

Expediente: 01129-2012-AA
Sumilla: Presento *amicus curiae*

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Shin Imai, profesor de Derecho, con **Kate Buttery**, **Valerie Crystal** y **Francesca Allodi-Ross**, integrantes de Proyecto Justicia y Responsabilidad Corporativa, con domicilio legal en la Osgoode Hall Law School, York University, 4700 Keele Street, Toronto Canadá M3J 1P4; teléfono: +1-416-736-5274; e-mail: simai@justice-project.org, nos dirigimos respetuosamente al Tribunal Constitucional para manifestarle cuanto sigue:

I. Solicitud de ser considerado *amicus curiae*

Sr. Juez, nos presentamos en calidad de *amicus curiae* en la acción de amparo radicada con el número de expediente 01129-2012-AA, para someter a su consideración el presente memorial en derecho, en el que ofrecemos argumentos jurídicos que consideramos útiles para el análisis del derecho de consulta previa. No haremos referencia a todos los principios generales del derecho internacional, sino que nos limitaremos a destacar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y su interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Expondremos cómo esos principios se implementan por jueces en Canadá, y ofreceremos el ejemplo de un proceso de consulta que comprometió a la empresa BHP Diamonds en Canadá y que muestra las normas legales que la BHP debió cumplir en Canadá. En nuestro análisis puntualizamos tres aspectos:

1. La consulta previa se realiza antes de otorgar la concesión minera, y debe continuar durante todo el proceso de desarrollo de la mina.
2. Los talleres informativos no cumplen con el deber de la consulta previa.
3. El remedio apropiado en caso de falta de consulta previa es suspender los efectos de la concesión minera y ordenar la consulta previa que corresponde.

Los integrantes del Proyecto Justicia y Responsabilidad Corporativa tienen experiencia en el tratamiento de las relaciones entre los pueblos indígenas y el gobierno canadiense, y conocimientos de derecho internacional en relación con los pueblos indígenas. Si bien no haremos referencia directa en este memorándum a la legislación peruana, hemos revisado la Ley 27985 (Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios), el Decreto Supremo N° 001-2012-MC (Reglamento de la Ley N° 29785), el Decreto Supremo N° 028-2008-EM (Reglamento de Participación Ciudadana en el

Subsector Minero), y la R.M. N° 304-2008-MEM/DM (Normas que Regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero), así como las decisiones del Tribunal Constitucional.

II. La consulta previa se realiza antes de otorgar la concesión minera, y debe continuar durante todo el proceso de desarrollo de la mina

Cuando un proyecto minero está en su etapa de planeación, debe tener lugar la consulta a los pueblos indígenas antes de que se otorgue la concesión, y no después. El artículo 6, inciso 1, letra a del Convenio 169 de la OIT señala que la consulta se realiza “cada vez que se prevea adoptar medidas [...] administrativas”. Este punto se acentúa también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, que señala:

[Se] debe consultar con el pueblo...en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad... El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades, y para brindar una adecuada respuesta al Estado.¹

En Canadá el requisito de consulta previa comienza cuando el gobierno entiende que puede haber un impacto sobre una comunidad indígena, y antes de que se adopte cualquier decisión preliminar. Esto es con el fin de asegurar que la consulta se produzca *antes* de que llegue el momento de que el proyecto se inicie. En el caso *West Moberly First Nations v. British Columbia (Ministry of Energy, Mines and Petroleum Resources)*², por ejemplo, la Corte de Apelaciones de la provincia de Columbia Británica sostuvo que la Nación Originaria no había sido adecuadamente consultada y suspendió la exploración aunque los permisos hubieran sido otorgados.

El proceso de consulta seguido por la BHP Diamonds, antes de que se le expidiera una licencia de aguas para una mina, ejemplifica el proceso en Canadá³ (la BHP Diamonds es una compañía relacionada con BHP Billiton⁴):

1. Reuniones con las comunidades indígenas antes de presentar la solicitud.

De acuerdo con las normas para la evaluación del impacto medioambiental establecidas en la Ley de Administración de Recursos del Valle del Mackenzie⁵, se exige a los promotores que se reúnan con las partes que potencialmente pudieran verse afectadas por el proyecto, antes de presentar una solicitud al gobierno⁶. Esto incluye un aviso sobre la cuestión, con forma y contenido apropiados, para permitir que las partes preparen sus argumentaciones, un razonable espacio de tiempo para

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). [*Saramaka*].

² 2011 BCCA 247, 3 CNLR 343.

³ Para una lista de los documentos empleados en este proceso, véase el sitio del Mackenzie Valley Review Board, en: http://www.reviewboard.ca/registry/project.php?project_id=2.

⁴ BHP Diamonds Inc. era una subsidiaria canadiense de Broken Hills Proprietary Company Ltd (BHP Ltd). Véase www.ghrgistries.ca/registry/out/C0627-BHP-DOC.PDF.

⁵ Mackenzie River Environmental Impact Review Board, 2004, http://www.reviewboard.ca/upload/ref_library/MVE EIA Guidelines_1195.

⁶ *Ibid* s 3.

que las partes preparen estas argumentaciones, y una oportunidad para exponer estas argumentaciones al promotor,

2. *Una vez presentada la solicitud, esta se revisó por el Consejo de Administración de Aguas de los Territorios del Noroeste.*

BHP Diamonds presentó la solicitud de licencia el 20 de noviembre de 1998. El Consejo de Administración de Aguas de los Territorios del Noroeste emitió alertas a organismos gubernamentales, gobiernos indígenas, propietarios de tierras y organizaciones no gubernamentales.

3. *Con el fin de desarrollar la evaluación medioambiental se celebró una serie de reuniones.*

Entre los meses de junio y diciembre de 1999 hubo cerca de veinte reuniones con varias Naciones Originarias y organizaciones representativas de las Naciones Originarias. La BHP produjo también una serie de notificaciones públicas, incluyendo notificaciones emitidas en lenguas aborígenes por la radio, indicando que la compañía estaba realizando una evaluación medioambiental.

4. *Una vez que se presentó la evaluación medioambiental, el Consejo de Revisión del Valle del Mackenzie, compuesto por representantes gubernamentales e indígenas, realizó una revisión técnica.*

En junio de 2000 el promotor presentó su informe de evaluación medioambiental, que indicaba los impactos potenciales de su proyecto. Después de la presentación del informe, varias instancias del gobierno, así como representantes de la Nación Originaria, presentaron sus revisiones técnicas. Además, el personal del Consejo de Revisión visitó también las comunidades. Al final del proceso, el Consejo de Revisión tenía en su registro público más de 500 documentos relativos a la consulta.

5. *Entre la presentación de la solicitud y la aprobación de la licencia de aguas transcurrieron casi dos años y medio.*

El Consejo de Revisión emitió notificaciones mensuales acerca del avance del proceso con las Naciones Originarias y los gobiernos locales. El Consejo de Revisión aprobó la licencia de aguas el 7 de febrero de 2001.

6. *Si el proyecto hubiera sido de mayor envergadura y significación, hubiera habido otra etapa en el proceso.*

En caso de proyectos de mayor envergadura, el Consejo de Revisión puede celebrar más audiencias formales sobre el impacto medioambiental.

III. Los talleres informativos no cumplen con el deber de la consulta previa.

Resulta evidente que las sesiones de información no cumplen con esta obligación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6, inciso 2 del Convenio 160, que expresa que “[las] consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse *de buena fe... con la finalidad de llegar a un acuerdo* o lograr el consentimiento acerca de

las medidas propuestas” (subrayado nuestro). La diferencia entre un taller informativo y una consulta se ha señalado por James Anaya, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas:

Se hace más hincapié en que las consultas sean negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones⁷.

En Canadá es el gobierno, y no la compañía minera, el que tiene el deber de asegurar que se produzca un apropiado nivel de consulta y acuerdo, lo que no puede lograrse mediante los talleres informativos, que omiten incluir la posibilidad de tener en cuenta los intereses indígenas o arribar a un acuerdo. La Corte Federal de Canadá señaló lo siguiente en el caso *Mikisew Cree First Nation v Canada (Minister of Canadian Heritage)*:

Carece de sentido la consulta que excluya desde el inicio cualquier forma de acuerdo. El proceso que se contempla no es simplemente el de dar a los mikisew una oportunidad para desahogarse antes de que el ministro proceda a hacer lo que desde antes ya tenía planeado⁸.

IV. El remedio apropiado en caso de falta de consulta previa es suspender los efectos de la concesión minera y ordenar la consulta previa que corresponde.

Cuando exista la posibilidad de que los intereses de los pueblos indígenas resulten afectados significativamente, la consulta no tendrá sentido si se realiza cuando ya el proyecto está en ejecución. En el caso *Saramaka* la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado de Surinam “delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo saramaka”, y que hasta tanto no hiciera eso, el Estado “debe abstenerse de realizar actos [como otorgar concesiones] que podrían [...] afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo”⁹.

En el marco del sistema legal de Canadá no resulta infrecuente que una corte suspenda o retrase un proyecto para asegurar que se cumplan los requerimientos de consulta y que se tengan en cuenta los intereses aborígenes. En el caso *Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Attorney General)*¹⁰, por ejemplo, la Corte Federal anuló un permiso que permitía a una compañía realizar actividades extractivas en tierras que incluían territorios tradicionales de las Naciones originarias. La Corte falló que la compañía

⁷ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrafo 46; en internet: http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2009_hrc_annual_report_sp.pdf.

⁸ 2005 SCC 69, 3 SCR 388, párr. 54.

⁹ *Saramaka*, nota 1, p. 65.

¹⁰ 2010 FC 1139, [2011] 1 CNLR 385.

había omitido consultar a las Naciones Originarias, y que el gobierno federal había descuidado asegurar que la consulta se realizase.

V. Peticiones

Con base en lo expuesto en el presente escrito, solicitamos al Tribunal Constitucional que:

1. Acepte el presente memorial en calidad de *amicus curiae*.
2. Tome la decisión en conformidad con el derecho internacional.

Respetuosamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Shin Imai', with a stylized flourish at the end.

Shin Imai

Profesor en la Facultad de Derecho Osgoode Hall, Universidad de York, Toronto, Canadá

Director del Proyecto Justicia y Responsabilidad Corporativa