

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 AIDESEP 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

COMENTARIO A LA STC 0025-2009-PI,
DE 17 DE MARZO DE 2011

*DERECHO DE CONSULTA DE PUEBLOS
INDÍGENAS Y LA LEY DE RECURSOS
HÍDRICOS NRO. 29338*

POR SUSANA TÁVARA ESPINOZA
Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

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

Los temas constitucionales que fueron abordados en el pronunciamiento son los siguientes:

- La Ley de Recursos Hídricos y la Reserva de Ley Orgánica (artículo 66° de la Constitución).
- El derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas, al haberse aprobado la Ley de Recursos Hídricos Nro. 29338.
- El derecho a la igualdad jurídica en el sistema de incentivos en las licencias de uso de agua.

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

El proceso de inconstitucionalidad materia de análisis se interpone contra la Ley Nro. 29338, de Recursos Hídricos, en un momento en el que en nuestro país se vive un clima de constantes conflictos sociales ante la inversión extranjera en el sector de minería e hidrocarburos.

Es importante resaltar que en el momento del análisis de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional ya contaba con una línea jurisprudencial en materia del “derecho a la consulta”.

En esa línea de análisis, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció un concepto de “consulta previa” en el marco y con plena observancia de instrumentos internacionales de derechos humanos como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la ONU, entre otros.

Otro aspecto a resaltar es que los temas de medio ambiente y protección de las áreas y recursos naturales han merecido en los últimos años no solamente un interés jurídico-constitucional en nuestra jurisprudencia, sino además, político, social y cultural.

3. *Análisis*

Para el correcto análisis de la STC 0025-2009-PI/TC, es importante establecer un breve recuento cronológico de las sentencias que ha expedido el Tribunal Constitucional relativas al derecho a la “Consulta previa”. Así tenemos:

- *Exp. 0022-2009-PI/TC (Se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo Nro. 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales e interpretar dicha norma, de conformidad con el fd. 57 de la sentencia, debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas. Fd. de voto del Magistrado Vergara Gotelli).*
- *Exp. 0023-2009-PI/TC (Se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo Nro. 1079, que establece medidas que garantizan el patrimonio de las áreas naturales protegidas).*
- *Exp. 0024-2009-PI/TC (Declarar improcedente la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo Nro. 994; así como que los alcances de dicha norma deben determinarse de conformidad con los fundamentos 14 (valor normativo de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas), 18 (propiedad comunal) y 19 (relación de los pueblos con sus tierras o territorios) de la sentencia. Fundamento de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen).*
- *Exp. 0026-2009-PI/TC (Declara improcedente la demanda inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo Nro. 1083 por haberse producido la sustracción de la materia).*
- *Exp. 0027-2009-PI/TC (Declaran infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo Nro. 1020).*

- *Exp. 0028-2009-PI/TC (Declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo Nro. 1081 por haberse producido la sustracción de la materia).*

Cabe precisar que con la STC 0022-2009-PI/TC es que se inician los pronunciamientos en dicha materia. Así, en su fd 21, establece en qué casos una comunidad campesina o nativa tiene derecho a consulta: “a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas; b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas; y, c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general”. En tal sentencia, se ha establecido que solamente en los casos a) y c) es exigible el derecho a la consulta, pues existe afectación directa a los pueblos indígenas.

El primer punto interesante de la sentencia bajo análisis (0025-2009-PI/TC) es el relativo a que la reserva de Ley Orgánica que contiene el artículo 66° de la Constitución no comprende la regulación de todo lo que atañe a los recursos naturales (renovables y no renovables), sino sólo a las condiciones de su utilización y las condiciones de su otorgamiento a particulares, por lo que, no se ha transgredido la norma constitucional indicada.

Una parte muy importante del análisis que se hace en la sentencia en cuestión es el relativo a la exigencia de la consulta, pues en anterior jurisprudencia se había sostenido que era desde junio de 2010 (Aclaración STC 06316-2008-AA/TC). Así en el fundamento 23 de la presente sentencia se señala: “La exigibilidad del derecho de consulta está vinculado con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa Nro. 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través de depósito de ratificación con fecha 2 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38.3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 2 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento”.

Sobre el derecho a la igualdad, indica que se garantiza frente a tratamientos diferenciados que sean desproporcionados. No se tutela que todos seamos tratados por igual siempre y en todos los casos, sino que las diferencias se encuentren justificadas desde el punto de vista de las exigencias que se derivan de cada uno de los sub- principios que conforman el ya desarrollado “principio de proporcionalidad”.

En el fd 40 de la sentencia se señala: “se observa que la preferencia otorgada a quienes generan excedentes de recursos hídricos sobre la base de un aprovechamiento eficiente constituye un medio idóneo para promover el uso sostenible de tales recursos. Observa igualmente que existiendo otros medios

con los cuales puede alcanzarse el mismo fin (vgr. Negar el acceso a nuevos derechos de uso de agua a quienes no generen excedentes de recursos hídricos o no cuenten con un certificado de eficiencia), el escogido por el legislador (otorgar preferencia) es el menos afflictivo sobre los derechos intervenidos. Y repara, finalmente, que constituyendo la intervención sobre el principio- derecho de igualdad sólo de intensidad leve, en tanto que es de extrema importancia el grado de realización del fin (promoción del uso sostenible de los recursos hídricos), que la diferenciación realizada en el segundo párrafo del artículo 49 de la Ley cuestionada no es excesiva.

El Tribunal Constitucional en esta sentencia establece como conveniente la opción de la procedencia de la consulta previa, cuando se violen o afecten intereses colectivos, pero no cuando se trata de derechos individuales de los miembros de las comunidades o pueblos indígenas.

Considero que durante los años 2010 a 2012, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de “consulta previa” se ha venido consolidando y otorgando un marco de protección a las comunidades campesinas y nativas en el marco de los principios “*pro homine*” y “dignidad humana” maximizando la protección de los derechos fundamentales.

De igual manera, es importante resaltar que el desarrollo equilibrado y consecuente de dicha jurisprudencia ha permitido definir principios como el de “prevención”, “del dominio eminential”, de protección administrativa y gobernanza ambiental”, entre otros, que son muy particulares del reconocimiento positivo de sectores del Estado, muchas veces desprotegidos y olvidados.

No podemos olvidar otro punto interesante, que es la conceptualización de lo que debe entenderse como “propiedad comunal” en el Derecho peruano.

COMENTARIO A LAS STC 0001-2012-PI,
DE 17 DE ABRIL DE 2012

*CONGA: UN PROBLEMA MINERO
AÚN SIN SOLUCIONAR*

POR VICTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes

La sentencia materia de análisis puede ser presentada esquemáticamente a través del siguiente cuadro:

Expediente	0001-2012-PI/TC
Proceso	Inconstitucionalidad
Emisión	17 de abril de 2012
Emisor	Pleno jurisdiccional (magistrados Alvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Calle Hayen)
Demandante	Fiscal de la Nación
Demandado	Gobierno Regional de Cajamarca
Normas impugnadas	Ordenanza Regional de Cajamarca 036-2011-GR.CAJ-CR
Normas vulneradas	Artículos 2.18, 58, 59, 61, 77 y 192.7 de la Constitución

Bajo este marco, los temas principales que son revisados por la sentencia y que en cierta forma van a ser examinados en este comentario son los siguientes:

1.1. Con relación a la minería y protección de los recursos hídricos:

- (a) ¿Qué implica el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado?
- (b) ¿Qué es el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural?
- (c) ¿Qué es el derecho a la inversión privada, las libertades de empresa, comercio e industria, la garantía de la iniciativa privada y la libre competencia?
- (d) ¿A qué nos referimos con el principio de coparticipación de la riqueza?

1.2. Con relación a cómo realizar el test de proporcionalidad:

- (a) ¿Cómo aplicar los principios de unidad (Estado unitario y descentralizado), cooperación y lealtad regional, taxatividad y cláusula de residualidad y control y tutela?
- (b) ¿Cómo aplicar los principios de competencia en sentido estricto, efecto útil y poderes implícitos, progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos?

2. Contexto histórico-político de la sentencia

Mientras la subida en el precio de los metales a nivel internacional beneficiaba las perspectivas de los proyectos mineros en el país, se producía una fuerte tensión con grupos sociales que se sentían perjudicados por tales actividades. Se crearon posturas a favor de uno u otro bando, donde las distintas cuestiones jurídicas, culturales, económicas y políticas eran objeto de defensa por parte de apasionados panegíricos, sin que se produzca un diálogo institucionalizado.

Uno de los más paradigmáticos casos de enfrentamiento se ha producido a propósito del proyecto minero Conga, inversión de la empresa Newmont-Yanacocha en una de las zonas más pobres del país, la región Cajamarca, donde está instalada desde hace veinte años, con aciagos precedentes ambientales. El conflicto, durante el tiempo que ha durado, presentó como actores principales al Estado, representado en el Ministro de Energía y Minas, el Ministro del Ambiente y el propio presidente de la República; la minera Yanacocha; el gobierno regional de Cajamarca (Gregorio Santos); y, el Frente de Defensa del Ambiente de Cajamarca (Wilfredo Saavedra); y como secundarios, la alcaldía provincial de Cajamarca (Ramiro Bardales), el Movimiento Político Tierra y Libertad

(Marco Arana), así como la misma población y los medios de comunicación social. La tensión se presentó, y hasta hoy se presenta, en varios frentes: entre la población y Yanacocha; entre los dirigentes formales de Cajamarca y el Estado; dentro del propio gobierno; entre la población; y, entre periodistas nacionales y la población. El interés estaba plenamente justificado. Conga es una cabecera de cuenca, fuente de agua que permite la vida vegetal, animal y humana en gran parte de la región, territorio alto andino que provee de agua a las cuencas de la Amazonía y del Pacífico, conteniendo en su estructura interna y externa aguas subterráneas, bofedales, humedales, manantiales y numerosas lagunas que no solamente almacenan agua, sino que, por su función en el ciclo medioambiental, le otorgan a éste la temperatura del ecosistema correspondiente.

La falta de credibilidad de la empresa en cierto sector de la población hizo que ésta sintiese temor de perder sus grandes manantiales y que sus aguas se contaminen debido a la intervención de las minas, bajo el lema de ‘¡Agua sí; oro no!’ Cambiar la estructura de la zona, removerla y reemplazarla por estructuras de cemento, fierro, plástico y estancar las aguas en reservorios, a su entender, significaría atentar contra su propia naturaleza original. De otro lado, pese a que los dirigentes regionales se arrogaban la representación de la zona afectada, las 32 comunidades de la zona de influencia del proyecto Conga expresaron su respaldo a la inversión.

Entonces, así como unos negaban la existencia de un grave daño ambiental; otros lo aseveran tajantemente. La postura de los primeros comenzó a tomar fuerza y a fines de 2011 se produjo una grave huelga, radicalizada con una Marcha Nacional en Defensa del Agua y la Vida, que obligó al gobierno a suspender las actividades de la minera, a la vez que contrató a tres expertos extranjeros, para realizar un peritaje sobre el Análisis de Impacto Ambiental que terminó avalando el proyecto.

Un nuevo capítulo del problema se escribió con la emisión por parte del gobierno regional de Cajamarca de la Ordenanza Regional 036-2011-GR.CAJ-CR. Ante su publicación, el Fiscal de la Nación presentó una demanda de inconstitucionalidad alegando que con dicha normativa el gobierno regional se estaba extralimitando en sus funciones invadiendo competencias propias del Ejecutivo en tres aspectos centrales: la declaración de intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la región Cajamarca; la declaración de la inviabilidad del Proyecto Conga; y el encargo dado al presidente del Gobierno Regional de Cajamarca para que canalice ante el Congreso de la República, los procesos investigatorios sobre el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) que aprobó dicho proyecto. Pese a que en la contestación, se cuestionó la capacidad del fiscal para postular la demanda, el Tribunal superó fácilmente el tema de la legitimidad para obrar y resolvió sobre el fondo, aunque sin llegar a atacar los principales cuestionamientos al proyecto minero.

3. *Análisis*

En el comentario a las STC 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC ya han sido explicadas cuáles son las bases del análisis de una norma regional, que versa tanto en la definición de los derechos afectados como en el *test* de competencia, basándose en la STC 0008-2010-PI/TC y en la STC 0009-2010-PI/TC. Éste fue aplicado en el caso Conga y, siguiendo sostenida jurisprudencia, el TC estableció con relación al conflicto de competencias y legitimidad de actos administrativos en la declaración de inviabilidad del proyecto minero Conga, que el proceso de inconstitucionalidad era en esencia un conflicto competencial, siendo tramitado según lo ordena el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, debido a que una ordenanza regional tiene rango legal (artículo 200.4 de la Constitución).

Como cuestión de principios, si bien el TC señaló que su deber no radica en manifestar cuál de las dos posiciones en conflicto era ‘la correcta’. Esta primera decisión fue objeto de críticas desde la tribuna de quienes esperaban que el TC, en su calidad de pacificador social y jurídico, pudiese encaminar la discusión entre los actores involucrados, sobre todo si el TC tiene claro qué es un derecho al medio ambiente y por más que la demanda planteada era de inconstitucionalidad, por el carácter subjetivo que ésta puede tener, debió ir más allá de las cuestiones formales sobre las que resolvió.

El Tribunal, sin embargo, optó por una posición menos osada. A su entender, en este caso, le correspondía únicamente supervisar que se garantice el acceso de todas las partes interesadas al dialogo institucionalizado y sancionar que los acuerdos tomados en tales espacios no vulneran o contravienen los valores básicos de la Constitución, sobre todo porque en nuestro país no resulta difícil encontrar ejemplos de tangibles de desastres ambientales a consecuencia de la actividad minera. En tal sentido, concluyó indicando que el encargo otorgado al presidente de la región para que canalice ante el Congreso de la República los procesos de investigación sobre las circunstancias en que fue aprobado el EIA del proyecto Conga no escapa de las competencias del gobierno regional de Cajamarca.

Teniendo en cuenta que los efectos normativos de la ordenanza cuestionada se despliegan dentro del ámbito regulatorio de las actividades mineras, basándose en el impacto ambiental que éstas pueden tener en determinada área, como es la cabecera de cuenca, es relevante determinar cómo la Constitución ha repartido las competencias normativas entre gobiernos regionales y gobierno nacional en el sector minero, considerando como un elemento relevante en tal repartición la protección de los recursos hídricos. En cuanto a la minería y la protección de los recursos hídricos en virtud de las cual se declara la intangibilidad de tales cabeceras, el TC parte su análisis haciendo referencia al dere-

cho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2.18 de la Constitución), que comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el ser humano intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de tal interrelación (STC 0048-2004-AI/TC).

Como los derechos fundamentales no sólo son derechos subjetivos, sino también un orden material de valores en los cuales se sustenta el ordenamiento constitucional (STC 0976-2001-AA/TC), que implica el efecto de irradiación de los derechos todos los sectores del ordenamiento jurídico y la imposición sobre todos los organismos públicos, un deber especial de protección de dichos derechos, es su vinculación a los particulares, bajo la teoría de los *drittwirkung* (STC 3510-2003-AA/TC). Asimismo, el Estado debe proteger a la persona de los ataques al medio ambiente y a su salud, lo cual incluye la prevención de los daños que puedan producirse (STC 4223-2006-AA/TC), por lo que el contenido del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado está determinado por los derechos a gozar de ese ambiente y a que éste se preserve (STC 2268-2007-PA/TC). Esta interpretación del derecho implica, por parte del Estado, una obligación de respeto, protección, satisfacción, facilitación y promoción (Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU).

El Tribunal también expresó su preocupación por el agua. Su protección es sumamente importante, tal y como ha sido reconocido por el Estado (artículo 3 de la Ley de Recursos Hídricos) y el TC (STC 6546-2006-PA/TC, y 3343-2007-PA/TC). Además, debe tenerse en cuenta que no sólo la contaminación resulta ser una amenaza sino que ciertos fenómenos naturales, como el cambio climático, también demandan acciones concretas por parte del Estado y la sociedad (Decreto Supremo 086-2003-PCM, Estrategia Nacional sobre Cambio Climático). Vale recordar que el TC había reconocido en virtud del artículo 3 de la Constitución, el derecho fundamental al agua en concordancia con la Resolución 64/292 de la Asamblea General de la ONU, de 2010 y la Observación General 15, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2002, así como la Resolución A/HRC/RES/18/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 2011; la Resolución 64/24 de la Organización Mundial de la Salud, de 2011; y el Informe sobre Desarrollo Humano 2006, *Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua* del PNUD, de 2006. El Tribunal llegaba a reconocer el derecho al agua *“atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudir primeramente a la opción valorativa o principialista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización*

permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho” (STC 6534-2006-PA/TC).

Pero el Estado no puede basar su actuación en el respeto de un grupo de derechos, como es el agua y los otros ambientales. También le compete respetar la inversión privada estipulada por la Constitución y el principio de coparticipación de riqueza en un Estado descentralizado como el peruano. Al respecto, señala que la Constitución ha establecido un amplio margen para la inversión privada, reconociendo la libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59 de la Constitución) y garantizando la iniciativa privada (artículo 58 de la Constitución) y la libre competencia (artículo 61 de la Constitución), entre otras libertades. Desde luego, el “*ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública*” (artículo 59), limitación explicada en la STC 3330-2004-AA/TC. Con los ingresos que el Estado percibe por el pago de tributos y en algunos casos, por naturaleza de canon, es que el gobierno puede mantener el modelo del Estado social y democrático de derecho que posee (artículo 43 de la Constitución). Empero, la explotación de recursos naturales desde luego no está desregulada y tampoco cuenta con licencias especiales que lo eximan de la compensación o indemnización de daños cuando estos ocurrieran.

El Tribunal avanza en el desarrollo jurisprudencial de la cuestión e indica que deben considerarse cuatro puntos esenciales en este tipo de actividades, quizás uno de los principales aportes de la sentencia:

- La prevención de conflictos y de posibles daños que puedan generar determinada inversión en recursos naturales, en tanto parte de la responsabilidad social de la empresa consiste en respetar los principios de prevención y precaución (STC 3343-2007-PA/TC).
- La fiscalización estatal de la actividad privada a fin de determinar si cumple con los estándares nacionales de protección: a través del diseño de políticas o planes de control de la actividad económica de las empresas dedicadas a la extracción de minerales, proyectos de desarrollo que en forma eficiente y responsable posibiliten la creación de riqueza.
- Las reparaciones integrales en caso de afectación a la población: que no se limita a esperar demandas de indemnización, sino que sea capaz de brindar una orientación legal adecuada a fin de que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos.
- La concretización del principio de coparticipación de la riqueza (artículo 77 de la Constitución), entendido como el derecho que les asiste a los gobiernos locales y regionales a recibir en calidad de canon una

porción de lo recaudado por la explotación de recursos naturales en beneficio de la comunidad de la zona, sin implicar un pago por asumir y soportar el proceso extractivo de recursos minerales, pues lo que se pretende es evitar que los beneficios por la explotación de los recursos naturales, sean absorbidos por el gobierno nacional (STC 0042-2004-PI/TC).

En el ámbito del análisis de la competencia asumida por el gobierno regional de Cajamarca, como ya ha sido establecido en la jurisprudencia del Tribunal se realice un *test* de competencia. Si bien el Estado es unitario (artículo 43 de la Constitución), ello no implica la negación de competencias normativas autónomas de los gobiernos regionales (STC 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC), pues conforme lo expresa el artículo 191 de la Constitución, los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa, siempre que dicha autonomía sea ejercida en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo (artículo 192 de la Constitución). Así, la Ley 27783, de Bases de Descentralización (LBR) y la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), en tanto normas constituyentes del bloque de constitucionalidad del artículo 192 de la Constitución, que delimitan formal y materialmente la autonomía de los gobiernos regionales; y que pueden eventualmente ser complementadas por otras como la Ley 28273, del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales (LSAGRL) y, los planes anuales de transferencia de competencias sectoriales (Decreto Supremo 052-2005-PCM o el Decreto Supremo 036-2007-PCM).

Para determinar los límites concretos de las competencias de los gobiernos regionales y el gobierno nacional, se apeló una vez más al *test* de competencia (STC 0006-2010-PI/TC y 008-2010-PI/TC), el cual se encuentra configurado por: (a) El principio de unidad (artículos. 43, 191, 192.6 y 200.4 de la Constitución) compuesto a su vez por los subprincipios de: cooperación y lealtad regional (artículos 189, 191 y 192 de la Constitución), taxatividad y cláusula de residualidad (segundo párrafo e inciso 10 del artículo 192 de la Constitución), control y tutela (artículo 199 de la Constitución, artículo 21 de la LBD y artículo 75 de la LOGR); y, (b) El principio de competencia en sentido estricto (artículo 192.7 y 10 de la Constitución, artículos 11.1 y 13 de la LBD y artículo 5 de la LOGR), conformado por el subprincipio de competencias y el bloque de constitucionalidad, además de otros subprincipios como el efecto útil y poderes implícitos y el principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos (artículos 188 de la Constitución).

En el ámbito de la minería, la Constitución ha establecido que las regiones sí son competentes para regularla. Estas competencias son compartidas, tal como lo han dejado sentados el artículo 192.5 de la Constitución y el artículo

36.c de la LBD, debidamente precisados por el artículo 59 de la LOGR. Los gobiernos regionales, por su parte, son encargados de regular y fiscalizar la pequeña minería y la minería artesanal (Decreto Supremo 036-2007-PCM, Plan Anual de Transferencias de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales), mientras que el nacional está encargado de la gran y mediana minería (artículo 105 del Decreto Supremo 014-92-EM, TUO de la Ley General de Minería; artículos 5 y 6.h Decreto Ley 25962, Ley Orgánica del Sector Energía, entre otros). De las normas precitadas, el TC es enfático en señalar que el gobierno regional de Cajamarca no podía tener competencias normativas para intervenir en la ejecución del proyecto de gran minería, como es el caso del proyecto Conga.

Las cabeceras de cuenca son zonas en donde se generan los flujos de agua que riegan las áreas menos elevadas, como los valles cosechables. Por esta razón, es que existen referencias específicas sobre la protección de estas zonas (artículo 75 de la Ley de Recursos Hídricos), resultando loable toda intención de protegerlas, pero para que tal protección sea realmente efectiva, no basta con medidas aisladas y desarticuladas del sistema de gestión del recurso hídrico; es decir, no obstante la preocupación del gobierno regional de Cajamarca, es de preguntarse hasta qué punto ello activa competencias normativas para regular la protección de las cabeceras, pues como ya se ha expresado, la determinación y autorización del EIA para proyectos de mediana y gran minería compete al gobierno nacional, en concreto la Autoridad Nacional del Agua (ANA) es el organismo encargado de determinar la intangibilidad de una zona de cabecera de cuenca. Entonces, en atención al principio de taxatividad y subsidiariedad, se determina que el gobierno regional de Cajamarca tampoco era competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca en su región.

En conclusión, aun cuando en la controversia general sobre el proyecto Conga el TC no fijó postura en vista que consideró que no era materia de la demanda de inconstitucionalidad, en el fondo le da un jalón de orejas al gobierno regional de Cajamarca, que según presenté líneas arriba, es actor principal del conflicto. Eso sí, sobre los ámbitos limitados sobre los que resolvió, el TC sí justificó su posición, toda vez que vuelve a usar el *test* de competencia imprescindible en casos como éste y toma en consideración la necesidad de inversión privada a la vez del derecho al medio ambiente, en la perspectiva del derecho al agua, como componentes centrales del conflicto.