Tribunal
Constitucional

REVISTA PERUANA DE

DERECHO CONSTITUCIONAL

Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social

5 | NUEVA ÉPOCA
Edición especial | 2012

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 Albujar
Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: Un análisis estadístico y econométrico 17

Raffo Velasquez Melendez
Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa 35

Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama
Minería y conflicto social en el Perú: Los principios de la Constitución Económica peruana en materia de inversión 85

Daniel Yacolca Estares
Concepto jurídico de medio ambiente en el Perú 111

Eddie Cóndor Chuquiruna
Conflictividad socio-ambiental y marco constitucional 135

Roque Benavides Ganoza y Vanessa Farah Chávez
La minería en el contexto de las actividades de explotación de recursos naturales 147

Arelí Valencia Vargas
Salud, derechos y desarrollo extractivo: Revelando interconexiones apropósito del caso peruano 153

José Francisco Gálvez
El desarrollo del derecho indígena en el Perú 181

Vanessa Tassara Zevallos
¿Cuál es la finalidad constitucional que persigue el artículo 149° de la Constitución? 203

Nadia Iriarte Pamo
Derechos colectivos de los pueblos indígenas 219

Juan Ramón Rivero Mejía
Apuntes sobre el derecho a la libre determinación de nuestros pueblos indígenas 233

Juan Carlos Ruiz Molleda
Una aproximación al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios 255

Martha Cecilia Paz
La protección constitucional de las comunidades indígenas en riesgo de extinción y la consulta previa como derecho fundamental. El caso colombiano. 287

Avigail Eisenberg
El Test de Distintividad Cultural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá 305

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

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

1) *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. 315

2) *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. 325

3) *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. 333

4) *STC 00022-2009-PI, de fecha 17 de junio de 2010. Derecho de consulta: contenido, características y elementos.* Por Jaime de la Puente Parodi. 341

5) *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. 349

6) *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.* Por Victorhugo Montoya Chávez. 357

7) *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.* Por Susana Távara Espinoza. 365

8) *STC 0001-2012-PI, de fecha 17 de abril de 2012. Conga: un problema minero aún sin solucionar.* Por Victorhugo Montoya Chávez. 369

9) *STC 00316-2011-PA, de fecha 20 de julio de 2012. Carácter autoaplicativo de las normas, prohibición de dragas y derecho de propiedad.* Por Fabiana Orihuela Silva. 377

10) *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.* Por Javier Adrian Coripuna. 385

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Francisco Balaguer Callejón
Crisis económica y crisis constitucional en Europa 391

Rolando Luque Mogrovejo
La solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 409

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Laura Rangel Hernández
Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos 443

REVISTA DE REVISTAS

Cuestiones Constitucionales 457
Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura 459
Revista Española de Derecho Constitucional 461

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 libe 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 acudirse 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 libe 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.