

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
**DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Constitución Económica:
Desarrollo, Medio Ambiente
y Conflicto Social

5 | NUEVA ÉPOCA | 2012
Edición especial |

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 5, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2012

Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social

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

ESTUDIOS

Oscar Súmar Albuja <i>Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: Un análisis estadístico y econométrico</i>	17
Raffo Velasquez Melendez <i>Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa</i>	35
Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama <i>Minería y conflicto social en el Perú: Los principios de la Constitución Económica peruana en materia de inversión</i>	85
Daniel Yacolca Estares <i>Concepto jurídico de medio ambiente en el Perú</i>	111
Eddie Cóndor Chuquiruna <i>Conflictividad socio-ambiental y marco constitucional</i>	135
Roque Benavides Ganoza y Vanessa Farah Chávez <i>La minería en el contexto de las actividades de explotación de recursos naturales</i>	147
Areli Valencia Vargas <i>Salud, derechos y desarrollo extractivo: Revelando interconexiones a propósito del caso peruano</i>	153
José Francisco Gálvez <i>El desarrollo del derecho indígena en el Perú</i>	181

Vanessa Tassara Zevallos <i>¿Cuál es la finalidad constitucional que persigue el artículo 149º de la Constitución?</i>	203
Nadia Iriarte Pamo <i>Derechos colectivos de los pueblos indígenas</i>	219
Juan Ramón Rivero Mejía <i>Apuntes sobre el derecho a la libre determinación de nuestros pueblos indígenas</i>	233
Juan Carlos Ruiz Molleda <i>Una aproximación al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios</i>	255
Martha Cecilia Paz <i>La protección constitucional de las comunidades indígenas en riesgo de extinción y la consulta previa como derecho fundamental. El caso colombiano.</i>	287
Avigail Eisenberg <i>El Test de Distintividad Cultural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá</i>	305

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2005-2012)

1) <i>STC 00020-2005-PI y 0021-2005-PI, de fecha 27 de setiembre de 2005. Sobre la competencia de un Gobierno Regional para legalizar el cultivo de la hoja de coca. Por Evelyn Chilo Gutiérrez.</i>	315
2) <i>STC 03343-2007-PA, de fecha 20 de febrero de 2009. El Caso Cordillera Escalera y la primera piedra sobre la consulta previa. Por Cynthia Vila Ormeño.</i>	325
3) <i>STC 04611-2007-PA, de 15 de abril de 2010. Legitimidad activa de las comunidades nativas en los procesos de tutela de derechos y titularidad del derecho al honor: aspectos procesales y sustantivos. Por Fabiana Orihuela Silva.</i>	333
4) <i>STC 00022-2009-PI, de fecha 17 de junio de 2010. Derecho de consulta: contenido, características y elementos. Por Jaime de la Puente Parodi.</i>	341
5) <i>STC 06316-2008-PA, de fecha 30 de junio de 2010. El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario. Caso AIDSESEP I. Por Aldo Blume Rocha.</i>	349

6) <i>STC 05427-2009-PC, de fecha 23 de agosto de 2010. Sobre el control de la inconstitucionalidad por omisión en el caso de la consulta previa.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez.	357
7) <i>STC 00025-2009-PI, de fecha 17 de marzo de 2011. Derecho de consulta de pueblos indígenas y la Ley de Recursos Hídricos N.º 29338.</i> Por Susana Távora Espinoza.	365
8) <i>STC 0001-2012-PI, de fecha 17 de abril de 2012. Conga: un problema minero aún sin solucionar.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez.	369
9) <i>STC 00316-2011-PA, de fecha 20 de julio de 2012. Carácter autoaplicativo de las normas, prohibición de dragas y derecho de propiedad.</i> Por Fabiana Orihuela Silva.	377
10) <i>STC 1126-2011-PHC, de fecha 24 de setiembre de 2012. La garantía constitucional de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas.</i> Por Javier Adrian Coripuna.	385

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Francisco Balaguer Callejón <i>Crisis económica y crisis constitucional en Europa</i>	391
Rolando Luque Mogrovejo <i>La solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	409

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Laura Rangel Hernández <i>Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	443
---	-----

REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i>	457
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i>	459
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>	461

CONFLICTIVIDAD SOCIO-AMBIENTAL Y MARCO CONSTITUCIONAL

EDDIE CÓNDROR CHUQUIRUNA*

SUMARIO: I. *El marco constitucional.* II. *El ambientalismo y el camino al conflicto social.* III. *La afectación de intereses difusos.* IV. *El problema de los recursos naturales.* V. *Conclusiones.*

I. EL MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1993 erige un régimen económico basado en una “Economía Social de Mercado”. En esa línea, lo que define la economía peruana como principio es la libre iniciativa privada. Ese es el principio general. Sin embargo, la Carta no ha desconocido el elemento social que es el marco al cual deben ceñirse las transacciones privadas. La economía es libre, pero su fundamento es la satisfacción de necesidades humanas y, por tanto, la dinámica económica no debe afectar esas necesidades. Una necesidad es el ambiente, que suele ser definido como el entorno natural. Sin embargo, ese entorno permite el equilibrio de nuestros procesos biológicos. La naturaleza provee de alimentos, aire, agua.

Los intereses particulares quedan supeditados a las necesidades del conjunto. El marco constitucional no impide la libertad empresarial, pero destaca su prohibición del abuso de ejercicio de los derechos que nos corresponden, entre ellos la libre empresa y la libertad contractual. Un tema, por ejemplo, es el de los monopolios. Es posible en nuestro régimen, los monopolios son consecuencia natural de la competencia y están permitidos. Lo que no está permitido es el abuso de posición dominante en el mercado. En este caso hay un límite a la libertad, como lo hay en la propiedad mal encaminada. La ley no ampara el abuso de derecho, dice el texto constitucional.

* Consultor de la Comisión Andina de Juristas.

En un segundo nivel, el Estado no es una entidad ajena al bien común. Este no es la resultante de un orden espontáneo, hayekiano, sino que se requieren mínimos racionales de regulación que impidan el abuso de cada actividad o estatus. El Estado actúa, no de modo exclusivo, para promover el desarrollo económico social a través de áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, etc. Así, no es posible desligar el régimen económico del objetivo común de una sociedad, que es el desarrollo. En el ámbito de nuestra constitución, el desarrollo no es elaborado a partir de pautas estatales, pero se debe entender orientado hasta cierto punto por el Estado. El desarrollo contempla, por lo demás, no solo las mejoras económicas concretas del colectivo social sino, en específico también, una mejor calidad de vida que se reporta por el mejor aire respirado, la mejor agua y los mejores recursos que sirven a la alimentación humana.

El tema del desarrollo nos fuerza a considerar la libertad de empresa como un ámbito sujeto a ciertas limitaciones, básicamente en relación con el interés público. El artículo 59 de la Carta establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. Pero, del análisis fluye que el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.

La Constitución impone algunos deberes al Estado en lo que a la economía se refiere. Ellos son:

- Estimular la creación de riqueza. Se debe atender el hecho que el Estado no asume la actividad empresarial sino que promueve algunos incentivos. La riqueza no debe entenderse ajena a una calidad de vida mejor en una perspectiva de salud individual.
- Garantizar la libertad de trabajo. Como vimos en el artículo. 2 inc 15, toda persona tiene derecho «a trabajar libremente, con sujeción a ley», es decir, se trata de un derecho fundamental del ser humano. El trabajo, que compromete, a la empresa, no debe afectar el derecho de los otros, que tienen en sustancia las mismas condiciones que el titular del derecho.
- Garantizar la libertad de empresa. Esta es la posibilidad de crear libremente personas jurídicas orientadas a la ganancia. Es útil entender que esta disposición no impide la regulación. La regulación impide el ejercicio abusivo de los derechos, sean fundamentales o sociales.

Esta libertad supone la posibilidad de ejercer actividades productivas o de servicios sin más límites que los que establecen la Constitución y las leyes. Una interpretación sistemática nos ayuda a determinar que los límites son los derechos contenidos en la Carta constitucional y los que se puedan desprender de la legislación de manera derivada y más precisa.

Sin embargo, la libre empresa no es absoluta: “El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”.

Conviene atender además que las libertades no pueden ser contrarias a la moral. La Constitución, en efecto, tiene un significado ético, que es el que identifica los límites de cada contenido en cuanto a reconocimiento de derechos. Es importante tener en cuenta los mecanismos de integración jurídica legislados en el inc. 8 del artículo. 139 de la Constitución. Pero, además y fundamentalmente, la moral puede ser ubicada en la escala de valores de la sociedad.

Las libertades no pueden contravenir la salud. Existe un contenido moral en la afirmación, desde luego. Ratifica esta limitación los derechos establecidos en los artículos 7 y 9 de la propia Carta. Es aplicable lo establecido en el artículo 8, particularmente la regulación del uso de los tóxicos sociales. La protección de la salud, como obligación de la sociedad y del Estado, impone restricciones a las libertades dispuestas en el texto. Este contenido es oponible a algunas inversiones, cuando generan un daño social, que, por cierto, por lo general es difuso y está distribuido indefinidamente en el colectivo social. Por lo general, también es muy difícil individualizar el daño como una consecuencia directa de la acción supuestamente generadora. No es posible, por ejemplo, asumir que una enfermedad oncológica deriva necesariamente de los humos vertidos por la chimenea de una fábrica cercana. Bajo supuestos no es posible definir responsabilidades de carácter civil o penal.

El otro tema es que las libertades no pueden afectar la seguridad pública, comprendiendo en el concepto el medio ambiente. Como se puede discernir, el tema medioambiental comprende implicancias con diversos temas, tales como la salud, la seguridad pública, los derechos fundamentales, etc.

II. EL AMBIENTALISMO Y EL CAMINO AL CONFLICTO SOCIAL

Es muy difícil impedir que el crecimiento industrial no derive en algún nivel de daño ambiental, en general. Para los efectos de minimizar los daños hay mecanismos diversos y de carácter técnico. Los estudios de impacto ambiental están destinados a medir el daño y, subsecuentemente, calcular el monto de la inversión necesaria en factores que atenúen el daño. No es una meta válida, en todo caso, la opción por un ambientalismo que excluye la modernidad. Se suele asumir que la modernidad radica en las tecnologías utilizadas en las actividades extractivas o industriales. Sin embargo, conviene añadir a la modernidad un criterio que se debe considerar y es el institucional. En una socie-

dad institucionalizada, donde prevalece el diálogo, la modernidad siempre está presente^[1].

El camino institucionalizado supone que frente al daño ambiental se han planteado previamente mecanismos de diálogo y búsqueda de soluciones que atemperen cualquier conflicto entre las empresas industriales extractoras y las poblaciones aledañas afectadas por la inversión.

En el Perú actual parece ser que el conflicto se ha vuelto omnipresente. La Defensoría del Pueblo registra casi tres centenas de conflictos a nivel nacional cada año como promedio^[2]. De ellos, una buena parte son de carácter socio ambiental, incluyendo los conflictos mineros. Diariamente leemos alguna noticia referida a estos tipos de conflictos. En ellos, como se desprende del referente del proyecto Conga es imposible satisfacer todos los intereses al mismo tiempo. La dicotomía parece planteada: o agua u oro. No hay más y no lo hay por el atrincheramiento de quienes se oponen al proyecto.

Más allá de los oscuros intereses políticos o ideológicos implicados en el conflicto de Conga, el tema es que, estudiado el tema por su impacto ecológico, existe una controversia que plantea solo dos opciones disyuntivas.

En la medida en que la industria extractiva debe destruir ineludiblemente componentes de la naturaleza, es un ambientalismo que entra en contradicciones con la expansión minera; por tanto, casi nunca existe una salida negociada porque el juego es de suma cero. Esta orientación ha tenido una repercusión mayor en diversos casos distintos al peruano, puede observarse también en el caso ecuatoriano^[3].

El ecuatoriano es un caso distinto al peruano en el que la misma organización que frenó la expansión de la Minera Yanacocha hacia Cerro Quilish no logró determinar su propia representación en las mesas de diálogo. Mientras tanto en Ecuador, Acción Ecológica, ha sido protagónica y consistente en el sector minero ecuatoriano.

Se observa así que el débil camino institucional conduce a que en el Perú las partes de un conflicto medioambiental estén sometidas a una forzada cultura del diálogo, una cultura que no existe y que se debe condicionar y elaborar en cada uno de sus elementos. Esta es, en el fondo, una cultura del Derecho. Las partes asumen el conflicto como un problema jurídico cuyo referente mayor es la Constitución. De esta manera cada quien se somete a las normas jurídicas, son estas las que en una interpretación sistemática debe dar la razón a una de las partes.

[1] O'Donnell, Guillermo. *Modernization and Bureaucratic-Authoritarianism*. Berkeley: University of California Press, 1970).

[2] www.defensoria.gob.pe/reportesconflictosocial.

[3] <http://www.deepecology.org/>.

El conflicto socio-ambiental institucionalizado supone que las partes cuentan con abogados antes que con movilizados o activistas y que los temas pueden resolverse donde deben resolverse: en los tribunales.

Podríamos añadir el camino de los métodos alternativos formales de solución de conflictos y la vía del arbitraje o de la negociación seria con fundamento en normas de Derecho que sean el referente de negociación. Y no es que el derecho se deba negociar. Ocurre que muchas veces existen derechos contrapuestos y es difícil dilucidar quién tiene la razón. Por tanto, el tema es el reconocimiento del derecho constitucional mejor fundamentado con relación al caso o, caso contrario, el sometimiento a los jueces.

III. LA AFECTACIÓN DE INTERESES DIFUSOS

La tutela de los intereses difusos esto es, la legitimación activa para obrar en un proceso si es que la opción real es el camino del Derecho, debe ser amplia y así todo ciudadano poder constituirse en vigilante de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, dándole además, coherencia a la obligación que toda persona tiene de proteger el medio ambiente. Las demandas no solo deberían corresponder a aquellos que se sienten dañados, pues el medio ambiente es un espacio común cuyo deterioro potencialmente afecta a todos lo que lo habitan.

Así, la acción consiste en una respuesta concreta ante un estado de necesidad de tutela jurisdiccional. Puede solicitarlo una persona determinada sin tener otra alternativa como pudiera ser la negociación o la revuelta. Se busca la intervención del respectivo juez competente con el objetivo de resolver el conflicto de intereses. La tutela jurisdiccional por lo general (aunque debería ser más abierto) debe estar vinculada al interés y la necesidad particular de obrar para impedir o detener el daño que se está produciendo o para exigir una justa indemnización, de ser el caso.

La problemática ambiental (intereses difusos) exige la existencia de los medios adecuados para lograr la tutela jurídica correspondiente. Por eso la moderna doctrina propone que la tutela del medio ambiente se efectúe a través de la protección de los intereses difusos. Estos intereses, desde luego, no determinan a un grupo delimitado o a una persona en concreto, sino a una serie no determinada de individuos o, en todo caso, difícil o imposible de determinar.

Además, el bien “naturaleza” o entorno ambiental es un bien indivisible y, por tal, es un bien común en el que se define una comunión basada en la satisfacción de todos. La lesión de este bien no es una lesión a un solo individuo sino que se constituye como una lesión a la colectividad toda.

Para accionar hay tres condiciones esenciales que deben cumplirse por anticipado. Por un lado, la existencia de una norma jurídica que sirva de marco. Luego, la legitimación para obrar y, finalmente, el interés para obrar. El juez debe examinar estas condiciones, antes de expedir una sentencia. Se deben atender los presupuestos materiales de la sentencia de fondo, que son los requisitos para que el juez pueda resolver el tema de fondo del litigio. Vale señalar que estos presupuestos están configurados por el Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema^[4].

Se debe aplicar a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones si es que fuera el caso. En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será de cumplimiento obligatorio para todos, incluyendo a quienes no hayan participado del proceso. Esta particularidad obedece al carácter común del recurso ambiental, que involucra a todas las personas y empresas. Conviene decir que la indemnización debe emplearse en la reparación del daño ocasionado o la preservación del medio ambiente de la localidad, por lo que no extraña que esta indemnización deba recaudarse por las entidades gubernativas locales ubicadas en la zona del daño.

Giovanni Priori comenta: "... que en el caso de los intereses difusos nos encontramos frente a un problema de acceso a la jurisdicción; por ello, en la medida que es imposible o sumamente difícil precisar la titularidad del derecho y por ende la legitimación para obrar activa la ley habilita a determinadas personas o instituciones para que actuando en nombre propio inciden los procesos tendientes a la tutela de estos derecho que, en principio, no les corresponden, debido a que la titularidad se encuentra atribuida a un conjunto indeterminado de personas y no a éstas individualmente consideradas"^[5].

Los derechos no están concretizados en una identidad particular. Ni siquiera es posible vincular estrictamente un daño a la salud individual con la fuente aparentemente contaminante. Es difícil, por tanto, establecer una indemnización individual. Es, en demasiadas ocasiones, imposible elaborar una justa relación de causa y efecto. Sin embargo, la posibilidad se incrementa cuando se percibe un daño de mayor incidencia, cuando una población comienza a ser afectada por una fuente contaminante. Es el caso de La Oroya y Doe Run. En este tipo de casos, un grupo humano importante puede manifestar daños a la salud que solo pueden provenir en su conjunto de un río contaminado por plomo, un vertedero de tóxicos o cualquier forma de echar

[4] TICONA POSTIGO, Víctor, *El Debido Proceso y la Demanda Civil*, Tomo I, editorial Rodhas, 1999 Lima.

[5] I Pleno Casatorio Civil Peruano.

residuos de la explotación de un recurso natural. En otras circunstancias, lo propio es que los flujos que pudieran provenir de las demandas por temas de intereses difusos se destinen a situaciones vinculadas con la preservación del medio ambiente^[6].

La legitimidad para obrar debiera depender, asimismo, del interés involucrado: La defensa del medio ambiente, esto es, la legitimidad para obrar en defensa y reparación del medio ambiente, la debe tener todo ciudadano. En el caso colectivo, pudiera ser que una población local no tuviera los medios o argumentos necesarios para sustentar una demanda. Nada debiera obstar para que un ciudadano ajeno a la localidad interponga la demanda. No necesariamente quien interponga la demanda debe ser el directo afectado o tener un interés en el particular^[7].

El correlato en lo que a derechos fundamentales se refiere, del interés difuso es el derecho al medio ambiente adecuado así como el derecho a la salud. El goce de un ambiente equilibrado y adecuado es un derecho subjetivo y de carácter constitucional. Debemos, en cualquier caso, diferenciar el derecho al medio ambiente del interés difuso. El primero queda restringido al campo de los derechos de la persona. El segundo es una condición que permite obrar en el proceso, permite la legitimación que individualmente pueda asumir cualquier persona, aun cuando no se vea afectada directa o indirectamente por la transgresión. Esta última posibilidad está contemplada en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (en el artículo III del Título Preliminar), cuando se establece que “toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales”. Obsérvese que la norma señala lo siguiente enseguida: “se pueden interponer acciones, aun en los casos en que no se afecte el interés económico del demandante o denunciante (...)”^[8].

Aunque no se ha enfocado desde esa perspectiva, conviene señalar que el interés difuso puede generar dos tipos de reacciones. Por un lado, puede llevar al conflicto que concluye en crisis y violencia. Por otro, puede conducir a una búsqueda de soluciones de carácter institucional. Esta última opción sería posible si es que los mecanismos jurídicos estuvieran bien dispuestos. No es el caso. Por ejemplo, se han creado fiscalías contra delitos ambientales en el Perú, pero no se reporta la creación de juzgados ambientales de carácter civil o penal.

[6] PRIORI POSADA, Giovanni, La tutela jurisdiccional de los procesos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional, en: Apuntes de Derecho Procesal, Lima, Ara editores, 1997, p. 38.

[7] TAM PÉREZ, José, “Los intereses o derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva”, Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo180, noviembre 2008.

[8] Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Se podrían procesar investigaciones respecto a las vulneraciones del derecho a un medio ambiente sano, pero el camino que mejor responde a las expectativas de los indignados ciudadanos es el de la turbamulta callejera y el boicot a las inversiones.

IV. EL PROBLEMA DE LOS RECURSOS NATURALES

El gran dilema que se viene presentando en el Perú del siglo XXI es cómo explotar los recursos naturales, sustentar el crecimiento, generar empleo y riqueza, sin afectar el medio ambiente. Algunos podrían encontrar la solución en la privatización del subsuelo y la reforma fundamental del esquema de propiedad de los recursos. Vale decir, en todo caso, que los recursos naturales, según el artículo 66 de la constitución es patrimonio de la Nación. El Estado busca su aprovechamiento soberano y lo hace a través de concesiones a privados. Los recursos naturales, que son patrimonio común, imponen límites al Estado. El patrimonio común no puede explotarse ilimitadamente si es que se perjudica a algunos de los integrantes de esa comunidad indivisa llamada “Nación”. El componente de una Nación es la población, que es el conjunto humano vinculado por elementos históricos comunes. Existe una coincidencia de voluntades en torno a un futuro común, existe una pertenencia común y lo que Renán llamó “un plebiscito cotidiano”.

En el ordenamiento anglosajón, los recursos naturales están ligados a la propiedad del suelo en cuya profundidad ellos son encontrados, por lo que no se ofrece mayores problemas. Los propietarios compran y venden, pero también pueden ser demandados y demandar.

La Constitución exige una ley orgánica para la utilización de los recursos naturales y su otorgamiento a particulares; por tanto, no es materia que se pueda delegar al Poder Ejecutivo. Las concesiones, en todo caso y según el esquema peruano, buscan promover y regular el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, renovables y no renovables. Este aprovechamiento tiene límites en el marco constitucional. No es válido jurídicamente afectar los intereses colectivos para una explotación que, se supone, debe beneficiar a una colectividad.

Para precisar el objeto, son considerados recursos naturales: “las aguas superficiales y subterráneas; el suelo, el sub suelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: pecuarias, forestales y de protección; la diversidad biológica, como las especies de flora, fauna y microorganismos o protistos los recursos genéticos y los eco sistemas que dan soporte a la vida; los recursos hidrocarbúricos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos Y similares; la atmósfera y el

espectro radioeléctrico; los minerales; el paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico; y los demás considerados como tales”^[9].

Luego señala: “Un aspecto jurídico esencial es que, según la aludida ley, los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean estos renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación. Sin embargo, los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma que describe la ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos. Como se sabe, al hablar de «dominio», la norma se está refiriendo al dominio privado, que es un conjunto de derechos patrimoniales que, en este caso, por decisión del Estado, pasan a disposición de los particulares, a fin de asegurar directa o indirectamente el aprovechamiento económico de los recursos naturales, conservando el Estado la propiedad original”^[10].

Los derechos reales de los concesionarios tienen peculiaridades propias y límites, no pueden ignorar la fuente de la que manan. En realidad, el patrimonio es de la Nación, que concede la explotación y que, por tal, puede revertir cuando esta no cumple con los objetivos previamente establecidos o vulnera los derechos e intereses de esa misma Nación. El tema que genera mayor discusión es cuando se trata de acciones de una empresa privada a cargo de la explotación de recursos naturales ¿Puede el Estado expropiar acciones de una empresa que no cumple con los objetivos de la explotación o genera un daño? Desde una perspectiva de confianza para las inversiones no es recomendable. Sin embargo, jurídicamente el Estado puede expropiar en razón del interés público fundamentado, siempre que medie una justa causa y una justa compensación, con tasación de terceros. Es probable que, de darse las condiciones y de ser extranjera la empresa, el Estado termine demandado en el Ciadi si es que media un tratado bilateral entre Estados. Pero el camino está abierto, en todo caso. Así, las inversiones tienen límites y el Estado está obligado a proteger el interés común antes que el interés privado particular.

El artículo 67 de la Constitución manda que el Estado promueve el uso sostenible de los recursos naturales. “La política nacional del ambiente consiste en el conjunto de principios y acciones a llevar a cabo en el país, con el objetivo de proteger los recursos naturales y el ambiente natural en que se desarrolla la vida humana. Debe tenerse provisiones para cubrir las necesidades de protección de todos los ámbitos del país y no sólo de los núcleos centrales de la vida nacional”^[11]. Se señala en el mismo texto que debe tenerse en cuenta tanto el compromiso internacional que tiene el país para con la humanidad en la protec-

[9] BERNALES; Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. ICS. Lima, 1997.

[10] *Ibid*

[11] *Ibid*

ción de los recursos que contiene en su territorio, como las exigencias que hará a quienes no son peruanos, para la protección de los mismos recursos.

Las normas del artículo que analizamos deben ser concordadas con el derecho fundamental que tiene toda persona de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, contenido en el inc. 22 del artículo. 2 de la Constitución 28°. Quizá hubiera sido una mejor opción, por la importancia creciente del tema en los últimos años, que la Constitución de 1993, sea reformada en la vía del contenido de la Carta española de 1978, y que no se refiera solo al derecho de un medio ambiente adecuado, sino también al deber de conservarlo .

Sostenemos que pese a la auspiciosa creación de fiscalías ambientales, convendría además institucionalizar el conflicto medioambiental llevándolo a cauces jurídicos a través de tribunales ambientales. La jurisdicción ambiental podría dedicarse a conocer y resolver las acciones a través de las cuales se deduzca la responsabilidad civil y constitucional derivada de actos que atenten contra el medio ambiente. Los conflictos medio-ambientales pasarían de los ministros y funcionarios del Ejecutivo a los jueces especializados y, eventualmente, los casos podrían derivar al Tribunal Constitucional. Se atendería los casos entre Estado y poblaciones o entre empresas y poblaciones y entre particulares y particulares. En este último caso hay situaciones que se constituyen en intereses concretos y no difusos, como sería el caso de las quemas en fincas urbanas o rurales de material determinado. El humo que afecte las fincas colindantes genera un perjuicio inmediato y de ser habituales podría recurrirse a los jueces para impedir el hábito.

Tales tribunales sigue siendo una deuda pendiente más aún cuando ya el Ministerio Pública ha asumido responsabilidades en la materia. Se necesitan jueces con un perfil especializado en medio ambiente, que dominen el Derecho medio ambiental y que sepan fundamentar constitucionalmente de cara a la institucionalización de los conflictos socio ambientales.

El principio jurídico justo debe ser: *“quien contamina paga”* ¿A quién y por qué paga es un problema a resolver? Es fácil determinar la fuente en casos de daños colectivos, pero difícil calcular la incidencia directa. El marco jurídico Comunitario europeo reconoce que el cumplimiento de normas ambientales, no puede constituir una prueba irrefutable de culpabilidad, “ante la ausencia de criterios claros y firmes la víctima le puede resultar prácticamente imposible probar la negligencia del presunto responsable, ya que la posibilidad de utilizar las acciones de responsabilidad civil, es de marcado carácter individualista y subjetivo^[12].”

[12] www.huespedes.cica.es

V. CONCLUSIONES

Daño ambiental es toda pérdida, disminución, deterioro, o perjuicio que se ocasione al ambiente o a uno o más de sus componentes, en contravención de las normas legales. “El daño podrá ser grave cuando ponga en peligro la salud de grupos humanos, ecosistemas o especies de flora y fauna, e irreversible, cuando los efectos que produzcan sean irreparables y definitivos”.

Es fácil determinar qué es el daño ambiental, pero es difícil determinar los sujetos activos y pasivos del daño. Por lo general, sin medir el daño, las poblaciones se enfrentan a las empresas (mineras, por ejemplo) en un conflicto que toma cauces de violencia. Esto ocurre por diversas razones, pero conviene atender que lo que falta en el Perú son cauces institucionales para los conflictos medio ambientales, bases jurídicas y jueces especializados que permitan que las situaciones se resuelvan sobre el fundamento del Derecho constitucional y las leyes.

* * * * *