

## **Lamentable retroceso del TC en materia del derecho a la consulta previa de pueblos indígenas: razones para oponernos**

*Equipo profesional de Justicia Viva*

En momentos en que el gobierno se resiste a aprobar la ley de consulta y que AIDSESEP se ha pronunciado públicamente señalando que no participará en el “proceso de consulta” del Proyecto de Ley Forestal impulsado por la Comisión Agraria del Congreso de la República (controlada por el partido de gobierno) por no existir las mínimas garantías, el Tribunal Constitucional (TC) acaba de expedir una resolución que constituye un retroceso en materia de protección y defensa de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú.

Se trata de la resolución recaída en el [expediente N° 06316-2008-AA Aclaración](#), expedida a raíz de un recurso de aclaración presentado por AIDSESEP. Lo escandaloso es lo que se señala en el punto 2 de la parte resolutive: “*Establecer la obligatoriedad de la consulta desde la publicación de la STC 0022-2009-PI/TC, sujetándose a las consideraciones vertidas en tal pronunciamiento*”. En otras palabras, que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas sólo es exigible desde el 9 de junio del año 2010 (fecha en que se expide la sentencia 00022-2009-PI/TC), y ya no desde el año 1995 como lo dijo inicialmente en otras sentencias. Estamos ante una resolución incompatible con principios constitucionales, con la propia jurisprudencia del TC, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el propio Código Procesal Constitucional, etc.

De esta manera, se blindar y se pone un “candado” para que los actos administrativos y normativos expedidos luego de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, y que no fueron consultados, no puedan ser revisados ni ser objeto del control constitucional. El fundamento de este pronunciamiento está, según el propio TC, en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de las empresas que realizan industrias extractivas.

A continuación, algunas razones que sostienen la inconstitucionalidad de este recurso y la vulneración de lo establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

### **1. En general, el recurso de aclaración está establecido para aclarar puntos “oscuros” en la sentencia. En tal virtud, no puede ser utilizado para cambiar el pronunciamiento del TC.**

En efecto, de conformidad con el artículo 121 del Código Procesal Constitucional (CPC), el TC precisa el contenido su sentencia pero, esto no lo autoriza a cambiar el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Eso lo ha dicho el propio Tribunal en reiteradas resoluciones: “*Que en efecto este Tribunal solo puede aclarar sus sentencias cuando advierta que de su contenido se desprenden dudas o confusiones (objetivas y razonables) que inciden sobre su ejecución o cumplimiento cabal. Siendo esta la finalidad de la aclaración, en ningún caso es admisible su utilización con el objeto de modificar o cambiar el sentido de la decisión emitida, pues ello contravendría no solo el citado primer párrafo del artículo 121º, sino también el inciso 2) del artículo 139º de la Constitución, que reconoce el principio y el derecho constitucional a la cosa juzgada*”. (STC exp. N° 01064-2005-AA Aclaración, f.j. 2.) (El subrayado nuestro).

**2. Este recurso de aclaración viola la garantía de la cosa juzgada, al valerse del mismo, en forma irregular, para establecer una nueva regla que no había sido fijada antes.**

Efectivamente, si bien en la sentencia del exp. N° 06316-2008-AA reconoció que el derecho a la consulta era sólo aplicable a las actividades petroleras, en esta resolución está extendiendo esta regla de manera general a todas las decisiones administrativas o normativas, lo cual constituye en los hechos un nuevo pronunciamiento, distinto al contenido en la mencionada sentencia, desnaturalizando el recurso de aclaración y violando la garantía constitucional de la cosa juzgada (art. 139.2 de la Constitución). La creación irregular e inconstitucional de una nueva regla la reconoce el propio TC cuando precisa que: “*Que no obstante lo explicitado en las consideraciones precedentes, este Tribunal estima pertinente desarrollar algunos puntos relativos a la materia del derecho a la consulta que suscita confusión en la opinión pública y en los operadores del derecho*”. (f. j. 6). Si bien el artículo 121 establece que el recurso de aclaración sirve para esclarecer temas que generen confusión, se entiende en relación con la propia resolución bajo análisis, no respecto de resoluciones que vayan más allá de aquélla materia de aclaramiento.

**3. El TC no puede, en principio, declarar y establecer una regla general en un proceso constitucional de amparo, que es un proceso de protección de derechos humanos en casos concretos.**

Ello sólo lo puede hacer en un proceso de inconstitucionalidad o un proceso de acción popular, idóneos para realizar precisamente el control constitucional de normas generales y pronunciamientos generales, de conformidad con el artículo 82 del Código Procesal Constitucional. Lo más que puede hacer el Tribunal Constitucional en un proceso de control concreto como el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data, es inaplicar (control difuso) una norma al caso concreto, de conformidad con el principio de separación de poderes (art. 43 de la Constitución) y del principio de corrección funcional. Esta irregularidad se hace más grave y patente cuando vemos que se trata no de una sentencia de fondo, sino ante un simple recurso de aclaración.

**4. Un recurso de aclaración no puede cambiar la jurisprudencia reiterada del TC.**

El Tribunal Constitucional ha manifestado en reiteras veces que el Convenio 169 de la OIT es vigente desde el año 1995: f.j. 11 y 41 de la sentencia N° 00022-2009-PI/TC y f.j. 43 de la sentencia N° 05427-2009-AC/TC. Es más, lo señala en la propia resolución de aclaración: “... *este Tribunal explicó que el Convenio 169 fue incorporado al ordenamiento peruano desde 1993, siendo ratificado por el Ejecutivo en 1994 y aplicable desde 1995*” (f.j. 7 de la 06316-2008-AA Aclaración).

**5. El TC convalida y blinda actos administrativos no consultados que antes declaró nulos.**

En efecto, el TC en el fundamento 27 de la sentencia N° 06316-2008-AA, señala que “*los actos de adjudicación de dichos lotes, [...] así como la serie de actos de ejecución*

*hasta el estado en que se encuentran actualmente, [...] resultarían incompatibles con la Constitución”.*

**6. El TC contradice abiertamente su propia jurisprudencia sobre vigencia de las normas constitucionales, incluso cuando no ha sido desarrollada legislativamente.**

En efecto, este Tribunal se contradice escandalosamente al fundamentar la vigencia del derecho a la consulta a partir de la sentencia 00022-2009-PI/TC, cuando indica que han habido dificultades para desarrollar legislativamente la ley de consulta y en la seguridad jurídica, cuando antes señaló que la falta de norma de desarrollo legislativo no suspende ni limita la fuerza normativa de la Constitución.

En el recurso de aclaración que aquí cuestionamos, se dice que *“en términos de eficacia, la normativa del tratado ha sido dificultosa precisamente debido a la omisión de desarrollo normativo apropiado, lo que como se ha anotado generó inseguridad jurídica dentro en el ordenamiento nacional. [...] 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”* (f.j. 7 de la resolución recaída en el exp. N° 06316-2008-AA Aclaración).

Esto no guarda la menor relación con lo señala anteriormente por el propio TC: *“no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado. Desde esta perspectiva, la naturaleza programática o aplicativa no tienen mayor incidencia puesto que lo concreto es que debido a una omisión normativa se deniega el ejercicio de una serie de derechos fundamentales a un sector de la sociedad”*. (f.j. 12 de la sentencia 00022-2009-PI/TC).

**7. El recurso de aclaración no puede ser utilizado para pronunciarse sobre un extremo de otro proceso constitucional.**

En el pedido de aclaración de la sentencia recaída en el exp. N° 06316-2008-AA, sin embargo, de manera irregular e injustificada el TC se pronuncia sobre la fuerza normativa de la sentencia 00022-2009-PI/TC, sentencia expedida en otro proceso constitucional. Con ello no solo se viola la cosa juzgada, sino que se avoca a un proceso constitucional, vulnerando la prohibición del artículo 139.2 de la Constitución.

**8. El TC, a través del recurso de aclaración, no puede cambiar la fecha de la entrada en vigencia de los tratados internacionales de derechos humanos establecida en la Constitución.**

El Tribunal Constitucional está violando abiertamente los artículos 56 y 57 de la Constitución, que indican de forma clara e inequívoca que los tratados internacionales de derechos humanos entran en vigencia desde su ratificación.

De igual forma, viola el artículo 38 del Convenio 169 de la OIT, que establece la vigencia de este instrumento normativo desde la ratificación.

Incluso, se vulneran los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El primero de ellos establece que: “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*” El segundo, que “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*” Como muy bien ha sustentado el propio TC, “*Si bien en este caso no se está justificando el incumplimiento del Convenio N.º 169 en base a una disposición de derecho interno, se pretende justificarlo en base a una omisión, situación que bien puede interpretarse subsumida en el mandato del artículo 27 de la convención mencionada*”. (f.j. 12 de la sentencia 00022-2009-PI/TC).

**9. El recurso de aclaración es incompatible con la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH, que admite la posibilidad de revisar actos administrativos no consultados con los pueblos indígenas.**

En efecto, la sentencia de la Corte IDH (vinculante en nuestro ordenamiento) sobre el *Caso Saramaka*, en el párrafo 196 letra a, permite la revisión de concesiones otorgadas por el Estado en tiempos anteriores: “*Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka*”. (Subrayado nuestro).

**10. El recurso de aclaración es incompatible con lo recomendado con la CEACR y contrario a lo establecido por la jurisprudencia constitucional comparada.**

En efecto, el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, en su informe del año 2010, recomendó al Estado Peruano “*suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio*”.

De la misma opinión ha sido la Corte Constitucional de Colombia, que en su última sentencia sobre el derecho a la consulta (T-769-09) en casos similares, ordena “*a todas las autoridades accionadas, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, hagan SUSPENDER las actividades de exploración y explotación que se estén adelantando o se vayan a adelantar, en desarrollo del contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación*”.

**11. Otras violaciones e incongruencias de la resolución de aclaración.**

El recurso de aclaración, al prohibir el control de actos administrativos posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT no consultados, viola la doctrina del propio Tribunal Constitucional que señala que no puede haber zonas exentas del control constitucional (Exp. N° 5854-2005-AA f.j. 3; Exp. N° 2366-2003-AA/TC, f.j. 4 y 5).

Además, la resolución es incompatible con la esencia de este Tribunal de protección de los derechos fundamentales, al generar y convalidar la indefensión de los derechos de los pueblos indígenas no obstante lo establecido en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y de manera más concreta, a pesar que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido “*principio de especial protección constitucional de los derechos de los pueblos indígenas*” (Exp. N° 05427-2009-AC/TC, f.j. 23, 3er párrafo).

**12. El TC incurre en “fraude a la Constitución” y viola el “principio general de efectividad de las disposiciones constitucionales”, al intentar sostener que el Convenio 169 de la OIT, y el derecho a la consulta es específico, no han sido vigentes desde 1995 hasta junio del año 2010.**

No se trata de principios extraídos de la doctrina comparada. Estamos ante principios desarrollados por el propio TC (f.j. 15 y 16 de la sentencia recaída en 05427-2009-AC). El Tribunal Constitucional no puede suspender la vigencia del ordenamiento constitucional. Ello implica un grave quebrantamiento a este orden.

**13. En definitiva, el TC ha asumido funciones que no le corresponde.**

El Tribunal Constitucional olvida lo señalado en el artículo 46 de la Constitución: “*Nadie debe obediencia [...] a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. [...] Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas*”. En todo caso, los jueces deberán meditar mucho sobre esta resolución pudiendo, en base a las consideraciones antes señaladas, “inaplicarla” motivadamente.