

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL *CASO DEL PUEBLO SARAMAKA VS. SURINAM* Y EL DERECHO DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS RULING ON THE *CASE OF THE SARAMAKA PEOPLE VS. SURINAM*, AND THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES TO PRIOR CONSULTATION

Iván Bazán Chacón

Universidad Norbert Wiener

RESUMEN

La cuestión planteada es si el derecho de consulta a los pueblos indígenas y tribales es conforme al Derecho internacional. Para solventar la pregunta se examina el marco constitucional peruano y su relación con el Derecho interno y el Derecho internacional en materia de derechos humanos. De esta relación derivan por ejemplo las obligaciones internacionales de nuestro Estado, vinculadas al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, incluyendo las emanadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir del análisis del *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, se brinda un panorama a través de los fallos del Tribunal Constitucional e informes defensoriales de la Defensoría del Pueblo, ambos peruanos, para formular algunas conclusiones entre las que destaca el derecho de consulta a los pueblos indígenas y tribales conforme al Derecho internacional.

Palabras clave: derecho de consulta, pueblos indígenas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convenio 169 OIT, derecho a la autodeterminación de los pueblos.

ABSTRACT

The matter at hand examines whether or not the right of prior consultation to indigenous and tribal peoples should be considered under international law. In order to address this question, there was an examination of the Peruvian constitutional framework and its relationship to national law and international law matters on human rights. In this regard, there was recognition of the rights and international obligations secured by our state, linked to the Inter-American System of Human Rights; including those arising from the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. From the analysis of the case of the *Saramaka People v. Suriname*, we obtain an overview of the rulings by the Constitutional Court and the Defender's reports provided by the Office of the Ombudsman, both of them Peruvian. Conclusions feature the resolution on the right to consultation of indigenous and tribal peoples under international law.

Keywords: right to prior consultation, indigenous peoples, Inter-American Court of Human Rights, ILO Convention 169, the right to self-determination.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca responder a la siguiente pregunta: ¿El derecho de consulta a los pueblos indígenas, en relación a las actividades extractivas de recursos naturales o a ciertas obras de infraestructura local, regional o nacional, afecta la seguridad jurídica y la estabilidad de las inversiones en el Perú o, por el contrario, es conforme al Derecho internacional?

Como primera idea, este artículo desarrolla el tema de la consulta como un derecho reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que no es el único ni el más importante. Otro objetivo del artículo es sustentar que los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorios. Es decir, por fuente convencional, ya sea el instrumento 169 de la OIT como la Convención Americana y la Constitución, el derecho de consulta está considerado como derecho humano, y su regulación interna no puede contradecir las obligaciones internacionales del Perú consignadas en los citados instrumentos.

Este artículo se origina en una exposición presentada para la Cátedra Internacional Juan Pablo II, de la Universidad Central de Chile, en setiembre de 2010. A la luz del Derecho internacional, de los Derechos humanos y de la realidad peruana, este documento busca esclarecer las bases jurídicas del derecho de consulta a los pueblos indígenas, su importancia y las obligaciones que se derivan para con el Estado peruano.

Al respecto, es inspiradora la orientación del Pontífice Juan Pablo II en esta

materia; con ocasión de la vigésima conmemoración de la Jornada Mundial por la Paz, el 1 de enero de 1999, expresó lo siguiente:

Una de las formas más dramáticas de discriminación consiste en negar a grupos étnicos y minorías nacionales el derecho fundamental a existir como tales. Esto ocurre cuando se intenta su supresión o deportación, o también cuando se pretende debilitar su identidad étnica hasta hacerlos irreconocibles. ¿Se puede permanecer en silencio ante crímenes tan graves contra la humanidad? Ningún esfuerzo ha de ser considerado excesivo cuando se trata de poner término a semejantes aberraciones, indignas de la persona humana (Juan Pablo II 1999).

Si bien todo grupo humano cuenta con derechos, por ser conformado por personas, cuando se pone en juego el derecho de particulares frente a pueblos indígenas, comunidades campesinas u otros pueblos originarios, el trato brindado a estos parece diferenciado, cuando no discriminatorio, al extremo que se les pretende negar, en algunos casos, su propia interlocución. Ello lleva a plantear si el derecho de consulta a los pueblos indígenas es un derecho humano que debe ser observado y respetado por el Estado peruano.

Una respuesta sencilla pudiera suponer revisar el catálogo de derechos de la Constitución Política del Perú de 1993. Pero, para ampliar el tema, se puede revisar los tratados de derechos humanos. Eso es necesario, pero insuficiente. Por ello, además, daremos algunos elementos del contexto del país, para proponer una reflexión que ayude a tomar posición desde las obligaciones del Estado peruano.

El Perú es multicultural y multilingüe. Así, el censo de 1994 identificó a siete grupos étnicos indígenas en los andes y a sesenta y cinco en la Amazonia¹. El Estado peruano reconoce a los pueblos indígenas en su Constitución (arts. 2, inc. 19; 17, 88, 89, 149) y en otras normas.

El Perú es Estado Parte del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, ratificado mediante Resolución Legislativa N.º 26253 de fecha 2 de diciembre de 1993. Sus disposiciones son obligatorias para nuestro país desde el 2 de febrero de 1995².

También lo es del Pacto de Derechos Civiles y Políticos³ y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴, así como del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de fecha 22 de

noviembre de 1969, la que fue aprobada por el Estado peruano mediante Decreto Ley 22231 de fecha 11 de julio de 1978, y ratificada el 28 de julio de 1978 así como en la Décima Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución Política de 1979. De esta manera, el Estado peruano reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, también Corte IDH) desde el 21 de enero de 1981⁵.

Casos del Perú en el sistema interamericano

El Perú ha sido el país con mayor número de casos resueltos por la Corte IDH⁶; en varios de ellos, las víctimas fueron personas quechuahablantes. Sin embargo, no ha llegado un caso en el que se confronte a un pueblo indígena como tal contra el Estado peruano.

- 1 Informe del Perú al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas, párrafo 51. 19 informe periódico del Estado, documento CERD/C/PER/14-17, de fecha 20 de abril de 2009.
- 2 Según información disponible en el portal electrónico del Ministerio de Relaciones Exteriores. Consulta: 30 de marzo de 2011.
<<http://www.rree.gob.pe/portal/Tratados.nsf/f73e3a296d6cf32b052576a4007bd50a/cc7d7cadde9339805256d050075a73d?OpenDocument>>.
- 3 Aprobado por el Estado peruano mediante el Decreto Ley 22128. Instrumento de adhesión con fecha 12 de abril de 1978, depositado con fecha 28 de abril de 1978. Fue “ratificado” por la Décima Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución de 1979. En vigor desde el 28 de julio de 1978, según información disponible. Consulta: 30 de marzo de 2011.
<<http://www.rree.gob.pe/portal/Tratados.nsf/f73e3a296d6cf32b052576a4007bd50a/fa6cadbc9a75b39a05256d11006de8a4?OpenDocument>>.
- 4 Aprobado por el Estado peruano mediante el Decreto Ley 22129. Instrumento de adhesión con fecha 12 de abril de 1978, depositado con fecha 28 de abril de 1978. Vigente para el Perú desde el 28 de julio de 1978, según información disponible. Consulta: 30 de marzo de 2011.
<<http://www.rree.gob.pe/portal/Tratados.nsf/f73e3a296d6cf32b052576a4007bd50a/8a51da73838ab1b405256d11006dea23?OpenDocument>>.
- 5 Hay información disponible. Consulta: 30 de marzo de 2011.
<<http://www.rree.gob.pe/portal/Tratados.nsf/f73e3a296d6cf32b052576a4007bd50a/6673136905f6fd0505256d1300765ac1?OpenDocument>>.
- 6 Veintiséis casos sobre el fondo del asunto, al 31 de marzo de 2011, cuando se redactaba este artículo, según elaboración del autor. Consulta: 31 de marzo de 2011 <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Asimismo, el documento “Origen, atribuciones y estructura de la Corte”. Consulta: 3 de octubre de 2010. <<http://scm.oas.org/pdfs/2010/Corte/Textos/ESP/I.PDF>>.

II. IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL PERÚ

¿Es importante la jurisprudencia de la Corte IDH para el Perú? Intentaremos responder a esta pregunta a partir del marco jurídico nacional y de su relación con el Derecho internacional.

Partimos de la premisa de que la Constitución es la principal norma jurídica del Estado. Su primer artículo expresa lo siguiente: *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*

En este marco jurídico, los arts. 2 al 42 contienen otros derechos constitucionales. La nomenclatura empleada no es determinante: los derechos económicos, sociales y culturales son también derechos fundamentales. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado se organiza según el principio de la separación de poderes (art. 43 de la Constitución). Dicho de otra manera, el poder del Estado no es absoluto; encuentra límites en los derechos de la persona (Ministerio de Justicia 2005), así como en la distribución de sus competencias y atribuciones funcionales de sus distintos órganos. En el Perú, César Landa sostiene una tesis semejante:

La Constitución no es solo la norma suprema que regula el poder y protege los derechos fundamentales de todas las personas, sino, también, es una forma de vida democrática en las sociedades modernas. Por eso, a diferencia de la ley, cuando a ésta se la deja sin efecto, o se la deroga, no produce las consecuencias que genera la violación o derogatoria de la Constitución, que es la afectación

o anulación de la democracia (Landa 2010: [I]).

En una lectura sistemática de la Constitución, es importante vincular el artículo 1 con el que establece las obligaciones centrales del Estado, para saber cuál es su finalidad esencial:

Artículo 44.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación [...].

Por consiguiente, según el texto constitucional, entre las obligaciones primordiales del Estado se encuentran garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, así como promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. No debería existir contradicción entre ambos deberes. Si se presentara el caso, veremos qué deber está obligado a honrar el Estado.

Ahora bien, la Constitución se integra, además de sus distintos artículos, con otras fuentes del Derecho, como los tratados, según entiende actualmente el Tribunal Constitucional (TC). Así, el Estado peruano reconoce a los instrumentos internacionales como parte integrante del derecho nacional⁷. Igualmente, para entender el significado de los derechos fundamentales, la Cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución señala:

Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución

7 Art. 55 de la Constitución: Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Esta cláusula significa que en materia de derechos humanos, no es suficiente emplear el solo texto constitucional, ni los criterios y elaboraciones de los órganos jurisdiccionales nacionales, sino que el operador jurídico debe inspirarse y sujetarse a los textos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y acuerdos sobre la materia que vinculan al Perú. En otras palabras, el lector de la Constitución debe además revisar la Declaración Universal mencionada, así como los tratados de derechos humanos a los que el Perú se ha obligado.

Por si fuera breve la tarea, también el desarrollo de la legislación infraconstitucional profundiza en la cuestión. Así, en el art. V del Código Procesal Constitucional⁸ se instaura el mandato de interpretar los derechos constitucionales de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos⁹. Esta norma del Título Preliminar de la citada ley amplía la comprensión de los derechos humanos a la que ha sido efectivamente reconocida y protegida según la jurisprudencia internacional que vincula entonces al Perú. Dicho de otra manera, el texto del citado Código va más allá del texto de la Cons-

titución. Así lo ha entendido y aplicado el Tribunal Constitucional.

El TC ha considerado que puede y debe aplicarse en forma directa el Derecho Internacional en el Derecho interno: “*Toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados de derechos humanos y en la jurisprudencia de los órganos internacionales a los que el Perú reconoce competencia*”¹⁰.

Los tratados de derechos humanos “*constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades*”¹¹. Las normas, decisiones y prácticas del Estado entonces no solo deben examinarse a la luz del texto de la Constitución, sino también de los tratados de derechos humanos.

Este aspecto lleva a la cuestión de reflexionar sobre el rango jurídico de los tratados, pues podría pensarse que los tratados de derechos humanos ostentarían el simple rango de ley. Pero al servir como criterio y pauta para entender los derechos fundamentales, mueve a considerarlos en otro rango, como ha expresado el TC cuando ha sostenido que los tratados indicados: “[...] no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional”¹².

Otro aspecto de capital relevancia es que el TC declaró que la jurisprudencia

8 Promulgado mediante la Ley 28237, de fecha 28 de mayo de 2004.

9 Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

10 Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de diciembre de 2004, párrafo 8.

11 Tribunal Constitucional. Sentencia de 19 de junio de 2004, fundamento jurídico 22.

12 Tribunal Constitucional. Sentencia de 25 de abril de 2006, fundamento jurídico 33.

de la Corte Interamericana es obligatoria y vinculante a todos los poderes públicos, en su parte resolutive y en su *ratio decidendi*, así el Perú no haya sido parte del caso llevado ante el citado tribunal supranacional¹³. En esta decisión, el TC adopta una postura muy protectora. En el desarrollo del art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y de la Cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución, llega a argumentar y resolver que la jurisprudencia del citado tribunal interamericano obliga al Estado peruano. La medida comprende tanto el razonamiento jurídico que lleva a una decisión sobre la responsabilidad internacional del Estado, como la misma parte resolutive de las sentencias emitidas.

¿Es una medida excesiva que va más allá de las obligaciones internacionales del Estado? Esto nos exige auxiliarnos en el texto del tratado concernido. El artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable”. Dicho de otra manera, cada Estado que reconoce la competencia consultiva de la Corte Interamericana, es decir que acepta que pueda decidir acerca de si violó o no sus obligaciones consignadas en dicho instrumento internacional, también está constreñido a seguir los mandatos judiciales contenidos en la sentencia.

Hasta aquí nos movemos en el marco estrictamente convencional, según el sentido literal de la norma comentada. Pero, ¿el TC peruano ha sido más protector que el tribunal internacional cuando entiende que el Estado peruano también debe observar las otras decisiones que adopta la Corte IDH?

Para responder a esa cuestión, resulta necesario leer la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana. Actualmente, esta considera que sus decisiones conciernen no solo a los Estados demandados ante ella, sino también al conjunto de Estados que le reconocen la competencia contenciosa. Esto significa que un caso relativo a otro país le concierne directamente al Perú, al ser parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Este criterio de ampliación de la vinculación de sus sentencias se ha manifestado en distintos casos contenciosos. Por ejemplo, lo expresa en el denominado “control de convencionalidad”:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹⁴.

La Corte IDH establece una pauta de actuación que modifica y profundiza la relación con los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Desde hace varios años, con el criterio del control de convencionalidad, la Corte transmite una sola noticia para todos los Estados de la región que le reconocen competencia contenciosa. Sus criterios, aplicados en un caso concreto, serán los mismos en otro de contenido similar, contribuyendo a la predictibilidad

13 Tribunal Constitucional. Sentencia de 19 de junio de 2007, fundamento jurídico 36.

14 Corte IDH. Sentencia en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo 225.

de sus decisiones, a la seguridad jurídica y a que los Estados revisen sus medidas administrativas, legislativas o jurisdiccionales, para adecuarse a las normas y estándares que fija el tribunal regional americano.

De esta manera, el efecto útil que todo tratado de derechos humanos busca para que los derechos declarados sean reconocidos de forma concreta cuenta con un mecanismo institucional propio, y con la debida y acertada actuación de los magistrados del Estado, que se convierten así en jueces interamericanos¹⁵.

Las decisiones adoptadas por el TC peruano y por la propia Corte IDH nos llevan a responder a la pregunta inicial de esta parte del artículo: la jurisprudencia de la Corte IDH es muy importante para el Estado peruano. Le resulta obligatoria, tanto en la parte argumentativa como decisoria, así no haya litigado en el caso concreto. Esta conclusión preliminar nos mueve a examinar la decisión específica emitida en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*.

III. EL CASO DEL PUEBLO SARAKA VS. SURINAM

La Corte se ha pronunciado en diversos casos de pueblos indígenas de Nicaragua, Paraguay y Surinam, entre 2001 y 2010. Estos casos son los siguientes:

1) *Caso de la Comunidad Mayana (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de fecha 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79. Reconoció el derecho a la propiedad comunal de sus tierras.

2) *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de fecha 23 de junio de 2005. El alto tribunal americano se pronunció sobre los derechos políticos del pueblo indígena Yatama.

3) *Caso de la Comunidad de Moiwana vs. Surinam*. Sentencia de fecha 15 de junio de 2005 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. La Corte reconoce el derecho al título colectivo de sus tierras y a que se realice ese proceso con la participación y consentimiento informado de las víctimas (párr. 135, 209-211, punto resolutivo 3).

4) *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de fecha 17 de junio de 2005, Serie C N.º 125. La Corte consideró que Paraguay no había adoptado las medidas adecuadas de Derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce comunal de la propiedad tradicional de la comunidad Indígena Yakye Axa y por esa razón debía identificar y entregar de manera gratuita el territorio tradicional a estas comunidades.

5) *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Sentencia de fecha 29 de marzo de 2006, Serie C N.º 146. La Comisión Interamericana demandó la falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad y sus miembros, pues una solicitud de reivindicación territorial de la Comunidad, tramitada desde 1991, no había sido resuelta satisfactoriamente. La Corte concluyó que el Estado violó el derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa.

15 Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010, párrafo 24.

- 6) *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007, sobre Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N.º 172.
- 7) *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de fecha 24 de agosto de 2010. Serie C N.º 146. La Comisión Interamericana demandó la falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad y sus miembros, pues una solicitud de reivindicación territorial de la Comunidad tramitada desde 1990, no había sido resuelta satisfactoriamente. La Corte encontró responsabilidad internacional de Paraguay, entre otros derechos violados, por afectación del derecho a la propiedad comunitaria.

Los distintos países concernidos y la reiteración de los criterios utilizados a lo largo de una década permiten deducir que nos encontramos ante líneas jurisprudenciales en desarrollo progresivo. Pasemos a examinar el *Caso del Pueblo Saramaka*, inscrito dentro de esa jurisprudencia evolutiva y acorde con el “desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁶.

3.1 Hechos y pretensiones de la Comisión Interamericana y los representantes de las presuntas víctimas

El 23 de junio de 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

presentó ante la Corte una demanda en contra del Estado de Surinam, originada en la denuncia número 12 338 remitida a la Secretaría de la Comisión el 27 de octubre de 2000 por la Asociación de Autoridades Saramaka (en adelante AAS) y doce capitanes Saramaka en su nombre, así como en nombre del pueblo Saramaka que vive en la región superior del río Surinam. Alegaron presuntas violaciones cometidas por el Estado contra los miembros del pueblo Saramaka, una supuesta comunidad tribal que vive en la región superior del río Surinam. La Comisión alegó que el Estado no había adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente; que el Estado presuntamente ha violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y que el Estado supuestamente no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de Derecho interno para asegurar y respetar estos derechos de los saramakas¹⁷.

La Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 21 (Derecho a la Propiedad) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado la adopción de varias medidas de reparación, de carácter pecuniario y no pecuniario¹⁸.

16 Voto concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi en la sentencia de 24 de agosto de 2010, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 27.

17 Párrafo 2 de la sentencia de 28 de noviembre de 2007.

18 Párrafo 3 de la sentencia mencionada.

En adición, los representantes de las presuntas víctimas solicitaron a la Corte que declarara que el Estado había cometido las mismas violaciones de derechos alegadas por la Comisión, y adicionalmente alegaron que el Estado había violado el artículo 3 (Derecho al Reconocimiento de la Persona Jurídica) de la Convención al “no reconocer la personalidad jurídica del pueblo Saramaka”¹⁹.

Además, los representantes presentaron hechos y argumentos de derecho adicionales con relación a los supuestos efectos continuos asociados con la construcción de una represa hidroeléctrica en la década de los sesenta, que supuestamente inundó territorios tradicionales de los saramakas. Asimismo, solicitaron la adopción de determinadas medidas de reparación y el reembolso de las costas y gastos incurridos en el procesamiento del caso en el ámbito interno y en el internacional²⁰. El Estado respondió sosteniendo que no había violado los arts. 21 y 25 de la Convención Americana²¹.

3.2 Decisión de la Corte IDH

La Corte resolvió que el Estado de Surinam violó, en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka, el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivo en el ámbito interno dicho derecho, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la misma²².

Igualmente, que dicho Estado violó en perjuicio de los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el derecho a la propiedad establecido en el artículo 21 de dicho instrumento y el derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la misma, así como en conexión con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivos en el ámbito interno dichos derechos, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la misma²³.

Finalmente, la Corte concluyó que el Estado violó el derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar el derecho a la propiedad, reconocidas en los artículos 21 y 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka²⁴.

A partir de esta decisión, la Corte IDH específicamente ordenó lo siguiente:

5. El Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u

19 Párrafo 4 de la sentencia mencionada.

20 Ídem.

21 Párrafo 5 de la sentencia mencionada.

22 Párrafo 214, punto resolutivo 1 de la sentencia.

23 Párrafo 214, punto resolutivo 2.

24 Párrafo 214, punto resolutivo 3.

otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan 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. Respecto 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, en los términos de los párrafos 101, 115, 129-137, 143, 147, 155, 157, 158 y 194(a) de esta sentencia.

[...]

7. El Estado debe eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales, en los términos de los párrafos 97 a 116 y 194(c) de esta Sentencia.

8. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia²⁵.

3.3. El derecho de consulta en este caso

En el *Caso del Pueblo Saramaka*, la Corte IDH identificó a las presuntas víctimas del caso como una comunidad tribal, a la cual se le aplican los mismos criterios respecto de un pueblo indígena, por compartir características sociales, económicas y culturales distintivas, especialmente en lo referente a su relación con la propiedad ancestral de la tierra. Es pertinente recordar que, según el artículo 1 del convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, los elementos que permiten diferenciar a un pueblo indígena son el descender de poblaciones que habitaban en el lugar en la época de la conquista o colonización, el conservar las propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas y la autoconciencia de ser indígenas. En el caso de los pueblos tribales, la existencia de ciertas condiciones sociales, económicas y culturales que les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y que se encuentren regi-

²⁵ Párrafo 214, puntos resolutivos 5, 7 y 8 de la sentencia indicada.

dos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones, o por legislación especial y la autoconciencia de ser pueblo tribal²⁶. La Corte IDH se apoya, asimismo, en su jurisprudencia respecto del derecho de propiedad emitida en el caso *Moiwana vs. Surinam*, mencionada anteriormente, identificada igualmente como una comunidad tribal²⁷.

En resumen, en los puntos resolutivos 5, 7, y 8, la Corte reconoció el derecho del pueblo Saramaka a ser consultado, pues el Estado de Surinam violó sus obligaciones sobre el derecho de propiedad, reconocimiento de la personalidad jurídica y protección judicial. La Corte IDH concluyó que el Estado puede restringir el derecho a la propiedad, en el caso de pueblos indígenas y tribales, con tres requisitos: participación efectiva (consulta y consentimiento) en el proyecto de desarrollo o explotación, respetando sus costumbres ancestrales y métodos tradicionales; participación razonable en los beneficios; y estudios previos de impacto ambiental y social.

En este caso contra Surinam concluyó que el Estado, al dar a favor de particulares las concesiones forestales y mineras, no respetó tales requisitos, según el

Derecho internacional, y concluyó que violó el derecho a la propiedad del pueblo mencionado, en relación con el art. 1 de la Convención Americana. Las bases jurídicas de esta decisión se encuentran en el contenido de los artículos violados por el Estado de Surinam, en particular, el art. 21 sobre el derecho de propiedad, entendido con las pautas brindadas por el art. 29.b) del mismo tratado, que indica lo siguiente:

Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

[...]

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; [...].

Esta pauta de interpretación alude a que si existiera un tratado o alguna norma interna que reconociera mayores derechos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se debe preferir aquella norma convencional o nacional más protectora. Esta cláusula de la Convención Americana permite que la Corte

26 Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) 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; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. 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 presente Convenio.

3. La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

27 Párrafos 86 y 87 de la sentencia mencionada.

28 Párrafo 93 de la sentencia de 28 de noviembre de 2007.

IDH interpretara la legislación interna de Paraguay teniendo en cuenta también el Convenio 169 de la OIT²⁸, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de las Naciones Unidas.

Surinam no ratificó el Convenio 169 de la OIT, conque no estaba sujeto a él, pero sí estaba obligado por los pactos mencionados de las Naciones Unidas, que contienen en su primera cláusula el derecho a la autodeterminación de los pueblos, considerado por el Comité de supervisión de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como aplicable a los pueblos indígenas.

En su razonamiento, el citado Comité comprende que de acuerdo al artículo 1 del PIDCP y del PIDESC, los pueblos podrán «provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural» y pueden «disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales» para que no se los prive de «sus propios medios de subsistencia». La Corte IDH, en base al argumento de aplicar a los pueblos tribales los criterios de los pueblos indígenas, extiende esas ideas a la situación jurídica bajo su análisis. Dicho de otra manera, el pueblo Saramaka, como comunidad tribal, cuenta con los derechos que el PIDCP, el PIDESC y el Convenio 169 reconocen a los pueblos indígenas²⁹.

Sin profundizar en el derecho de propiedad colectiva, reconocido por la Corte IDH, enfatizamos que dicho tribunal

emplea el criterio decisivo de la supervivencia del Pueblo Saramaka como elemento para evaluar tanto las restricciones al derecho de propiedad de dicho pueblo como si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios. La Corte adopta una postura razonable; no se trata de una revisión integral, sino supeeditada a un bien jurídico o derecho más importante, como es la vida de la comunidad tribal Saramaka. En otras palabras, la Corte IDH no impide al Estado emitir concesiones para la exploración o extracción de recursos naturales, según el art. 21 de la Convención (Calderón 2011: 6). La Corte tampoco es opuesta a la inversión extranjera y a los proyectos de desarrollo, como se desprende de su sentencia bajo comentario.

Debemos resaltar que el Estado de Surinam pidió a la Corte que aclarase algunos aspectos de la sentencia relativos a detalles de la consulta, a lo cual la Corte respondió:

[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones³⁰.

Asimismo, el Estado de Surinam solicitó precisiones sobre la obligación de realizar estudios previos de impacto ambiental y social (EISA); la Corte puntualizó:

29 Párrafo 94 de la sentencia de 28 de noviembre de 2007.

30 CORTE IDH. Sentencia de *Interpretación de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de fecha 12 de agosto de 2008, Serie C N.º 185, párrafo 17.

Los EISAs sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de los EISAs no es solo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también, como se señaló en el párrafo 133 de la Sentencia, asegura[r] que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria³¹.

Es decir, tales informes técnicos, como herramientas de gestión ambiental y social, buscan brindar datos objetivos acerca del impacto de las actividades de un proyecto de desarrollo o inversión, así como informar en forma adecuada a los integrantes del pueblo Saramaka acerca de la situación que se generaría, para propiciar su libre decisión.

En ese sentido, la Corte IDH prescribe que “los EISAs deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto, y deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo Saramaka”³². Igualmente, destaca el tribunal regional americano que tales estudios deben ser previos a la realización de la actividad³³. En cuanto al nivel de incidencia o trascendencia de los EISAs, la Corte aclara que “el principal criterio con el cual se deben analizar los resultados de los EISAs es que el nivel de impacto no

niegue la capacidad de los miembros del pueblo Saramaka a sobrevivir como un pueblo tribal”³⁴. Aquí coinciden, en una perspectiva jurídica, el alto tribunal de derechos humanos de América y la perspectiva ética y religiosa formulada por su Santidad, Juan Pablo II, cuando reafirma el derecho a la existencia de los grupos étnicos y minorías nacionales, mencionado al inicio del presente artículo.

Por consiguiente, el Estado de Surinam (léase, todo Estado que es parte de la Convención Americana y que reconoce la competencia contenciosa de la Corte IDH, como el Perú), debe garantizar que si se imponen restricciones a la propiedad al pueblo Saramaka (u otro pueblo indígena o tribal), estas deben contemplar participación efectiva (consulta y consentimiento) en el proyecto de desarrollo o explotación, respetando sus costumbres ancestrales y métodos tradicionales, la participación razonable en los beneficios y estudios previos de impacto ambiental y social³⁵.

Este criterio y las garantías de respeto al derecho a la propiedad comunal del pueblo indígena o tribal deben ser respetados de modo efectivo por el Estado peruano, según sus obligaciones contenidas en los arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Perú es Estado Parte del PIDCP, del PIDESC y del Convenio 169 OIT.

31 *Ibidem*, párrafo 40.

32 *Ibidem*, párrafo 41.

33 *Ídem*.

34 *Ibidem*, párrafo 42. Con posterioridad, la resolución del Presidente de la Corte, de supervisar el cumplimiento de la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007, dio cuenta de la necesidad, por parte del Estado de Surinam, de brindar mayor información acerca del cumplimiento de esta (Resolución de fecha 20 de abril de 2010).

35 Párrafo 130 de la sentencia de 28 de noviembre de 2007.

IV. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE CONSULTA EN EL PERÚ

Los sucesos de Bagua, en junio del año 2009, pusieron dramáticamente en el tapete la cuestión de la consulta a los pueblos indígenas. El Estado, en su práctica general en materia de inversión, exploración y explotación de recursos naturales y en el diseño y ejecución de obras de desarrollo, no reconoce la opinión de los ciudadanos; estos solo intervienen en audiencias informativas, no vinculantes. Cierta excepción, muy delimitada, lo constituye el DS N.º 012-2008-EM, que regula la participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos, tal como lo ha evaluado el TC.

El Convenio 169 de la OIT, que el Estado peruano ha suscrito y ratificado, contiene en los arts. 6 y 7 los parámetros del derecho de consulta y participación de los pueblos indígenas. Según la OIT, “El establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio núm. 169”. Entiende este órgano internacional que sobre tales mecanismos reposa la aplicación de las demás disposiciones del tratado (OIT 2009: 59).

La consulta se entiende en clave de diálogo y como medio para prevenir y resolver conflictos (OIT 2009: 60). A los pueblos indígenas les corresponde participar en todas las medidas que les puedan afectar directamente. Así, no solo en cuanto a medidas legislativas o administrativas, sino también respecto a lo siguiente:

- previamente a proceder a la prospección o explotación de los recursos del subsuelo (artículo 15(2));
- al considerar la enajenación de las tierras de pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad (artículo 17);
- con anterioridad a la reubicación de los pueblos indígenas, que solo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16);
- en la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22); y
- en las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma indígena (artículo 28) (OIT 2009: 61).

Por otra parte, el Convenio 169 contiene numerosas menciones a la participación³⁶, así como áreas específicas en las que se traducen obligaciones del Estado:

- Obligación de «cooperar» con los pueblos indígenas (artículos 7, 20, 22, 25, 27 y 33);
- Obligación de no tomar medidas contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas (artículo 4);
- Obligación de buscar «el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa» de los pueblos indígenas (artículo 16);
- Derecho de ser consultados a través de «instituciones representativas» (artículo 6) (OIT 2009: 61).

Se trata de un conjunto de políticas públicas que conciernen a distintos órganos del Estado. La jurisprudencia del

³⁶ Artículos 2, 6, 7, 15, 22 y 23 del Convenio 169.

TCha buscado efectivizar los derechos de los pueblos indígenas, así como las actuaciones de la Defensoría del Pueblo.

Así ha sucedido, por ejemplo, en el Exp. N.º 022-2009-PI/TC, con la sentencia de fecha 9 de junio de 2010, en la que el TC se pronunció sobre la demanda formulada por Gonzalo Tuanama en representación de cinco mil ciudadanos que impugnaron la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1089, que regulaba el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008. Los demandantes reclamaron que la ley fue promulgada sin efectuar ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio 169 de la OIT, afectándose con ello los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral, establecidos en los artículos 6, 15, 17 del mencionado convenio.

El TC argumentó que el Estado peruano es pluricultural y pluriétnico³⁷, que el derecho de consulta debe ser entendido como diálogo intercultural³⁸, que el derecho no es un veto³⁹. Establece elementos y características de este derecho:

a) La observancia del principio de buena fe. Dicho principio debe ser observado en las tres etapas del proceso de consulta, a saber: i) la determinación de la afectación directa; ii) la consul-

ta en sentido estricto; y iii) la implementación de la medida⁴⁰.

- b) La flexibilidad. Es decir, la consulta debe tomar en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres⁴¹.
- c) El objetivo de alcanzar un acuerdo. La finalidad de la consulta no se circunscribe o limita a obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas. También debe prestarse atención a la coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria correspondiente⁴².
- d) La transparencia. Supone el acceso a toda la información concerniente a las consecuencias de las medidas que vayan a adoptarse, sean estas positivas o negativas. Asimismo, comprende información sobre la metodología que se empleará para llevar a cabo la consulta y las normas pertinentes que la sustenten. Finalmente, se evaluará la necesidad de traducir la documentación relevante para garantizar su debida comprensión por parte de la población involucrada⁴³.
- e) La implementación previa del proceso de consulta⁴⁴.
- f) El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa: i) el acceso a la consulta; ii)

37 Párrafos 3 y 4 de la sentencia de 9 de junio de 2010 mencionada.

38 Párrafos 14 a 28 de la sentencia mencionada.

39 Párrafos 24 y 25 de la sentencia mencionada.

40 Párrafo 27 de la sentencia comentada 022-2009-PI/TC.

41 Párrafo 31 de la sentencia comentada 022-2009-PI/TC.

42 Párrafo 33 de la sentencia referida en el expediente 022-2009-PI/TC.

43 Párrafo 35 de la sentencia referida 022-2009-PI/TC.

44 Párrafo 36 de la sentencia mencionada 022-2009-PI/TC.

el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. En tal sentido, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta⁴⁵.

El TC utilizó la jurisprudencia sobre pueblos indígenas de la Corte Interamericana, apoyándose en este análisis del caso del Pueblo Saramaka, así como en otros⁴⁶. Sin embargo, en cuanto a la materia en disputa, concluyó que la ley cuestionada no es aplicable al ámbito de los territorios de los pueblos indígenas⁴⁷. Por tanto, no era pasible de ser consultada. Declaró infundada la demanda y que la mencionada ley no es aplicable a los pueblos indígenas.

Otro pronunciamiento del TC se produjo en la demanda interpuesta por AIDSESEP contra el Ministerio de Energía y Minas, a fin de que dé cumplimiento al Convenio 169 de la OIT y, en consecuencia, adecue sus normas, reglamentos y directivas al texto del mencionado tratado internacional⁴⁸.

El TC reiteró que el convenio 169 tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad⁴⁹; y encontró que el Estado se

encuentra obligado a adoptar medidas de Derecho interno⁵⁰. El Ministerio de Energía y Minas contestó la demanda argumentando que había dado reglamentación al derecho a la consulta, a través de las siguientes normas:

- Decreto Supremo N.º 020-2008-EM, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en Actividades Mineras (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 1 de abril de 2008).
- Decreto Supremo N.º 071-2006-EM, que crea el Programa Minero de Solidaridad con el Pueblo (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 21 de diciembre de 2006; modificado por Decreto Supremo N.º 033-2007-EM).

En el subsector hidrocarburos, por su parte, había emitido lo siguiente:

- Decreto Supremo N.º 012-2008-EM, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de febrero de 2008).
- Decreto Supremo N.º 015-2006-EM, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de marzo de 2006)⁵¹.

45 Párrafo 37 de la sentencia bajo comentario 022-2009-PI/TC.

46 *Caso Comunidad Indígena Yakey Axa vs. Paraguay*, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua* y *Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamasa vs. Paraguay*, párrafos 48 a 50 de la sentencia mencionada.

47 Párrafo 59 de la sentencia indicada.

48 Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de junio de 2005. Exp. N.º 05427-2009-PC/TC.

49 *Ibidem*, párrafo 9.

50 *Ibidem*, párrafo 35.

51 *Ibidem*, párrafo 50.

El TC analizó la reglamentación existente, bajo los elementos y características descritas en el caso anterior, y concluyó que ninguna de las normas canaliza idóneamente el derecho de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT⁵². Determinó que se ha incurrido en un incumplimiento parcial por parte del Ministerio de Energía y Minas de su *deber de reglamentar* el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio 169 de la OIT⁵³.

El TC ordenó que el Ministerio de Energía y Minas emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT⁵⁴.

No obstante las dos decisiones anteriores, el TC, en una resolución de aclaración de sentencia, ha sentenciado respecto del derecho de consulta lo siguiente:

Que la STC 0022-2009-PI, [sic] el Tribunal desarrolló los principios generales mínimos del derecho de consulta. Por consiguiente, el hito marcado por el Tribunal debe ser tomado como una pauta que permita, de ahí en adelante, la plena eficacia del derecho de consulta. Así, en virtud de la función ordenadora y pacificadora del Tribunal Constitucional es que debe establecerse que la obligatoriedad del derecho de consulta debe considerarse como vinculante desde la publicación en

la página web, tomando en consideración los principios desarrollados en la referida sentencia⁵⁵.

En otras palabras, pese a que el Convenio 169 de la OIT está vigente en el Perú desde el 2 de febrero de 1995, según las normas del Derecho de los Tratados⁵⁶ y del propio texto del citado instrumento⁵⁷, el TC pretende supeditar esas disposiciones, que son normas de rango constitucional según su propia jurisprudencia mencionada, a su propio criterio, vale decir, el derecho de consulta estaría vigente en el Perú desde la publicación de la sentencia emitida en el expediente 022-2009-PI/TC en el portal electrónico de la citada Corte. Con ello, el TC pretendería establecer que no se pueden revisar las normas o actos del Estado que fueran anteriores a la publicación electrónica de la decisión indicada.

Esta posición es incoherente, además, con la jurisprudencia de la Corte IDH establecida en el *Caso del Pueblo Saramaka*, analizado en las páginas precedentes, que dispone la reformulación de los derechos de concesiones si pusieran en riesgo la supervivencia de dicha comunidad tribal (punto resolutivo 5 de la sentencia indicada).

En suma, esta última decisión del TC no resiste el análisis; más bien generaría responsabilidad internacional del Estado ante alguna comunicación de una perso-

52 *Ibidem*. párrafo 62.

53 *Ibidem*, punto resolutivo 1.

54 *Ibidem*, punto resolutivo 2.

55 Resolución de aclaración del Tribunal Constitucional. *Caso Asociación Interétnica de Desarrollo de la Amazonía Peruana*. Sentencia de fecha 24 de agosto de 2010. Expediente N.º 0636-2008-PA/TC, párrafo 8. Consulta: 28 de enero de 2011.

56 Artículo 24 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, ratificada mediante Decreto Supremo N.º 029-200-RE.

57 Art. 38.2 del Convenio 169 de la OIT.

na o grupo de personas que consideraran que se les limita en un derecho reconocido en la Convención Americana, si dicha pretensión no llegara a ser atendida y resuelta en la fase respectiva del procedimiento en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El operador jurídico que busca aplicar el derecho y la justicia, en cambio, podrá emplear, de modo legítimo y sólidamente en términos jurídicos, tanto otras sentencias del propio TC como la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana en el punto bajo análisis en el presente artículo.

Otros órganos estatales nacionales presentan medidas públicas o políticas públicas consistentes. Así ha ocurrido con la iniciativa legislativa que la Defensoría del Pueblo propuso al Congreso para regular una ley de consulta con fecha 6 de julio de 2009⁵⁸, y otras acciones que ha venido desplegando a favor de los derechos de los pueblos indígenas en nuestro país; ello se evidenció en sus actuaciones en el marco del conflicto de Bagua, como el Informe de la Defensoría del Pueblo a la Comisión del Congreso de la República que investiga los sucesos de Bagua, aldaños y otros (enero de 2010) y acciones de inconstitucionalidad contra algunos decretos legislativos, antes

del citado conflicto. Con ocasión de él, la Defensoría jugó un papel destacado para resguardar los derechos de los afectados, facilitar el diálogo entre los actores del conflicto y proponer medidas al Estado.

La Defensoría del Pueblo reconoce que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas es un derecho “reconocido por un convenio internacional vigente desde hace 15 años” (Defensoría del Pueblo 2010: 53). En este punto, difiere centralmente de la posición del TC manifestada en la resolución de aclaración de fecha 24 de agosto de 2010, comentada en líneas precedentes.

La Defensoría recuerda también que el Estado peruano fue uno de los principales impulsores de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas del año 2007⁵⁹. En esta Declaración se reconoce el derecho a la consulta en el art. 19⁶⁰. Entonces, existe un doble estándar o norma para el punto por parte del Poder Ejecutivo: uno es el que se ha evidenciado en la política exterior, y otro el que aflora en la administración o el gobierno interno, como se aprecia en las observaciones al Proyecto de ley del Congreso sobre la consulta.

En efecto, el Congreso de la República aprobó un Proyecto de ley, con fecha 19 de mayo de 2010, que contempla el

58 Proyecto de Ley N.º 3370-2008-DP. Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas, remitido al Congreso de la República mediante Oficio N.º 0179-2009/DP. Defensoría del Pueblo 2010: 333 a 363.

59 Defensoría del Pueblo 2010: 137, que corresponde al punto 4.1.2 de la demanda de fecha 4 de junio de 2009 interpuesta por la Defensoría en el Proceso de Inconstitucionalidad promovido contra el Decreto Legislativo N.º 1064, que “aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario”.

60 *Artículo 19. 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.* Declaración aprobada por Resolución 61/295 de 10 de diciembre de 2007. Documento ONU A/RES/61/295.

derecho a la consulta previa, con la finalidad de llegar a acuerdos o al consentimiento. Sin embargo, este Proyecto de Ley mereció observaciones del Poder Ejecutivo con fecha 21 de junio de 2010. El Congreso no insistió en su proyecto. De momento, no hay ley. Es una situación de incertidumbre⁶¹.

V. CONCLUSIONES

1. El derecho de consulta a los pueblos indígenas y tribales es un derecho humano. Está previsto en el Convenio 169 de la OIT y reconocido por la jurisprudencia de la Corte IDH y el Tribunal Constitucional del Perú.
2. En el *Caso del Pueblo Saramaka*, la sentencia de la Corte IDH no significaría una decisión aislada o episódica, sino que expresaría el dinamismo de la actuación del tribunal regional americano de derechos humanos. Tal decisión no es contraria a la propiedad privada ni a la inversión privada.
3. El derecho de consulta a los pueblos indígenas requiere en el Perú de una regulación interna que no desnaturalice el derecho. Para ello será necesario emplear los criterios establecidos por la OIT, así como por la jurisprudencia de la Corte IDH.
4. Hay consenso en lo genérico, pero importantes diferencias en las propuestas de regulación específica, que evidencian resistencias, más que jurídicas, de otro tipo. El concepto de consulta no es consentimiento, pero

el proceso de diálogo que regulan distintas normas del Convenio 169 de la OIT se orientan a lograr un consentimiento.

5. Por tanto, se puede concluir que el derecho de consulta a los pueblos indígenas y tribales es conforme al Derecho internacional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Calderón Gamboa, Jorge (2011). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, Material de Estudio del Curso Internacional de Especialización “Jurisdicción, Derechos Humanos y Democracia. El discurso transnacional de la justicia”. Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, febrero, 11 pp.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia en el *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo, Reparaciones y Costas), de fecha 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79.

Sentencia en el *Caso de la Comunidad de Moiwana vs. Suriname* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), de fecha 15 de junio de 2005. Serie C N.º 124.

Sentencia en el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas) de fecha 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125.

⁶¹ Posteriormente a la redacción de este artículo, el Congreso de la República aprobó la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, que el Poder Ejecutivo promulgó como Ley 29785, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de setiembre de 2011.

- Sentencia en el *Caso Yatama vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), de fecha 23 de junio de 2005. Serie C N.º 127.
- Sentencia en el *caso Comunidad Indígena Sawhoyamasa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), de fecha 29 de marzo de 2006. Serie C N.º 146.
- Sentencia en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), de fecha 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172.
- Sentencia en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), de fecha 28 de noviembre de 2007, Serie C N.º 172.
- Sentencia de *Interpretación de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de fecha 12 de agosto de 2008. Serie C N.º 185.
- Resolución de supervisión de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del Presidente de la Corte en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de fecha 20 de abril de 2010.
- Sentencia en el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. (Fondo, Reparaciones y Costas), de fecha 24 de agosto de 2010, Serie C N.º 146.
- Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Serie C N.º 220.
- Defensoría del Pueblo (2010). *Actuaciones Defensoriales en el marco del conflicto de Bagua. Informe de la Defensora del Pueblo a la Comisión del Congreso de la República que investiga los sucesos de Bagua, aledaños y otros*. Lima, Defensoría del Pueblo. Primera edición, marzo, 438 pp.
- JUAN PABLO II. *Los derechos humanos y la paz. Jornada Mundial para la Paz*, 1 de enero de 1999. Consulta: 1 de marzo de 2011.
<http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_14121998_xxxii-world-day-for-peace_sp.html>.
- Landa Arroyo, César (2010). “No hay Derecho sin democracia, ni democracia sin Derecho”. *Boletín Construyendo Justicia*. Lima. Año XII. N.º 63, noviembre. PROSODE, Facultad de Derecho, Lima, PUCP.
- Ministerio de Justicia (2005). *Plan Nacional de Derechos Humanos*. Decreto Supremo N.º 017-2005-JUS. 10 de diciembre de 2005.
- Naciones Unidas. Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, de fecha 13 de setiembre de 2007. Documento ONU A/RES/61/295, de fecha 10 de diciembre de 2007.
- Oganización Internacional de Trabajo (2009). *Los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica*. Ginebra. Consulta: 24 de febrero de 2011.
<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/normes/documents/publication/wcms_113014.pdf>.
- República del Perú. Informe del Perú al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas. 19 informe periódico del Estado, documento ONU CERD/C/PER/14-17, de fecha 20 de abril de 2009.

Tribunal Constitucional.

Sentencia de fecha 24 de abril de 2006. *Caso José Claver Nina-Quispe -Gob. Regional de San Martín- contra el Congreso de la República*. Exp. N.º 0047-2004-AI/TC.

Sentencia de 9 de diciembre de 2004. *Caso Gabriel Vera Navarrete contra el Primer, Segundo y Quinto Juzgados Especiales de Lima*. Exp. N.º 2798-04-HC/TC.

Sentencia de fecha 30 de junio de 2010. *Caso Asociación Interétnica de la Selva Peruana (Aidesep) contra el Ministerio de Energía y Minas*. Exp. N.º 05427-2009-PC/TC.

Sentencia de fecha 25 de abril de 2006. *Caso del Colegio de Abogados de Arequipa y otro contra el art. 22, inc. c) de la Ley 26397*. Exp. N.º 0025-2005-PI/TC.

Sentencia de fecha 19 de junio de 2007. *Caso Colegio de Abogados del Callao contra el art. único de la Ley 28642*. Exp. N.º 0007-2007-PI/TC.

Sentencia de fecha 9 de junio de 2010. *Caso Gonzalo Tuanama en representación de cinco mil ciudadanos contra el*

D.L. 1089. Exp. N.º 022-2009-PI/TC.

Resolución de aclaración del Tribunal Constitucional de fecha 24 de agosto de 2010. *Caso Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana*. Exp. N.º 0636-2008-PA/TC. Consulta: 28 de enero de 2011.

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA%20Aclaracion.html>>.

Tratados

Carta de las Naciones Unidas.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.