

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
**DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Control Constitucional
y Arbitraje

4 | NUEVA ÉPOCA | 2011
Edición especial |

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 4, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2011

Control Constitucional y Arbitraje

PRESENTACIÓN	13
---------------------------	----

ESTUDIOS

Alfredo Bullard González <i>Procrastinación y palabra empeñada: La protección y el control constitucional del arbitraje regulatorio</i>	17
Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya <i>Arbitraje y amparo</i>	37
César Guzmán- Barrón Sobrevilla y Rigoberto Zúñiga Maravi <i>¿Armadura propia o armadura prestada?: La protección del arbitraje frente a la intervención de la justicia estatal</i>	55
Juan Luis Avendaño Valdez y Raffo Velásquez Meléndez <i>Sentido de la anulación de laudo y de su sistema probatorio</i>	77
Sergio Tafur Sánchez <i>¿Apuesta el Perú por el arbitraje?: A propósito del control constitucional de las decisiones arbitrales</i>	95
Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama <i>Tribunal Constitucional y jurisdicción arbitral</i>	111
Mario Pasco Cosmópolis <i>El arbitraje en material laboral y el amparo constitucional</i>	127
Gabriela Novoa Muñoz <i>Algunas consideraciones respecto del reconocimiento constitucional del arbitraje en Chile</i>	143

Diana Marcos Francisco

Algunos aspectos controvertidos en la jurisprudencia arbitral española: especial referencia a la independencia e imparcialidad y a la “indagación razonable” en la notificación de las actuaciones arbitrales 169

Lidia Moreno Blesa

Algunas consideraciones sobre el arbitraje de consumo on line en España 203

Cristina Hermida del Llano

El auge del arbitraje en Europa y otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en la era de la globalización 239

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

*PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DEL CONTROL
CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE*

STC 00142-2011-PA, de fecha 26 de setiembre de 2011. Caso Maria Julia 273

*10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS
PROCESO DE AMPARO
(2009-2011)*

- 1) *STC 02005-2009-PA, de 22 de Octubre de 2009. Sobre la Pildora del día siguiente. Por Óscar Díaz Muñoz* 297
- 2) *STC 00926-2007-PA, de 09 de Diciembre de 2009. Identidad Sexual, Integridad Personal, Libre Desarrollo de la Personalidad y Procesos Disciplinarios en Instituciones Policiales. Por Giancarlo Cresci Vassallo* 305
- 3) *STC 04941-2008-PA, de 03 de Febrero de 2010. Pago de Comisiones por venta de boletos aéreos y Constitución Económica. Por Susana Távora Espinoza* 309
- 4) *STC 04611-2007-PA, de 15 de Abril de 2010. Comunidades Campesinas y Derecho al Honor. Por Jose Rojas Bernal* 313
- 5) *STC 03592-2007-PA, de 29 de Abril de 2010. Transporte Público Interprovincial. Las Personas Jurídicas como Titulares de Derechos Fundamentales. Por Clementina Rodríguez Fuentes* 319
- 6) *STC 04657-2008-PA, de 09 de Junio de 2010. Ejecución de la Sentencia Constitucional. Por Jose Rojas Bernal* 323
- 7) *STC 05181-2009-PA, de 30 de Junio de 2010. Caso Elsa Canchaya. Por Jorge León Vásquez* 327

8) <i>STC 06316-2008-PA, de 30 de Junio de 2010. Derecho a la consulta y pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial.</i> Por Johan León Florián	331
9) <i>STC 05427-2009-PC, de 23 de Agosto de 2010. La inconstitucionalidad por omisión y el deber de reglamentar el derecho a la consulta.</i> Por Johan León Florián	339
10) <i>STC 04749-2009-PA, de 24 de Agosto de 2011. La protección constitucional de las personas con VIH/SIDA.</i> Por Jaime de la Puente Parodi	345

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Armin von Bogdandy <i>El paradigma del pluralismo normativo.</i> <i>Una nueva perspectiva de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales</i>	353
Mariela Morales Antoniazzi <i>La no reelección como garantía de la democracia</i> <i>¿Reconstrucción vs. Desconstitucionalización?</i>	375
Martha C. Paz <i>El derecho al olvido. La influencia del tiempo en la determinación de un asunto noticioso que ya no es públicamente relevante. La doctrina de la Corte Constitucional Colombiana.</i>	403

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Laura Rangel Hernández <i>Derecho de Amparo</i>	415
---	-----

REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i>	421
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i>	423
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>	425

COMENTARIO A LA STC 06316-2008-PA,
DE 30 DE JUNIO DE 2010

*DERECHO A LA CONSULTA Y
PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN
DE AISLAMIENTO O CONTACTO INICIAL*

POR JOHAN LEÓN FLORIÁN
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas
por el Tribunal Constitucional*

Derecho a la vida, salud, integridad cultural y derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial. Prueba de la existencia de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial. Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial. Vigencia y eficacia vinculante del derecho a la consulta.

2. Contexto histórico-político de la sentencia

En junio de 2010, cuando se publicó la sentencia materia de comentario, el TC no había emitido aún ningún pronunciamiento orgánico sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. El único precedente con el que se contaba era con el caso *Cordillera Escalera*, donde si bien se plantea este tema, se hace de modo tangencial y sin consecuencias para el caso concreto^[1]. La jurisprudencia sobre la consulta, en particular, y sobre la variada y compleja problemática de los pueblos indígenas, en general, estaba pues aún por construirse. Representa, por consiguiente, el presente caso y el que se publicara días antes (el 17 de junio), el *Gonzalo Tuanama Tuanama*^[2], los primeros donde el Tribunal ex-

[1] STC 3343-2007-PA/TC.

[2] STC 0022-2009-PI/TC.

pondría su doctrina jurisprudencial sobre esta materia. Si bien, en *Gonzalo Tuanama Tuanama* el Tribunal definiría los fundamentos, el contenido protegido y la forma de operativización del derecho a la consulta, en el proceso interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de Selva Peruana (AIDSESP), el Tribunal se enfrentaría a algunas cuestiones delicadas no resueltas en *Tuanama* y que requerían ser abordadas por este organismo, amén de la especial circunstancia de encontrarse en juego los derechos de supuestas poblaciones indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial, lo que generaba una expectativa adicional en la resolución de esta controversia.

En lo que concierne al derecho a la consulta, el asunto era de suyo delicado y su concreción jurisprudencial de suma importancia, y no desde un punto de vista teórico o dogmático, sino sobre todo desde el impacto político y social que dicha definición podía generar. En los meses previos a la publicación de las sentencias arriba mencionadas, la confrontación entre el gobierno y los pueblos indígenas de la Amazonía por la política de expansión económica en la selva que pretendía implementar el gobierno^[3], había escalado hasta llegar a la violencia. Los lamentables hechos ocurridos en la madrugada del 05 de junio de 2009 en la Curva del Diablo, en la localidad de Bagua y en la Estación de Bombeo N° 6, con el trágico saldo de 34 vidas humanas perdidas demostrarían el grado de desencuentro entre ambas posiciones^[4]. El reclamo central de los pueblos indígenas, si bien se circunscribía a la derogación de los decretos legislativos aprobados por el gobierno, considerados como lesivos o peligrosos para la conservación de sus territorios, también se había puesto en el tapete la ausencia del mecanismo de consulta en la emisión de dichos decretos legislativos, lo cual suponía un incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones contraídas en virtud del Convenio 169 de la OIT. La consulta, en este contexto, era vista por los pueblos indígenas como una forma de contención de las pretensiones políticas del gobierno. Es por ello, que cuando en sede del Tribunal se discutió este tema, así como en el Congreso de la República cuando se debatía el Proyecto de Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa^[5], uno de los temas más recurridos fue la posibilidad de que el derecho a la consulta supusiese una facultad de *veto* por parte de los pueblos indígenas a las decisiones adoptadas por el Estado.

[3] La explicitación más clara de esta política la había hecho el propio Presidente Alan García en sus artículos sobre “El perro del hortelano”.

[4] Informe Final de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua “*Ajumaish Junikchamu Ati*” (Para que nunca más vuelva a suceder), presentado con fecha 21 de diciembre de 2009.

[5] Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada el 19 de mayo de 2010, y observada por el Poder Ejecutivo.

Este tema, sin embargo, fue saldado tanto por el Congreso, aunque de un modo menos explícito, como por el Tribunal, que estableció en el caso *Tuana-ma*, que el contenido protegido del derecho a la consulta no incluía el derecho a veto^[6]. Más allá de esta determinación, que por lo demás era la que había efectuado la propia OIT^[7], el Tribunal también explicitó los elementos esenciales que caracterizaban al proceso de consulta, así como las etapas en las que consistía dicho procedimiento. Este desarrollo tenía como finalidad, como quedaría aclarado posteriormente, no sólo fijar pautas jurisprudenciales de interpretación, sino también hacer efectiva en la práctica el derecho de consulta, que hasta ese momento era sólo una aspiración de los pueblos indígenas. Además de ello, el TC habilitó la vía del proceso de amparo como mecanismo idóneo para tutelar el contenido constitucionalmente protegido de este derecho^[8].

El problema en el presente caso, sin embargo, además de alguna definición adicional sobre el derecho a la consulta, se centraba en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial. Este tema ya había merecido un exhaustivo informe por parte de la Defensoría del Pueblo, donde se recogía la difícil situación por la que atravesaban estos pueblos y se invocaba la actuación de los poderes públicos involucrados, sobre todo en cuanto a la regulación legal necesaria para la protección de sus derechos^[9]. En dicho contexto, el Congreso expidió, el 24 de abril de 2006, la Ley 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, la misma que fue reglamentada mediante D.S. 008-2007-MIMDES. En dicha ley se estableció, acorde con las recomendaciones de la Defensoría^[10], un sistema de *reservas territoriales* con el objeto de proteger a las poblaciones indígenas ubicadas en esta condición. De este modo, el territorio delimitado en la reserva, merced a su carácter *intangibile*, podía proveerles de los recursos básicos para su subsistencia física y cultural, así como preservarlos de contactos no deseados que puedan dañar su salud.

En el Informe de la Defensoría se mostraba, sobre todo, una gran preocupación por el alto grado de desatención estatal en la problemática de estas comunidades, que en los últimos años habían visto diezmada su población producto de

[6] STC 0022-2009-PI/TC, FF.JJ. 24-25.

[7] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una recopilación de casos*, OIT, Ginebra, 2009.

[8] STC 0022-2009-PI/TC, FF.JJ. 26-41.

[9] DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *Informe Defensorial N° 101. Pueblos Indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial*, Lima, 2006.

[10] *Informe Defensorial N° 101*, op. cit. pp. 52-60.

varios contactos no deseados establecidos con extractores ilegales de madera, turistas informales, entre otros^[11]. La poca supervisión y seguridad que brindaba el Estado en el ingreso a las reservas territoriales, así como la alarmante ausencia de atención médica en dichas zonas fue destacado por el Informe Defensorial^[12]. Uno de los puntos neurálgicos, tanto del Informe como de la Ley y Reglamento aprobados era la *superposición* de las reservas con lotes concesionados de gas o hidrocarburos, donde las empresas concesionarias desarrollaban su actividad y habían generado también algunos contactos, en perjuicio de las comunidades^[13]. La Ley y el Reglamento hablaban de la posibilidad de que, “por causa de necesidad pública”, el Estado concesione lotes para la explotación de recursos naturales ubicados en la reserva, incorporando de este modo una *excepción* a la intangibilidad de los territorios. La Defensoría, aunque en otros casos (como concesiones forestales) exhortaba a la *exclusión* de las concesiones del ámbito de la reserva territorial indígena, en el caso de concesiones de gas o hidrocarburos recomendaba el “menor grado de contacto posible”, la creación de zonas de amortiguamiento entre el territorio ocupado por los pueblos indígenas y la zona donde se desarrollaba el proyecto, y la prevención en los estudios de impacto ambiental de las consecuencias de los contactos sobre la salud de los indígenas, así como el seguimiento del uso adecuado de los protocolos de contacto desarrollados por las empresas^[14]. Sobre este delicado tema de superposición de concesiones y reservas territoriales, que involucraba la protección adecuada de las comunidades, por un lado, y el modelo de expansión y crecimiento económico en la selva, por otro, le correspondía pronunciarse, en esta ocasión, al Tribunal Constitucional.

3. *Análisis*

La demanda se plantearía justamente por AIDSESEP como una amenaza de violación a los derechos a la vida, salud, integridad cultural y derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento waorani (tagaeritaromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras, dada la superposición de los territorios donde estos pueblos supuestamente habitan con los lotes de hidrocarburos 39 y 67, concesionados por el Estado a favor de las empresas PERUPETRO S.A., BARRETT RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF. Las poblaciones indígenas afectadas no contaban, sin embargo, con una

[11] *Informe Defensorial N° 101*, op. cit. pp. 10-14.

[12] *Informe Defensorial N° 101*, op. cit. pp. 43-46.

[13] En el *Informe Defensorial N° 101*, se narra incluso el episodio de la muerte de la menor indígena Gianina Terry, en el Proyecto Camisea, producto de un accidente, vid. pp. 34-38.

[14] *Informe Defensorial N° 101*, op. cit. pp. 62-63.

reserva territorial formalmente declarada a su favor, ni habían sido reconocidas por la Comisión Multisectorial, de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley 28736. Ello, no obstante, no impedía que gocen de una protección especial, dado que el propio reglamento establecía en su artículo 24 un régimen temporal de resguardo mientras durase su reconocimiento, el mismo que había sido solicitado por la propia AIDSESEP. El tema se reconducía, entonces, a una protección sustantiva de sus derechos, más allá del reconocimiento formal del Estado, como es usual además en temas de pueblos indígenas. Sin embargo, debía demostrarse, en primer lugar, con el material probatorio suficiente, la existencia de estos pueblos indígenas.

Con relación a este aspecto, la sentencia afirma que los medios probatorios presentados por AIDSESEP no acreditan la existencia de las poblaciones aludidas y que además resultan contradictorios con los estudios presentados por las entidades demandadas, por lo que ante la controversia sobre el *hecho* de la existencia de estas poblaciones, el asunto debe derivarse a otra vía que cuente con estación probatoria. Repite pues aquí el Tribunal la conocida fórmula según la cual el amparo no es el medio procesal idóneo para discutir un asunto que requiere de una estación probatoria amplia. Al margen de la pregunta que queda flotando sobre cuál sería, en este caso, esa “otra vía idónea”, cabe hacer aquí una acotación crítica sobre el tema de la prueba en el amparo.

No es acertado afirmar, desde nuestro ordenamiento procesal constitucional, que cuando se presenta una “controversia” sobre hechos en el amparo, éste deba declararse improcedente por falta de etapa probatoria. Y ello porque el propio Código (artículo 9) le otorga al juez el poder-deber de actuar los medios probatorios necesarios para resolver una controversia cuando ello sea indispensable. La limitación no es pues absoluta, ni puede serlo cuando se trata de la protección de derechos fundamentales, sobre todo cuando no se aprecia claramente, como en el presente caso, cuál es la otra vía a la que podría reconducirse la pretensión planteada por la parte demandante. El asunto crucial –creemos– radica en saber en qué circunstancia el juez debe realizar esa labor probatoria adicional que, *prima facie*, no es parte del trámite normal del amparo. Es pues, en este extremo, donde se presenta la deficiencia teórica y dogmática en la jurisprudencia del Tribunal, pues aunque éste ha actuado *prueba de oficio* en múltiples ocasiones, no se conoce el criterio utilizado para realizar dicha actividad.

De nuestra parte estimamos, que pueden introducirse dos criterios para orientar el activismo judicial en materia probatoria: uno según el cual la *intensidad* del control constitucional (y en esto se incluye la potestad probatoria) debe ser mayor mientras más grave sea la afectación del derecho fundamental involucrado; y otro según el cual más *intenso* debe ser el control constitucional (con la correspondiente actividad probatoria) mientras más se encuentren en juego derechos de especial relevancia (como la vida o integridad física) o grupos que

gozan de especial protección constitucional (como los pueblos indígenas, por ejemplo). Con estos criterios, sin embargo, bien podría sostenerse que, en el presente caso, estando en juego derechos de un grupo que goza de una protección constitucional especial (y podría decirse que reforzada por tratarse de pueblos indígenas extremadamente vulnerables), el Tribunal debió efectuar (de oficio o instando a las partes) una actividad probatoria más intensa, que dé luces sobre la existencia de las poblaciones referidas. No obstante, también creemos que dicha actuación es exigible sólo cuando existan indicios o medios probatorios mínimos que induzcan a pensar en la verosimilitud de lo alegado^[15]. Ello, sin embargo, al parecer tampoco se presentó en el caso de autos. La omisión, en todo caso, del Colegiado Constitucional consistió en no haber explicitado las valoraciones probatorias que lo llevaban a dicha conclusión, tal y como por ejemplo se expuso, de un modo más detallado, en el Voto Singular del magistrado Landa Arroyo^[16].

El otro tema delicado que abordó la sentencia fue el relacionado con la vigencia y eficacia vinculante del derecho a la consulta. Si bien las supuestas poblaciones en situación de aislamiento o contacto inicial habían quedado fuera de la controversia, por no haber sido demostrada su existencia, otros pueblos indígenas sí se hallaban en la zona de los lotes petroleros explotados por las empresas demandadas, con lo cual aquí sí era clara, no tanto la afectación de sus derechos al territorio, identidad cultural u otros derechos sustantivos, sino, principalmente, de su derecho a la consulta previa e informada, pues dichos lotes se habían otorgado en concesión sin el procedimiento respectivo de consulta ordenado por el Convenio 169 de la OIT. Así, los lotes petroleros habían sido concesionados el 10 de diciembre de 1995 (lote 67) y el 07 de julio de 1999 (lote 39), mientras el Convenio había entrado en vigencia, en el Perú, el 02 de febrero de 1995.

En este punto, el Tribunal encuentra una *colisión de derechos*, pues si bien por un lado el derecho a la consulta exigía ser satisfecho, en los términos establecidos por el Convenio, por otro, una solución que supusiese la nulidad de las concesiones por no haber cumplido dicha exigencia, hubiera significado no sólo la pérdida de derechos patrimoniales de las empresas, sino, principalmente, una afectación de la seguridad jurídica y la estabilidad de las inversiones y confianza en el país. El Tribunal resuelve aquí que no es necesario sacrificar completamente ninguno de los bienes constitucionales en juego, sino que puede llegarse a una solución intermedia, acorde con el principio de *concordancia práctica*,

[15] Vid. más ampliamente esta postura en nuestro trabajo: “Sobre la prueba en el proceso de amparo”, en AA.VV.: *La prueba en el proceso constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 75-80.

[16] Considerando 8 de dicho Voto Singular.

a través del establecimiento de un “*plan de compromisos compartidos*”, que debía impulsar el Ministerio de Energía y Minas, con el objeto de acercar a las partes en conflicto, y atender la voz y las necesidades de los pueblos indígenas. Esta solución la encontramos acertada, aunque bajo la condición, ineluctable para el Estado peruano, de vigilar no sólo la adopción de dichos planes, sino también que los mismos se acuerden en los términos del *diálogo intercultural* y de los principios expuestos por el Tribunal sobre el derecho a la consulta, y sin sacrificar, en ningún caso, derechos indispensables para la supervivencia física y cultural de estos pueblos.

El problema, sin embargo, subsistía en el extremo de saber desde cuándo era imprescindible la realización del proceso de consulta. El Tribunal en la resolución aclaratoria de la sentencia *in comento*, establece que dicha fecha es la de expedición de la sentencia del caso *Gonzalo Tuanama Tuanama*, pues a partir de allí se tienen claramente establecidas las obligaciones que se derivan del derecho a la consulta previa e informada, además de señalarse la forma y los pasos esenciales de este procedimiento. Esta fórmula, no obstante resulta harto cuestionable, por basarse en una premisa sin mayor sustento y que termina restándole vigor a las obligaciones estatales asumidas en virtud de tratados internacionales (además de ser una pauta que seguramente no eximiría al Estado de su responsabilidad internacional), intenta superar el problema de la exigibilidad del derecho a la consulta, dado el recurrente argumento utilizado por el Poder Ejecutivo, en los procesos constitucionales vistos en sede del Tribunal, según el cual este procedimiento no puede llevarse a cabo por la ausencia de una ley de consulta. En dicha perspectiva, resulta un complemento ideal en la búsqueda de efectividad de este derecho, la sentencia emitida por el Tribunal en el segundo proceso interpuesto por AIDSESEP, donde se ordena al Ministerio de Energía y Minas la emisión del reglamento que desarrolle este derecho^[17].

Finalmente, la interrogante más decisiva de este caso, que lamentablemente no pudo ser absuelta por el Tribunal, dada la falta de probanza de la existencia de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial, era, como mencionábamos en los antecedentes histórico-políticos de la sentencia objeto de comentario, la de si puede mantenerse la *superposición* de una reserva territorial indígena y un lote de exploración o explotación minera o hidrocarbúrica. Como vimos, la Ley 28736 lo permite, y la Defensoría del Pueblo (en una postura algo contradictoria) ha opinado en el mismo sentido, aunque claro, bajo determinadas condiciones. Nosotros creemos que no puede darse para este asunto una respuesta concluyente. No pensamos, sin embargo, como ha seña-

[17] STC 5427-2009-PC/TC. Sobre la reciente publicación del Proyecto de Reglamento del Derecho a la Consulta, por parte del Ministerio de Energía y Minas vid. <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/blog1/>.

lado la ley y la Defensoría, que siempre pueda permitirse dicha superposición. Y es que, de encontrarse en peligro los derechos básicos de estos pueblos o su propia supervivencia, no hay beneficio económico que pueda legitimar la continuidad de la explotación o exploración. Los lotes tendrían pues que ser excluidos de la reserva. Esta es la interpretación que se deriva, diáfana, del mandato contenido en el artículo 1 de la Constitución. Si, en todo caso, dicho peligro no existe o no es patente, creemos que aún es necesario transitar primero el camino del diálogo y el acercamiento con estos pueblos. La consulta aquí, debe efectuarse con especial cuidado, y antes de la continuidad de cualquier explotación deben ser implementadas las medidas necesarias para la máxima disminución de cualquier riesgo. Debe pues tenerse en cuenta que, como ya ha ocurrido, un encuentro no preparado o adecuadamente acondicionado puede acarrear un grave riesgo para la subsistencia de estos pueblos^[18].

Además, es necesario recordar, como ha sostenido recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*^[19], que el problema de la disputa de un territorio entre una comunidad indígena y un particular, no puede apreciarse sólo desde la rentabilidad económica que supone la presencia de una empresa, sino también desde la indudable importancia física y cultural que dicho territorio tiene para la comunidad indígena. Hacer prevalecer, en abstracto, como parece hacerse ahora en nuestro país, un interés sobre otro, supone en la práctica una forma de discriminación, inaceptable desde la Constitución. No olvidemos, por último, que la tierra en la que habitan los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial es su último reducto, la última morada a la que pudieron escapar, cuando sufrieron en carne propia el salvajismo de la civilización occidental^[20].

[18] La alusión es a la vulnerabilidad del pueblo indígena Nanti de la Reserva Territorial Kugapakori Nahua, merced a su presencia en los lotes del Proyecto Camisea (Vid. el *Informe Defensorial 101*, op. cit., pp. 34-38).

[19] Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, de fecha 24 de agosto de 2010; la referencia en el considerando 148.

[20] El supuesto “aislamiento voluntario” de estas poblaciones no es más que la reacción a experiencias traumáticas pasadas, vividas sobre todo a raíz de la explotación del caucho en la selva, de la extracción ilegal de madera, e incluso, como se relata en el Informe de la Defensoría del Pueblo N° 101, en el caso del pueblo matsé, a causa de la represión y el bombardeo que sufrió este pueblo, por parte de la fuerza aérea peruana, en la década del 60, sólo con el objeto de sacarlos de sus territorios y poder construir una carretera al Brasil (Vid. *Informe Defensorial N° 101*, op. cit. p. 53).