

El derecho indígena a la consulta previa según diálogo constitucional*

CÉSAR GAMBOA BALBÍN

<cgamboa@puccp.pe>

Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP
Perú

[Resumen] En el presente artículo analizamos las condiciones históricas, normativas y políticas en que se desarrolló la relación entre el Estado y los pueblos indígenas en el Perú. Asimismo tratamos las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano (TCP) a la luz del intercambio que se produjo entre este órgano jurisdiccional y las organizaciones indígenas en el último lustro. En especial a lo concerniente al diseño del derecho a la consulta previa, libre e informada, y a la identificación de obligaciones del Estado en la implementación de este derecho colectivo de los pueblos indígenas. Esto último reflejado en el nuevo marco legal de este específico derecho bajo la vigencia del Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

[Palabras clave] Pueblos indígenas; consulta previa, libre e informada; constitucionalismo popular

[Title] The indigenous rights to free, prior and informed consultation under constitutional dialogue

[Abstract] This article analyzes the historical conditions, regulations and policies that influenced the relationship between the State and indigenous peoples in Peru. It also studies the sentences of the *Tribunal Constitucional Peruano* (TCP) under the exchanges that took place between this court and the indigenous organizations in the last five years. Especially, it examines the design of the right to free, prior and informed consultation, and the identification of state obligations on the implementation of this collective right of Indigenous People. The latter reflected in the new legal framework of this specific right under the validity of the Convention N.º 169 of the International Labour Organization (ILO).

[Keywords] Indigenous People; Free, Prior and Informed Consultation; Popular Constitutionalism.

GAMBOA BALBÍN, César. «El derecho indígena a la consulta previa según diálogo constitucional». En: ELECCIONES, 2013, enero-diciembre, vol. 12, n.º 13, pp. 241-274.

[Recibido] 25/08/13 & [Aceptado] 11/11/13

* Una primera versión de este artículo fue publicado en Roberto Niembro y Micaela Alterio (eds.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México Porrúa-ELD, 2013.

INTRODUCCIÓN

La relación entre pueblos indígenas y el Estado peruano ha sido nuevamente ubicada en el centro de las discusiones académicas, políticas y sociales, debido a los sucesos de violencia ocurridos en la provincia de Bagua.¹ La tensión y los conflictos derivados por distintas visiones de desarrollo —extractivo y de subsistencia— no solo implicaron un cuestionamiento al modelo de inversiones en extracción de materias primas, sino a un imperfecto modelo de integración cultural y civilizatorio que deviene de una relación histórica entre el Estado peruano y los pueblos indígenas (VINDING 2004: 149-150; CIURLIZZA et al. 2004: 434). En la historia de esta relación podemos encontrar muchas de las razones por las cuales parecen producirse posiciones irreconciliables entre las visiones de los pueblos indígenas amazónicos y la visión de una sociedad mayoritaria que se ampara en la fuerza estatal, el imperio de la ley, la legitimidad de un pacto social y, en la actualidad, en el bien común o la regla democrática de la mayoría.

Ello no ha sido un problema exclusivo del Perú. La tensión entre pueblos indígenas y sociedades mayoritarias en América Latina se ha expresado en el campo normativo durante la construcción constitucional y legal de cada país. Aún en la actualidad se debate la tensión existente entre la tradición criolla del liberalismo, comprensiblemente monocultural, y el nuevo contenido multicultural que proyectan las constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

El problema se origina cuando los paradigmas políticos, las visiones de desarrollo, los mecanismos de poder o las estructuras normativas jurídicas tradicionales excluyen —desde su elaboración hasta su implementación— a los pueblos indígenas. En ningún momento el poder constituyente logra visualizar a este actor como promotor de derechos y deberes. Tampoco ha sido imaginado como un actor en el centro de una legislación ya dada ni como un productor de relaciones jurídicas que asegure los procesos sociales que el Estado pretende promover.

Uno de los impedimentos, sin ser una condición *sine qua non*, para solucionar los problemas en esta relación tensa entre pueblos indígenas y Estado

¹ En el año 2008 se produjo un paro amazónico en el Perú por las organizaciones indígenas amazónicas, el cual detuvo la producción de petróleo y gas en el Perú. Poco después, se produjo un proceso de diálogo entre el gobierno nacional y las organizaciones indígenas amazónicas sobre reformas legales en materia forestal, recurso hídrico, el derecho a la consulta y la implementación de políticas a favor de estos pueblos, que acabó en diciembre de 2009. Los resultados de estas discusiones de distintas mesas de trabajo deben traducirse en reformas políticas y legales.

peruano consiste en la falta de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la norma suprema y fundante y, de manera efectiva, en el marco legal nacional. Otro factor es la falta de conocimiento en la formación de jueces, fiscales y abogados para aplicar, invocar y alegar las normas internacionales en materia de derechos indígenas. A ello se suma que la legislación nacional no se haya adecuado hasta hace poco a una de las principales normas de Derecho internacional de derechos humanos —el Convenio N.º 169 sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)— pese a encontrarse vigente desde 1995 en el Perú. Esta inadecuación ha impedido que muchos de los derechos de los pueblos indígenas no se hayan materializado ni ejercido plenamente en los últimos diecisiete años.

No obstante, las organizaciones indígenas de la Amazonía y de los Andes peruanos han realizado una serie de acciones legales y de movilización social para lograr que el Estado peruano legisle, regule o sentencie el derecho recogido en el Derecho internacional. Gracias a la movilización social de los pueblos indígenas y a la presentación de propuestas de políticas y normativas se logró que se regule el derecho a la consulta previa (DCP) en el Perú, lo cual fue mediado por el Tribunal Constitucional del Perú (TCP).

Así, en el último lustro, presionado por una serie de conflictos socioambientales y la movilización indígena amazónica, el TCP emitió diversas sentencias para amparar las demandas sociales de los pueblos indígenas en el Perú en el marco del Convenio N.º 169 de la OIT, especialmente en relación con el ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada. Desde la perspectiva del constitucionalismo democrático, esta es una forma de activismo judicial en el cual el Control Judicial de las leyes puede ayudar a buscar el sentido de la Constitución cuando lo demande el mandato popular a través de la movilización social (POST 2007: 373-433). Esto podría ser cuestionable a la luz de un análisis exhaustivo sobre el contenido de las sentencias y su utilidad para expresar los cambios normativos, especialmente para el ejercicio al derecho a la consulta en el Perú.

Nos atrevemos a decir que la correspondencia entre demandas indígenas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional constituye una forma de consta-

tar una experiencia de Constitucionalismo Democrático,² en el cual un grupo de ciudadanos dialoga con el TCP para que este exprese las demandas e interpretación sobre la Constitución sobre los siguientes puntos: primero, el carácter vinculante del Convenio N.º 169 de la OIT por ser parte del bloque de constitucionalidad, un tratado internacional de derechos humanos y por lo tanto la obligatoriedad de sus preceptos y el incumplimiento del Estado peruano de ese tratado internacional de derechos humanos; segundo, la vigencia del Convenio N.º 169 desde 1995 y por lo tanto la vigencia del DCP desde la misma fecha; la obligatoriedad del Estado de cumplir con la norma, de adecuar su legislación nacional a este derecho, y regular este derecho en su derecho nacional.

En efecto, en dicho proceso político, un factor relevante para que se materializara el DCP, fue la intervención del TCP con diversas sentencias que recogieron algunos planteamientos del movimiento indígena. Poco después, el TCP se rectificó de sus posiciones originales causando una contrariedad en la regulación estatal, así como una preocupación por la posición poco garantista que asumía el máximo intérprete de la Constitución sobre los derechos indígenas. Sin embargo, se podría señalar que en un momento existió una comunicación efectiva entre las propuestas del movimiento indígena y la interpretación del TCP sobre el derecho a la consulta previa.

En el presente artículo analizamos las condiciones históricas, normativas y políticas en que se desarrolló la relación entre el Estado peruano y los pueblos indígenas. Asimismo tratamos las sentencias del TCP a la luz del intercambio que se produjo entre este órgano jurisdiccional y las organizaciones indígenas en el último lustro. En especial a lo concerniente al diseño del DCP y a la identificación de obligaciones del Estado en la implementación de este derecho colectivo de los pueblos indígenas. Esto último reflejado en el nuevo marco legal de este específico derecho.

² En realidad, la mejor forma de constatación de un Constitucionalismo Democrático, será la lectura de las demandas judiciales pues nos deben permitir más que el recojo constitucional (lectura comparada con la sentencia del TCP), la lista exhaustiva de exigencias sociales que deban cobrar significado en la interpretación de la Constitución, medio probatorio para conocer la cultura constitucional. La sentencia del TCP se pone en cuestión si ha permitido recoger los valores ciudadanos (exigencias) y si ha permitido un debate Estado-ciudadanos sobre el significado de la Constitución, es decir, el valor del Convenio N.º 169 y del Derecho a la Consulta Previa (Post, 2007: 379).

1. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

1.1 EFECTOS DE LA MOVILIZACIÓN INDÍGENA EN EL SIGLO XX

Después de décadas de movilización indígena por sus tierras, surge la necesidad que el constituyente incluya la protección de la propiedad comunal y reconozca como persona jurídica a las comunidades andinas. Lograr la protección a las tierras y el reconocimiento a un sujeto colectivo no significó un proceso pacífico, tuvo variantes normativas y constitucionales importantes. Al final, se logró incorporar la protección de la propiedad comunal al volverlas inembargables, imprescriptibles e inalienables.

Desde el siglo XX, un tema importante en el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ha girado alrededor de la protección de la propiedad colectiva de estos pueblos. Conservar su forma de vivir, su cultura, sus usos y costumbres, tiene una correspondencia con asegurar sus tierras ancestrales, especialmente frente a las amenazas de un reconocimiento de la propiedad pública (estatal y eclesiástica), o privada (haciendas).

Esto ha centrado la relación Estado-pueblos indígenas. Después de muchas manifestaciones indígenas por la pérdida del derecho de participación política (reforma de Piérola de 1895) y la histórica usurpación de tierras a través del título supletorio, se consiguió la protección constitucional de la propiedad comunal. De hecho, el reconocimiento constitucional y legal se centró en la protección de la propiedad comunal desde 1920. Posteriormente, ello se acentúa con los regímenes especiales de comunidades campesinas y nativas. Pese a que el nivel organizacional del movimiento indígena andino o amazónico logró conformar una red representativa e institucional en la década de los ochenta,³ el Estado peruano no generó alguna posibilidad en el diálogo político que pudiera mejorar una relación histórica conflictiva. La Constitución de 1993 mostraba ciertos avances de reconocimiento de derechos especiales a las comunidades; sin embargo, en el caso del derecho de participación política se hizo muy poco. Solo se estableció un requisito de cuotas para elecciones locales y regionales y se silenció en el tema de las elecciones parlamentarias. Según el art. 191.º de la cons-

3 Las cuatro organizaciones nacionales que representan más de 5.000 comunidades campesinas y 1.200 comunidades nativas son la Confederación Campesina del Perú (CCP), la Confederación Nacional Agraria (CNA), la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) y la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP).

titución, la ley «establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales [...]».

En consecuencia, se distinguen dos elementos importantes en la relación entre el Estado peruano y los «indios». El primer elemento se refiere al proceso de reconocimiento legal de la propiedad comunal de los pueblos indígenas en las zonas andina y amazónica. Al mismo tiempo que se reconocía y atomizaba localmente a los pueblos indígenas en comunidades indígenas —luego divididas en comunidades campesinas y comunidades nativas—, se dejó de lado el reconocimiento como «pueblos», es decir como un colectivo mayor en el que pudiera reposar el principio de la soberanía popular. Esto marcaría de hecho la forma legal en que se reconocerían los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el marco constitucional y legal, sin tomar en cuenta la participación política de estos pueblos en el período republicano.

Un segundo elemento radica en la regulación hecha por el Estado peruano sobre la propia existencia de los pueblos indígenas. Dicha regulación fue diseñada sobre la base de un régimen legal que construía identidades locales que con el tiempo cobrarían una relativa importancia en función de su identificación con la tierra (propiedad comunal) y el reconocimiento de otros derechos (administración de justicia), frente a un debilitamiento histórico de la identidad de pueblo, especialmente de carácter político.

Así, si analizamos seriamente el proceso histórico de los pueblos indígenas, podremos comparar que la imposibilidad de aglutinarse en un movimiento indígena o la construcción de su identidad cultural es a efectos del proceso de atomización social, político y cultural vivido a través del regímenes legales republicanos (reservas, comunidades, resguardos, etc.), proceso de estructura jurídica en el cual la identificación a una cultura o identidad quechua, aimara o amazónica shipiba, se subsume por la identidad forjada en el espacio local («comunidad» legal).⁴

4 Ley general de comunidades campesinas de 1987 (Ley N.º 24656), y sus reglamentos (Decreto Supremo N.º 08-91-TR, Decreto Supremo N.º 04-92-TR y el Decreto Supremo N.º 045-93-AG); Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y de ceja de selva de 1978 (Decreto-Ley N.º 22175) y su Reglamento (Decreto Supremo N.º 003-79-AA); asimismo, la Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, conocida como la Ley de Tierras de 1995 (Ley N.º 26505) y la Ley de deslinde y titulación del territorio comunal (Ley N.º 24657).

1.2 CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Constitución de 1993⁵ sigue la misma tradición de regulación de los derechos de los pueblos indígenas en el Constitucionalismo Peruano del siglo XX: reconocimiento de las comunidades y de la propiedad comunal. Se establece un sistema constitucional y legal de «reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas», ello significa configurar legalmente el proceso de atomización de los pueblos originarios de las zonas andinas y amazónicas. Es decir, el reconocimiento constitucional de «comunidades campesinas y nativas» (art. 89.º) no ha logrado más que atomizar e imposibilitar la creación de una identidad cultural más amplia, como pueblos al ser divididos política y socialmente en unidades fragmentarias que se reconocen a sí mismas como sujetos de derecho.

Por otro lado, la Constitución de Perú de 1993 dice al respecto que toda persona tiene derecho «a su identidad étnica y cultural», para agregar después, que «el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación» (art. 2.º, inc. 19). Mientras que por un lado se reconoce de manera individual el ejercer un derecho a la identidad cultural o étnica, por otro lado, se señala el carácter de una sola nación peruana diversa étnica y cultural; encontrándonos con una laguna normativa que no permite entender la materialización del principio del valor jurídico de la diversidad cultural.

El «Constitucionalismo andino» puede estar marcado por constituciones conservadoras y progresistas en cuanto al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia tienen un lenguaje constitucional mucho más preciso y descriptivo de ciertos derechos colectivos y del sujeto colectivo (nacionalidades y pueblos indígenas); la Constitución de Colombia es la que plantea un reconocimiento de liberalismo moderado que incluye la inserción del reconocimiento de la autonomía indígena en la estructura estatal; muy por el contrario la Constitución de Perú no le dedica ningún capítulo especial y es muy reacia a considerar algún contenido normativo específico, respondiendo a principios generales, sin institucionalizar la relación del Estado y estos pueblos. Si bien es cierto, hay una suerte de retórica constitucional con respecto a un nuevo Estado Inter-

5 La Constitución de 1993, vigente en la actualidad, producto del Congreso Constituyente Democrático quiso «legitimar» el golpe de Estado de 5 de abril de 1992 abordando una serie de reformas políticas y normativas centradas en configurar el nuevo rol del Estado en la sociedad y en el mercado (MCFARLAND, 2001).

cultural, la práctica nos señala que aún quedan por vencer la distancia entre el diseño constitucional y su aplicación.

A pesar de intentos de reforma constitucional a inicios de la década del año 2000,⁶ aún no se han producido cambios constitucionales sobre derechos de los pueblos indígenas, manteniéndose la connotación étnica y racial y el reconocimiento de los grados de desigualdad social y discriminación (RUBIO 1999: 392). Sin embargo, las exigencias de los pueblos indígenas están relacionadas con los derechos de grupo (autonomía, jurisdicción, participación política). La «apropiación» de la Constitución y de la legislación nacional de estos derechos produce, en el caso de la jurisdicción indígena (art. 149.º), una instrumentalización de los derechos de estos pueblos reduciéndolos a un carácter policial o de mecanismos para salvaguardar el orden interno y la seguridad nacional.

El Convenio N.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁷ es parte del derecho nacional, vigente desde el año 1995. A partir de que es un tratado internacional de derechos humanos, se ha reconocido los derechos previos a los pueblos indígenas, derechos históricos que podrán precisarse a través de la legislación especial, no obstante, no los podrán desconocer. La fundamentación de estos derechos frente a una posible colisión con la legislación nacional responde a la primacía formal y de fondo del Convenio N.º 169 sobre la legislación nacional.

Esta primacía en cuanto a una fundamentación formal viene ligada a que el Convenio N.º 169 de la OIT prevalece sobre cualquier disposición legal nacional previa o posterior, según la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969. Este tratado señala que un Estado Parte no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado ratificado (art. 27.º). Otra fundamentación de la primacía del Convenio N.º 169 sobre la legislación especial nacional está relacionada a que los derechos de los pueblos indígenas son exigencias sociales positivizadas, es

6 Los retrocesos del proceso de reforma constitucional que vive el Perú, hacen presagiar la imposibilidad de satisfacer el *catálogo de ilusiones* de los derechos de los pueblos indígenas (HARO 2001: 20). A la fecha, la inclusión de un catálogo de derechos colectivos de los pueblos indígenas en rango constitucional es una demanda de las organizaciones indígenas.

7 El Convenio N.º 169 de la OIT es el tratado internacional de derechos humanos más importante en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, aprobado por la Resolución Legislativa N.º 26253, el 2 de diciembre de 1993. Ratificado el 2 de febrero de 1994 y vigente para el Perú a partir del 2 de febrero de 1995.

decir, vinculantes para el Estado como derechos humanos. Un tercer fundamento es que el Convenio N.º 169, como tratado internacional de derechos humanos, tiene carácter constitucional. Pese que la actual Constitución no lo menciona, debe dejarse en claro que la Constitución integra a las normas internacionales al Derecho Nacional dentro del sistema jerárquico de normas, siguiendo la teoría monista de integración constitucional. En el caso de los tratados internacionales de derechos humanos, casi todos los países andinos elevan a rango constitucional todos los tratados de derechos humanos vigentes, por lo que un elemento más para su obligatoriedad es su rango constitucional.

Sin embargo, después de años de vigencia del Convenio N.º 169 de la OIT en los países andinos, no se han promulgado e implementado normas suficientes que adecuen la legislación nacional a los principios que emanan de este tratado internacional, produciéndose, por tanto, inconsistencias e incoherencias entre la legislación nacional y el Convenio N.º 169. Queda claro que este tratado internacional —como parte del bloque de constitucionalidad, y en aplicación de la teoría monista que adopta nuestro derecho nacional— es de aplicación inmediata, sin necesidad de una regulación que la incorpore al derecho nacional, por lo que es de mandatorio cumplimiento, público y administrativo, para todo funcionario. Asimismo, en caso de colisión normativa con norma anterior, posterior o del mismo rango normativo, es evidentemente que tendrá prevalencia su aplicación, por sus características formales (tratado internacional), especiales (bloque de constitucionalidad) y sustanciales (tratado internacional de derechos humanos).

El discurso jurídico del Convenio N.º 169 y de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), ha posibilitado la fundamentación de exigencias sociales y políticas de los pueblos indígenas a escala mundial. Lo cierto es que estos instrumentos internacionales de derechos humanos, sumados a la jurisprudencia y recomendaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Sistema de Naciones Unidas, reconstruyen la subjetividad de los pueblos indígenas, desde un alcance dogmático jurídico a uno político, frente a las restricciones del derecho nacional (por ejemplo, régimen de comunidades campesinas y nativas que delimitan derechos colectivos), un derecho nacional desarticulado, con un débil reconocimiento de derechos colectivos y poco garantista de estos derechos frente a

otros bienes constitucionales o políticos. Y son las organizaciones indígenas nacionales las que han utilizado este cuerpo legal para sus demandas políticas y su intención de una reforma del pacto social constitucional.

En el caso del DCP de los Pueblos Indígenas, la Declaración de Naciones Unidas va más allá en todos los reconocimientos a este derecho, empatándolo con los necesarios supuestos de consentimiento previo, libre e informado:

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 y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 32.2.- Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado 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.

Es decir, el objeto final de las consultas bajo el marco de la Declaración, es la de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, y no necesariamente un acuerdo. De todas maneras, tampoco se señala que los efectos de ese consentimiento son vinculantes para las decisiones estatales.

2. DIÁLOGO CONSTITUCIONAL: EMERGENCIA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

En el punto precedente, hemos podido apreciar cómo la historia de la regulación de los derechos de los pueblos indígenas, originarios o «indios», tiene una importancia relevante para un tratamiento diferenciado de los derechos de estos pueblos. Y como esta tendencia de regulación constitucional, se encuentra con una tensión frente al derecho a la soberanía de los recursos naturales, especialmente cuando el Estado comienza a otorgar derechos para aprovechar hidrocarburos en las tierras (propiedad comunal) donde ellos viven. Para ello, la legislación internacional (Convenio N.º 169 de la OIT) establece un mecanismo para permitir una relación más armoniosa entre estos pueblos y la soberanía del Estado: el derecho a la consulta previa, libre e informada.

En este punto, veremos el diálogo constitucional producido entre el movimiento indígena, el TCP y finalmente el resultado final de la regulación de

este derecho a la consulta establecido por el Estado peruano. Este diálogo se inicia con la «lotización de la Amazonía» y finaliza con el Conflicto de Bagua (2009), es decir, se produce una correspondencia entre los pronunciamientos del TCP en diversas sentencias entre el 2008 y 2009, los efectos normativos de estos pronunciamientos; la reciente legislación sobre consulta previa (2012). Además, la conducta sinuosa de las posiciones del TCP con respecto a la consulta previa expresaba esa genuina tensión entre lo político y lo jurídico, entre la exigencia de los movimientos sociales y los diferentes intereses económicos que veían peligrar el marco legal relacionado al aprovechamiento de recursos naturales en la Amazonía.

2.1. INVERSIONES EN TIERRAS INDÍGENAS EN AMAZONÍA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las organizaciones indígenas amazónicas venían con una agenda política y de reivindicación de derechos bastante extensa. Uno de los puntos medulares se centraba en la vigencia del Convenio N.º 169 de la OIT, con la finalidad de ejercer el derecho a la consulta previa, libre e informada:

Artículo 6.º inciso 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a. 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;
- b. establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c. establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 15.º [...]

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, 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 pro-

grama de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Este derecho es una forma de construir un diálogo intercultural que les permita influenciar en las decisiones estatales, ya sean legislativas o administrativas. Pero también significa la defensa de sus territorios ancestrales, una forma de filtrar el ejercicio de soberanía del Estado, cuando se superponía el *jus imperium* de otorgar derechos sobre recursos naturales a las tierras o territorios indígenas.

En el Perú, desde el 2004 se inició un proceso de promoción de las inversiones del sector de hidrocarburos, suscribiendo contratos para exploración y explotación de ese recurso natural, superponiéndose tierras de comunidades indígenas, áreas protegidas y reservas territoriales para pueblos indígenas aislados, pudiendo generar amenazas en estos ecosistemas protegidos. Esto produjo una serie de conflictos socioambientales en la Amazonía peruana, efectuándose protestas en varias ciudades amazónicas.

Cabe resaltar que la situación de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial es altamente vulnerable. Según las directrices aprobadas por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

Son pueblos altamente vulnerables, que en la mayoría de los casos se encuentran en grave peligro de extinción. Su extremada vulnerabilidad se agrava ante las amenazas y agresiones que sufren sus territorios que ponen en peligro directamente el mantenimiento de sus culturas y de sus formas de vida, debido a que generalmente, los procesos de contacto vienen acompañados de impactos drásticos en sus territorios que alteran irremediablemente sus relaciones con su medio ambiente y modifican, a menudo radicalmente, las formas de vida y las prácticas culturales de estos pueblos. La vulnerabilidad se agrava, aún más, ante las violaciones de derechos humanos que sufren habitualmente por actores que buscan explotar los recursos naturales presentes en sus territorios y ante la impunidad que generalmente rodea a las agresiones que sufren estos pueblos y sus ecosistemas (OHCHR, 2012, párr. 14.).

En ese sentido, la sociedad civil peruana señaló acertadamente que se vulneraba la Constitución de 1993 con la superposición de lotes de hidrocarburos en áreas protegidas porque el texto constitucional señala que el Estado «promueve el uso sostenible de sus recursos naturales» (art. 67.º), estando

«obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas» (art. 68.º).⁸ En consecuencia, el Ministerio de Energía y Minas MINEM y Perupetro S.A. han vulnerado el orden constitucional al suscribir contratos de estos lotes superpuestos a áreas protegidas.

El derecho a la consulta era de una de las demandas de las organizaciones indígenas, pero no era la única. Es más, a partir del pronunciamiento de organizaciones indígenas y ambientalistas,⁹ la Defensoría del Pueblo inició una investigación de oficio sobre la superposición de lotes que finalizó (Defensoría, 2007), arrojando como recomendaciones finales como la obligación estatal de respetar y adecuar sus prácticas a la legislación de áreas protegidas y al respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas aislados (GAMBOA 2008: 387-9), siendo el derecho a la consulta una exigencia más entre varias presentadas por el movimiento indígena.

No faltó tiempo para que se presentara una Acción de Amparo para proteger al medio ambiente sano y equilibrado por un caso de superposición de un lote de hidrocarburos en un Área de Conservación Regional denominada «Cordillera Escalera» (Lote 103), sin respetar los procedimientos que señala la legislación de áreas protegidas (estudio previo de compatibilidad). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya había consagrado el principio constitucional de Economía Social de Mercado¹⁰ y el derecho fundamental «a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida» —principio de la «Constitución Ecológica»—, mediante los principios de prevención que «supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia», el cual se materializa en la obligación del Estado «a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin

8 Más aun, estas disposiciones constitucionales deben interpretarse de acuerdo con lo señalado en el Convenio de Diversidad Biológica (aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 26181 de 30 de abril de 1993. Entró en vigor para el Perú el 7 de septiembre de 1993), en cuanto a la conservación de la naturaleza a través de áreas protegidas, el Estado peruano deberá elaborar coherentemente «directrices para la selección, el establecimiento y la ordenación de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica» (art. 8.º, lit. b).

9 Organizaciones de la sociedad civil suscribieron el «Pronunciamiento sobre la superposición de lotes de hidrocarburos con reservas territoriales y áreas naturales protegidas», *Diario La República* (Lima), 01-02-2007.

10 Según este principio, la explotación de recursos naturales se debe enmarcar en una Economía Social de Mercado en donde se condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. Sentencia TCP 048-2004-AI/TC, Caso de las «regalías mineras».

evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente»,¹¹ considerando una «realidad ecológica». Entre esas medidas técnicas, encontramos el estudio previo de compatibilidad de las actividades de hidrocarburos a realizarse en áreas protegidas.

Si bien la causa de la sentencia Caso Cordillera Escalera estaba relacionada a la materia ambiental, la relación fundamental entre esta sentencia y muchas demandas previas de los pueblos indígenas era la protección de áreas protegidas en Amazonía, áreas que benefician o se encuentran interconectadas con su visión de territorio ancestral o el aprovechamiento que realizan en ellas de recursos naturales. Pese a ello, tomar en cuenta que las demandas sociales indígenas continuaban y por presión de esta movilización social,¹² el TCP decidió incluir en sus fundamentos de esta sentencia en cuestión, sin ninguna necesidad de fundamentación sobre el fondo de la causa, un pronunciamiento sobre derechos de los pueblos indígenas, especialmente del DCP. Primero, el TCP ya había señalado que los «tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional» (STC N.º 0025-2005-PI/TC, f. 33). Dos años después, el TCP no solo mencionaría la calidad normativa del Convenio N.º 169 de la OIT (rango constitucional), sino que la hace parte del bloque de constitucionalidad, y con este, a los derechos que este tratado internacional consagra:

De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho Nacional, tal como lo explicita el artículo 55.º de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar —normativa e interpretativamente— las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes. Fundamento 31 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC.

El segundo elemento era definir el DCP, pese a comentarios equívocos sobre este derecho y su relación con la definición de participación ciudadana y responsabilidad social corporativa, y señalar el carácter previo de este derecho a cualquier decisión sobre inversiones:

11 Sentencia del TCP 20-04-2007 (Exp. N.º 1206-2005-PA/TC), f. 10; ver también la Sentencia del TCP 20-04-2007 (Exp. N.º 03610-2008-PA/TC), fundamentos 25-35.

12 Para mayor información ver: <<http://indigenaprotesta-peru.blogspot.com.br/> ; <http://amazilia.wordpress.com/2008/08/19/gobierno-peruano-le-declara-la-guerra-a-pueblos-indigenas/>>

[...] la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla. (F. 35 STC N.º 03343-2007-PA/TC).

2.2. EL CONFLICTO DE BAGUA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En estos más de quince años de vigencia de la Constitución de 1993 y del Convenio N.º 169, poco se ha hecho por la implementación de los derechos colectivos de estos pueblos, menos aún lograr un proceso de diálogo político que implemente consensos entre estos pueblos y la sociedad nacional. Tan solo se han producido dos hitos políticos de diálogo con el gobierno: el primero, durante el gobierno del Presidente y reconocido constitucionalista Alberto Paniagua,¹³ y el segundo fue el proceso de diálogo posterior al conflicto de Bagua (2009).

El origen del conflicto de Bagua se debe a que el gobierno peruano reguló, aprovechando la delegación de facultades legislativas del Congreso de la República para regular la implementación del Tratado de Libre Comercio TLC con Estados Unidos, los derechos de propiedad comunal de los pueblos indígenas, la forma de organización interna de estos pueblos, así como establecer un nuevo marco legal de inversiones en recursos naturales relacionados a los pueblos indígenas como son los bosques, sin realizar procesos de consulta previa. Después de los sucesos de violencia en Bagua el 05 de junio, se estableció el Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo

13 Durante el 2001, se constituyó la Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas (Decreto Supremo N.º 15-2001-PCM), cuya Mesa de Diálogo y Cooperación para las Comunidades Nativas produjo el Plande acción para los asuntos prioritarios (2001), produciendo una hoja de ruta, un conjunto de políticas, principios y reglas en temas relacionados con los derechos territoriales de los pueblos indígenas que deberían guiar las políticas y prácticas estatales, sin mencionar el tema de la participación política de estos pueblos.

de los Pueblos Amazónicos,¹⁴ que se organizó en cuatro mesas de trabajo, una de las más importantes estaba relacionada a las demandas constitucionales del movimiento indígena peruano: reconocimiento legal del derecho a la consulta previa para los pueblos indígenas.

Ya en el mes de junio de 2009, durante el conflicto de Bagua, las organizaciones indígenas y hasta la Defensoría del Pueblo habían presentado acciones de amparo o inconstitucionalidad a diversos decretos legislativos que por la materia de regulación (derechos territoriales de los pueblos indígenas), debieron ser consultados previamente. A más de un año del Conflicto de Bagua, se expide la Sentencia del TCP Exp. 0022-2009-PI/TC Caso COFOPRI, en el cual el TCP se extiende en precisar los alcances del DCP. EL TCP sienta las bases para aclarar que el derecho a la consulta es un derecho constitucional:

El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta (Fundamentos 37 de la STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC).

En consecuencia, este derecho es una relación entre Estados y pueblos indígenas, un diálogo intercultural que le corresponde realizar al Estado (f. 34, STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC), un derecho previo a la decisión estatal (f. 36, STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC), un proceso con etapas definidas (f. 41, STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC).

Finalmente, podemos tener una lectura positiva del intento del TCP de mediar las exigencias indígenas por la regulación del DCP, sin que en un primer momento exista una demanda constitucional formal, el TCP se pronuncia al respecto previo al desenlace del conflicto de Bagua, pero sí a los momentos previos que se manifiestan de tensión entre organizaciones indígenas amazónicas y pueblos indígenas, demandas que no todas son contempladas en los pronunciamientos constitucionales, pero que encausan ciertas obligaciones

14 Este grupo fue oficializado el 11 de junio de 2009 mediante Resolución Suprema N.º 117-2009-PCM, y modificado su vigencia hasta diciembre de 2009 mediante Resolución Suprema N.º 211-2009-PCM. Los grupos de trabajo conformados en el seno del Grupo Nacional son la Comisión de la Verdad sobre los sucesos de Bagua; Mesa 2 de revisión de la normatividad forestal, hídrica, de tierras, etc.; Mesa 3 de elaboración de una propuesta legal sobre consulta previa, libre e informada; y Mesa 4 de revisión y diseño de políticas públicas a favor de los pueblos indígenas amazónicos.

para el gobierno peruano, como es su posterior regulación. Posteriormente al desenlace de Bagua, veremos en las sentencias del TCP una actitud más conservadora con respecto a este derecho, como ya lo han mencionado algunos expertos en el tema (CARHUATOCTO, 2011: 60) y las propias organizaciones indígenas, que encontraron en el proceso de legislación y reglamentación del DCP un campo de reformas y satisfacción de demandas más directo.

2.3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL SINUOSA

Como habíamos señalado, el objetivo de las organizaciones indígenas de recurrir al TCP era lograr vencer el incumplimiento sistemático del Gobierno de lo prescrito en el Convenio N.º 169. Las organizaciones indígenas señalaban el carácter vinculante del convenio por ser parte del bloque de constitucionalidad, un tratado internacional de derechos humanos y por lo tanto la obligatoriedad de sus preceptos y el incumplimiento del Estado peruano de ese tratado internacional en los 17 años de vigencia que tenía en ese momento (F. 31, STC EXP. N.º 3343-2007-PA/TC); segundo, la vigencia del Convenio N.º 169 desde 1995 y por lo tanto la vigencia del DCP desde esa misma fecha y la irregularidad (falta de validez) de los actos administrativos y legislativos que afectaron a los pueblos indígenas y que se promulgaron desde 1995 sin pasar por procesos de consulta; y la obligatoriedad del Estado de cumplir con la norma, de adecuar su legislación nacional al Convenio N.º 169 y regular el DCP en su derecho nacional.

No obstante ello, después del conflicto de Bagua, se produce algunos cambios en la jurisprudencia del TCP. Un punto medular recogido por la jurisprudencia del TCP es el carácter previo del derecho de consulta de los pueblos indígenas, es decir, este procedimiento debe llevarse a cabo antes que se produzca la decisión estatal (medida legislativa o administrativa) que afecte sus derechos.

Una sentencia que llamó la atención es conocida como el Caso Napo Tigre (Sentencia del TC. EXP. N.º 06316-2008-PA/TC),¹⁵ un hito de tensión en este proceso de reconocimiento del DCP por el TCP. El caso trata de un lote de hidrocarburos, el lote 67 de la empresa francesa Perenco superpuesto a la zona

15 La organización indígena nacional AIDSESP Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana interpone una acción de amparo para proteger los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en aislamiento en el área de las cuencas del río Napo y del río Tigre, en la frontera con Ecuador. Para ver la sentencia: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html>>.

donde habitan pueblos indígenas aislados, el Tribunal Constitucional ha cambiado de una posición garantista de derechos que mantuvo hacia una posición conservadora y defensora del principio de seguridad jurídica de las inversiones (buena fe contractual, libertad de empresa, etc.) frente a la protección de pueblos indígenas aislados, por lo que este pronunciamiento del TCP fue duramente criticado por las organizaciones indígenas:

Todo ello al margen de considerar que las actuaciones de estas empresas se viene dando en el marco de Contratos-Ley firmados con el Estado peruano y garantizados por el artículo 62.º de la Constitución. De manera que al momento de pronunciar el fallo en este caso, este Colegiado debe ponderar los efectos de su decisión a fin de no generar mayores sacrificios que los que se pretende cautelar (F. 28 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC).

Ello se debe a que el TCP menciona la posibilidad de la realización de proceso de consulta a pueblos indígenas en aislamiento, que por su fragilidad y un insuficiente sistema inmunológico, no es recomendable un contacto forzoso con cualquier miembro de la sociedad nacional. Si bien esta sentencia mantiene la misma jurisprudencia en cuanto al concepto del DCP, desnaturaliza su carácter previo, confundiéndola como institución de participación ciudadana en materia ambiental:

Nuestra propia ley fundamental reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad; pero en ningún caso habilitándolas para excluir la presencia del Estado y del Derecho en sus territorios (F. 21, STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC).

Asimismo, este derecho como forma de diálogo entre Estado y pueblos indígenas, restringe la participación activa, directa o principal de las empresas titulares de derecho (aprovechamiento del recurso natural), por lo que la sentencia del TCP es equivocada:

(...) en principio, que los actos de adjudicación de dichos Lotes, mediante resoluciones supremas del Ministerio de Energía y Minas de los años 1995 y 1999, así como la serie de actos de ejecución hasta el estado en que se encuentran actualmente, toda vez que se vienen desarrollando sin la participación ni consulta a las comunidades

y sus organizaciones, resultarían incompatibles con la Constitución. No obstante, como consta en el expediente, desde la aprobación de dichas concesiones se han sucedido una serie de actos de buena fe por parte de las empresas comprometidas en estos proyectos, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales a través de los órganos competentes para ello, quienes se han venido pronunciando en diversas instancias y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación de la materia, que van desde la aprobación del proyecto y la participación en las licitaciones públicas para la entrega de la concesión, hasta la aprobación del Plan de Impacto Ambiental, etc. (F. 27, STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC).

No solo ello, instrumentaliza el derecho a la consulta en función a otro bien constitucional que es la seguridad jurídica de las inversiones, sino que el TCP comienza a desnaturalizar los elementos de este derecho que aseguren una mejor relación Estado y pueblos indígenas, y limita las exigencias indígenas al interpretar la Constitución integrándola al Convenio N.º 169, en el cual el DCP es un mecanismo para permitir definir sus prioridades de desarrollo ante las decisiones estatales que las afecten, y no la construcción gradual de una relación con terceros:

Es por ello que este Colegiado considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes. Con esto el Tribunal ha de disponer que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua. (F. 30 STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC).

Detrás de esta perspectiva, existe un cambio jurisprudencial claro del TCP —e insistente—,¹⁶ que es comprender que la identificación de las prioridades del desarrollo de los pueblos indígenas debe integrarse al proceso público estatal, sino al interés privado a través del DCP, como lo hemos mencionado, desnaturalizando el derecho, su propia jurisprudencia y el propio mandato constitucional del Convenio N.º 169 de la OIT:

¹⁶ El TCP en noviembre de 2010, emitió una Resolución Aclaratoria referida a la STC N.º 6316-2008-PA, del Caso Napo Tigre, señalando la posibilidad que el Estado no realice directamente proceso de consultas sino que la tercerice, y esta la realice la empresa (titular del derecho otorgado), quedando el Estado en la obligación de supervisar dicho proceso, siempre y cuando, los impactos del proyecto de inversión no sean altos. Ello contraviene una obligación señalado en el Convenio N.º 169, donde se señala que los gobiernos y no los particulares son quienes deben de implementar el DCP.

(...) el progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades de hidrocarburos no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento *sine qua non* para preservar el derecho de las comunidades; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales. (f. 16, STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC).

Asimismo, agrega el TCP:

Considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio N.º 169 precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica. (f. 18, STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC).

Por otro lado, no podemos negar que un elemento importante para la satisfacción de las demandas indígenas ha sido que la Sentencia N.º 05427-2009-PC/TC del TC, de 30 de junio de 2010 (Caso Reglamento Minero Energético),¹⁷ ordenó al Ministerio de Energía y Minas que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el DCP respecto de las actividades mineras y energéticas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1, 2 del art. 6.º y el numeral 2 del art. 15.º del Convenio N.º 169 de la OIT. Un año después, el sector estatal promulga el «Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas» (Decreto Supremo N.º 023-2011-EM), con poco tiempo de vigencia y ninguna aplicación, pues al poco tiempo fue derogado por la primera Ley de Consulta Previa con que cuenta el Perú y Latinoamérica (Ley N.º 29785), promulgada el 31 de agosto de 2011.

Mientras estuvo vigente este reglamento minero energético, los elementos centrales que señalaba la sentencia del TCP sobre consulta previa fueron recogidos a discreción por la autoridad. Mientras que la sentencia del TCP señalaba

¹⁷ Demanda de cumplimiento interpuesta por AIDSESP, por haberse acreditado el 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 N.º 169.

que los procesos de consulta debían ser flexibles en cuanto a etapas y plazos, este reglamento señala que el plazo máximo era de cuatro meses (120 días), estableciendo filtros para reducir los supuestos de consulta (calificación de actos administrativos y de las comunidades a ser consultadas) según a discrecionalidad de la autoridad sectorial energía y minería. No obstante ello, este reglamento recogió algo fundamental en la realización del DCP, es decir, su carácter previo a la toma de la decisión estatal, puesto que señala que el DCP se materializa, en temas de aprovechamiento de recursos naturales, antes del otorgamiento de la concesión.

Tal como habíamos señalado (GAMBOA, 2011b: 145-6), la jurisprudencia del TCP definió el derecho a la consulta previa para los pueblos indígenas, pese a lo errático de su declaración en la obligación del Estado de realizarla y no el titular de un derecho de aprovechamiento del recurso natural; los pueblos indígenas son los titulares del derecho a la consulta previa; y la realización de la consulta antes de iniciar la actividad extractiva, sin mostrar una definición de este momento antes del otorgamiento del derecho de aprovechamiento del recurso natural o antes de aprobación del estudio de impacto ambiental.

Vale acotar que la jurisprudencia del TCP con respecto al derecho a la consulta previa se basa en una interpretación restrictiva del derecho, sin tomar en cuenta los estándares y la jurisprudencia internacionales. Una de las principales críticas con respecto a esta integración por interpretación jurisprudencial es la esencial relación entre la consulta previa y el derecho al consentimiento previo, libre e informado, que viene siendo reconocido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que para supuestos de realización de megaproyectos, señala que es necesario contar con el consentimiento de los pueblos indígenas.

Finalmente, no debemos dejar de mencionar que el TCP recayó en otros desaciertos jurisprudenciales que permitieron incluir en el marco legal actual, la ausencia de revisión de medidas legislativas y administrativas anteriores a la vigencia de la Ley N.º 29785 o ley de consulta, que señala la seguridad jurídica de estas medidas, llegando a cuestionar la validez del Convenio N.º 169 en el derecho nacional:

(...) en términos de eficacia, la normativa del tratado ha sido dificultosa precisamente debido a la omisión de desarrollo apropiado, lo que como se ha anotado generó inseguridad jurídica en el ordenamiento nacional. Las consecuencias de tal omisión y de tal inseguridad han generado un contexto complejo para la emisión de una normativa que desarrolle y que pacifique la actual coyuntura. Así, si bien el Convenio N.º 169, se encuentra vigente en nuestro país desde 1995, este no ha sido materia de regulación por parte del Congreso y del Ejecutivo de manera tal que su tutela pueda ser solicitada de manera sencilla. A su vez, al no haberse implementado tal derecho se ha generado una situación de inseguridad que afecta no solo a los pueblos indígenas sino aquellas personas que han desarrollado acciones sin que el Estado haya exigido previamente llevado a cabo el proceso de consulta (f. 7, Aclaratoria de STC 6316-2008-PA).

Agrega después:

Por consiguiente, el hito marcado por el TC (STC 022-2009-PI) 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 TC es que debe establecerse que la obligatoriedad del derecho de consulta debe considerarse como vinculante desde la publicación en la página web. (f. 8, Aclaratoria de STC 6316-2008-PA).

Posteriormente el TCP rectifica su posición, pero el daño político ya se había producido. El 2011, el TCP resolvió el Expediente 00024-2009-PI, en donde 6,226 ciudadanos interponen un proceso de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 994, que tiene como objeto de controversia determinar si la mencionada medida legislativa, se aprobó, sin considerar el derecho a la consulta previa que asiste a los pueblos indígenas, cuyas propiedades comunales, pudieran ser afectadas directamente por los alcances de esta norma. En esta sentencia, el TCP se rectifica sobre la validez del Convenio N.º 169 desde 1995:

Respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio N.º 169 de la OIT, esto es, el 2 de febrero de 1995. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. No podría haberlo hecho pues la responsabilidad derivada de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, que se integran a los actos normativos que se dicten y a las decisiones de los tribunales internos. En ese sentido, la RTC 6316-2008-PA/TC solo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios jurisprudenciales para resolver casos que involucren al derecho a la consulta [STC 0025-2009-PI/TC, Fund. Jur. N.º 24] (f. 7, STC N.º 00024-2009-PI).

2.4. NUEVO MARCO LEGAL DE LA CONSULTA

Durante el conflicto de Bagua, tanto por el conflicto, como producto del diálogo nacional, así como de los avances de satisfacción de las demandas judiciales ante el TCP, el Congreso de la República decidió priorizar la adopción de un marco legal para el Derecho a la Consulta Previa. Este proceso permitió un debate nacional sobre los derechos indígenas, especialmente lo que había definido el TCP en algunas de las sentencias mencionadas, pero especialmente porque se expresaron posiciones encontradas, en ese momento, entre el gobierno peruano y los movimientos indígenas (SNOECK & GAMBOA, 2012).

Muchos expertos e instituciones de la sociedad civil se pronunciaron sobre los cuestionamientos del Poder Ejecutivo, especialmente porque también contradecía lo expresado por el TCP, al observar la aprobación por parte del Congreso de la República del primer proyecto de ley (autógrafo) de derecho de consulta previa, estableciendo una tensión normativa, una tensión entre bienes constitucionales como es la soberanía del Estado, las formas de gobierno, del marco de las inversiones y el Derecho a la Consulta Previa:

TABLA 1
Diferencias normativas y posibles efectos negativos de las observaciones

Autógrafa de Ley de Consulta	Observaciones del Poder Ejecutivo	Efecto jurídico posible
No reconoce el derecho de veto, garantiza procedimiento de consulta con la finalidad de asegurar la manifestación de voluntad de los pueblos en medidas legales o administrativas (art. 3.º de la autógrafa).	Soberanía del Estado: <i>lus Imperium</i> ante la falta de acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas.	El posible efecto es señalar expresamente la facultad del Estado para asegurar, ante el fracaso de un diálogo Estado-pueblos, la continuidad de la medida pretendida.
Al no lograrse el acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas, no se señala más que el Estado debe garantizar los derechos de los pueblos indígenas, suponiendo en el proceso de implementación de la decisión estatal. (art. 15.º).	Privilegio del interés de todos los ciudadanos sobre el interés de los indígenas. Ponderación: garantizar que las comunidades nativas participen en los beneficios o «perciban indemnizaciones equitativas por los daños que puedan sufrir».	En el proceso de negociación entre Estado y pueblos indígenas, se incluye un criterio para que el Estado al momento de negociar con estos pueblos, privilegie la visión de desarrollo o el interés de la mayoría, vulnerando la regla de contrapeso democrático y ciudadanía diferenciada.
Incluye los procesos de consulta a medidas legislativas y administrativas, así como a planes, programas y proyectos de alcance regional (art. 6.º)	Inaplicación de la consulta respecto de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional.	Reducir la aplicación de los procesos de consulta a proyectos a realizarse en tierras de comunidades.
Se inserta la obligación estatal de realizar la consulta, «bajo la responsabilidad» del funcionario público que no la cumpla (art. 9.º).	Impacto de riesgo de retrasar o detener el desarrollo del país sobre la consulta de medidas administrativas y legislativas por posible «burocratización».	Eliminar cualquier garantía de obligatoriedad que deba tener el funcionario al fundar su decisión en no desarrollar procesos de consulta. Innecesario.
Ante la negativa de realizar el proceso de consulta por parte del Estado, se plantea procedimiento de impugnación de la decisión vía administrativa y judicial (art. 9.º).	Eliminación de la impugnación de la decisión del Poder Ejecutivo respecto de la participación de determinados pueblos indígenas.	Eliminación de la posibilidad de procedimiento de impugnación de la decisión de rechazar solicitud de consulta vía administrativa y judicial con la intención de no demorar los procedimientos administrativos de otorgamiento de derechos y evaluación ambiental.
La autógrafa extiende la definición de pueblos indígenas y originarios a la comunidad campesina andina y costeña (art. 7.º).	Reducir la definición de pueblos indígenas solo a los amazónicos.	La idea es impedir que proyectos públicos (agrícola, infraestructura) o inversiones privadas (minería en la zona andina) tengan como requisito previo la consulta previa.
Se señala que «los pueblos indígenas u originarios» se expresan y participan a través de sus instituciones y organizaciones representativas «elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales» (art. 6.º).	Limitar la legitimidad de las organizaciones representativas de las comunidades campesinas o nativas en su participación de los procesos de consulta.	Limitar la participación de los líderes indígenas y organizaciones de ámbito nacional, regional o federal en los procesos de consulta, que solo involucraría a los directamente afectados.
Señala que el acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas, proceso de consulta (art. 15.º).	Exigibilidad administrativa y judicial del acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas expresado en un acta.	Precisión para evitar que los acuerdos orales o compromisos informales no tengan efecto vinculante.

Fuente: Chirif, 2011; Coronado et al., 2010; Red Muqui, 2010.

Pese a esto, la Ley de Consulta Previa fue aprobada en agosto del año pasado y ciertamente fue parte de un proceso político que las organizaciones indígenas aceptaron un texto sin modificaciones pero que tenían ciertas salvedades o críticas. Sus aportes más importantes son el hecho que identifica un procedimiento de consulta con etapas orientadoras y establece que el acuerdo entre Estado y pueblos indígenas es vinculante u obligatorio, dos elementos que había ya señalados en diversos pronunciamientos el TCP. No obstante ello, podemos decir que esta norma también contiene aspectos criticables: no incluye causales de consentimiento previo que están en el Convenio N.º 169 o en normas nacionales (p.e. el consentimiento para el desplazamiento involuntario); un órgano técnico que recae en el Viceministerio de Interculturalidad sin participación indígena en su conformación; y pretende darle carácter de irrevisable a las medidas administrativas y legislativas que se encuentran vigentes hasta antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley (Disposición Complementaria Final Segunda); entre otras.

Pese a esta nueva ley, lo cierto es que las organizaciones indígenas —en coordinación a través del Pacto de Unidad— plantearon continuar con el proceso de reglamentación de la ley de consulta, la cual duraría entre noviembre de 2011 y marzo de 2012. Este reglamento fue aprobado mediante Decreto Supremo N.º 001-2012-MC de 2 de abril de 2012. Este proceso de reglamentación de la ley de consulta adoleció de serias deficiencias de forma y fondo, que desnaturalizaron el diálogo entre gobierno peruano y pueblos indígenas, siendo acusado por las propias organizaciones indígenas de mala fe, y terminando por renuncia la mayoría de ellas a este proceso de reglamentación. No fue una sorpresa que se produjeran cambios en este reglamento y las propuestas que se manejaron por parte del Estado y la que finalmente se consensuó pero no se respetó puesto que se produjeron modificaciones, eliminaciones y distorsiones de la propuesta consensuada.¹⁸

Si bien se genera una nueva normativa para la implementación de la consulta, este reglamento de la ley de consulta solo busca instrumentalizar este derecho para facilitar la inversión y no recoger la visión de estos pueblos en el pro-

18 Las organizaciones sociales, el Pacto de Unidad, el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos se han pronunciado en contra o preocupadas por esta norma. A favor, algunos legisladores, medios de comunicación y hasta el sector privado saludaron la reglamentación de la consulta (GAMBOA, 2012).

ceso de uso de recursos naturales, uno de los temas más complejos de nuestro país, puesto que la falta de gobernanza es el origen de muchos de los conflictos socioambientales. En ese sentido, incumple con el sentido normativo del DCP y la obligación trasladada hacia el gobierno peruano sobre la regulación del DCP por el Tribunal Constitucional del Perú en diversos pronunciamientos constitucionales y que por desnaturalizarla, incumple su obligación.

Podemos identificar hasta cuatro contradicciones del reglamento del derecho a la consulta, contradiciendo lo dispuesto en varios momentos por el TCP: la consulta no se produce antes del otorgamiento de la concesión, se coloca como opcional (art. 3.º lit. i y 6.º); no se menciona claramente los necesarios casos de consentimiento que el Estado debería respetar; son pocas facultades del Viceministerio de Interculturalidad para intervenir en los procesos de consulta que desarrollen los sectores, y más bien la aprobación de procesos de consulta a escala regional o local por parte del Viceministerio (art. 2.3) es una facultad inconstitucional puesto que no es un ente rector —no existe un sistema de políticas públicas— ni la ley de consulta lo faculta ello; y se pretende limitar la presencia de organizaciones indígenas de carácter nacional para ciertos casos (p.e. art. 27.6).

En cuanto a la institucionalidad, el Ministerio de Cultura no garantiza un correcto cumplimiento de esta norma. No solo por la experiencia de diálogo que produjo este reglamento meses atrás, sino porque queda claro que la autoridad en este tema será la PCM y no este ministerio, que podrá cumplir un papel técnico, pero no garante del diálogo con las organizaciones y pueblos indígenas.

Una situación pendiente para la implementación de la consulta es la difusión, la transparencia y el acceso a la información de estos procesos que se ha anunciado ya están desarrollando los sectores como educación y energía, de los cuales pocos se conocen. Asimismo, el Viceministerio de Interculturalidad tiene la obligación legal de elaborar y difundir una Guía Metodológica y la Base de Datos de los Pueblos Indígenas en el Perú, las cuales han sido ya publicadas, generando cierta polémica y falta de certeza sobre su uso vinculante para todos los sectores públicos, por lo que esta ausencia puede afectar más el proceso de implementación del derecho a la consulta en el país.

Tal como lo hemos señalado (GAMBOA, 2011b: 149-50), el marco legal de consulta trae aspectos positivos y vicios a tomar en consideración. En cuanto a dilucidar el sujeto del derecho a la consulta, los criterios aplicados son los mencionados ya por el Convenio N.º 169 de la OIT y no criterios territoriales. Es más, la posible aparición de un posible filtro de representatividad se presenta en casos específicos y para las organizaciones indígenas nacionales o regionales que no sean representantes directos de los pueblos afectados; queda claro que la consulta es sectorial y cada sector es autónomo o discrecional de aplicar el derecho a la consulta mediante una regulación específica que, por cierto, aún no se promulga; asimismo, el reglamento de la ley de consulta es poco claro si la realización de la consulta es previa al otorgamiento del derecho cuando se tratan de inversiones. Mientras que los elementos positivos son que se establecen principios orientadores procedimentales y el acuerdo entre pueblos indígenas y el Estado es un acto administrativo y obligatorio para ambas partes. Este reconocimiento del acuerdo entre los pueblos y el Estado es el más importante señalado por la ley.

Durante el 2011, las organizaciones indígenas amazónicas y andinas decidieron unirse y organizarse a escala nacional a través de un Pacto de Unidad, una coordinadora del movimiento indígena, así como organizaciones de la sociedad civil, han seguido presentando propuestas de reforma legal, las cuales buscan mejorar el marco legal y el carácter restrictivo del DCP, dejado así por el Reglamento de la Ley de Consulta. Actualmente, vivimos intentonas de realizar procesos de consulta en sectores extractivos como hidrocarburos o forestal, sin embargo, aún no se plasma ningún precedente en este sentido, quizás las experiencias del lote 192 de Loreto o del 169 en Ucayali puedan convertirse en los primeros casos de la realización de la consulta antes del otorgamiento del derecho de aprovechamiento del recurso natural.

CONCLUSIONES

En el caso de la experiencia constitucional entre el diálogo Tribunal Constitucional del Perú y movimientos indígenas amazónicos, estamos ante una modalidad de Constitucionalismo Democrático. Si bien es cierto un posible cuestionamiento a que los pueblos indígenas amazónicos no llegan a representar a más del 1% de la población total del Perú, lo cierto es que tanto la opinión pública, la academia, la sociedad mayoritaria en su conjunto no se opuso al reconocimiento e implementación del DCP en el Perú. Las demandas indígenas formales y sociales (protestas) llegaron a canalizar su deliberación colectiva a nivel de interpelar el significado de la Constitución sobre el tema indígena. Esta ha sido una forma de mediar en el conflicto entre gobierno peruano-pueblos indígenas (SIEGEL, 2006: 1339-50), un rol que reiteradamente el TCP acepta como suyo:

(...) en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, especialmente en casos motivados por la conflictividad social generada a partir del año 2009, se ha buscado afianzar el valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, lo cual atraviesa por afirmar el conjunto de garantías que exige su condición de derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio N.º 169 de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC]. Este rol de concretización le correspondió asumir a este Colegiado frente a la omisión legislativa de desarrollo, que ha posibilitado institucionalizar el debate sobre la problemática indígena en desmedro de posturas antisistémicas (f. 4, STC N.º 00024-2009-PI).

Después del pronunciamiento del TCP, no quedó dudas para la sociedad en su conjunto, que el Estado había incumplido, no solo históricamente, sino jurídicamente en el reconocimiento de sus derechos. En ese sentido, ese Constitucionalismo Democrático tiene como medio probatorio las manifestaciones del TCP que debían satisfacer las demandas indígenas a través de la definición del significado de la Constitución en dos manifestaciones judiciales. La primera está relacionada al basamento jurídico de los derechos colectivos de los pueblos indígenas: la validez del Convenio N.º 169 y las obligaciones que de ahí derivan para el gobierno peruano. El TCP se pronuncia correctamente ante las demandas indígenas al dilucidar después de años de incumplimiento de un tratado internacional de derechos humanos, que el Convenio N.º 169 de la OIT tiene rango constitucional, pertenece al bloque de constitucionalidad de la Constitución, que los derechos contemplados en este tratado internacional tienen carácter fundamental y son de obligatorio cumplimiento por el Estado peruano desde el 2 de febrero de 1995.

La segunda manifestación judicial del TCP está ligada a la definición y obligatoriedad del Derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas, establecido en el art. 6.º y 15.º del Convenio N.º 169 y que causó resistencia, por no decir incumplimiento, por parte del Gobierno del Perú desde la entrada en vigencia del Convenio N.º 169 de la OIT en 1995. En ese sentido, vale mencionar que el TCP rompe con una tradición constitucional en el tratamiento formal y político entre Estado y comunidades originarias, y toma en cuenta la necesaria tutela de derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Además de reconocer la subjetividad de pueblos indígenas, el TCP también reconoce el carácter colectivo de estos derechos, tanto titularidad como ejercicio, siendo un paso fundamental para el reconocimiento de una ciudadanía diferenciada y una nueva naturaleza de ejercicio de derechos en el Perú, desde una perspectiva intercultural.

No obstante ello, se puede señalar que existen dos momentos, dos conductas, y una sola forma de evaluación que entrampó la experiencia de Constitucionalismo Democrático en materia indígena: la primera, el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas como derechos fundamentales donde el Derecho a la Consulta Previa es un derecho radicalmente importante para materializar los demás derechos, así como una garantía esencial, la consideración que el Convenio N.º 169 tiene rango constitucional.

En un segundo momento, comienza a establecer el contenido esencial del DCP, interpretando el Convenio N.º 169 limitando su ejercicio, sus características y permitiendo que legalmente prime la discrecionalidad de la autoridad pública e instrumentalizándolo ante otros bienes constitucionales como la primacía de la seguridad jurídica de las inversiones. Si bien posteriormente el TCP corrige su postura desviadora de interpretación correcta de la Constitución de 1993 y Convenio N.º 169 OIT, lo cierto es que no le permite cumplir cabalmente el rol pacificador que pretendía realizar entre el diálogo Estado y pueblos indígenas de reconocimiento de derechos de estos pueblos a través del DCP:

Finalmente se debe tener presente que el Tribunal Constitucional, conforme a su función pacificadora, en su condición de supremo órgano de control de la constitucionalidad, valiéndose únicamente de la Norma Fundamental y del modelo de sociedad que ella tiene consagrado detrás del reconocimiento de derechos y libertades, ha venido fortaleciendo su jurisprudencia en torno al derecho de consulta

como una tema de especial relevancia en la cuestión de los pueblos originarios. Hoy, frente al recrudecimiento de la convulsión social y la urgente necesidad de impulsar el desarrollo económico y la superación de la pobreza sobre la base de un principio de coparticipación de la riqueza, la sociedad debe unir esfuerzos en torno al fortalecimiento del Estado constitucional de Derecho, intrínsecamente capaz de cumplir objetivos con pleno respeto de los derechos fundamentales. Conflicto inmanente a la maduración democrática de nuestro país, que exige un compromiso de los distintos agentes sociales (f. 9, STC N.º 00024-2009-PI).

Esta falta de claridad o carácter contradictorio de su jurisprudencia, permitió que nuevamente el legislador y la autoridad estatal, cobren capacidad para interpretar el DCP a su discrecionalidad mediante la Ley de Consulta y su reglamento, obligándonos repetir un posible ciclo de litigio constitucional, que si bien encausa y torna útil el Constitucionalismo Democrático en el Perú, no es necesariamente la forma más saludable de generar confianza entre Estado y pueblos indígenas.

En este segundo momento, de conflictos de bienes constitucionales que se expresan en un debate sobre el momento o el carácter previo a una decisión estatal que tiene la consulta, pues finalmente el TCP ni el legislador entendió la oportunidad histórica de colocar las prioridades de desarrollo indígena en «los procesos de planificación estatal previa a la toma de decisiones, especialmente cuando involucran el aprovechamiento de recursos naturales. Este es un paso más a un modelo de democracia participativa que permita la gobernanza en nuestro país» (GAMBOA, 2011), pues tornó vago e impreciso este derecho al momento de pronunciarse sobre este.

Al parecer habría algunos avances en el desarrollo legislativo del proceso de consulta en el Perú.¹⁹ Sin embargo, esta falta de diálogo y consenso que ha tenido el gobierno peruano a través del Viceministerio de Interculturalidad en el proceso de reglamentación de la ley de consulta trae más sombras que luces en el camino de un diálogo sobre el derecho a la consulta previa de los indígenas en el Perú. El descubrir el significado de la Constitución a través de un diálogo constitucional TCP-movimiento indígena nos permitió una solución política

19 El Congreso de la República ha dado un paso importante al presentarse en la Comisión de Pueblos Andinos, Afroperuano, Ambiente y Ecología, el Proyecto de Ley 1183/2011-CR de Consulta Previa de Medidas Legislativas, el cual regularía la consulta cuando alguna medida legislativa afecte sus derechos. Este proyecto, además tendría un contenido contradictorio frente al reglamento de la Ley de consulta actual. En ese sentido, será recomendable que el Congreso peruano consulte a las organizaciones indígenas, debata esta propuesta de ley y la apruebe en la próxima legislatura (2012-2013).

para diversos conflictos sociales que involucran a estos pueblos, sin embargo, al reglamentar el DCP, de manera restrictiva, involucrará nuevos conflictos y la búsqueda de nuevas salidas a través del diálogo constitucional. En ese sentido, este Pacto de Unidad está presentando una Acción de Inconstitucionalidad ante el TCP a la Ley N.º 29785, la ley de consulta y su reglamento, por lo que es posible que se dé la apertura a un nuevo proceso deliberativo mediante el control judicial del TCP.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARHUATOCTO, Henry

- 2011 «El derecho a la consulta previa, la posesión ancestral y la propiedad comunal, según el Tribunal Constitucional». *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. T. 39. Lima.

CHIRIF, Alberto

- 2011 *Las observaciones del Ejecutivo: el derecho de consulta versus el autoritarismo*. Lima: manuscrito de 2 de julio de 2011.

CIURLIZZA, Javier et al.

- 2004 *Hatún Willakuy, versión abreviada del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Perú*. Lima: Gráfica Navarrete.

CORONADO, Hernán et al.

- 2010 *Análisis a las observaciones del Poder Ejecutivo sobre la Ley de Consulta aprobada por el Congreso de la República el día 19 de mayo de 2010*. Lima: CAAAP.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

- 2007 Informe de Defensoría del Pueblo N.º 009-2007-DP/ASPMA.CN, *Superposición de Lotes de Hidrocarburos con Áreas Naturales Protegidas y Reservas Territoriales en la Amazonía Peruana*. Lima.

GAMBOA, César

- 2008 «(In)sostenibilidad de los hidrocarburos en la cuenca amazónica peruana». En Fontaine y Puyana, (eds.). *La guerra del fuego. Políticas petroleras y crisis energética en América Latina*. Quito: FLACSO / Ministerio de Cultura de Ecuador.

- 2011a «La Consulta Previa y la Democracia Participativa». La Primera (11 de septiembre). Lima. En <www.diariolaprimeraperu.com/online/columnistas-y-colaboradores/la-consulta-previa-y-la-democracia-participativa_94373.html>
- 2011b «Consulta previa y su contexto nacional: un mejor manejo político sobre los recursos naturales». En Elecciones, 2011, enero-diciembre, v. 10, n.º 11, pp. 119-161.
- 2012 «La captura pública de la consulta previa». *La Primera* (11 de abril). Lima. En <www.diariolaprimeraperu.com/online/columnistas-y-colaboradores/la-captura-p-blica-de-la-consulta-previa_109047.html>
- 2013 «¿Constitucionalismo democrático peruano? La experiencia del derecho indígena a la consulta previa en reciente diálogo constitucional». En Niembro & Alterio (eds.). *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*. México: Porrúa / Escuela Libre de Derecho.

HARO, Ricardo

- 2001 «Tendencias contemporáneas en el derecho constitucional». *Revista Jurídica del Perú* 24. Lima, año LI.

MCFARLAND SANCHEZ-MORENO, María

- 2001 «When a Constitution is a Constitution: Focus on Peru». *New York International Law and Politics Review* 561. Vol. 33.

OHCHR

- 2012 Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en Contacto Inicial de La región Amazónica, el Gran Chaco y la región oriental de Paraguay. Ginebra.

Red Muqui

- 2010 *Comentarios a las Observaciones del Ejecutivo a la autógrafa de la Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas u Originarios*. Lima: manuscrito de 12 de julio.

RUBIO, Marcial

- 1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993*. T. I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SIEGEL, Reva B.

2006 «Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The case of the de facto ERA». *California Law Review*. Vol. 94. 1339-1350.

SIEGEL, Reva B. & Robert C. POST

2007 «Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42, pp. 373-433.

SNOECK, Sebastian & César GAMBOA (eds.)

2012 *Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento*. Lima: Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.

VINDING, Diana

2004 *El mundo indígena 2004*. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas.

[Sobre el autor]

CÉSAR GAMBOA BALBÍN

Peruano. Abogado y Candidato a Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Ha realizado diversas especializaciones en Perú, Ecuador, Costa Rica y España, en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de Buenos Aires, Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador, Universidad de Costa Rica, Universidad de Florida, Universidad Complutense de Madrid. Especialista en derecho constitucional y ciencia política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Ha sido investigador visitante del Instituto Internacional de Sociología Jurídica (Euskadi, 2006 y 2009). Ha sido docente en derecho ambiental en la UNMSM y en derecho constitucional en la Universidad Privada San Juan Bautista. Actualmente, ejerce la docencia de formación en el Instituto Nacional de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en el Diplomado de Interculturalidad y Pueblos Indígenas Amazónicos de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, entre otras universidades. Director de Políticas de Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR) y Director de la Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales.