

## **INFORME JURÍDICO**

### **Razones para declarar inconstitucional el convenio entre el Ejército peruano y la empresa minera Afrodita<sup>1</sup>**

Juan Carlos Ruiz Molleda  
Instituto de Defensa Legal

El 3 de mayo de 2010 pasado la Sexta Brigada de Selva del Ejército suscribió un contrato privado con los titulares de varias concesiones mineras (Carlos Armando Ballón Barraza y Compañía Minera Afrodita S.A.C.) (en adelante el Convenio) ubicadas en la provincia de Condorcanqui, región de Amazonas. Se trata del denominado “Convenio de colaboración recíproca”, el cual pasaría desapercibido a no ser por un pequeño detalle, que una de las partes es una institución pública, que fue diseñada y creada para una función distinta a la que este contrato pretende. Sabemos que no se trata de un caso aislado, sino de una práctica que comienza a extenderse en nuestro país. En atención de ello analizaremos primero el contenido de la libertad contractual y luego la constitucionalidad de este Convenio.

Según la tercera cláusula del Convenio, la sexta brigada se compromete a “*proveer el transporte de personal hasta la misma zona de las concesiones, seguridad y comunicación*”. De otro lado, la empresa se compromete a “*Otorgar atención médica y medicina para su personal*”, “*Energía eléctrica en el área de operación de la empresa*”, “*Transporte de personal al campamento militar en la medida de su capacidad disponible de espacio*”. En la cláusula cuatro, se establece el pago anual ascendente a la suma de 80,000 nuevos soles, el cual será desembolsado por adelantado en cuatro armadas trimestrales de 20,000 nuevos soles.

#### **1.- ¿Tiene límites la libertad contractual y la autonomía privada?**

El ejercicio de la libertad contractual en ejercicio de la autonomía privada es el fundamento jurídico que sustenta el convenio celebrado. Urge analizar si efectivamente este derecho ha sido ejercido de acuerdo con el ordenamiento jurídico constitucional. Debemos en primer lugar precisar y diferenciar dos conceptos: libertad contractual y la libertad de contratar. La libertad contractual está referida a la libertad de configurar el contenido del contrato, es decir a la libertad de las partes a decidir el contenido del contrato, muy por el contrario, la libertad de contratar o de concluir el contrato está referida a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quien hacerlo<sup>2</sup>.

Aparentemente el blindaje de la libertad contractual tiene cierta cobertura constitucional en el artículo 62 de la Constitución<sup>3</sup>, el cual precisa que “*La libertad de contratar garantiza*

---

1 Tomamos como referencia de este informe jurídico, el excelente artículo elaborado por Aldo Blume Rocha, titulado “Cuando la seguridad nacional se subordina a los intereses privados: el Convenio de Cooperación entre la minera Afrodita y el Ejército”, el cual puede ser consultado en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=544>.

2 Carlos Cárdenas Quiróz, La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios, Lima, Palestra Editores, 2000, (pp. 258. Un criterio similar es compartido por el TC en la sentencia 2185-2002-AA, f.j. 1 y 2.

3 Como señala Carlos Cárdenas, el mencionado artículo 62 “incurrir en una inexactitud de orden técnico, porque el hecho de que las partes sean libres de decidir sobre el contenido del contrato que celebren concierne más a la libertad contractual

*que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato*". El problema es cuando esta disposición constitucional señala a continuación que *"Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase"*. Pareciera que el contenido del contrato es intangible, por el solo hecho que ha sido firmado por las partes, presumiblemente en forma libre. Asimismo, no podrían ser modificados bajo ninguna circunstancias, con leyes posteriores a la firma de un contrato, es decir, estos contratos serían inmodificables e irrevisables.

Sin embargo, el artículo 62 de la Constitución, no puede ser interpretado de forma literal y aislada. Esta disposición debe ser interpretada en consonancia con otras disposiciones constitucionales. Tenemos el artículo 2 inciso 14 de la Constitución, que reconoce que toda persona tiene derecho a *"A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público"*. Asimismo, tenemos el artículo 1354 del Código Civil que prescribe que *"Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo"*. Finalmente, tenemos el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que establece que *"Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres"*. Si bien en estas normas se hace referencia a "leyes de orden público" o "normas legales de carácter imperativo", es decir, de rango infraconstitucional o legal, una interpretación constitucional "sistemática" de estas disposiciones, exige tomar en cuenta lo establecido en el artículo 51 y 138 de la Constitución, que establecen que las normas legales están subordinadas a las normas constitucionales indefectiblemente, toda vez que el orden legal debe estar sometido al orden constitucional, encontrando en este su límite.

En relación con el contenido constitucional el derecho a la libre contratación *"se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público"*<sup>4</sup>. No obstante el TC ha reconocido límites a este derecho, ha precisado que *"La libertad de contrato constituye un derecho fundamental, sin embargo, como todo derecho tal libertad encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Desde tal perspectiva, resulta un argumento insustentable que lo estipulado en un contrato sea absoluto, bajo la sola condición de que haya sido convenido por las partes. Por el contrario resulta imperativo que sus estipulaciones sean compatibles con el orden público, el cual, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales"*<sup>5</sup>.

---

o de configuración interna y no a la libertad de contratar o de conclusión, referida a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quien hacerlo, de determinar cómo y cuándo se contrata". Cárdenas, op. cit. pág. 258.

4 STC N° 02736-2004-AA, f.j. 9. Este derecho en consecuencia garantiza *"Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. Así pues, en perspectiva abstracta, esta es la determinación del ámbito protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación, lo que no quiere decir que sea un contenido oponible en todo tiempo y circunstancia al resto de derechos fundamentales reconocidos por la Carta Fundamental, pues ello implicaría una lectura aislada del texto constitucional que, en tanto unidad, impone una interpretación de sus disposiciones en concordancia práctica"*.

5 STC N° 06534-2006-AA, f.j. 6.

Asimismo, en relación con los límites, el TC precisa que *“La libertad de contrato garantiza la libre determinación del objeto y las condiciones de la prestación de un servicio, sin embargo, no la de cláusulas irrazonables que terminen anulando un sentido mínimo de justicia y el sentido común. Lo contrario significaría desnaturalizar la finalidad misma del contrato, en cuanto instituto, y dar la apariencia de acuerdo autónomo de las partes a condiciones manifiestamente contrarias u onerosas a los intereses de alguna de ellas. Tal no es el sentido de la libertad de contrato, constitucionalmente entendida. La libertad de contrato constituye un derecho fundamental y su ejercicio legítimo, en el marco de los principios y derechos fundamentales, requiere su compatibilidad con estos, lo cual no supone una restricción del legítimo ámbito de este derecho, sino su exacto encuadramiento en ese marco”*<sup>6</sup>. (subrayado nuestro)

La consecuencia de ello es evidente, este derecho tienen límites explícitos e implícitos. En razón de ello es *“necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; e) límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público”*<sup>7</sup>.

Cómo interpretar entonces el artículo 62 de la Constitución cuando señala literalmente que *“Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”*. Este texto ha merecido fundamentalmente dos interpretaciones doctrinarias, una primera absolutamente incompatible con la fuerza normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales, que sostiene que en ella se ha consagrado *“irrestringidamente la santidad o intangibilidad de los contratos, de tal modo que las relaciones jurídicas patrimoniales en curso de ejecución no pueden ser modificadas por ninguna clase de ley o disposición”*<sup>8</sup>. La otra posible interpretación, ajustada y compatible con la Constitución, es la que sostiene *“la intangibilidad de los contratos de manera restrictiva”*<sup>9</sup>. Para Carlos Cárdenas<sup>10</sup>, esta última tesis busca corregir un exceso verbal de la Constitución, atribuyéndole alcances menos amplios de la que resultan de la literalidad de su texto<sup>11</sup>.

---

6 *Ibíd*em, f.j. 3.

7 STC N° 2670-2002-AA, f.j. 3.

8 Carlos Cárdenas Quiroz, *La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios*, Lima, Palestra Editores, 2000, págs. 259.

9 *Ibíd*em, págs. 259 – 260.

10 Destacado profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú en la materia.

11 Carlos Cárdenas sustenta su interpretación restrictiva del artículo 62 de la Constitución, en los siguientes argumentos.

1) el legislador no puede renunciar al dictado de normas imperativas o de orden público que afecten las relaciones obligatorias en curso de ejecución; 2) en nuestro ordenamiento jurídico, analizado sistemáticamente, puede establecerse claramente la predominancia de las normas imperativas o de orden público, las que por su naturaleza, excluyen todo pacto en contrario o en sentido distinto, por lo que no tiene justificación que si las normas de esa clase son derogadas, modificadas o suspendidas por otras nuevas del mismo carácter, éstas no ocupen el lugar de aquellas; 3) Si la ley ha atribuido a los particulares el poder de establecer una relación jurídica patrimonial que los vincule, no puede merecer objeción el hecho de que el propio ordenamiento jurídico, que atribuye carácter obligatorio a los contratos en cuanto se haya expresado en ellos restrinja la amplitud del marco dentro del cual tales particulares puede desenvolverse, afectando las relaciones durante su ejecución; 4) la consagración de la regla de la aplicación inmediata de la ley en los términos del artículo III del Título Preliminar del Código Civil, importa que a las relaciones jurídicas en general en curso de ejecución les son aplicables las nuevas normas imperativas o de orden público, más no las de orden supletorio; 5) Admitir que

Para ello se recurre a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico nacional en su conjunto, entendiendo *“que deben diferenciarse las normas imperativas o de orden público de las normas supletorias, y señalando que al referirse el texto constitucional a las “leyes o disposiciones de cualquier clase”, deben considerarse comprendidas en sus alcances sólo las nuevas normas supletorias de la voluntad y no las imperativas o las de orden público y, por consiguiente, éstas son aplicables a las relaciones jurídicas en curso de ejecución”*<sup>12</sup>. Esto es congruente con el artículo 1355 del Código Civil, que es de aplicación a los contratos ya celebrados, y cuyo texto señala que *“La ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”*.

El artículo 62 debe interpretarse de conformidad con el artículo 103 de la Constitución, modificado por la Ley de Reforma Constitucional N° 28389, según la cual, *“La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo”*. Como puede apreciarse, este artículo recoge la doctrina de los hechos cumplidos, superando la doctrina de los derechos adquiridos. En relación con este artículo, el TC ha señalado que *“se ha adoptado la teoría de los hechos cumplidos dejando de lado la teoría de los derechos adquiridos, salvo cuando la misma norma constitucional lo habilite [...] la teoría de los hechos cumplidos implica que la ley despliega sus efectos desde el momento en que entra en vigor, debiendo ser “aplicada a toda situación subsumible en el supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad”*<sup>13</sup>.

En conclusión, independientemente que estas leyes sean expedidas antes o después de la celebración de los contratos, lo importante es tener claro que la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, no son absolutas, antes bien, ellas tienen límites en el marco normativo, tanto en leyes como en el ordenamiento constitucional.

## **2.- Razones de la inconstitucionalidad del Convenio**

A continuación las razones en virtud de las cuales exigimos y demandamos la nulidad de los diferentes contratos celebrados entre las fuerzas armadas y empresas mineras y petroleras, por considerarlos incompatibles con la Constitución.

---

ninguna norma legal, aún cuando tenga carácter imperativo o de orden público, puede afectar una relación obligatoria en curso de ejecución, significará que las normas vigentes al momento de su celebración seguirán rigiendo para esa relación ultractivamente, sin que su suspensión, modificación o derogación resulten eficaces respecto de la relación jurídica patrimonial específica; 6) Aceptar que una relación obligatoria en curso de ejecución no puede verse afectada por las normas de carácter imperativo o de orden público que se dicten con posterioridad a su establecimiento implicaría que, a nivel de sus efectos, no existiría una diferencia sustancial entre los contratos-ley que vinculen a un particular con el Estado y los contratos celebrados ente particulares. Todos los contratos gozarían, al menos en teoría, de las ventajas que ofrecen los contratos-ley, incluso de manera más amplia. Carlos Cárdenas Quiroz, op. cit., págs. 261-268.

<sup>12</sup> *Ibíd*em, pág. 60.

<sup>13</sup> STC N° 00316-2011-PA, f.j. 26.

### ***El poder solo puede ser ejercido en el marco de las competencias asignadas por la Constitución Política***

El ejercicio del poder para ser legítimo debe ser realizado en el marco de sus competencias expresamente reconocidas. Un principio recogido en el ordenamiento jurídico constitucional, es que en el campo privado, de conformidad con el artículo 2.24.a de la Constitución, *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*, en otras palabras, lo que no está prohibido está permitido. Esta regla se invierte en el caso del Estado y del ámbito público, campo en el cual lo que no está expresamente reconocido está prohibido, salvo que estemos ante poderes implícitos, necesarios para un determinado órgano cumpla con sus funciones constitucionales y legales. *Como lo señala el artículo 45 de la Constitución, “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”*. En atención a este principio, es que el artículo 46 de la Constitución, precisa que *“Nadie debe obediencia [...] a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes”*, añadiendo que *“Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas”*.

### ***No es función constitucional del Ejército Peruano brindar seguridad a empresas mineras***

El artículo 165° de la Constitución es muy claro al precisar las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas en General y del Ejército peruano en particular. Precisa que estas *“tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República”*. No obstante, como señala Aldo Blume<sup>14</sup>, las labores a las que se está comprometiendo la Sexta Brigada de Selva del Ejército, la provisión de transporte, seguridad y comunicación para los titulares de las concesiones mineras, según señala la cláusula tercera del convenio en cuestión, no se condicen con tal finalidad constitucional.

Como señala Aldo Blume, la protección de los derechos de los titulares de las concesiones mineras no es una cuestión que implique una afectación a la soberanía o a la integridad territorial de la República. En ese sentido, *“el hecho de que una brigada del Ejército se comprometa a prestar seguridad a una empresa privada a cambio de una contraprestación pecuniaria supone una desnaturalización de sus funciones y un hecho que hasta tiene ribetes de corrupción pues se está empleando una institución del Estado, como lo son las Fuerzas Armadas, que tiene una finalidad pública (la defensa de la soberanía y de la integridad del territorio nacional), para labores con fines eminentemente privados. En otras palabras, se está subordinando el interés nacional a intereses privados por cuanto se está empleando a efectivos militares para labores privadas cuando deberían estar defendiendo nuestras fronteras”*.

### ***La regla general: La seguridad pública y el orden público es tarea de la Policía Nacional***

La protección de los derechos de los particulares y en este caso de los trabajadores de una empresa en particular, no solo no tiene nada ver con la que ver con la función de las FFAA,

---

<sup>14</sup> Aldo Blume, op. cit.

sino que cae dentro de lo que se denomina orden interno, que es competencia constitucional de la Policía Nacional. Según el artículo 166° de la Constitución, la Policía Nacional “*presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad*” así como “*garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado*”.

En un estado Constitucional de Derecho como el nuestro, cada sector y cada órgano del Estado tienen su competencia específica. Si bien no se trata de una separación rígida de competencias, pueden existir supuestos de colaboración de poderes o en este caso de diferentes sectores estatales. La denominada colaboración entre poderes implica una respuesta y una reformulación más dinámica a la noción clásica de separación de poderes, en su versión más rígida quizá. Sin embargo, en el caso del Convenio, no existe una colaboración de poderes, como cuando por ejemplo el Congreso delega facultades en el Gobierno, sino la invasión de una esfera de competencia de un sector otro sector.

### ***¿Pueden las fuerzas armadas ingresar a velar por el orden interno en Estado de Excepción?***

En efecto, en el artículo 137 se dice que solo las Fuerzas Armadas participaran en el control del orden interno en Estados de Emergencia y en Estados Sitio, previa declaratoria de Estado de Excepción. Posteriormente, el TC agregó en el fundamento 51 de la sentencia recaída en el Exp. N° 0017-2003-AI/TC, que también podía ingresar a ver el tema del control interno, en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia para los casos de a) narcotráfico, b) terrorismo y c) la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, en los términos establecidos en la ley.

Sin embargo, de forma inconstitucional el artículo 4.3 del D.L. N° 1095 intentó modificar en los hechos la Constitución, al señalar un nuevo supuesto de ingreso de las fuerzas armadas para controlar el orden interno, este es, cuando la capacidad de la Policía para controlar el orden interno sea sobrepasada: “4.3 Prestar apoyo a la Policía Nacional, en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales y en los demás casos constitucionalmente justificados cuando la capacidad de la Policía sea sobrepasada en su capacidad de control del orden interno, sea previsible o existiera peligro de que ello ocurriera”.

En principio no nos encontramos en ninguno de los supuestos precisados por la jurisprudencia del TC para autorizar el ingreso de las fuerzas armadas en el orden interno. Asimismo, la extrema imprecisión y vaguedad del nuevo supuesto “*capacidad sobrepasada*” es incompatible con el carácter restrictivo de la participación de las fuerzas armadas en el orden interno, y en la práctica, desnaturaliza y vacía de contenido la voluntad del constituyente, plasmada en el artículo 137 de la Carta Política. En efecto, los estados de excepción se encuentran regulados en el artículo 137° de la Constitución, el cual comprende dos situaciones: (i) el estado de emergencia (artículo 137°, inciso 1); y (ii) el estado de sitio (artículo 137°, inciso 2). El estado de emergencia, se da “*en el caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación*”. El estado de sitio por su parte, se decreta ante situaciones que atentan contra la

integridad territorial de la Nación, tales como casos de “*invasión, guerra exterior o guerra civil*”.

En definitiva, se incumple el mandato constitucional que sólo permite que el personal militar actúe en relación con el orden interno por decisión presidencial expresa y cuando medie una declaratoria de estado de emergencia en la zona. Pero además, la creación inconstitucional de un nuevo supuesto del ingreso de las Fuerzas Armadas para asumir el control del orden interno, es contrario a la doctrina comparada que reconoce el carácter restrictivo y excepcional de la participación de las FFAA. Como señala la Corte Europea en la sentencia en el *Caso Erdogan y otros vs. Turquía*<sup>15</sup>, las Fuerzas Armadas no están debidamente entrenadas para asistir a la Policía en temas de orden interno y seguridad ciudadana, puesto que no han sido capacitados para ello y su especialidad tiene otro objetivo.

Así por ejemplo, para la doctrina española los estados de excepción, y en consecuencia el control del orden interno por las Fuerzas Armadas es excepcional. El derecho de excepción, como todo derecho extraordinario y limitativo de derechos, ha de ser interpretado siempre de manera restrictiva<sup>16</sup>. De igual manera, la Comisión Interamericana ha mencionado en el “*Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*” que los asuntos que tienen que ver con la seguridad ciudadana son de competencia exclusiva de cuerpos policiales civiles, debidamente organizados y capacitados.<sup>17</sup>, por lo mismo que insistir en que las FF. AA. intervengan en el restablecimiento del orden interno, es contrario a la finalidad para la cual fueron creadas. Y si bien, la Constitución y el TC en su jurisprudencia anterior establecen supuestos para que las Fuerzas Armadas intervengan en territorio nacional, estos son de manera excepcional, y por la misma naturaleza excepcional, no es normal que las Fuerza Armadas participen en acciones de *Seguridad Ciudadana*.

De la misma forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la intervención de las fuerzas armadas en el restablecimiento del orden interno ha mencionado que “*los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales*”<sup>18</sup>. Lo citado por la Corte es importante puesto que las Fuerzas Armadas están entrenadas para la protección de la *Seguridad Nacional*, mientras que la Policía esta adiestrada para garantizar la *Seguridad Ciudadana*, no se puede exigir que alguna de estas dos interfiera en el ámbito de especialidad de la otra.

### ***El Convenio celebrado consagra un trato discriminatorio en favor de la empresa minera***

---

<sup>15</sup>European Court of Human Rights. Case of Erdogan and Others v. Turkey, supra nota 129, para. 68; ECHR, Case of Kakoulli v. Turkey, supra nota 129, para. 109-110; ECHR, Case of Kilic v. Turkey. Judgment of 28 March 2000. Application No. 22492/93, para. 62.

<sup>16</sup> Paulo Pérez Tremps, *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo blanch, Volumen I, 2ª edición, Madrid, 1994, pág. 444. Y 445

<sup>17</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 57, 31 diciembre 2009, párr. 105.

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia). Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 78.

En virtud del Convenio celebrado, la base militar del Ejército peruano se compromete a brindar servicios de seguridad, no a todos los que se encuentran próximos a ella, sino a unas empresas y sus trabajadores. En un contexto caracterizado por la virtual ausencia del Estado en las zonas rurales, como consecuencia de su incapacidad para cumplir con su función de garantizar un acceso a la justicia y la seguridad ciudadana de toda la población, la actividad de protección a favor de la mencionada empresa por parte de esta base militar aparece como discriminatoria, respecto del resto de la población indígenas que vive en sus territorios.

En esa línea, un convenio de esta naturaleza resulta eminentemente lesivo a derechos fundamentales tales como el derecho a la igualdad, estipulado en el artículo 2º inciso 2 de la Constitución. El único criterio para que un reducido y pequeño grupo si cuente con protección y seguridad y otro sector mayoritario de pobladores fundamentalmente comunidades nativas no, es el económico, es decir, el pago por los mismos. Este trato diferente e injustificado, en un contexto de abierto conflicto entre la empresa minera y la población indígena, aparece como un respaldo de la base militar a la empresa en un conflicto en el cual el Estado no puede tomar partido, más aún si la mencionada minera ha entrado de forma irregular en territorios sin antes realizar el proceso de consulta.

***Debió ser consultado el Convenio celebrado por afectar directamente a los pueblos indígenas***

La celebración de este Convenio en la medida en que se desarrollara en los territorios de los pueblos indígenas, también debió ser consultado con los pueblos indígenas titulares del derecho a la propiedad y al territorio. No solo se brindara servicios de seguridad sino de transporte, los cuales sin lugar a dudas tendrán incidencia en los pueblos indígenas. Según el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, toda decisión administrativa o normativa del Estado susceptible de afectar a los pueblos indígenas debe ser consultada antes de ser adoptada.

Las consultas de actividades de transporte a propósito de la actividad minera no es un capricho. Adviértase que el artículo 17 del Decreto Supremo 023-2011-EM, derogado por la Ley de Consulta (Ley N° 29785), norma que regulaba el proceso de consulta previa de las actividades extractivas, fundamentalmente mineras y de hidrocarburos, establecía como supuesto que exigía procesos de consulta el transporte minero.

La celebración de un Convenio de servicios donde una de las partes realiza actividades de forma irregular al no haber consultado previamente su ingreso a los territorios de pueblos indígenas, resulta preocupante y arrastra a las fuerzas armadas en esas irregularidades, convalidando el Estado, un acto administrativo inconsulto de un particular. Todo ello genera desconfianza de la población, fundamentalmente en las fuerzas armadas, creando un clima de confrontación peligroso que pueda alimentar el estallido de conflictos futuros. No nos queda duda que en los hechos, a través de este convenio, se estaría pretendiendo imponer los derechos de exploración y explotación de los recursos mineros por encima de los derechos de los pueblos indígenas.

***Se busca dar protección a una empresa minera cuya concesión no fue consultada***



Ninguna de las concesiones mineras expedidas en la zona, y de manera particular en las que son titulares la empresa Afrodita han sido consultadas con las comunidades nativas de la zona, a pesar que ellas fueron expedidas luego del febrero del año 1995, fecha en que entró en vigencia el Convenio 169 de la OIT, que consagra este derecho de los pueblos indígenas, que como sabemos tiene rango constitucional (STC N° 03343-2007-PA/TC, f.j. 31).

De conformidad con el 3er párrafo del artículo 46 de la Constitución, son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas. El Estado (MINEM) carece de competencia para expedir concesiones que afectan pueblos indígenas inconsultamente. A una conclusión similar se puede llegar si se lee el artículo 10.1 de la Ley General de Procedimientos Administrativos (Ley N° 27444). El fundamento de esta interpretación es la jerarquía normativa de la Constitución (art. 51 y 3er párrafo del art. 138 de la Constitución). La Constitución -y las normas de igual jerarquía como el Convenio 169 de la OIT2-, no sólo es la norma de mayor jerarquía, sino que es un criterio de validez del resto del ordenamiento jurídico (00047-2004-AI/TC, f.j. 9).

En ese sentido, lo que hace este Convenio celebrado por la base militar y la empresa minera, en los hechos no hace otra cosa que apuntalar y respaldar la posición de las empresas mineras que están ingresando a los territorios de los pueblos indígenas, en clara violación de su derecho al territorio y su derecho a la propiedad reconocidos en los artículos 13 y 14 del mencionado Convenio 169 de la OIT. En tal sentido, el Estado pierde su condición de garante de derechos, establecida en el artículo 44 de la Constitución, perdiendo neutralidad, tomando partido por uno de las partes.

***Se proporcionarán servicios de seguridad privadas con recursos públicos de todos los peruanos***

La base militar que suscribe el convenio establece que se compromete a realizar un conjunto de prestaciones que nada tiene ver con su función constitucional de protección de la soberanía y de la integridad territorial. Sin embargo, no queda claro en qué momento realizara estas tareas y con qué recursos las ejecutará. Todo parece indicar que esta se realizará utilizando la infraestructura del Estado, que todos los peruanos pagamos. En otras palabras, la referida base militar utilizará los fondos y los recursos públicos, que son de todos los peruanos, y que tiene su origen en los impuestos que todos los peruanos pagamos, para cumplir con una tarea que es estrictamente privada, y a cambio de la cual recibirá una contraprestación.

La base militar del Ejército cumple una función pública en todo momento y utiliza fondos públicos para realizar aquella. Destinar fondos para otra actividad distinta constituye un indicio de delito de cohecho pasivo propio contemplado en el artículo 393 del Código Penal. Según esta norma, *“El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”*.

Si tenemos en cuenta que están recibiendo los miembros de esta base militar un estipendio a cambio de realizar una tarea que no les corresponde, pues no es función de las FFAA dar seguridad a empresas mineras, tendríamos que aceptar, que independientemente de la prescripción de la acción penal, hay elemento para investigar este tipo de prácticas.

### **3.- ¿Cómo impugnar estos Convenios celebrados entre el Ejército y empresas mineras?**

Un primer problema que advertimos es que no existe un proceso idóneo para realizar control constitucional de un contrato entre un ente público y un particular, en donde se afecta y se viola una disposición de la parte orgánica de la Constitución, cual es la disposición de atribuciones a los diferentes órganos del Estado, en particular las que regulan las funciones de las fuerzas armadas. El artículo 200 inciso 2 de la Constitución establece claramente que el proceso de amparo tiene como función la protección de derechos fundamentales, no de las normas orgánicas.

Tenemos dos caminos, uno primero sería presentar un proceso de amparo contra el Convenio celebrado, pero no por alterar el reparto de competencias, es decir por asumir una función que no le corresponde, sino por violación de fundamentalmente dos derechos de rango constitucional, el derecho a la consulta y el derecho a la igualdad y a la no discriminación, pues este convenio tiene incidencia directa en los pueblos indígenas ya que se ejecutará en territorios de este pueblo, y por discriminar a la población a la hora de prestar servicios de seguridad a los trabajadores y no a la población indígena, que vive y es titular del derecho de propiedad en sus territorios. En este caso, y luego de argumentar esto podríamos de manera concurrente, argumentar la necesidad de tutela objetiva de la Constitución, ya que la base militar en cuestión está asumiendo una función constitucional que no le corresponde.

La otra opción que tenemos es recurrir a un proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial, regulado en la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (Ley N° 27584). Según el artículo 1 de esta, la acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política *“tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados”*. En este proceso habría que pedir la nulidad de este contrato. En virtud del artículo 35 y siguientes, se debería presentar una medida cautelar para suspender los efectos de este contrato, hasta que el juez competente no se pronuncie sobre el fondo.

Según el artículo 2001 del Código Civil vigente que regula los plazos de prescripción, lo actos jurídicos prescriben, salvo disposición diversa de la ley *“A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico”*. En consecuencia, luego de la firma del contrato, tenemos 10 años de plazo para presentar la demanda ante el juez civil de turno del lugar donde se suscribió el contrato.

### **4.- Conclusión**

La Constitución Política no solo es una norma política en el sentido que limita el ejercicio del poder, sino una verdadera norma jurídica, que vincula y obligan jurídicamente no solo al Estado sino a los propios particulares. Este carácter vinculante alcanza al campo del derecho privado, marco en el cual se ejerce el derecho a la libre contratación y el ejercicio de la autonomía privada, el cual no otorga un poder ilimitado a sus titulares, antes bien, la libre configuración del contenido de los contratos, no puede disponer de normas de orden público, entre las cuales se encuentran las normas de la parte orgánica de la Constitución que establecen el reparto de competencias entre los diferentes órganos que componen la estructura del Estado.

Si bien se reconoce la autonomía privada y la libertad contractual, es decir, en el derecho de las partes de decidir sobre el contenido del contrato (configuración interna), esta tiene límites materiales en las normas de rango constitucional, es decir en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos. En tal sentido, las normas civiles no debe ser interpretadas de espaldas a las normas constitucionales.

En otras palabras, las normas constitucionales al tener mayor jerarquía jurídica y supremacía normativa, constituyen verdaderos parámetros de validez sustancial y material. Esto significa, que si bien el Estado tiene libre discrecionalidad para adoptar decisiones en ejercicio de su función de Gobierno y de Dirección de los asuntos públicos, no se trata de un poder ilimitado, este tiene límites, los que se encuentran fundamentalmente, aun cuando no exclusivamente en ella. En el presente caso queda claro que se ha desconocido el reparto de competencias a las FFAA, asignándoseles una función que no les corresponde, todo lo cual no hace otra cosa que desvirtuar y desnaturalizar la especificidad de la función constitucional de esta institución del Estado.

Por estas consideraciones, estimamos que un convenio de esta naturaleza es inconstitucional por cuanto se presenta una desnaturalización de las funciones constitucionales de nuestras Fuerzas Armadas, específicamente de una brigada del Ejército, y se están afectando derechos constitucionales tales como el principio-derecho de igualdad y el derecho a la consulta de los pueblos indígenas.