

**Aclaraciones que oscurecen, a propósito de la “resolución aclaratoria” del TC sobre la vigencia del Convenio 169 de la OIT:**

**¿Desde cuándo existe el deber estatal  
de consultar a los pueblos indígenas en el Perú?,  
¿desde 2010, desde 1995 o desde aún antes?**

Por: Marco A. Huaco P.  
[www.marcohuaco.com/mh](http://www.marcohuaco.com/mh)

En agosto de 2010 el Tribunal Constitucional (TC) peruano sorprendió al emitir una escandalosa [resolución “aclaratoria”](#) de una sentencia suya que prácticamente subvierte el orden constitucional así como las obligaciones internacionales del Estado peruano. En febrero pasado, el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha emitido su [Informe 2011](#) en el que comunica observaciones al Estado peruano en asuntos de derechos indígenas. Entre tales observaciones se encuentra un cuestionamiento a la susodicha resolución hecha bajo forma de pregunta.

La cuestión es importante pues en juego se encuentra la discusión sobre la constitucionalidad y convencionalidad de las concesiones mineras, petroleras y de otra índole otorgadas desde el 02 de febrero de 1995 en violación del deber estatal de consultar a los pueblos indígenas: ¿desde qué fecha es exigible dicho deber?, ¿desde febrero de 1995 cuando entró en vigor para el Perú el Convenio 169 de la OIT?, ¿o desde el 09 de junio de 2010, fecha de la sentencia “aclarada” por el TC?. Yendo más allá, ¿es acaso 1995 la fecha más antigua desde la que el deber de consulta a los pueblos indígenas es una obligación del Estado peruano? (sostendré que no).

Ya el Consorcio de Justicia Viva ha hecho públicas las [objeciones de derecho interno](#) contra la “aclaración” del TC. Sin embargo las razones de derecho internacional no han sido suficientemente argumentadas a la hora de cuestionar tan escandalosa “resolución aclaratoria” aunque son tan importantes como las primeras. Aquí planteamos algunas.

Pero vayamos por partes y por el principio. ¿En resumen qué dicen la resolución del TC y el cuestionamiento de la OIT?.

**El TC: el Convenio 169 es vinculante (obligatorio) desde junio de 2010**

El TC ha señalado que debido a la falta de “vigencia social” del Convenio 169 (es decir, a su violación permanente), su propia sentencia debe ser “*la pauta*” para permitir la plena eficacia del derecho de consulta, por lo que “*en virtud de la función ordenadora y pacificadora del Tribunal Constitucional es que debe establecerse que la obligatoriedad del derecho de consulta debe considerarse como vinculante desde la publicación en la página web, tomando en consideración los principios desarrollados en la referida sentencia*”.

Así, de un sopetón, el TC asume el rol de ratificar el Convenio 169 (rol que es del Congreso el cual ya lo hizo en 1993) y señala que dicho Convenio es obligatorio desde 2010 y no desde 1995... Y señala como justificación que lo hace para aliviar una “*situación de inseguridad que afecta no solo a los pueblos indígenas sino a aquellas personas que han desarrollado acciones sin que el Estado haya exigido previamente a ello llevar a cabo el proceso de consulta*”. Es obvio que “aquellas personas” se refiere a primordialmente a las empresas extractivas. ¡Es decir que dichas empresas explotadoras de los recursos naturales de los territorios indígenas sin haberles consultado previamente, son las víctimas de la violación al derecho de consulta previa privilegiadas por la protección del TC!... El mundo al revés.

## El cuestionamiento de la OIT basado en el propio Convenio 169

En su reciente informe de 2011, la Comisión de Expertos de la OIT ha cuestionado esta resolución del TC de manera oblicua, dirigiéndole al Estado peruano una pregunta crítica: “*En virtud del mencionado artículo 38 del Convenio [169] y a la luz del artículo 12 del [mismo] Convenio relativo a la protección judicial de los derechos reconocidos en el Convenio, la Comisión solicita al Gobierno que indique cómo se garantiza que los pueblos indígenas puedan disponer de una tutela judicial efectiva del derecho a la consulta a partir de la entrada en vigor del Convenio.*» (subrayados míos). El artículo 38 del Convenio trata sobre su obligatoriedad para los Estados que lo ratifican. En pocas palabras la OIT insinúa que la aclaración del Tribunal Constitucional deja sin derecho a la defensa a los pueblos indígenas y lo hace citando al propio Convenio 169 el cual establece su fecha de vigencia y los derechos que contiene.

Primera razón de orden internacional contra la resolución del TC entonces: el propio Convenio 169 da la pauta para su fecha de entrada en vigor, que para el Perú corre desde febrero de 1995. El Convenio es un tratado vinculante desde esa fecha de acuerdo a sus propias normas, aceptadas plenamente por el Perú. Debería ser suficiente para un Tribunal Constitucional que se respete. Pero no es así, por tanto sigamos.

## El derecho internacional de los derechos humanos: desde 1995

Cuando el Estado ratifica un tratado internacional de derechos humanos se obliga básicamente a dos cosas: a respetar los derechos en dicho tratado enumerados y a adaptar sus normas internas a las normas internacionales de protección. Es decir, no sólo hay un deber de *respetar el tratado* sino además uno de *adaptarse a él*. Es lo que establecen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2(2) y la Convención Americana de Derechos del Hombre en su artículo 2. El Convenio 169 de la OIT es un tratado de derechos humanos que desarrolla para los pueblos indígenas muchos de los derechos individuales ya consagrados en instrumentos universales. La conclusión de esto es que el Estado tiene la obligación de adecuar su ordenamiento interno al Convenio 169 desde que le ratifica.

Por tanto el Estado peruano no solo es responsable de haber violado el derecho a la consulta de los pueblos indígenas desde por lo menos el año 1995, sino también de no haber adaptado su ordenamiento jurídico interno para cumplir de manera más efectiva con el Convenio 169 de la OIT. Se trata de una violación *adicional* a la del irrespeto al deber de consulta.

Por tanto, mal puede el TC sostener que la no adaptación del ordenamiento interno desde 1995 al Convenio 169 de la OIT sea una razón que justifique su violación. Todo lo contrario, la agrava.

Segunda razón entonces: el derecho internacional de los derechos humanos señala que el derecho interno debe adaptarse a ellos para darles cumplimiento. Si desde 1995 no se acató el Convenio 169 de la OIT, tanto peor aún: no es el Convenio el que deja de ser vinculante (obligatorio) por su incumplimiento reiterado sino que se trata de un doble incumplimiento por parte del Estado (por no respetar la consulta ni por adaptar sus normas al Convenio).

## El derecho internacional de los tratados: desde 1995

La Convención de Viena de 1969, la cual contiene las reglas y principios que rigen la creación y existencia de todo tratado internacional (como el Convenio 169), señala claramente en su artículo 27 que ningún Estado miembro puede oponer su derecho interno para justificar incumplimientos a los Tratados. Esta regla se aplica a todo tratado ratificado por el Estado y no sólo a los tratados de derechos humanos y es uno de los pilares de la estabilidad de las relaciones internacionales.

La jurisprudencia de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) así como de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) han confirmado este criterio en numerosas ocasiones al

subrayar que los tratados deben cumplirse de buena fe (conforme al artículo 26 de la Convención de Viena), siendo inaceptable que un Estado invoque razones de derecho interno para exonerarse de cumplir un tratado internacional (lo cual sería un argumento de “**mala fe**”). Veamos:

*“Es un principio generalmente aceptado en derecho internacional que en las relaciones entre las potencias que son partes en un tratado, las normas del derecho interno no pueden prevalecer sobre las establecidas en el tratado.”* (Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Asunto de las comunidades Greco-Búlgaras, 1930).

*“...Francia no puede prevalecerse de su legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales.”* (CPJI Asunto de las zonas francas de Alta Saboya y del país de Gex. 1932).

*“...Un Estado no podrá invocar, frente a otro Estado, su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor.”* (CPJI Opinión consultiva en el Asunto del trato de los nacionales polacos y de otras personas de origen o de lengua polacos en el territorio de Danzig, 1931).

*“Puesto que la reclamación se basa en el incumplimiento de una obligación internacional, incumplimiento por el que la Organización imputa la responsabilidad a uno de sus miembros, tal miembro no puede argüir que esa obligación se halla regida por su derecho interno”.* (CIJ, Asunto de la reparación de los perjuicios sufridos al servicio de las Naciones Unidas en 1949).

*“Es principio bien establecido el de que un estado no puede invocar nunca una disposición ni la falta de disposiciones de su derecho interno, ni tampoco un acto u omisión de su poder ejecutivo, como medio para defenderse de la acusación de haber infringido el derecho internacional.”* (Opinión del Juez Mc. Nair de la CIJ, Asunto de las pesquerías en 1951).

*“Sería suficiente hacer referencia al principio fundamental del derecho internacional según el cual el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno. Esta preeminencia ha sido consagrada por la jurisprudencia desde la sentencia arbitral dictada el 14 de septiembre de 1872 en el asunto del Alabama entre estados Unidos y la Gran Bretaña, y desde entonces ha sido con frecuencia vuelto a utilizar...”* (CJI, sobre la aplicabilidad de la obligación de arbitraje relativo a la sede de la Organización de las naciones unidas. 1988).

Y sigue la jurisprudencia internacional en materia de tratados:

*“...El mero hecho de la existencia de un tratado previo o de normas de Derecho internacional constituye un absoluto impedimento para que el Estado promulgara disposiciones constitucionales en conflicto con las normas del Derecho Internacional. La simple existencia de las últimas implica una restricción correspondiente en la soberanía del Estado.”* (Asunto decidido por la Comisión Especial de Reclamaciones Mexicano-Francesas, el año de 1928).

*“Es un principio establecido de Derecho Internacional que un soberano no puede esgrimir su propio derecho interno como un obstáculo para impedir una reclamación internacional.”* (Controversia entre Guatemala y los Estados Unidos, decisión del árbitro Sir Herbert Sisnett. 1930).

Tercera razón entonces: el derecho internacional de los tratados establece firmemente que el Convenio 169, en tanto tratado de derecho internacional, está vigente desde su ratificación por el Estado y no desde la fecha en que a éste le plazca el cumplirlo (o en palabras del TC, -no- desde su “vigencia social”...).

**El derecho regional de los derechos humanos: ¿un deber vigente -en Perú- desde antes de 1995?.**

Hasta aquí el razonamiento es absolutamente incontestable. El deber estatal de consulta está vigente en el Perú desde *al menos* 1995, no desde 2010. Pero sostengo como hipótesis además, que el deber de consulta a los pueblos indígenas sobre medidas que afecten a sus territorios estaría vigente desde aún antes de la entrada en vigor peruana del Convenio 169 de la OIT (1995) y esto por la fecha de aceptación peruana de la competencia contenciosa de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, (el 21 de enero de 1981) corte que controla el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos y cuyas sentencias son vinculantes (obligatorias). Sólo avanzaré de manera breve estas ideas pues no es el lugar para desarrollarlas en profundidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado mediante diversas sentencias que el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana comprende el derecho indígena de ser consultados sobre medidas que afecten sus tierras y territorios. En el derecho interamericano pues, el derecho a la consulta es una consecuencia teórica del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas (además de consecuencia del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas como indica en el caso *Saramaka*). La interpretación de la Corte Interamericana *no ha creado* un derecho a la consulta, sino que *lo ha deducido* a partir de un derecho ya existente en la Convención Americana, el derecho de propiedad (usando un método interpretación evolutivo).

Si la Convención Americana está vigente en el Perú desde 1978, y comprende al derecho de propiedad, si este derecho comprende a su vez al derecho de consulta, si la Corte Interamericana no “crea” derechos sino que los interpreta a partir de la Convención, si el Perú aceptó la jurisdicción de la Corte desde 1981, entonces es sencillo concluir que el derecho de consulta siempre ha estado allí a lo menos desde 1981, solo que “no lo veíamos”.

¿Consecuencias de este razonamiento?. El derecho de consulta existe en teoría en el Perú desde su aceptación de la Convención Americana- pero eso no quiere decir necesariamente que todas las concesiones desde tal fecha deban ser declaradas nulas por violar dicha Convención (como sí debería suceder con todas las concesiones violatorias del Convenio 169 desde 1995, posibilidad que causó espanto al TC y quién sabe si una reprimenda desde Palacio de Gobierno). Pero...maticemos.

La nueva jurisprudencia interamericana sobre consulta previa no podría aplicarse a todos los hechos anteriores a su fecha de expedición (a partir de la nueva interpretación del derecho a la propiedad hecho por la Corte Interamericana en el *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001) pues ello colisionaría contra el principio de seguridad jurídica (que también invoca el TC en su criticable resolución, pero de manera errónea pues el Convenio 169 de la OIT no es una sentencia que interprete algo sino un Tratado que siempre tuvo explícito al deber estatal de consultar).

Sin embargo el principio de seguridad jurídica tampoco es absoluto, y menos cuando coexiste con derechos humanos violados. Si bien es cierto un tratado de derechos humanos sólo es vinculante a partir de su entrada en vigor para el Estado en particular (según el principio del consentimiento), esto no significa siempre que todo lo anterior a su fecha de vigencia simplemente pase al olvido... Existe el deber de adaptar las situaciones *actuales* con raíces en el *pasado*, a los actuales estándares de derechos humanos. El criterio de la Corte (la consulta es parte del derecho indígena de propiedad) podría aplicarse retroactivamente para juzgar las consecuencias *actuales y continuadas* de *hechos pasados* de violaciones al deber de consulta.

Y esto es más cierto aún en el caso de los pueblos indígenas cuyos derechos **son de carácter reparativo** (por la necesidad de reparar todos los daños sufridos a través de los siglos de colonización). El entero ordenamiento jurídico del Estado debe modificarse para adaptarse a los “nuevos” derechos reconocidos a los pueblos indígenas, que sin embargo siempre fueron suyos, derechos y pueblos que existieron aún antes del mismo Estado colonial... Por lo tanto, el derecho a consultarles debe ser desarrollado hasta restaurar lo máximo posible los derechos de los pueblos indígenas, cuya proyección no solo es hacia el futuro sino –en todo lo posible- hacia el pasado.

Esto quiere decir que aún las concesiones otorgadas antes de 1995 y cuyas consecuencias continúen afectando de manera continuada a los pueblos indígenas deberían ser objeto de consulta.

Podríamos continuar discutiendo si el deber de consultar existe teóricamente para el Perú aún desde antes de la Convención Americana, ya con el artículo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo que menciona el derecho a la libre autodeterminación de *todos los pueblos...* (ya que el deber de consultar deriva de tal autodeterminación) pero esto será materia de otro artículo futuro.

### El poder mágico del TC de la “era Mesía”

Sin embargo, el TC de la “era Mesía” (por el apellido de su presidente) ha entendido las cosas completamente al revés: para ellos los derechos indígenas comienzan a ser vigentes con su sentencia de junio de 2010, ni siquiera con el Convenio 169 de la OIT entrado en vigor en 1995 para el Perú.

Su no eficacia, su no “vigencia social” desde 1995 (según el término empleado), significa para el TC su no obligatoriedad... Por ello -dice este TC con complejo de Adán-, dicho tratado recién se vuelve exigible a partir de su resolución aclaratoria de 2010... En consecuencia, por arte de magia, por el poder de la palabra divina del Sr. Mesía y sus colegas, todas las concesiones mineras, petroleras, etc. que desde 1995 se entregaron “de buena fe” a sus explotadores y sin consultar a los pueblos indígenas, *siguen siendo* constitucionales..., jamás violaron el Convenio 169 de la OIT...

Es de notar que para lograr este acto mágico, divino, olímpico, el TC ni siquiera ha justificado el incumplimiento del Convenio 169 en “razones” exclusivamente de derecho interno (la existencia de una “laguna jurídica” que impide aplicar el Convenio), sino que también aludió a “razones” de hecho, de mero incumplimiento, de hechos consumados. Es así cuando dice que “[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 a aquellas personas que han desarrollado acciones sin que el Estado haya exigido previamente a ello llevar a cabo el proceso de consulta”. Esta “situación de inseguridad” sería la segunda “razón”, de *facto*, que pretendería justificar la no obligatoriedad del Convenio desde 1995.

Es decir, el TC ni siquiera opone solamente una razón de derecho interno del Perú para justificar su incumplimiento de un tratado sino que opone también...las meras situaciones de hecho... ¡La subversión completa del fundamento del derecho internacional de los tratados!.

¡Qué tribunal tan extraño!, ¡qué ignorancia del derecho internacional tan inusual en magistrados tan ilustrados como los del TC!. ¡Y qué coincidencia tan completa con los intereses de las empresas extractivas tan favorecidas por el actual Gobierno autor de la doctrina del “perro del hortelano”!. ¡Y qué fatal coincidencia -más evidente aún- el que los únicos perjudicados con esta “resolución aclaratoria” sean los pueblos indígenas!.

Y es que como ya lo expresé en algún foro, la “aclaración” del TC busca negar la posibilidad de revisar la constitucionalidad de las concesiones mineras y petroleras aprobadas desde 1995 en violación del Convenio 169 y es por tanto una denegación del derecho de acceso a la justicia para los pueblos indígenas y una demostración flagrante de que en el ordenamiento jurídico peruano no existiría un recurso judicial efectivo para garantizar los derechos fundamentales indígenas, lo que a su vez abriría paso a que se pudiera demandar al Estado peruano directamente ante las instancias internacionales sin necesidad de agotar previamente los recursos internos. Litigantes de derechos humanos, a examinar dicha posibilidad ante el sistema universal y regional.

Más allá de los deseos del TC, para el mundo de los hechos puros y duros las concesiones aprobadas en incumplimiento del Convenio 169 de la OIT siguen siendo nulas de pleno derecho, por no resistir un control de constitucionalidad (por violatorias de la Constitución) ni uno de convencionalidad (por violatorias de convenciones internacionales). También ya lo habíamos dicho antes y el TC lo había dejado entender (de allí su reacción desdiciéndose de su propio fallo), al citar al Relator sobre derechos de pueblos indígenas James Anaya en una comunicación que el pueblo Awajún

envió a Naciones Unidas protestando contra las concesiones de la empresa Afrodita en la Cordillera del Cóndor, aprobadas justamente desde marzo de 1995:

*“6. (...) El incumplimiento de la norma de consulta, o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados. Asimismo, en países como Colombia o Costa Rica, el incumplimiento de la consulta y sus requisitos esenciales **implica la nulidad de derecho público de los procedimientos, actos y medidas adoptadas.**”* (“Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”. Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, 24 de abril de 2009. Enfatizado mío).

Como conclusión final y general puede decirse con absoluta confianza que, para el mundo del derecho, la resolución aclaratoria del TC no tiene ni aún el valor del papel en que se encuentra impresa. Puede decirse también que el actual TC posiciona al Perú en una situación de “mala fe” frente a sus obligaciones internacionales y al derecho internacional de los tratados. ¿Un tribunal de mala fe por su posición frente a los tratados internacionales?.

Lo que no es para contentarse, pues con actos como éstos se desacredita de manera gravísima y pública una institución sumamente importante para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia como el TC.

**Para suscribirse (gratuitamente) envíe un mensaje en blanco a:**

[marcohuaco\\_com-subscribe@yahoogroups.com](mailto:marcohuaco_com-subscribe@yahoogroups.com)

**Para retirarse envíe un mensaje en blanco a:**

[marcohuaco\\_com-unsubscribe@yahoogroups.com](mailto:marcohuaco_com-unsubscribe@yahoogroups.com)