consulta antes del otorgamiento de la concesión—representa una violación del derecho internacional de los derechos humanos por parte del Estado peruano. Por ende, dichas concesiones mineras tienen un vicio de nulidad de conformidad con el artículo 46 de la Constitución Peruana. Tal vicio sólo puede subsanarse mediante la revisión de las concesiones mineras en conformidad con los requisitos del derecho internacional. El Estado debe además asegurar que los pueblos indígenas sean informados y consultados de acuerdo a los estándares internacionales. Asimismo, el Estado debe asegurar el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento previo e informado si el proyecto minero conlleva impactos de gran escala en el territorio indígena. El Poder Judicial tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos vulnerados de los pueblos indígenas afectados por las concesiones mineras.

IV. Discusión

A. El Poder Judicial debe aplicar los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado es Parte.

Ambos el derecho internacional¹ y el marco normativo peruano² obligan al Poder Judicial a sostener, velar, y aplicar los derechos humanos protegidos por tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado es Parte.

Al ratificar los tratados internacionales de derechos humanos el Estado peruano asumió las obligaciones contenidas en dichos instrumentos, incluyendo las obligaciones de respetar y proteger los derechos humanos. Este compromiso se extiende al ejercicio de la función jurisdiccional por parte de sus tribunales nacionales. Dicha obligación ha sido expresada claramente por la Corte IDH en el caso el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*,

cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³

En el caso concreto, cabe destacar que Perú ha ratificado varios tratados internacionales de derechos humanos que protegen los derechos de los pueblos indígenas, como son tanto el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁴ (Convenio 169) como la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención Americana).⁵ Ambos tratados internacionales protegen las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas, así como el derecho a la consulta, entre otros

¹ Rey Cantor, Ernesto. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México: Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 46 y 47.

² No cabe duda que en Perú los tratados internacionales de derechos humanos (TIDH) forman parte del sistema de fuentes del derecho se tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. El Tribunal Constitucional (TC) ha establecido en reiterada y vinculante jurisprudencia que “Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos tratados no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional.” N. o 00025-2005-PI/TC y No 00026-2005-PI/TC acumulados, f. j. 25.

³ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124. Cabe destacar que la doctrina del “Control de la Convencionalidad” elaborada por la Corte IDH en casos relativos a Perú, incluyendo el caso *Trabajadores Cesados del Congreso* así como el caso *La Cantuta*, apoya la virtud de incluir en el *amicus curiae* argumentos basados en la Convención Americana. Como señala el voto del Juez Eduardo Ferrer en el caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, de acuerdo a la doctrina del “control difuso de convencionalidad”, el juez nacional se convierte en auténtico guardián de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. La doctrina del “Control de la Convencionalidad” ha sido también afirmada por el Tribunal Constitucional del Perú (*Véase*, Expediente No. 2730-2006-PA/TC, fundamento 12).

⁴ Dicho instrumento fue ratificado el 17 de enero del año 1994 y depositado el 2 de febrero de 1994.

⁵ Dicho instrumento fue ratificado el 12 de Julio de 1978 y depositado el 28 de Julio de 1978.

derechos. Ambos instrumentos además entraron en vigor en el Perú antes del otorgamiento de las concesiones recurridas en el presente caso.

En cuanto a la Convención Americana en particular, la Corte IDH ha utilizado el Convenio 169 y técnicas sistémicas de integración activadas por el artículo 29 de la Convención Americana para identificar el contenido del derecho a la consulta, en relación con los derechos a la propiedad comunal indígena e identidad cultural protegidos en el artículo 21 de la Convención Americana. De acuerdo al control de convencionalidad que le corresponde a la judicatura nacional, esta jurisprudencia tiene fuerza vinculante para los tribunales nacionales del Perú.⁶ Cabe recalcar que las disposiciones de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos indígenas tienen directa relevancia para los argumentos de los peticionarios en el presente caso.

B. El derecho internacional de los derechos humanos contiene amplias protecciones para los pueblos indígenas en el uso y goce de sus territorios ancestrales, y el derecho a la consulta previa—y en ciertos casos el consentimiento previo, libre e informado—es un componente esencial y vinculante de esas protecciones.

La estrecha relación de los pueblos indígenas con sus tierras, con los recursos naturales en sus territorios ancestrales y con los elementos incorporales que se desprenden de ellos es reconocida y protegida por el derecho internacional. Como ha señalado la CIDH, “la garantía del derecho a la propiedad territorial es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas.”⁷ Además, “[s]e relaciona directamente, incluso como un pre-requisito, con los derechos a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida, al honor, a la dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia, y a la libertad de movimiento y residencia.”⁸

Como ha señalado la Corte IDH, “debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso

⁶ Según el artículo 115o del Código Procesal del Perú “las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno.” Además, las sentencias de la Corte IDH no solo tienen una sentencia ilustrativa en el ordenamiento jurídico interno, sino una fuerza vinculante, de conformidad con la jurisprudencia del TC: “Tal interpretación conforme a los tratados sobre derechos humanos, contiene implícitamente, una adhesión a la interpretación que de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos de la región”. Nótese que no solo vincula los tratados derechos humanos, sino la interpretación que de ellas hagan los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones contenciosas.” (Exp. No 0218-2002- HC/TC, f.j. 2).

⁷ CIDH. “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre Sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos,” Doc. 56/09, OEA/Ser.L/V/II, 30 diciembre 2009, [Tierras Ancestrales] Párr. 2.

⁸ CIDH. Tierras Ancestrales, Párr. 2, citando CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076-1080, y CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awás Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(f).

y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia.”⁹ La protección aquí referida incluye “la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio,” y por lo tanto, “la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida.”¹⁰ Reconociendo la importancia de dicha protección, la CIDH ha llamado a los Estados miembros de la OEA a velar por el respeto y garantía de los derechos de los pueblos indígenas, “en especial sus derechos a la protección de las tierras que han ocupado históricamente y los recursos naturales de esos territorios, así como su derecho a la consulta previa, libre e informada con respecto a las decisiones que puedan afectarlos.”¹¹

El derecho internacional ha reconocido al derecho de los pueblos indígenas a la consulta.¹² Tal derecho es un elemento esencial para proteger el control de los pueblos indígenas sobre sus territorios, así como para proteger todos los derechos mencionados en la introducción de este escrito de *amicus curiae*. En su núcleo, el derecho a la consulta requiere que el Estado tome los pasos necesarios para “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,”¹³ particularmente cuando el Estado está considerando proyectos de “prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.”¹⁴

La Corte IDH ha precisado lo que es requerido para una consulta adecuada. En la sentencia reciente de junio del año en curso en el caso *Sarayaku*, la Corte IDH aclaró que una consulta adecuada consiste en una serie de elementos importantes: la consulta debe ser (1) realizada con carácter previo, (2) con la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo, (3) adecuada y accesible, y (4) informada.¹⁵ Además, (5) el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de un pueblo indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.¹⁶

Cabe destacar además que en situaciones que amenazan a los territorios indígenas con impactos de gran escala, como son usualmente los impactos asociados a proyectos de inversión mineros y

⁹ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, Párr. 146.

¹⁰ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, Párr. 146.

¹¹ CIDH. Comunicado de Prensa, 10 de agosto de 2012, "CIDH urge a Estados Miembros a velar por respeto y garantía de los derechos de los pueblos indígenas."

¹² Véase, por ejemplo, Declaración ONU, Artículos 10, 11, 15, 17, 19, 28-30, 32, 36; Convenio 169, Artículos 6, 15.2, 22.3, 27.3, 28; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 21, como interpretado por la Corte IDH en los casos *Saramaka y Sarayaku*.

¹³ Convenio 169, Artículo 6(1)(a).

¹⁴ Convenio 169, Artículo 15.2.

¹⁵ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, Parr. 180-208

¹⁶ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, Párr. 205 (citando *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 130).

otras industrias extractivas industriales, el derecho internacional exige el consentimiento previo e informado de los pueblos indígenas. Específicamente, el derecho internacional exige que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena], el Estado...debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de [los pueblos indígenas], según sus costumbres y tradiciones.”¹⁷

C. La consulta debe realizarse de forma previa a cualquiera conducta del Estado o de terceros que pueda afectar directa o indirectamente a los pueblos indígenas.

En el presente caso, el elemento temporal de la consulta es clave. En este sentido, las fuentes internacionales de derechos humanos son claras: la consulta tiene que ser *previa* a cualquiera acción u omisión que pueda poner en riesgo los derechos protegidos de los pueblos indígenas. El derecho a la consulta previa es particularmente importante en el caso de una concesión minera, en atención a los conocidos impactos que conlleva la minería sobre el territorio y los pueblos.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁸, así como el Convenio No. 169 destacan el carácter *previo* de la consulta. La Declaración ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica que los estados “celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas *antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten*, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.”¹⁹ En particular, la Declaración destaca que la consulta debe llevarse a cabo “antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.”²⁰ De la misma manera, el Convenio 169 destaca que, en situaciones en las cuales los estados mantienen el derecho de concesionar los recursos del subsuelo, “los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, *antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.*”²¹ Estas normas tienen carácter vinculante en Perú, como ha quedado demostrado en el análisis de la Sección A.

La Corte IDH y la CIDH han contribuido a clarificar el requisito que la consulta sea realizada de forma previa a cualquiera conducta que pueda afectar al territorio indígena. Interpretando la Convención Americana a la luz del Convenio 169, en su fallo reciente en el caso *Sarayaku*, la Corte IDH determinó que la consulta debe ser realizada con carácter previo, lo cual significa que los procesos de “diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse *desde las primeras etapas* de

¹⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia de noviembre 28 de 2007, párr. 134; véase también Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia de agosto 12 de 2008, párr. 17; CIDH, *Tierras Ancestrales*, párrs. 329-34; OIT, CEACR: Observación Individual Sobre el Convenio núm. 169, *Pueblos indígenas y tribales*, 1989 Bolivia, 2005. Véase Asimismo Naciones Unidas, Foro Permanente de Cuestiones Indígenas párrafo las, Informe del Seminario Internacional Sobre Metodologías relativas al Consentimiento Libre, Previo e Informado y los Pueblos Indígenas, E/C.19/2005/3, 17 de Febrero de 2005.

¹⁸ En el año 2007, cuando las Naciones Unidas realizaron las votaciones para adoptar la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas Perú actuó como copatrocinador de la Declaración, y votó a favor de la misma.

¹⁹ Declaración ONU, Artículo 19 (énfasis nuestro).

²⁰ Declaración ONU, Artículo 32.2

²¹ Convenio 169, Artículo 15.2 (énfasis nuestro)

la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones.”²² Dichas primeras etapas incluyen tanto los acuerdos que el Estado hace con terceros privados, como las decisiones que se adoptan en el marco del ejercicio del poder público.²³ Por lo tanto, señala la Corte IDH, el Estado “debía haber garantizado la participación del Pueblo Sarayaku y, en consecuencia, que no se realizaran actos de ejecución de la referida concesión dentro de su territorio sin consultarle previamente.”²⁴ Más aun, en el caso *Saramaka*, la Corte IDH ha precisado que “el Estado no debería haber otorgado concesiones madereras dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que hubiese cumplido con las tres garantías de participación efectiva, beneficios compartidos y evaluaciones previas de impacto ambiental y social.”²⁵ Cabe destacar que en el mismo caso *Saramaka*, la Corte IDH ha clarificado que la salvaguardia de la participación efectiva incluye la consulta previa, así como el consentimiento previo en casos de impacto a gran escala sobre el territorio.²⁶ De la misma manera, la CIDH ha afirmado que los Estados tienen la obligación de consultar antes del diseño y ejecución de proyectos sobre recursos naturales,²⁷ y que los Estados violan los derechos de los pueblos indígenas cuando otorgan concesiones sin consultar²⁸.

Por lo tanto, en atención a las obligaciones del Estado relativas a la consulta, el relator especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, afirmó que: “en todos los casos en que se aplique el deber de celebrar consultas su finalidad deberá ser obtener el consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. De ahí que las consultas deban realizarse *en las primeras etapas* de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones.”²⁹

D. La falta del Estado de llevar a cabo una consulta previa como exige el derecho internacional genera en las concesiones un vicio de nulidad que sólo puede subsanarse mediante la revisión de las concesiones y la introducción de medidas para asegurar que los afectados sean consultados adecuadamente.

²² Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, Párr. 167. (énfasis nuestro)

²³ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, Párr. 167.

²⁴ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, Para. 183. En este caso, la Corte IDH determinó que el Estado de Ecuador había violado el derecho a la consulta por no haber consultado a las comunidades Sarayaku *antes* de permitir la fase de exploración.

²⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Sentencia de noviembre 28 de 2007, Párr. 146 (énfasis nuestro)

²⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Sentencia de noviembre 28 de 2007, Párrs. 129 & 133-137.

²⁷ CIDH. Acceso a la Justicia y la Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Doc.. OEA / Ser.L / V / II, doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 249.

²⁸ Véase CIDH. Informe N° 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 143.

²⁹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, par. 65. (énfasis nuestro); véase también Carta de 4 de julio 2011 de James Anaya al Gobierno Peruano, PER 2/2011, que se trata de la necesidad de la consulta antes de llevar a cabo proyectos mineros en Puno, disponible a https://spdb.ohchr.org/hrdb/19th/AL_Peru_04.07.2011_%282011%29.pdf.

En los dos casos emblemáticos de la jurisprudencia del sistema interamericano sobre derechos indígenas, a saber el caso *Saramaka* y el reciente caso *Sarayaku* decidido en julio del año en curso, la Corte IDH ha determinado la responsabilidad internacional del estado por violación del derecho de los pueblos indígenas a la consulta. En ambos casos, la Corte IDH ha determinado que el Estado tiene la obligación de consultar con los pueblos indígenas antes de otorgar concesiones o de permitir la exploración de recursos naturales en el territorio indígena.³⁰ Como han demostrado los demandantes en el caso concreto, la violación de tal obligación hace nula a la concesión.³¹ Esa conclusión es consistente con las reparaciones ordenadas por la Corte IDH.

En dichos casos, la Corte IDH determinó que para reparar la violación del derecho internacional los estados debían revisar las concesiones y tomar los pasos necesarios para asegurar que los pueblos indígenas fueren consultados adecuadamente.

En el caso *Saramaka*, por ejemplo, como una medida de restitución y de garantía de no repetición, la Corte IDH ordenó al Estado de Surinám, “eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka...”³² Específicamente, como parte de ese proceso, “[r]especto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka...”³³ La indicación de revisar las concesiones—un proceso que provee un cierto nivel de flexibilidad para su implementación en diferentes sistemas legales—revela que las concesiones no deben ser consideradas finalizadas, sino nulas, hasta que el estado cumpla con su obligación de consultar a los pueblos afectados.³⁴

³⁰ Véase Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Sentencia de noviembre 28 de 2007, y Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245.

³¹ Véase Demanda de Amparo, sección 4.9.

³² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia de noviembre 28 de 2007, Párr. 214. De igual manera, en el caso *Sarayaku*, porque el proyecto ya había sido parado efectivamente, como medida de garantía de no repetición, la Corte ordenó “que en el eventual caso que se pretenda realizar actividades o proyectos de exploración o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio Sarayaku o a aspectos esenciales de su cosmovisión o de su vida e identidad culturales, el Pueblo Sarayaku deberá ser previa, adecuada y efectivamente consultado, de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia.” Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, Párr. 299.

³³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia de noviembre 28 de 2007, Párr. 214.

³⁴ Tal medida de reparación también es consistente con las sentencias dictadas en otros países latinoamericanos para remediar la falta de consulta antes de otorgar concesiones extractivas. Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 2000-08019, Expediente 00-000543-0007-CO de septiembre 8 de 2000 y Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional de Costa Rica, Voto 2000-10075, Expediente 00-000543-0007-CO de noviembre 10 de 2000 (declarando la nulidad y la revocación de una concesión para la exploración y operación petroleras después de observar la falta de consulta con los grupos indígenas afectados). Véase también, Tribunal Constitucional del Ecuador, Caso No. 170-2002-RA de agosto 13 de 2002 (afirmando que la falta de una consulta adecuada determina la ilegitimidad del acto del gobierno); Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1, Brasil), Caso No. 200639030007118, sentencia de 13 de agosto (revocando la licencia/el decreto legislativo que autorizó la construcción de la represa hidroeléctrica Belo Monte y suspendiendo el proyecto, por la falta de una consulta a los pueblos indígenas afectados).

V. Conclusión

El derecho internacional establece claramente, y con fuerza vinculante en Perú, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas antes de adoptar cualquiera medida que pueda afectar directa o indirectamente al territorio indígena. La obligación de consultar es particularmente importante en relación con una concesión minera, incluyendo la fase de exploración, en atención a los significativos impactos que usualmente conllevan los proyectos extractivos sobre el territorio y los pueblos. Esta obligación de consultar es vinculante en Perú, en virtud de la Constitución Política del Perú.

La falta del Estado peruano de consultar al pueblo indígena Arboleda y otros pueblos afectados antes de otorgar la concesión minera representa una violación del derecho a la consulta que menoscaba sus derechos fundamentales y pone en riesgo su sobrevivencia. Para proveer una reparación justa y adecuada, este honorable Tribunal Constitucional debe reconocer que las concesiones ya otorgadas sin consulta son nulas, y debe ordenar la revisión de la concesión conforme con los estándares establecidos por la Corte IDH. El Tribunal Constitucional debe asimismo reafirmar la obligación del Estado de llevar adelante un proceso de consulta que satisfaga todos los requisitos establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

Los *amici* también señalamos respetuosamente que el honorable Tribunal Constitucional también tiene la tarea de determinar si el proyecto puede tener impactos de gran escala sobre el territorio, en atención a que en dicho caso el derecho internacional de los derechos humanos requeriría adicionalmente el consentimiento previo, libre, e informado de los pueblos indígenas afectados.

Quedamos de usted atentamente,

Abogado Benjamin Hoffman
EarthRights International

Abogada Marissa Vahlsing
EarthRights International



Abogado Marcos A. Orellana
Center for International Environmental Law