

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Título completo del trabajo

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por un conjunto de ciudadanos contra la Ordenanza 014-2018-MPSCH, expedida por la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco, que declara de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de su jurisdicción entre otras medidas.

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que presenta:

César Augusto De las Casas Díaz

REVISOR :
Luis García Westphalen

Lima, 2022

RESUMEN.

Se desarrolla el análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró fundada parcialmente la acción de inconstitucionalidad interpuesta por un conjunto de ciudadanos contra la Ordenanza 014-2018-MPSCH, expedida por la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco, que declara de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de su jurisdicción entre otras medidas. Se analizan dos problemas. El primero relativo a la vulneración del principio de competencia y de taxatividad por parte de la municipalidad al emitir la Ordenanza Municipal No. 014-2018-MPSCH. El segundo problema aborda la cuestión de la aplicación efectiva del derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado, reflexionándose sobre el papel que cumple el Tribunal Constitucional como entidad responsable de la defensa de la constitución y los derechos fundamentales y, en ese sentido, como creadora de derecho y promotora de la paz social. Se efectúa un análisis jurídico del bloque constitucional ambiental y de recursos naturales, comparando la sentencia del TC con otras sentencias similares.



INDICE

RESUMEN.....	1
I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS.....	5
III. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	6
IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.....	8
V. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	9
VI. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SUGIERE EL CASO.....	11
VII. ANÁLISIS DEL CASO.....	12
PRIMER PROBLEMA: ¿Constituye la Ordenanza Municipal que declara de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de su jurisdicción, una vulneración del principio de competencia, del principio de unidad del Estado y del principio de integridad de interpretación del bloque constitucional ambiental (artículos 67 y 68 de la Constitución)?.....	12
a) Principio de unidad en el ejercicio del gobierno del Estado.....	12
b) Principio de competencia entre órganos del Estado.....	19
c) Principio de integridad de la interpretación del bloque constitucional ambiental.....	27
SEGUNDO PROBLEMA: ¿Constituye la sentencia del Tribunal Constitucional un reconocimiento efectivo del derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (artículo 2, numeral 22, de la Constitución y Ley General del Ambiente - LGA)?.....	36
El derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado.....	36
Los recursos naturales son patrimonio de la Nación.....	47
Interés nacional, interés colectivo, bien común y la concesión minera.....	55
El derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado. El aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales.....	62
La OM-014-2018, el principio precautorio y la declaración de intangibilidad de las cabeceras de cuenca.....	68
Las áreas de conservación municipal (ACM) carentes de existencia legal.....	71
Derechos fundamentales de la constitución como orden material de valores.....	78
El acceso al agua como derecho fundamental.....	80
Tratamiento del derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado a nivel internacional y regional.....	83
VIII. RECOMENDACIONES.....	86
VIII. CONCLUSIONES.....	86

VERSIÓN FINAL

ALUMNO: CESAR AUGUSTO DE LAS CASAS DÍAZ

CÓDIGO: 19752082

Número De la sentencia o Resolución	EXPEDIENTE 00012-2019-131/TC, PLENO SENTENCIA 343/2020 del 16 de junio de 2020
Área(s) del Derecho sobre las cuales versa el contenido de la sentencia o Resolución	Derecho ambiental, derecho de los recursos naturales, derecho constitucional, derecho procesal constitucional, derecho administrativo, derechos fundamentales
Demandante	CIUDADANOS C. MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SANTIAGO DE CHUCO
Demandado	Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco
Instancia/Organismo	Tribunal Constitucional
Otros	Asunto: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por un conjunto de ciudadanos contra la Ordenanza 014-2018-MPSCH, expedida por la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco, que declara de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de su jurisdicción entre otras medidas.

I. INTRODUCCIÓN.

La cuestión que se desarrolla en el presente informe jurídico analiza dos problemas identificados con relación a la vulneración de los principios de unidad del ejercicio del gobierno del Estado, el de competencia y el de interpretación integrada del bloque constitucional, así como los relativos al derecho fundamental a vivir en un medio equilibrado y adecuado para el desarrollo de la personalidad y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, conforme a la Constitución de 1993, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho.

En el desarrollo del análisis abordaremos la naturaleza de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (TC), destacando que este tiene un papel principal en la preservación del Estado Social y Democrático de Derecho, en la promoción de la democracia y en la protección de los derechos fundamentales y el mantenimiento de la paz social. Su función va más allá de la mera aplicación de la norma constitucional a los casos concretos, para ser un actor estratégico en el respeto de los principios constitucionales, como son la separación de poderes y la dignidad de la persona humana. En ese sentido, consideramos que el TC cumple una función activa en la implementación y creación de la norma constitucional, materializándola en el fortalecimiento de las instituciones propias del Estado de Derecho, de tutela de los derechos fundamentales y de defensa de la Constitución.

Asimismo, en el caso que se analiza se abordan cuestiones jurídicas derivadas del proceso de descentralización y de los distintos intereses y prioridades entre las autoridades del gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales.

La controversia materia del presente informe jurídico tuvo lugar en la provincia andina de Santiago de Chuco, rica en actividades destinadas a la ganadería, la agricultura y, al mismo tiempo, poseedora de yacimientos mineros cuya explotación es vista por algunos pobladores locales, como la base para promover el desarrollo económico de la provincia. La provincia de Santiago de Chuco tiene dentro de su jurisdicción concesiones otorgadas para la realización de actividades mineras de extracción principalmente de oro y cobre. En los últimos años, La Libertad ha llegado a ocupar el primer lugar entre las regiones productoras de oro, desplazando a la región Cajamarca a un segundo lugar.

La presencia simultánea de estas actividades económicas ha sido motivo de conflictos sociales y ambientales, así como del aprovechamiento político de distintas organizaciones que concurrían entonces a las elecciones al gobierno regional de Santiago de Chuco. Las condiciones del conflicto entre apoyadores y detractores de la actividad minera fueron empeorando hacia mayo y julio de 2018, debido al aumento de la actividad minera ilegal, frente a la cual no se había hecho nada para erradicarla o formalizarla, causando según las denuncias la contaminación de las fuentes de agua, especialmente en Quiruvilca y otros distritos vecinos, a pesar de las gestiones ante el Gobierno Regional de Sánchez Carrión y el Ministerio de Energía y Minas (INFOREGION, 2018).

Diversas gestiones ante el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹ (OEFA) y la Fiscalía en Materia Ambiental no dieron respuesta a las preocupaciones de los pobladores, no obstante que la Agencia Nacional del Agua (ANA) había realizado acciones de monitoreo participativo y formulado pedidos para que se sancione a las empresas infractoras. La zona minera en Santiago de Chuco era motivo de interés para los inversionistas, como lo mostraba la presencia de dos grandes empresas transnacionales como la Barrick Michiquillay², la Newmont y la Placer Dome. (INFOREGION, 2018).

¹ Es el “ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA) y cumplimos una función normativa y supervisora con las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA) de ámbito nacional, regional o local.” Ver: <https://www.gob.pe/870-organismo-de-evaluacion-y-fiscalizacion-ambiental-que-hacemos>.

² **“Barrick Gold Corporation, principal productora de oro del mundo, repartirá mayores dividendos 18 diciembre, 2018”**: “La principal productora de oro del mundo, Barrick Gold Corporation, confirmó su anterior anuncio de mejores retornos para los inversionistas en el último tramo del año. La minera ha anunciado un dividendo en el cuarto trimestre de 2018 dividendos de US\$0.07 por acción, que serán pagados en enero de 2019 a sus accionistas. La minera global indica que con este resultado cancelará un dividendo anual de US\$0.16 por acción, un 25% mayor al conseguido en 2017. Este anuncio lo hace luego de que una corte en Jersey aprobara la fusión con la sudafricana Randgold y su consiguiente cambio de símbolo bursátil para la Bolsa de Valores de Nueva York. Actualmente su símbolo es ABX y la empresa quería que, tras la fusión, sea GOLD, pero este ya este ya tiene dueño: Randgold American Depositary Shares, que cotiza en el Nasdaq. Se espera que la fusión se concluya en enero de 2019”. “Barrick será la minera de oro más grande del mundo, pero concentraremos nuestros esfuerzos en hacer de esta empresa la más valiosa de la industria. Buscando, desarrollando y operando los mejores activos, con las personas mejor calificadas, generaremos ganancias sostenibles para nuestros propietarios y socios”, dijo Mark Bristow, el entrante CEO de la fusión Barrick-Randgold. En nuestro país, Barrick opera la mina Lagunas Norte, en la región La Libertad. Diversos despachos de prensa sostienen que la minera planea seriamente vender este activo.” Ver: <https://energiminas.com/barrick-gold-corporation-principal-productora-de-oro-del-mundo-repartira-mayores-dividendos/>. Acceso el 29 de noviembre de 2021.

II. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS.

2. Aprobación de la Ordenanza Municipal No. 014-2018-MPSCH (OM-014-2018).

2.1. Tomando como referencia el contexto descrito en los antecedentes, el 28 de noviembre de 2018, la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco aprobó la Ordenanza Municipal No. 14-2018-MPSCH, la cual fue publicada el 10 de febrero de 2019 en el Diario Oficial.

2.2. Con la Ordenanza Municipal No. 14-2018-MPSCH se adoptaron siete decisiones:

2.2.1. Declaró de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce, especialmente las ubicadas en las cabeceras de microcuenca en toda la jurisdicción de la provincia de Santiago de Chuco, que se describen más abajo (artículo 1º)

2.2.2. Declaró de interés prioritario para el desarrollo sostenible la protección de todas las fuentes de agua dulce (ríos, quebradas, lagunas, vertientes, manantiales y aguas subterráneas), para “todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el subsuelo (aguas subterráneas).” Con ese propósito, priorizó las siguientes áreas geográficas (artículo 2º):

- La jurisdicción de la Provincia de Santiago de Chuco, esto es todo el territorio de la provincia.
- En particular las cabeceras de las microcuencas del Río San Antonio, Río Chorobal, Río Angasmarca y Río Sarín; de la subcuenca del río Tablachaca, de la cuenca del río Santa.
- Asimismo, a las siguientes “unidades morfológicas que conforman las microcuencas y quebradas principales de los ríos”, como se indica en la siguiente tabla:

TABLA No. 1 - MICROCUENCAS Y QUEBRADAS PRINCIPALES EN LA PROVINCIA DE SANTIAGO DE CHUCO, LA LIBERTAD.	
SUBCUENCA o MICROCUENCA	QUEBRADAS PRINCIPALES
Río San Antonio (Santiago o Huaychaca)	Caballo Moro, Llaray, Alumbre, Miraflores, Inchaca, Jaulabamba, Huacamarcanga, Chacomás. Canre, Patarata, Huarán, Suyarida, Coptos, Pañarida y Cambulvara.
Río Chorobal	Calipuy, Lamball y Caypanda.
Río Angasmarca	Hijadero, Condogorco, Ucumal, Colorado, Huaygorral, Ahijadero, San Francisco, La Colpa, Piscochaca, Sacalla.
Río Sarín	El Aliso, Agua Blanca, Huallay

Fuente: Artículo Primero de la Ordenanza Municipal No. 14-2018-MPSCH.

2.2.3. Declaró a ciertos territorios de la provincia de Santiago de Chuco como “áreas de conservación municipal” y determinó cuáles serían las zonas de amortiguamiento (artículos 2º, 3º y 4º):

- A la **quebrada de Huacamarcanga** perteneciente a la microcuenca del Río San Antonio (Santiago o Huaychaca), ubicada en los distritos de Santiago de Chuco y Quiruvilca, provincia Santiago de Chuco, departamento La Libertad;

en donde se estableció “una zona de amortiguamiento de 5 kilómetros a la redonda, con un área a delimitar de 7,387.89 hectáreas” (artículo 2º).

- **A la quebrada de Caballo Moro**, perteneciente a la microcuenca del Río San Antonio (Santiago o Huaychaca), en el distrito de Quiruvilca, provincia de Santiago de Chuco, departamento La Libertad; en donde se estableció “una zona de amortiguamiento de 5 kilómetros a la redonda, con un área a delimitar de 5,328.519 hectáreas” (artículo 3º).
- **A las quebradas de Alumbre, Miraflores, Inchaca y Jaulabamba**, perteneciente a la microcuenca del Río San Antonio (Santiago o Huaychaca), en el distrito de Quiruvilca, provincia de Santiago de Chuco, departamento La Libertad; en donde se estableció “una zona de amortiguamiento de 5 kilómetros a la redonda, con un área a delimitar de 7,853.98 hectáreas” (artículo 4º).

2.2.4. Declaró la suspensión de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el subsuelo (aguas subterráneas); con apoyo de las autoridades de la jurisdicción ordinaria y/o de las autoridades de la jurisdicción especial rondera; de las siguientes unidades morfológicas (artículo 5º), que se indican en la tabla siguiente:

TABLA No. 2 - MICROCUENCAS Y QUEBRADAS PRINCIPALES EN LA PROVINCIA DE SANTIAGO DE CHUCO, LA LIBERTAD.	
SUBCUENCA o MICROCUENCA	QUEBRADAS PRINCIPALES
Río San Antonio (Santiago o Huaychaca)	Caballo Moro, Llaray, Alumbre, Miraflores, Inchaca, Jaulabamba, Huacamarcanga, Chacomás. Canre, Patarata, Huarán, Suyarida, Coptos, Pañarida y Cambulvara.
Río Chorobal	Calipuy, Lamball y Caypanda.
Río Angasmarca	Hijadero, Condogorco, Ucumal, Colorado, Huaygorral, Ahijadero, San Francisco, La Colpa, Piscochaca, Sacalla.
Río Sarín	El Aliso, Agua Blanca, Huallay

Fuente: Artículo Quinto de la Ordenanza Municipal No. 014-2018-MPSCH.

- 2.2.5. Decidió solicitar al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP) la inscripción de las áreas de protección municipal (artículo 6º).
- 2.2.6. Decidió solicitar a la Autoridad Nacional del Agua (ANA) para que registre oficialmente a todas las fuentes de agua dulce en la jurisdicción de la Provincia de Santiago de Chuco, proponiéndose un convenio interinstitucional (artículo 7º).
- 2.2.7. Decidió implementar un Sistema Provincial de Identificación, vigilancia, Control, Fiscalización de la Calidad y Protección de los ecosistemas de agua dulce en toda la jurisdicción de la Provincia de Santiago de Chuco (artículo 8º).

III. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Con fecha 5 de junio el señor **Didamin Mizraim Alcalde Obeso**, en representación de un conjunto de ciudadanos, interpone una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal

Constitucional (TC), contra la Ordenanza Municipal No. 014-2018-MPSCCH expedida por la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco, con base en los argumentos siguientes:

Vulneración del Principio de unidad del Estado.

- 3.1. Los demandantes sostienen que, conforme al principio de unidad del Estado, los gobiernos locales son autónomos únicamente respecto de las competencias que le han sido asignadas por la Constitución y la legislación.

Los principios de efecto útil y poderes implícitos, y el principio de progresividad.

- 3.2. Ninguno de estos principios puede ser invocado por la municipalidad para justificar la infracción parcial de la Constitución cometida a través de los artículos del 1 al 5 de la ordenanza materia de la acción de inconstitucionalidad, ya que la municipalidad se ha irrogado competencias que no le corresponden.

Vulneración de la libertad de empresa e industria

- 3.3. La solicitud de inscripción de las áreas de conservación municipal ante el Servicio Nacional de Parques (SERNANP), conforme al artículo 6 de la ordenanza materia de la acción, es inconstitucional por ser contraria a los artículos 58 y 59 de la Constitución que establecen la libertad de empresa e industria.

Vulneración del derecho de propiedad.

- 3.4. Asimismo, el artículo 6 viola el derecho de propiedad al disponer la inscripción de las áreas creadas ante el SERNANP.

Vulneración del principio de competencia entre órganos del Estado.

- 3.5. La municipalidad carece de competencia para declarar áreas de conservación municipal e imponer regulaciones sobre las actividades mineras, regular los recursos hídricos y el medio ambiente dentro de la jurisdicción de la provincia de Santiago de Chuco y, por ende, no puede ordenar la paralización de todas las actividades mineras de la zona, porque su regulación es competencia exclusiva del gobierno nacional (artículos 194 y 195 de la Constitución).
- 3.6. La municipalidad únicamente comparte limitadamente competencias con los demás niveles de gobierno, en lo que se refiere a la conservación y protección del medio ambiente (artículos 15, 42, 43 y 44 de la LBD; artículos 3 y 37 de la LOM). El ámbito de su competencia se restringe exclusivamente a la preservación y administración de las áreas naturales protegidas que se encuentran dentro de su jurisdicción.
- 3.7. El Decreto Supremo N° 038-2001-AG, "Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas", publicado el 26 de junio de 2001, invocado por los demandados, fue derogado y carece de vigencia legal. Pero éste tampoco adjudicaba competencias a los gobiernos locales para la creación de áreas de conservación municipal ni para disponer la suspensión de las actividades mineras dentro de su jurisdicción.
- 3.8. La indicada ordenanza es violatoria de los artículos 58, 59, 159, 194 y 195 de la Constitución; 38, 40, 73, 74, 75 y 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante LOM); 8, 26, 35 y 36 de la Ley de Bases de la Descentralización (en adelante LBD). Igualmente, la ordenanza es contraria a la Ley de Recursos Hídricos-Ley 29338 (LRH), así como de otros dispositivos legales detallados en su demanda.

3.9. La municipalidad no puede impedir que, las empresas autorizadas mediante los respectivos títulos y permisos emitidos por las autoridades competentes del gobierno nacional, puedan realizar actividades de exploración y la explotación, sea con proyectos mineros en marcha en la zona o que pretendan hacerlo en el futuro,

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La municipalidad basó su contestación en los siguientes argumentos:

Competencia municipal para la preservación y conservación de la biodiversidad y recursos naturales.

4.1. La obligación del Estado de preservar y conservar la biodiversidad de la naturaleza y los recursos naturales alcanza a los tres niveles de gobierno, conforme a los principios constitucionales en materia ambiental y la Ley No. 28611, Ley General del Ambiente.

Impedir el deterioro ambiental y la extinción de los espejos de agua y de las cabeceras de cuenca.

4.2. La ordenanza impugnada tiene por objetivo impedir el deterioro ambiental de los espejos de agua naturales y las cabeceras de cuenca³ que han sido preservados en la jurisdicción de la provincia. Esto se logrará mediante la protección, conservación y restauración de la flora y fauna silvestre, y de los recursos hídricos necesarios para el consumo de la población, la irrigación para la agricultura y la actividad pecuaria.

4.3. Dentro de esos objetivos, la municipalidad pretende evitar el riesgo de extinción de las fuentes de agua de la zona, debido a la fragilidad de los ecosistemas y a la sequía y escasez del recurso hídrico que impactan en los caseríos, poblaciones y distritos de la provincia de Santiago de Chuco.

Proteger los intereses colectivos de la provincia de Santiago de Chuco y de sus habitantes.

4.4. La Ordenanza no es contraria a los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de industria, ni al derecho de propiedad. Sólo se busca evitar la degradación ambiental en beneficio del interés colectivo, ante el riesgo que implica la depredación y extracción de sus aguas por acción de intereses particulares.

4.5. Se quiere proteger los intereses colectivos de la provincia de Santiago de Chuco y de sus habitantes, mediante la creación de áreas de conservación natural en los territorios de la provincia. El establecimiento de las áreas naturales protegidas no implica ninguna restricción a la titularidad de derechos de ningún propietario ni a las actividades que realizan algunas personas en el área en cuestión.

³ **“Cabecera de cuenca:** Es donde se originan los cursos de agua de una red hidrográfica. Aquellas zonas localizadas en las nacientes de los cursos de agua y perimétricas de la unidad hidrográfica -mayor, drenadas por cursos de agua de orden, según el Método Strahle”. Decreto Supremo que aprueba el “Marco Metodológico de Criterios técnicos para la Identificación, Delimitación y Zonificación de Cabeceras de Cuenca”; y modifica el numeral 103.5 del artículo 103 del Reglamento de la Ley No. 29338, Ley de Recursos Hídricos, aprobado mediante Decreto Supremo No. 001-2010-AG.

V. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Con fecha 16 de junio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional emite la Sentencia No. 343/2020, fallando en el sentido de **declarar fundada en parte la demanda por ser inconstitucionales los artículos 2, 3, 4 y 5** de la Ordenanza Municipal No. 014-2018-MPSCH, expedida por la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco, con base en los siguientes fundamentos:

Inconstitucionalidad de la Ordenanza por vulneración del principio de unidad (taxatividad y residualidad) y del principio de competencia.

5.1. Los artículos 2, 3, y 4 son **inconstitucionales** como resultado de la aplicación del principio de unidad que incluye a los de taxatividad y residualidad, y del principio de competencia, artículo 5. Conforme al TC la municipalidad carecía de la competencia para decidir sobre la intangibilidad de las cabeceras de cuenca dentro de su jurisdicción provincial.

Afectación del interés nacional y el bien común.

5.2. Las municipalidades son competentes para desarrollar y regular actividades y/o servicios en temas ambientales y de sustentabilidad de recursos naturales (artículo 195, numeral ocho, de la Constitución y leyes vigentes). Pero esas competencias no son exclusivas sino compartidas con el gobierno nacional, como es el caso del otorgamiento de concesiones y la regulación del aprovechamiento de los recursos naturales.

5.3. La suspensión de las licencias de otorgamiento de las concesiones mineras por la municipalidad, mediante la creación de zonas intangibles en las cabeceras de las cuencas, va contra el interés nacional y el bien común.

5.4. Asimismo, el artículo 73 de la LOM y la Ley de Bases de la Descentralización (LBD) definen las situaciones en las que se dan las competencias exclusivas o compartidas. Por eso, la defensa del medio ambiente o, específicamente de las cabeceras de las cuencas hidrográficas, debe hacerse en coordinación con el gobierno nacional y mediante las competencias compartidas con el correspondiente nivel de gobierno.

5.5. Las cabeceras de cuenca en donde se originan los cursos de agua que forman los ríos, han sido reconocidas por el estado como lugares ambientalmente vulnerables e intangibles. Pero los gobiernos locales carecen de la competencia para la creación de áreas naturales protegidas, pudiendo sólo identificar territorios que necesiten de protección y proponer el establecimiento de esas áreas, conforme al inciso tres del artículo 73 de la LOM.

5.6. La propuesta debe ser hecha a la ANA, en concordancia con el artículo 75 de la Ley de Recursos Hídricos (LRH), modificado por la Ley 29338 del 16 de agosto de 2017 que reconoció a las cabeceras de cuenca como lugares ambientalmente vulnerables. Se trata de una competencia taxativamente otorgada a la ANA.

5.7. Declarar infundada la demanda en los demás puntos (artículos 1, 6, 7 y 8):

5.7.1. La Ordenanza Municipal sólo reconoce el valor clave de las cabeceras de cuenca (artículo 1 de la Ordenanza).

5.7.2. La declaración de interés prioritario de todas las fuentes de agua dulce no es contraria ni interfiere con las competencias del gobierno nacional, porque no

dispone ningún otro acto jurídico que invada otras competencias de gobiernos distintos, sino sólo la presentación de una solicitud al SERNANP (artículo 6 de la Ordenanza).

5.7.3. La Municipalidad goza de la atribución que le otorga el artículo 73.3 (LOM) sobre protección y conservación del ambiente, pudiendo legítimamente identificar las fuentes hídricas y los ecosistemas particularmente frágiles y proponer a las instituciones competentes el establecimiento de un área de conservación ambiental local.

5.7.4. La propuesta debe ser hecha a la ANA que goza de la competencia taxativa (artículo 75 de la LRH, modificado por la Ley 29338 sobre reconocimiento de las cabeceras de cuenca como ambientalmente vulnerables), (artículo 7 de la Ordenanza).

TABLA No. 3 – COMPARACIÓN OM-014-2018 Y STC 0012-2019	
ORDENANZA MUNICIPAL (OM-014-2018)	SENTENCIA TC
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Declaró de interés prioritario para el desarrollo sostenible: ✓ la protección de todas las fuentes de agua dulce (ríos, quebradas, lagunas, vertientes, manantiales y aguas subterráneas), ✓ para “todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el subsuelo (aguas subterráneas)”; y • priorizó ciertas áreas geográficas (artículo 1º). 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ El artículo 1 de la OM-014 se limita a reconocer el valor clave que tienen las cabeceras de cuenca. • La Municipalidad goza de la atribución sobre protección y conservación del ambiente: <ul style="list-style-type: none"> ✓ pudiendo legítimamente identificar las fuentes hídricas y los ecosistemas particularmente frágiles; y, ✓ proponer a las instituciones competentes el establecimiento de un área de conservación ambiental local. ➤ La declaración de interés prioritario de todas las fuentes de agua dulce: <ul style="list-style-type: none"> ✓ no es contraria ni interfiere o invade las competencias del gobierno nacional. ✓ se limita a la presentación de una solicitud al SERNANP. ➤ El reconocimiento y protección de las cabeceras de cuenca como ambientalmente vulnerables: <ul style="list-style-type: none"> ✓ debe ser hecha a la ANA que tiene la competencia taxativa en materia de recursos hídricos.
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Declaró a ciertos territorios de la provincia de Santiago de Chuco como “áreas de conservación municipal”; y, ➤ Determinó cuáles serían las zonas de amortiguamiento (artículos 2º, 3º y 4º). 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Los artículos 2, 3 y 4 son inconstitucionales: <ul style="list-style-type: none"> ✓ Aplicación del principio de unidad y del principio de competencia que incluye a los de taxatividad y residualidad. ✓ La municipalidad carecía de la competencia para decidir sobre la intangibilidad de las cabeceras de cuenca dentro de su jurisdicción provincial. ✓ Los gobiernos locales carecen de la competencia para la creación de áreas naturales protegidas: <ul style="list-style-type: none"> ○ sólo pueden identificar territorios que necesiten de protección y proponer el establecimiento de esas áreas, conforme al inciso tres del artículo 73 de la LOM.
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Suspensión de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera: <ul style="list-style-type: none"> ✓ que contamine o afecte la superficie, el aire o el subsuelo (aguas subterráneas); 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Las municipalidades tienen competencias compartidas con el gobierno nacional: <ul style="list-style-type: none"> ✓ para desarrollar y regular actividades y/o servicios en temas ambientales y de sustentabilidad de recursos naturales (artículo 195, inciso 8, de la Constitución y las leyes vigentes).

<ul style="list-style-type: none"> ✓ con apoyo de las autoridades de la jurisdiccional ordinaria y/o de las autoridades de la jurisdicción especial rondera; de varias unidades morfológicas (artículo 5º). 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ es el caso del otorgamiento de concesiones y la regulación del aprovechamiento de los recursos naturales. ➤ Va contra el interés nacional y el bien común: <ul style="list-style-type: none"> ✓ a suspensión de las licencias de otorgamiento de las concesiones mineras por la municipalidad, mediante la creación de zonas intangibles en las cabeceras de las cuencas, ➤ Las situaciones en las que se dan las competencias exclusivas o compartidas están definidas en las LOM (artículo 73) y la LBD: la defensa del medio ambiente o, específicamente de las cabeceras de las cuencas hidrográficas: <ul style="list-style-type: none"> ✓ debe hacerse en coordinación con el gobierno nacional y mediante las competencias compartidas con el correspondiente nivel de gobierno.
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Decidió solicitar al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP) la inscripción de las áreas de protección municipal (artículo 6º). 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ La declaración de interés prioritario de todas las fuentes de agua dulce no es contraria ni interfiere con las competencias del gobierno nacional: <ul style="list-style-type: none"> ✓ porque no dispone ningún otro acto jurídico que invada otras competencias de gobiernos distintos, sino sólo la presentación de una solicitud al SERNANP.
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Decidió solicitar a la Autoridad Nacional del Agua (ANA) para que registre oficialmente a todas las fuentes de agua dulce en la jurisdicción de la Provincia de Santiago de Chuco, proponiéndose un convenio interinstitucional (artículo 7º). 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ La propuesta debe ser hecha a la ANA, en concordancia con el artículo 75 de la Ley de Recursos Hídricos (LRH), modificado por la Ley 29338 del 16 de agosto de 2017: <ul style="list-style-type: none"> ✓ LRH reconoció a las cabeceras de cuenca como lugares ambientalmente vulnerables. ✓ es una competencia taxativa de la ANA.
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Decidió implementar un Sistema Provincial de Identificación, vigilancia, Control, Fiscalización de la Calidad y Protección de los ecosistemas de agua dulce en toda la jurisdicción de la Provincia de Santiago de Chuco (artículo 8º). 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Declarada infundada. ➤ La municipalidad es competente para implementar el Sistema Provincial de Identificación, vigilancia, Control, Fiscalización de la Calidad y Protección de los ecosistemas de agua dulce.

VI. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SUGIERE EL CASO.

PRIMER PROBLEMA: ¿Constituye la Ordenanza Municipal que declara de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de su jurisdicción, una vulneración del principio de competencia, del principio de unidad del Estado y de integridad de la interpretación del bloque constitucional⁴ ambiental (artículos 67 y 68 de la Constitución)?

⁴ “Se considera que las leyes orgánicas y aquellas otras que regulan materia constitucional integran el denominado «bloque de constitucionalidad», el cual está conformado por aquellas normas que sirven como parámetro para juzgar la constitucionalidad de las leyes. Lo peculiar de esta situación reside en el hecho de que las normas integrantes del «bloque» son leyes ordinarias igual que las sometidas al control constitucional, sin embargo, sirven como parámetro para apreciar la constitucionalidad de estas. Ello sucede —cuando menos en el ordenamiento jurídico peruano— en razón de la materia regulada por la ley integrante del bloque, tal como se desprende del artículo 79º del Código Procesal Constitucional que establece lo siguiente: «Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona». El Tribunal Constitucional, ha señalado que «Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de estos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos»⁴. En esta dirección, también ha indicado que el bloque

SEGUNDO PROBLEMA: ¿Constituye la sentencia del Tribunal Constitucional un reconocimiento efectivo del derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (artículo 2, numeral 22, de la Constitución y Ley General del Ambiente (LGA))?

VII. ANÁLISIS DEL CASO

PRIMER PROBLEMA: ¿Constituye la Ordenanza Municipal que declara de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de su jurisdicción, una vulneración del principio de competencia, del principio de unidad del Estado y del principio de integridad de interpretación del bloque constitucional ambiental (artículos 67 y 68 de la Constitución)?

El **primer problema** plantea tres cuestiones relativas al denominado “test de competencia” que responderemos en ese mismo orden, en el sentido de si hubo vulneración del:

- a) Principio de unidad en el ejercicio del gobierno del Estado
- b) Principio de competencia entre órganos del Estado.
- c) Principio de integridad de la interpretación del bloque constitucional ambiental.

Conforme a la metodología empleada por el TC, empezaremos el análisis del primer problema aplicando la prueba de control de constitucionalidad que debe empezar⁶ con el análisis de la unidad del ejercicio del gobierno del Estado.

a) Principio de unidad en el ejercicio del gobierno del Estado.

El principio de unidad en el ejercicio del gobierno del Estado se deriva del artículo 43 de la Constitución:

“La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.”

De otra parte, el artículo 189 de la Constitución establece que en el territorio de la República “se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado”.

Con la dación de la OM-014 por la municipalidad ocurrió una vulneración del principio de unidad del gobierno del Estado, afectando directamente también a los principios de separación de poderes y de legalidad.

de constitucionalidad está conformado por el conjunto de normas que sirve para juzgar los vicios de constitucionalidad de una norma, precisando que, a tal efecto, se utiliza como canon interpretativo las normas constitucionales y, en razón de desarrollar su contenido, diversos tipos de normas” (Blancas, 2017: 42-43).

⁵ En el presente caso el bloque de constitucionalidad “está compuesto por los artículos 194 y 195 de la Constitución y por las siguientes normas con rango de ley: (i) Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización (ii) Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (iii) Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos (iv) Ley 30640, Ley que modifica la Ley de Recursos Hídricos (y) Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas (vi) Decreto Ley 30640, Ley Orgánica del Sector de Energía y Minas” (STC Expediente No 0012-2019-PI-TC, fundamento 104).

⁶ “Para ello resulta relevante aplicar el test de la competencia, desarrollado por este Tribunal en la Sentencia 0020-2005-PI/TC. De conformidad con dicho test, primero debe analizarse el principio de unidad y luego el principio de competencia” (STC Expediente No 0012-2017-P1/TC, fundamento 19. Cajamarca, conflicto de competencia con el Ministerio de Cultura sobre pueblos indígenas).

La Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) establece que:

“La estructura, organización y funciones específicas de los gobiernos locales se cimientan en una visión de Estado democrático, unitario, descentralizado y desconcentrado, con la finalidad de lograr el desarrollo sostenible del país. En el marco del proceso de descentralización y conforme al criterio de subsidiariedad, el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función⁷; por consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y éstos, a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales” (Artículo V.- Estado democrático, descentralizado y desconcentrado. LOM).

Asimismo, en el ejercicio de las funciones de gobierno, cada uno de los niveles de actuar de modo que pueda armonizar y actuar en beneficio del interés público:

“El gobierno en sus distintos niveles se ejerce dentro de su jurisdicción, evitando la duplicidad y superposición de funciones, con criterio de concurrencia y preeminencia del interés público⁸”

En la jerarquía entre las normas jurídicas conforme establece la Constitución, esta “prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente” (artículo 51 de la Constitución). La consecuencia es que el ordenamiento jurídico debe ser interpretado tomando como parámetro el texto de la Constitución. Por eso, el ordenamiento jurídico puede ser objeto de un control de constitucionalidad, sea por un proceso concentrado ante el Tribunal Constitucional con la acción de inconstitucionalidad o acción popular, o mediante el control difuso⁹ o de inaplicabilidad que practican los jueces y tribunales de justicia al preferir a la norma constitucional sobre la de menor jerarquía, cuando esta última es contraria a la Constitución, garantizando de este modo el debido proceso (Rojas, 2021).

En consecuencia, de haber alguna ley, decreto legislativo, ordenanza municipal o reglamento que esté vulnerando en la forma o el fondo los mandatos de la Constitución y los derechos fundamentales de las personas, por ejemplo, cuando no se respetan los procedimientos constitucionales para la formulación de las normas legales, corresponde ejercer el control constitucional mediante las acciones de inconstitucionalidad o de acción popular a fin de conseguir que, esos dispositivos ilegales e inconstitucionales, sean retirados del ordenamiento jurídico (Landa, 2018).

⁷ Este razonamiento coincide con el enfoque ecosistémico introducido por el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) que recomienda la aproximación local en el desarrollo de las políticas, programas y proyectos basados en ese enfoque. El Perú ha recogido el enfoque ecosistémico en su Ley General del Ambiente (artículo 93 de la LGA).

⁸ Artículo VII.- Relaciones entre los gobiernos nacional, regional y local, de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM).

⁹ “...el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138º de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciados en el artículo 51º de nuestra norma fundamental. Este control es el poder-deber consubstancial a la función jurisdiccional a efectos de garantizar que el proceso sea debido, en el sentido de que sea un proceso constitucional, es decir, que una causa ha de conducirse procesalmente y ser resuelta, en cuanto al fondo, conforme a normas de indubitable constitucionalidad, pues no puede reputarse como debido proceso a aquél en el que, o es resuelto conforme a normas procesales de cuestionable constitucionalidad, o el fondo de él es resuelto en aplicación de normas sustantivas cuya inconstitucionalidad resulta evidente. Por ello, además, desde tal perspectiva, el control de inaplicabilidad también viene a ser un principio de la función jurisdiccional en el sentido del artículo 139º de nuestra Constitución” (STC Expediente No 145-99-AA/TC, fundamento 3).

Los principios de competencia y de jerarquía del ordenamiento jurídico permiten establecer la validez de las normas conforme a los parámetros de la Constitución respecto de la forma de organización del Estado, los derechos fundamentales de las personas y las normas que regulan la vida social y política. Todas las distintas áreas del ordenamiento jurídico tienen su sustento en la Constitución, la cual les sirve como criterio de integración y unidad jurídica. En ese sentido, el ordenamiento jurídico que se cree no sólo debe estar alineado con los mandatos constitucionales, sino que no debe ser opuesto a su texto y debe guardar una relación equilibrada y en armonía con los mismos. En el caso de la OM-014, se trata de una cuestión de conflicto de competencias por infracción de la Constitución entre dos órganos del poder del Estado, gobierno nacional y gobierno local, y no de jerarquía normativa legal por tratarse la ley y la ordenanza de normas jurídicas generales de jerarquía equivalentes, pero con ámbitos jurisdiccionales de aplicación territorial distintos.

En ese contexto, los procesos de acción popular, de inconstitucionalidad y competencial tienen como finalidad “la defensa de la Constitución y, en su caso, de la ley, frente a infracciones contra su jerarquía normativa” (artículo 74 del Código Procesal Constitucional), se trate de una infracción realizada de manera directa o indirecta, de modo parcial o total, o por la forma o el fondo de la norma en cuestión. Asimismo, se puede interponer la demanda de inconstitucionalidad contra las normas que ostenten el rango de ley, como son las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados (con o sin aprobación legislativa), Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales (artículo 76 del Código de Procesos Constitucionales). El efecto de declarar la “ilegalidad o inconstitucionalidad” de una norma legal es que todas las normas conexas también serán declaradas ilegales o inconstitucionales (artículo 77 del Código de Procesos Constitucionales).

La declaración de inconstitucionalidad deja sin efecto las normas sobre las cuales hubo un pronunciamiento. Los alcances de la declaración de inconstitucionalidad son generales y no tienen efecto retroactivo (artículo 80 del Código de Procesos Constitucionales). Esto último significa que podría haber efectos de la aplicación de la OM-014 que puedan ser irreversibles, debido a su implementación desde el momento en que fue aprobada por la municipalidad hasta que varios de sus artículos fueron declarados inconstitucionales, tema jurídico que debería eventualmente ser resuelto por el TC, de ser el caso. Es así como las declaraciones de ilegalidad e inconstitucionalidad no habilitan para la reapertura de algún proceso concluido mientras la norma impugnada estuvo vigente (artículo 82 del Código Procesal Constitucional), excepto en los asuntos en materia tributaria considerados expresamente en la Constitución (artículo 74, último párrafo, y artículo 103, segundo párrafo). Finalmente, las normas que fueron derogadas por la norma declarada ilegal o inconstitucional no recuperarán su vigencia (artículo 82 del Código Procesal Constitucional).

En general, la delimitación de las competencias entre los poderes y diferentes órganos constitucionales es una cuestión principal en el proceso de definir la constitucionalidad de las normas con rango de ley, lo que resulta particularmente delicado en los Estados unitarios y descentralizados como es el caso del Perú (artículo 43 de la Constitución). Esto es coherente con el Código Procesal Constitucional que dispone la necesidad de efectuar una interpretación integral de la norma legal impugnada, mediante el análisis no solo del texto constitucional, sino de las leyes vigentes con las que se ha establecido la competencia o atribuciones de los poderes y órganos del Estado o regulado los derechos fundamentales de las personas (artículo 79 del Código Procesal Constitucional).

Pueden ser cometidas infracciones constitucionales en la forma en la que una norma legal con rango de ley es aprobada. Ello ocurre cuando no se ha seguido el procedimiento legislativo que la Constitución establece, lo que no es el caso de la OM-014 que estamos analizando. En segundo lugar, cuando dicha norma con rango de ley asume una materia que ha sido reservada para ser abordada formalmente por otra fuente del derecho, como es el caso de las leyes orgánicas que son el único medio legal para regular la creación, organización y funciones de los ministerios (artículo 106 de la Constitución). Finalmente, el tercer caso es el de un órgano constitucionalmente incompetente que expide una norma legal careciendo de competencia para hacerlo¹⁰.

En el caso de la OM-014, estaríamos frente a una infracción constitucional en el fondo, porque es una vulneración de normas constitucionales sustantivas y de orden público constitucional, porque se emitido una ordenanza municipal para regular temas relativos a las actividades de minería y de conservación de los recursos naturales, que sólo puede ser abordado por leyes, decretos legislativos o decretos de urgencia dados por el poder ejecutivo.

Si bien se ha utilizado la forma de una norma jurídica que es equivalente en jerarquía a una norma con rango de ley, como es la ordenanza, la materia sobre la cual la municipalidad ha pretendido regular se refiere a asuntos sobre los cuales carece de competencia exclusiva y taxativa o teniendo solo competencias compartidas en algunos aspectos, como ocurre con la regulación sobre áreas naturales de conservación. En este caso, para los demandantes se trata de una infracción constitucional de fondo porque sostienen que se ha vulnerado derechos y principios fundamentales relativos a la libertad empresarial, de la inversión privada y el derecho de propiedad¹¹. Ese criterio no fue compartido por el TC, para el cual, del análisis en abstracto de las normas impugnadas, no puede concluirse que hubo una infracción de fondo por vulneración de esos derechos¹². Desde nuestro punto de vista, la interpretación dada por el TC es, en principio, parcialmente correcta, porque no se ha probado que la dación de la OM-014 haya implicado la ejecución de acciones materiales que hayan producido una vulneración de esos derechos fundamentales. Sin embargo, como veremos más adelante, el hecho mismo de disponer la inscripción de las áreas de conservación en el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP) implicaría, de llegarse a ejecutar, una interferencia en el derecho real que los demandantes han recibido a través de la concesión minera.

La vulneración cometida contra los principios constitucionales de competencia y de taxatividad de estas, constituye una infracción de fondo sobre la cual el TC se ha pronunciado correctamente. Es una infracción de fondo porque las competencias de los órganos del Estado y de la taxatividad de su atribución, corresponden a la esfera del orden público constitucional

¹⁰ STC Expediente No 00020-2005-AI 00021-2005-AI-TC, fundamento 22.

¹¹ “La propiedad confiere a su titular tres atributos o facultades: los derechos de usar, disfrutar y disponer. Puede ocurrir que el propietario atribuya por un plazo dos de dichos atributos, el uso y el disfrute, caso en el cual estamos frente a un usufructo; o que confiera solo el uso, con lo que el titular sería un usuario. Y cuando el derecho de uso recae sobre una casa destinada a vivienda, nos encontramos con el derecho de habitación” (Avendaño et al., 2017: 9).

¹² “Sin embargo, este Tribunal considera que, pese a los alegatos de los demandantes, de autos no se desprende una incidencia negativa en abstracto respecto del contenido constitucionalmente protegido de las libertades económicas invocadas, más aún si los demandantes no han indicado de qué manera la declaración de las cabeceras de cuenca detalladas en la ordenanza, como áreas de conservación municipal, y la consecuente suspensión de actividades contaminantes, implican por sí mismas la vulneración de tales derechos. (STC Expediente No 0012-2019-PI-TC, fundamento 187)

recogido en los principios¹³ que acabamos de mencionar, así como en los relativos a la unidad en el gobierno del Estado y la interpretación integrada del bloque constitucional. Son, en ese sentido, infracciones de fondo que fueron correctamente subsanadas mediante la declaración de inconstitucionalidad parcial por el TC.

Como el TC sólo declaró la inconstitucionalidad de algunos artículos de la OM-014, tenemos que el tipo de infracción constitucional cometida por la expedición de esa norma fue de naturaleza parcial. En consecuencia, la OM-014 continuó teniendo validez en los artículos cuyo pedido de inconstitucionalidad fue declarado por el TC como infundado, manteniendo entonces su vigencia y efectos legales plenos en esos puntos¹⁴. Hay que considerar que la inconstitucionalidad de una norma legal puede alcanzar, incluso, únicamente a ciertas palabras o a su sentido interpretativo, dejando vigente el resto del texto.

Junto con la infracción constitucional de fondo cometida con la dación de la OM-014 se tiene la afectación directa (artículo 75 del Código Procesal Constitucional) cometida por la ordenanza contra los principios constitucionales de competencia, taxatividad y unidad en el ejercicio del gobierno. En este caso, la infracción ocurre sin que haya necesidad de verificar la existencia de una incompatibilidad previa de la OM-014 impugnada con alguna otra norma legal, lo que en el presente caso se dio de modo adicional, porque conforme al bloque de constitucionalidad, en materia de falta de competencia constitucional hubo vulneración de las competencias exclusivas del poder ejecutivo y de varios de sus órganos y otras compartidas, conforme a los siguientes dispositivos legales: Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización; Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos; Ley 30640, Ley que modifica la Ley de Recursos Hídricos; Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas; y, Decreto Ley 30640, Ley Orgánica del Sector de Energía y Minas. En ese sentido, hubo tanto una infracción directa contra el texto constitucional pero indirecta respecto de las normas legales antes mencionadas.

En este punto surge como pregunta la posibilidad de que los campesinos y los ciudadanos en general pudieron haber interpuesto una acción de amparo contra la vulneración de su derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2, inciso 22, de la Constitución) resultante de la inacción del gobierno nacional en la adopción de medidas preventivas y precautorias frente a los impactos que las actividades mineras tendrían sobre los espejos de agua y las cabeceras de cuenca. La presentación de la acción de amparo sería posible y permitiría al TC pronunciarse en el sentido de disponer la protección del derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado, en tanto que el artículo 44 del Código Procesal Constitucional tutela, entre otros derechos, los referidos al libre desenvolvimiento de la personalidad (inciso 2); a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (inciso 25); al agua potable (inciso 26); a la salud (inciso 28); y los demás que establece la Constitución.

¹³ “Las infracciones constitucionales de fondo tienen lugar cuando la materia regulada por la norma con rango de ley, resulta contraria a algunos de los derechos, principios y/o valores constitucionales, es decir, cuando resulta atentatoria no de las normas procedimentales o del poder legislativo, sino de las normas sustanciales reconocidas en la Constitución” (STC Expediente No 00020-2005-AI 00021-2005-AI-TC, fundamento 23).

¹⁴ “...la ley es parcialmente inconstitucional cuando sólo una fracción de su contenido dispositivo o normativo resulta inconstitucional. En caso de que el vicio parcial recaiga sobre su contenido dispositivo (texto lingüístico del precepto), serán dejadas sin efecto las palabras o frases en que aquel resida. Si el vicio recae en parte de su contenido normativo, es decir, en algunas de las interpretaciones que pueden ser atribuidas al texto del precepto, todo poder público quedará impedido, por virtud de la q sentencia del Tribunal Constitucional, de aplicarlo en dichos sentidos interpretativos” (STC Expediente No 00020-2005-AI 00021-2005-AI-TC, fundamento 25).

Cuando la municipalidad emitió la OM-014 vulneró el principio constitucional que atribuye competencias¹⁵ y funciones a los poderes y órganos del Estado. Con el principio constitucional de competencia se asigna a los gobiernos regionales y locales ciertas competencias aplicables dentro del ámbito territorial, conforme a las materias que la Constitución y las leyes le otorgan. Los criterios de jerarquía normativa y territorial articulan los distintos niveles, nacional, regional y local, en lo que corresponde al ejercicio unitario de gobierno. Esa asignación de competencias a los gobiernos regionales y locales se hace de conformidad con el **principio de taxatividad**, por el cual son la Constitución y las leyes orgánicas las que determinan cuáles son competencias exclusivas y compartidas, respectivamente, gozando el Poder Ejecutivo de una competencia residual (cláusula de residualidad del artículo 195 de la Constitución) en el caso de competencias que no hayan sido asignadas taxativamente a los gobiernos regionales y locales.

En consecuencia, en el principio constitucional de competencias atribuidas al gobierno nacional y a los gobiernos regionales y locales, confluyen atribuciones dadas conforme a los criterios de jerarquía normativa y taxatividad en la atribución de competencias.

Las fuentes del derecho del sistema jurídico del Perú están organizadas con base a la jerarquía entre las normas y la competencia entre los órganos responsables de formularlas y aprobarlas. En este caso, las leyes y los decretos legislativos tienen el mismo rango y jerarquía normativa, pero se distinguen con base al criterio de cuál de los poderes del Estado es competente para sancionarlos, definiéndose los criterios con los que se debe efectuar la prueba de competencia constitucional. El TC¹⁶ ha señalado que debe considerarse el **principio de unidad dentro de la diversidad** que implica analizar las competencias y atribuciones de los órganos de poder en la controversia. Al respecto, Landa (2018) destaca, siguiendo a la sentencia del TC, que las relaciones entre los poderes del Estado están sometidas al **principio de competencia y no al de jerarquía**. Son las competencias atribuidas en la distribución del poder del Estado, conforme a los distintos niveles de gobierno y órganos constitucionales autónomos (Landa, 2018). Esas distintas competencias así distribuidas se ejercen conforme al principio de unidad política del Estado, lo que implica que se sigan los fines a los que el Estado está obligado conforme al artículo 44 de la Constitución y otros (Landa, 2018).

En ese sentido, es claro que se trata de un proceso en el que los poderes no solo comparten ciertas competencias, sino que siempre ejercen formas de control mutuo, lo cual es coherente con el principio de separación de poderes entendido como de equilibrio de poderes. Aunque la Constitución no utiliza el término “equilibrio de poderes”, se puede decir que, en las acciones de control legislativo y político entre el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, hay un ejercicio recíproco del control en el que la cooperación puede ser fundamental para la gobernabilidad del país. En consecuencia, la separación de poderes no puede entenderse como una “separación” total, porque dentro de ella hay canales de interacción que conectan y establecen mecanismos de cooperación y control entre los poderes del Estado.

Los municipios pueden aprobar las ordenanzas, que son normas legales con rango de ley. Cuando el municipio emitió la OM-014 invadió las competencias del gobierno nacional y de varios de sus organismos especializados, vulnerando las condiciones de cooperación que deben existir entre los distintos niveles de gobierno y vulnerando los principios de legalidad y de competencia.

¹⁵ STC Expedientes acumulados 00020-2005-PI/TC y 00021-2005-PI/TC.

¹⁶ STC Expedientes acumulados 00020-2005-PI/TC y 00021-PI/TC.

Desde un punto de vista estricto, se puede afirmar que la municipalidad, empujada por la necesidad y la indiferencia del gobierno nacional y sus organismos autónomo, efectuó un ejercicio abusivo y parcialmente inconstitucional de su potestad legislativa en materias en las cuales carecía de competencia constitucional. Aunque la **“Constitución no ampara el abuso del derecho”** (artículo 103 de la Constitución), el TC ha actuado con la suficiente flexibilidad y ponderando correctamente entre los derechos fundamentales involucrados en relación con la dignidad de las personas como finalidad suprema de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución) y el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2, inciso 22, de la Constitución). El TC se ha esforzado porque su sentencia guarde un equilibrio conveniente entre los bloques constitucionales de los derechos ambientales y de recursos naturales y los que corresponden al régimen económico. Como se ha manifestado en otra parte de este informe, la interpretación efectuada abordaría el tema de la falta de competencias de un modo integral, sin caer en la tentación de desarrollar un análisis fragmentado de los principios y reglas constitucionales y cuidando que articular correctamente el derecho constitucional sustantivo con el derecho procesal constitucional.

El TC ha recordado la obligación de los funcionarios públicos en el sentido que “deben ejercer sus competencias y atribuciones de manera proporcionada al **principio de ‘lealtad constitucional’¹⁷** (...)” que implica el deber de “respetar el orden público constitucional realizando un ejercicio responsable de las funciones atribuidas por la Constitución y la ley, así como a la jurisprudencia constitucional vinculante¹⁸”.

Estos enfoques se enmarcarían en el propósito más general que persigue el artículo 45 de la Constitución que, respecto del ejercicio del poder, señala que:

“El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.”

En ese sentido, la Constitución establece que los gobiernos locales son competentes para el desarrollo y regulación de actividades en los campos del medio ambiente y sostenibilidad de los recursos naturales, concretamente para:

“Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiental, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.” (artículo 195, inciso 8).

Asimismo, la Ley de Bases de la Descentralización, (LBD) promueve el proceso de regionalización como un proceso permanente, dinámico, obligatorio, vinculante para todos los poderes del Estado, gradual, irreversible democrático, y su financiamiento se basa en principios como el de neutralidad y el de la subsidiariedad respecto al gobierno central. La regionalización se da en todos los planos político, económico, social y cultural (artículo 4 de la LBD). Además, en materia de principios específicos de la descentralización fiscal se guía por competencias bien definidas e

¹⁷ Itálica y negritas añadidas. El concepto de “principio de lealtad constitucional”, según la STC, ha sido recogido por Lucas Verdu, Pablo. 1985. El sentimiento constitucional.

¹⁸ STC Expediente No. 0001-2012-PI/TC, del 17 de abril de 2012, declarando inconstitucional la Ordenanza Regional de Cajamarca No. 036-2011-GR.CAJ-CR (**OR-036-2011**). La demanda de inconstitucionalidad fue presentada por el Fiscal de la Nación contra la OR-036-2011 que declaró inviable la ejecución del Proyecto Minero Conga, llevada adelante por la empresa Yanacocha.

todos los niveles de gobierno, transparencia, predictibilidad, neutralidad en la transferencia de recursos, y endeudamiento público externo (artículo 5 de la LBD).

b) Principio de competencia entre órganos del Estado.

La acción de inconstitucionalidad (inciso 4 del artículo 200) es una de acciones que se puede plantear para la restitución de las garantías constitucionales frente a la vulneración de la Constitución o de los derechos fundamentales recogidos en ella.

TABLA No. 4 – LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES (artículo 200 de la Constitución)	
1. Acción de Hábeas Corpus	Que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. Acción de amparo
2. Acción de Amparo	Que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.
3. Acción de Hábeas Data	Que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5 y 6 de la Constitución.
4. Acción de Inconstitucionalidad	Que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.
5. Acción Popular	Que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. Acción de cumplimiento.
6. Acción de Cumplimiento	Que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Un asunto para dilucidar previamente a la realización de la prueba del principio de competencia de los órganos del Estado es el papel que corresponde al Tribunal Constitucional (TC) como órgano de control constitucional, correspondiéndole conocer en última instancia la acción de inconstitucionalidad (artículo 202, inciso 1 de la Constitución). Asimismo, es competencia del Tribunal Constitucional tomar conocimiento de los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, según haya sido establecido (inciso 3, artículo 202 de la Constitución).

Una primera consideración en el análisis de la inconstitucionalidad de la OM-014, es que al Tribunal Constitucional le corresponde fallar en defensa de la Constitución y no decidir directamente si la OM-014 vulnera los derechos fundamentales. Sin embargo, al pronunciarse sobre el tema de la competencia necesitó efectuar la ponderación de principios y derechos fundamentales en materia social, ambiental y de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. En ese sentido, al decidir sobre la vulneración del principio de competencia debe hacerlo en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho como una cuestión de fondo. El derecho procesal constitucional adquiere entonces una importancia mayor en nuestro análisis, sin dejar de considerar que junto con el derecho constitucional sustantivo forman una unidad. En ese sentido, se trata de identificar si la municipalidad tenía las competencias para dar la OM-014, lo que es estrictamente una cuestión de derecho constitucional sustantivo en el marco del bloque constitucional ambiental, pero cuya solución, en la sentencia emitida por el TC, no busca únicamente fallar sobre su inconstitucional sino comunicar a los ciudadanos una serie de ponderaciones sobre los principios y derechos fundamentales involucrados.

El TC se ha pronunciado¹⁹ sobre cuestiones relativas a la autonomía de los gobiernos locales, bloque de constitucionalidad y los alcances constitucionales de las ordenanzas municipales, señalando que el bloque de constitucionalidad del caso estaba integrado por la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización; Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos; Ley 30640, Ley que modifica la Ley de Recursos Hídricos; Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas; Decreto Ley 30640, Ley Orgánica del Sector de Energía y Minas.

Asimismo, se ha pronunciado²⁰ estableciendo que:

“...los Gobiernos locales no puedan (sic) emitir ordenanzas en un ordenamiento jurídico aislado, sino que deberán enmarcar el ejercicio de sus competencias en un sistema jurídico armónico, en el cual se respetan las atribuciones asignadas a cada nivel de Gobierno. Esto se traduce en que bajo ningún supuesto los Gobiernos locales pueden desconocer las disposiciones expedidas por el Gobierno nacional sobre la materia.”

Dentro de las cuestiones sobre las que debe pronunciarse el Tribunal Constitucional (TC), pueden existir algunas que dependen de la naturaleza jurídica de la acción constitucional planteada, como es, por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad (AI) que, siendo un proceso de control abstracto de normas, en el caso que se comenta, no habilita al TC a pronunciarse sobre la titularidad de una competencia a la que se refería el artículo 113²¹ del Código Procesal Constitucional (actualmente derogado). Es el caso de aspectos relativos al derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la dignidad humana, y los distintos principios del derecho ambiental aplicables, como son los de prevención y precautorio, pero sobre las cuales no hay un pronunciamiento dentro de la sentencia del TC, primando la solución de cuestiones relativas al conflicto de competencias. Como se ha dicho antes, el TC sugiere que esos otros temas, como son de la responsabilidad del gobierno nacional y sus agencias, sea este el que tome cuenta de las coordinaciones e implementación de políticas públicas que aseguren el desarrollo sostenible de la provincia de Santiago de Chuco, de manera que se pueda armoniosamente conciliar el derecho al desarrollo con el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado.

En ese sentido, el análisis de las normas no puede efectuarse de modo aislado sin considerar el conjunto del ordenamiento jurídico existente, lo cual implica tomar en cuenta los principios y reglas constitucionales y legales, así como la jerarquía y las competencias propias de los distintos niveles de gobierno y sus normas.

Se considera que el proceso constitucional puede tener dos dimensiones: objetiva y subjetiva²². En principio, la acción de inconstitucionalidad exige que el TC resuelva en un sentido objetivo,

¹⁹ STC Expediente No. 00021-2018-AI/TC/TC, fundamento 16, de 30 de setiembre de 2020, en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo en contra de la Ordenanza 014-2016-MPH de la Municipalidad Provincial de Huara (MPH), que pretendía regular el transporte terrestre,

²⁰ STC Expediente No. 00021-2018-AI/TC.

²¹ “Artículo 113.- Efectos de las Sentencias. La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia.”

“Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos. Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas.” Código Procesal Constitucional ley N° 28237 (Derogada por Ley N° 31307 del 21 de julio de 2021).

²² Así se ha pronunciado al Tribunal Constitucional en la sentencia relativa a la hoja de coca (STC Expediente No. 00020-2005-AI-TC/ 00021-2005-AI-TC acumulados).

efectuando un juicio respecto de normas jerárquicamente subordinadas a los parámetros establecidos por la Constitución, operando de este modo el control de constitucionalidad de las normas legales con rango de ley, como es el caso de la OM-014 respecto de las normas en materia de competencia.

Sin embargo, como se acaba de señalar, una cuestión importante es que la acción de inconstitucionalidad se debe resolver considerando también a los derechos subjetivos que eventualmente pueden haber sido vulnerados, como son los derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En la práctica el TC ha reconocido que no debe existir una oposición entre el criterio subjetivo propio de la tutela de los derechos fundamentales y el criterio objetivo de protección y defensa de la Constitución²³. Esto significa que la acción de inconstitucionalidad debe ser resuelta en el marco del respeto de los derechos fundamentales, principalmente de la dignidad de la persona humana como fin supremo de la sociedad y el Estado del artículo 1 de la Constitución, lo cual también está conforme con el artículo II del Título Preliminar del Código Proceso Constitucionales, que establece que:

“Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y su fuerza normativa.”

En ese sentido, la ley no puede ser aplicada únicamente como una norma abstracta carente de materialidad o de relación concreta con las personas como sujetos del derecho. De lo contrario estaríamos aceptando la posibilidad de que el texto abstracto y general de la norma constitucional, establezca criterios restrictivos sobre los derechos de naturaleza individual, social y económica, lo cual, sería contrario al espíritu del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio de igualdad de derechos y oportunidad que se busca construir, lo que – destaca el TC – está contemplado en el inciso 2 del artículo 2, sobre la igualdad ante la ley y la no discriminación, y el artículo 59 de la Constitución que establece como deber del Estado promover la superación de cualquier desigualdad, estimulando la creación de riqueza.

El Estado Social y Democrático de Derecho está íntimamente vinculado a la democracia como principio básico, como un concepto complejo, de dimensiones variadas y muchas veces delimitado de una forma poco precisa, motivo por el cual es importante dar atención a tres elementos claves para su formulación (Barak, 2020). El primer elemento es de orden formal y tiene que ver con la efectiva vigencia del derecho y, el segundo, es de carácter social y está relacionado a los requisitos básicos que deben cumplirse para la existencia material del derecho, lo que rutinariamente se desarrolla mediante la jurisprudencia y los estudios doctrinales. Finalmente, hay un tercer elemento que es sustantivo y tiene que ver con los pesos y contrapesos que el Estado de Derecho aplica en las relaciones entre las personas vistas individualmente y la sociedad (Barak, 2000). Los tres elementos son indispensables en el Estado de Derecho e interactúan de modo complejo y dinámico entre sí, en un proceso en el que varias veces se entrecruzan, por lo que no siempre es posible individualizarlos claramente (Barak, 2020).

Para el Estado de Derecho y la democracia, el más importante entre los tres elementos es el tercero que se refiere a los aspectos sustantivos del derecho, cumpliendo el papel de soporte transversal de la arquitectura del Estado de Derecho y, por el cual, como componente sustantivo

²³ Interpretación dada por el Tribunal Constitucional en el fundamento 16 de la STC Expediente No. 00020-2005-AI-TC y 00021-2005-AI-TC (acumulados).

del Estado Social y Democrático de Derecho, no puede limitarse únicamente a una fórmula que lo reduzca a la implementación o aplicación de la norma. Entonces, se debe tomar en cuenta que la norma es la consecuencia de un proceso sustantivo que, partiendo de una apreciación determinada de la realidad, se proyecta hacia el nivel de la formulación doctrinaria. Por ello, la vigencia del Estado de Derecho y la democracia no se agota en el tema de la imposición del derecho, sino que es menester considerar los aspectos sustantivos del mismo, por ser estos la base sobre la que se levanta la gestión gubernamental y el ordenamiento jurídico (Barak, 2020). La democracia es el elemento clave en la interacción entre los tres elementos antes descritos, como son la vigencia formal del derecho, su materialidad dentro del tejido social y, por último, el más importante, el carácter sustantivo del derecho como herramienta para la construcción de consensos y la conciliación social (Barak, 2020). Es en ese contexto que el TC debe cumplir un papel en la construcción del proceso democrático y la paz social, contribuyendo positivamente, a través de su jurisprudencia, en la creación de un derecho que promueva los valores democráticos y de justicia social. La democracia, como vínculo político y social entre los sujetos que conforman el cuerpo político del Estado nacional, coloca al individuo en el centro del quehacer democrático, como sujeto titular de derechos fundamentales. En consecuencia, el Estado de Derecho, así entendido, emerge como el fundamento más importante de la democracia (Barak, 2020).

Estas reflexiones nos conducen a considerar la necesidad de tomar en cuenta a los fines esenciales del proceso constitucional que, justamente, se vinculan con el elemento sustantivo del Estado de Derecho y, por el cual, el TC debe actuar para resolver las acciones de inconstitucionalidad teniendo claridad sobre los “supuestos concretos” en los que la norma materia de la acción está siendo aplicada. En ese sentido, ambas dimensiones antes mencionadas, la subjetiva y objetiva del proceso de inconstitucionalidad, deben ser tomadas en cuenta. Esta doble dimensión no es contraria al control concentrado de la constitución que el TC realiza para tutelar la primacía y el cumplimiento de la norma constitucional. Al final, con ese ejercicio de defensa de la supremacía constitucional, también se está buscando evitar que los derechos subjetivos sean afectados.

Desde esa perspectiva, existe una relación de interdependencia entre el modo en el que la Constitución es conceptualizada y el proceso constitucional, así como, inversamente, entre el procedimiento y la Constitución²⁴. Como se ha dicho, este criterio está recogido en el Código de Procesos Constitucionales, que señala que los procesos constitucionales tienen como fines esenciales “garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa” (artículo II del Título Preliminar del Código de Procesal Constitucional).

De otro lado, adicionalmente a los procesos constitucionales de inconstitucionalidad, habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento y acción popular, existen en nuestro ordenamiento jurídico los procesos correspondientes a los conflictos de competencia (artículos 200 y 202, inciso 3, de la Constitución).

En consecuencia, en el caso de los conflictos de competencia, como sucede en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la OM-014, es obligación del TC “garantizar la **vigencia efectiva** de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de

²⁴ STC Expediente No. 00020-2005-AI-TC/ 00021-2005-AI-TC, acumulados, fundamento 18.

derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa” (artículo I del Título Preliminar del Código de Procesos Constitucionales).

El concepto de “vigencia efectiva” lleva a un debate en el que algunos autores como Häberle (2020) y Landa (2018) e incluso el TC en la sentencia del STC 0025-2005-PI y 0026-2005-PI²⁵, fojas 15 (Abad-Yupanqui, 2020), sostienen que el Derecho Procesal Constitucional es un “Derecho Constitucional concretizado” que le obliga a tomar distancia de las otras normas procesales distintas a la constitucional y de un enfoque que se agote en la interpretación positivista del derecho y del proceso, si es que realmente se quiere garantizar la “vigencia efectiva” de los derechos fundamentales (Abad-Yupanqui, 2020). Para Abad-Yupanqui (2020) esta postura tiene aspectos válidos, pero, en general, considera que sería cuestionable referirse a un “Derecho Procesal Constitucional concretizado” cuando hablamos de la “vigencia efectiva” de los derechos fundamentales que la Constitución dispone se garantice.

La tesis del “contenido esencial”, que es de origen europeo (Abad-Yupanqui, 2020), ha servido para que el TC fundamente varias de sus sentencias usándolo como equivalente al de tutela de un derecho social de “contenido constitucionalmente protegido²⁶”, en el sentido de que es difícil para un Estado hacer efectiva su obligación de atender dicho derecho, porque estaría dependiendo de la disponibilidad de recursos presupuestales. Por eso, se sugiere que, cuando el Código Procesal Constitucional se refiere a ese tipo de contenidos constitucionalmente protegidos, lo está haciendo respecto de la necesidad de delimitar los alcances del derecho tutelado, identificando a los sujetos titulares del mismo y a las obligaciones prestacionales a las que puede dar lugar (Abad-Yupanqui, 2020). En esa delimitación se requiere también tomar en cuenta los tratados y la jurisprudencia de los tribunales de justicia, a nivel internacional y regional (Abad-Yupanqui, 2020).

Conforme a Landa (2018), uno de los principios del proceso constitucional es el denominado **principio de autonomía procesal**, definido como la capacidad que le permitiría al TC introducir regulaciones e innovar respecto de las instituciones procesales existentes, cuando encuentra vacíos jurídicos en el Código Procesal Constitucional, porque no aborda algún aspecto fundamental. Esto es posible porque, tomando como punto de partida el contenido concreto de la constitución, el TC estaría en condiciones de generar derecho procesal frente a la existencia de algún aspecto de la norma de procedimientos que no ha sido considerado por el legislador. De este modo, el TC estaría dando cumplimiento al mandato y principio constitucional que le obliga a no dejar de aplicar justicia por el silencio o falta de disposición de la ley procesal (Landa, 2018). Este principio permite al TC resolver los casos concretos mediante la creación de normas procesales que suplan las deficiencias o vacíos de la ley, generando una jurisprudencia que sirva como precedentes vinculantes, conforme al artículo VII del Código Procesal Constitucional (Landa, 2018).

Un ejemplo de la aplicación del principio de autonomía procesal es la posición adoptada por el TC²⁷ al declarar improcedente la excepción de representación defectuosa de los demandantes, planteada por la Academia de la Magistratura en su condición de Partícipe del proceso, sobre la

²⁵ Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa y el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 22, inciso c), de Ley No. 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. STC 0025-2005-PI y 0026-2005-PI, fojas 15-16-17.

²⁶ STC Expediente No. 01417-2005-AA/TC, fundamento 21, cuyo texto hemos citado.

²⁷ Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa y el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 22, inciso c), de la Ley N.º 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. Expedientes acumulados 0025 Y 0026-2005-PI/TC, fundamentos 19 y 20.

intervención de una de las partes demandantes (Colegio de Abogados del Cono Norte carece de reconocimiento legal). En dichos fundamentos el TC innova y esclarece el papel del Partícipe, resolviendo un vacío del Código Procesal Constitucional, en el sentido de que “la intervención del Partícipe en el proceso de inconstitucionalidad es para enriquecer el proceso interpretativo en la controversia” o “aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo”. Por esta razón, “es su intervención en la vista de la causa el momento estelar y trascendental de su actuación”, pues de esta forma “el carácter democrático del proceso de inconstitucionalidad se pone de manifiesto, en una pluralidad de tesis interpretativas de la Constitución que se concretiza en un ámbito de publicidad: la Audiencia Pública. Así las cosas, el Partícipe tiene la oportunidad de exponer sus argumentos en la vista de la causa a modo de un ‘diálogo constitucional, democrático, plural y abierto”. El Partícipe, dice el TC, “es un sujeto procesal del proceso de inconstitucionalidad, pero no constituye parte”, motivo por el cual su intervención “... se circunscribe así estrictamente a los actos señalados, no pudiendo plantear nulidades o excepciones, pretensiones que sólo pueden proponerlas quienes detentan la condición de Parte en el proceso de inconstitucionalidad, más no quienes intervienen en la condición de Partícipes²⁸”.

Hay que recordar que el Código Procesal Constitucional establece que solamente cuando exista “vacío o defecto del presente código son de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los códigos procesales afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional y solo ante la ausencia de otros criterios” (Artículo IX, Aplicación supletoria e integración).

Respecto al principio de autonomía procesal, el TC ha destacado que las materias que son sometidas a su jurisdicción “no se desarrollan sobre un espectro rígido e inmutable. Por el contrario, la incuestionable ligazón existente entre realidad social y la Constitución en los Estados sociales y democráticos de derecho, imponen un margen de razonable flexibilidad al momento de decidir las causas que merecen un pronunciamiento por parte de la jurisdicción constitucional, sobre todo en aquellas latitudes en las que ésta tiene reciente data. Sólo así es posible sentar por vía de la jurisprudencia las bases mínimas para una verdadera identidad constitucional en cada uno de los ámbitos del derecho, y sólo así es posible que este Tribunal mantenga incólumes sus funciones de valoración, ordenación y pacificación²⁹”. El TC continúa en la misma sentencia³⁰ en el sentido de que, existiendo criterios jurídicos ya expresados en anteriores sentencias en relación con el contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en la Constitución, estos deben considerarse como “precedente vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del *CPCConst*³¹”. Esto se encuentra fundamentado en el principio de autonomía procesal, conforme al cual, sostiene el TC, existe “un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del *CPCConst*)”.

Igualmente, el TC destaca el papel que cumple el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, cuando impone al juez constitucional la obligación de:

²⁸ STC 0025-2005-PI y 0026-2005-PI, fojas 15-16-17.

²⁹ STC Expediente No. 1417-2005-AA/TC. Manuel Anicama Hernández contra el Poder Judicial, fundamento 45.

³⁰ Ídem, fundamentos 46 al 49.

³¹ Ídem, fundamento 47.

“...adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales, por lo que goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines de los procesos constitucionales³²”.

Conforme al TC, el único requisito para la creación de reglas con vocación de generalidad y que puedan ser aplicables en el futuro a situaciones similares, es que el ejercicio del principio de autonomía procesal tenga por finalidad “perfeccionar el proceso constitucional, y se encuentren limitadas por el principio de separación de poderes, la ya mencionada vigencia efectiva de los derechos fundamentales y los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

No obstante, es importante destacar que esa competencia para crear reglas que ayuden a perfeccionar el proceso constitucional está asociada al desarrollo de “los alcances del derecho fundamental de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales³³” que merecerían protección mediante la acción de amparo, como es el caso del derecho fundamental a la pensión en la sentencia sobre la acción de amparo. Para ello, deben cumplirse ciertos requisitos, como son el ser parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental (a la pensión, en este caso), en la que se incluyen a “las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho” (a la pensión).

Como consecuencia de esta sentencia y frente al número de demandas de amparo presentadas, el TC estableció que cualquier futura acción de amparo que pretenda el reconocimiento del derecho y que no se ajuste al “contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión (Fundamento 37 *supra*), debe ser declarada improcedente”. En sentido inverso, entonces, debería entenderse que toda acción sobre derechos fundamentales que haya sido materia de jurisprudencia en un número suficiente de casos y en la que se haya desarrollado el contenido esencial del derecho fundamental, debería ser declarada procedente. Aquí queda una cuestión abierta para el debate y a la cual nos hemos referido, por la posibilidad de considerar puedan ser incluidos el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2, numeral 22 de la Constitución), así como otros en materia de derecho al medio ambiente y a los recursos naturales.

Landa (2018) comparte el parecer del TC cuando destaca que la jurisprudencia ha recogido el principio *pro homine*, conforme al cual, quien imparte justicia debe dar preferencia a la interpretación que resulte “más favorable para la optimización de los derechos fundamentales de la persona; el principio de celeridad procesal, que es consustancial a los procesos constitucionales de tutela urgente, entre otros” (Landa, 2018: pos863).

Para Abad-Yupanqui (2020), el caso se debe entender en el contexto de la acción de amparo en aplicación del artículo 200, numeral 2, de la Constitución, en el sentido de que dicho recurso procede contra la acción u omisión de una autoridad, funcionario o persona que quebrante o coloque en riesgo el respeto de los derechos de la persona, distintos a aquellos protegidos por los recursos de habeas data o contrarios a la libertad individual con el habeas corpus.

Aunque existe una diferencia sustantiva entre el procedimiento de acción de inconstitucionalidad, como es el caso de la OM-014 que estamos analizando, en el cual el bien jurídico que el TC busca tutelar es la vigencia de la Constitución, particularmente en lo relativo

³² Ídem, fundamento 48.

³³ Ídem, fundamento 37.

al principio de competencia entre los organismos del Estado y otros como el principio de unidad del Estado, en el caso mencionado líneas arriba, referido a la acción de amparo, el bien o bienes constitucionales que se quiere tutelar corresponde a los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, como hemos visto, la doctrina y el TC son claros al indicar que el examen y decisión de una acción de constitucionalidad debe hacerse en el marco del respeto a los derechos fundamentales que corresponden al Estado Social y Democrático de Derecho. Por eso es que el TC, al evaluar la demanda interpuesta contra la OM-014 de la Municipalidad de Santiago de Chuco, realiza una ponderación entre los argumentos constitucionales planteados por ambas partes, en el que aparentemente se oponen derechos correspondientes al régimen económico constitucional, como son la libertad de industria y la de realizar actividades empresariales sin intervención del Estado, frente a un conjunto de derechos fundamentales de orden ambiental, como son el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado y los relativos a la protección de la biodiversidad y al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Para Abad-Yupanqui (2020) se debe evitar la tendencia a incrementar de modo ilimitado la lista de derechos fundamentales, tema en el cual sostiene que los jueces han sido muy complacientes con los litigantes. Por eso, considera que la acción de amparo³⁴ corresponde al proceso constitucional para la defensa de los derechos fundamentales protegidos por la constitución, excepto los de libertad individual del habeas corpus y otros tutelados por el habeas data y sobre los cuales existe jurisprudencia del TC. En otras palabras, la Constitución ha preferido la inclusión de todos los demás derechos y no solo los que están indicados en el artículo 2 de la Constitución, pero haciendo una distinción entre aquellos indicados en el capítulo primero del Título I de la Constitución, a lo que se denomina derechos fundamentales, y los que están dispersamente indicados en otras partes del texto constitucional que corresponden a los derechos sociales y económicos del Capítulo II y los políticos del Capítulo III (Abad-Yupanqui, 2020). Pero la fórmula utilizada en el texto constitucional, que dispersa al conjunto de los derechos, no afecta la naturaleza fundamental de ellos (Abad-Yupanqui, 2020) porque en la práctica han sido igualmente materia de protección constitucional en las acciones de amparo presentadas ante el TC, sin importar en qué título y capítulo del texto constitucional se encuentran.

El TC se ha referido a la “doble dimensión y al doble carácter de los derechos fundamentales³⁵”. La doble dimensión corresponde a la división entre una dimensión subjetiva, que se ocupa de la existencia de “sujetos titulares” de derechos, y una dimensión objetiva que tiene que ver con la necesidad de protección de los bienes jurídicos constitucionales. Esta dimensión objetiva define a los derechos fundamentales como bienes jurídicos institucionales cuya existencia es “independiente” de los sujetos titulares³⁶. De este modo, puede afirmarse, junto con el TC, que se trata de garantías subjetivas y garantías institucionales. En el caso de los derechos como garantías subjetivas, se quiere tutelar las condiciones jurídicas de derecho subjetivo que el titular de estos ostenta, bajo el enfoque de que se trata de la protección de la dignidad humana³⁷ que es una finalidad del Estado y de la sociedad.

En cambio, los derechos objetivos que corresponden a la tutela del bien jurídico institucional, en donde se quiere proteger ciertos objetivos establecidos por la Constitución, conforme al Estado Social y Democrático de Derecho, quedan fuera de la posibilidad de que el legislador u otra autoridad estatal pueda afectarlos mediante leyes que reduzcan su ámbito y alcances de

³⁴ Artículo 200, numeral 2, de la Constitución.

³⁵ STC Exp. N° 01470-2016-PHC/TC.

³⁶ STC Exp. N° 01470-2016-PHC/TC, fundamento 16.

³⁷ STC Exp. N° 01470-2016-PHC/TC, fundamento 17.

protección existente³⁸. Al respecto, el TC ha destacado que los derechos fundamentales deben verse, desde su dimensión subjetiva, como un “derecho a algo”, que puede tratarse de una acción o inacción en un sentido determinado, lo que es apoyada por la teoría liberal de los derechos fundamentales. Sin embargo, teniendo los derechos fundamentales la condición de derechos subjetivos, se puede considerar que los derechos son también acciones en un sentido positivo y no solamente de derechos que exigen de parte del Estado el abstenerse de actuar en contra, por ejemplo, del derecho a la libertad personal frente a la cual el Estado debe evitar actuar. El derecho puede entonces tener ambas dimensiones, del Estado absteniéndose de actuar en contra o de acción positiva como ocurre en los derechos sociales³⁹.

c) Principio de integridad de la interpretación del bloque constitucional ambiental.

Al abordar el tratamiento que este principio de integridad de la interpretación del bloque constitucional ambiental recibe en la sentencia del TC que estamos analizando, nos encontramos con la cuestión planteada por la Constitución al establecer como derecho fundamental el de vivir en un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la personalidad. Este derecho al desarrollo de la personalidad está vinculado a la existencia de condiciones ambientales mínimas, dentro de las cuales el individuo, en ejercicio de su libertad, pueda tomar las decisiones adecuadas en un sentido favorable a sus necesidades e intereses. Si las condiciones ambientales no son equilibradas y adecuadas, el individuo estará sufriendo una limitación sustantiva a su libertad de escoger lo más conveniente para él. El desarrollo de la personalidad es considerado como un derecho residual, en tanto que, a pesar de corresponder a un aspecto central del derecho a la dignidad humana, no ha sido tratado expresamente en ningún otro de los derechos fundamentales, de modo semejante a como ha sido tratado en la Carta de Derechos de la Ley Fundamental alemana (Barak, 2020).

Un ambiente desequilibrado e inadecuado, además de insalubre, no ofrecerá condiciones apropiadas para la vida humana y mucho menos para el desarrollo de la personalidad en condiciones de libertad. Basta ver el ejemplo de los efectos que décadas de contaminación minera han tenido sobre la salud y muertes prematuras de los habitantes de la ciudad andina de La Oroya, cuyo caso ha terminado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁰. La dignidad humana, como derecho fundamental y fin supremo de la sociedad y el Estado, aparece como un mecanismo de control y de defensa frente a las restricciones inconstitucionales que eventualmente otros derechos fundamentales puedan sufrir (Barak, 2020). Este derecho goza

³⁸ “En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general, se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe refirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.” (STC Expediente No. 0048-2004-PI-TC, fundamento 15).

³⁹ STC Expediente No. 01470-2016-PHC/TC, fundamento 18.

⁴⁰ “Víctimas de contaminación ambiental en La Oroya, Perú, aplauden presentación del caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ver: <https://aida-americas.org/es/prensa/victimas-de-contaminacion-ambiental-en-la-oroya-aplauden-presentacion-del-caso-ante-la-corte-interamericana>.

de un carácter absoluto en su aplicación y es de suma utilidad frente a intentos de instrumentalizar la persona con el propósito de conseguir hipotéticamente satisfacer el interés público (Barak, 2020). Al igual que el derecho a la vida,⁴¹ a la salud o a la libertad, la dignidad humana opera como un derecho residual, justamente en el sentido de servir como punto límite de resistencia frente a los intentos de no respetar efectivamente los derechos fundamentales (Barak, 2020).

La dignidad humana como derecho y fin supremo de la sociedad y el Estado opera de modo independiente (Barak, 2020) contribuyendo a fortalecer la aplicación y respeto efectivo de otros derechos. En un mundo en constante transformación, la dignidad humana trasciende los horizontes del tiempo y se proyecta hacia el futuro, como ocurre con el principio de derechos intergeneracionales del concepto de desarrollo sostenible, de manera que, en las actividades económicas y productivas, así como en el aprovechamiento de los recursos naturales, se tome en cuenta las necesidades de las generaciones actuales y futuras. De este modo, la dignidad humana adquiere un significado jurídico principal (Barak, 2020).

En el análisis del principio de integridad de la interpretación del bloque constitucional, cuestión principal en la que los aspectos relativos a la prueba del conflicto de competencias entre órganos del Estado no puede abordarse como separada del resto de normas constitucionales, como son las referidas a la dignidad humana y los derechos fundamentales, específicamente el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la personalidad, encontramos que los procesos constitucionales están en su totalidad destinados a la protección del derecho constitucional, sea que se trate de la acción de inconstitucionalidad que estamos analizando en el caso de la OM-014 o de otras acciones como la de amparo, porque la protección de los derechos individuales es una manera efectiva de proteger a la Constitución, porque ambas están relacionadas (Häberle, 2020b). La dimensión subjetiva característica de la defensa de los derechos individuales converge con la dimensión objetiva representada por los desarrollos institucionales que ese derecho ha alcanzado y que se demuestra en el proceso de construcción del derecho constitucional y derecho procesal constitucional (Häberle, 2020b).

En ese contexto, destaca el TC, el Estado se presenta como “el destinatario de los derechos fundamentales a acciones positivas”, quien tiene la responsabilidad principal de la defensa de la persona humana y su dignidad⁴². Por eso, el Estado es quien debe “dar cumplimiento a la obligación correlativa derivada del derecho subjetivo que ostentan los particulares. Dichas acciones positivas responden a tres tipos de derechos: derecho a la protección, derecho a la organización y procedimiento y derecho a acciones positivas en sentido estricto o derechos sociales fundamentales⁴³”.

Es el último tipo de derechos el que nos interesa, porque se refiere a las condiciones en las que los derechos social y ambiental pueden ser exigidos, frente a los derechos de protección y de organización y procedimiento, en los cuales se le exige al Estado la protección de derechos individuales como son la libertad personal, la libertad de empresa y el derecho de propiedad,

⁴¹ “Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos.” (STC Expediente No 01535-2006-PA-TC, fundamento 83)

⁴² STC Exp. N° 01470-2016-PHC/TC, fundamento 18.

⁴³ STC Exp. N° 01470-2016-PHC/TC, fundamento 18

pudiendo en ese sentido dictarse regulaciones en materia penal, civil, tributaria, entre otras y estableciéndose entidades públicas reguladoras. En la práctica suele darse una colisión entre ambos tipos de derechos, aquellos que buscan la protección y los que pretenden que el Estado actúe en la efectivización del derecho social, como puede ser el conflicto entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo y la sindicalización, situación similar que se da frente a los derechos ambientales que son del tipo de acción positiva.

Los derechos sociales fundamentales no pueden ser únicamente principios y reglas de orden programático sin eficacia inmediata, sino que su efectivización debe darse de un modo positivo en la formulación de las políticas públicas del Estado, sin posibilidad de revertir lo avanzado⁴⁴. En ese sentido, el TC ha destacado que la cuestión no es si se trata de derechos fundamentales vinculantes o no, sino de conocer de qué forma el Estado tiene previsto efectivizar ese derecho⁴⁵, lo cual implica la formulación de políticas públicas que aspiren a alcanzar esa finalidad, la asignación de presupuestos anuales regulares y crecientes para esas actividades, la dación de normas complementarias que fortalezcan esos derechos, el fortalecimiento de capacidades institucionales y la promoción y difusión social de los bienes constitucionales inherentes a los mismos.

Esa efectivización de los derechos fundamentales como obligaciones del Estado, es fundamental en el análisis de la OM-014, porque coloca como tema de debate la urgencia de que el TC se abra a la necesidad de abordar el tema de la degradación ambiental, la pérdida de biodiversidad, la extinción de los espejos de agua y las cabeceras de cuenca, así como los impactos adversos producidos por el cambio climático, que no admiten se siga dilatando la implementación efectiva de esos derechos. Esto es especialmente cierto cuando consideramos que hemos adoptado en nuestra Constitución el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, dentro del cual hay dos cuestiones básicas a ser consideradas⁴⁶. La primera es la necesidad de crear las condiciones materiales mínimas para lograr las finalidades de esa forma de Estado. En segundo lugar, el Estado Social y Democrático de Derecho debe aproximarse a los propósitos perseguidos en el ámbito social, que incluyen al derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado, de manera que se esté en condiciones de asegurar oportunidades iguales para todos entre todas las clases sociales. Hay que tener presente que la degradación ambiental, la pérdida de diversidad biológica y los impactos negativos del cambio climático terminan profundizando las diferencias y asimetrías sociales y económicas ya existentes, y afectando las condiciones para el respeto de la dignidad humana. Debe ser una obligación efectiva del Estado trabajar en ese sentido, desarrollando una mejor regulación que, inmersa en una concepción del desarrollo sostenible, sea capaz de limitar el accionar de grupos de poder y de interés económico⁴⁷.

⁴⁴ STC Expediente 02016-2004-AA/TC, fundamento 10 y 11.

⁴⁵ STC Expediente 02016-2004-AA/TC, fundamento 24.

⁴⁶ STC Expediente 0008-2003-A1/TC, fundamento 12; STC Expedientes 02945-2003-AA/TC, fundamento 9 y STC 02016-2004-AA/TC, fundamento 8

⁴⁷ "Es ahí donde se hace necesaria la exigencia de los derechos sociales y económicos, también llamados derechos prestacionales, como la seguridad social, salud pública, vivienda, educación y demás servicios públicos, pues ellos representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación. Debe entenderse, empero, que cuando se habla de exigencia, nos referimos al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución. Ahora bien, -denominase comúnmente derechos sociales a las **facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas con relación a otros por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana.**" (STC Expediente No. STC 02016-2004-AA/TC, fundamento 9) (Nota: destaque en negrita añadido).

Como bien señala Abad-Yupanqui (2020) todos los derechos que están recogidos en la Constitución, incluyendo a los denominados derechos implícitos que provienen de la dignidad humana, deben ser reconocidos, sin importar en qué título o capítulo se encuentran, debiendo ser considerados materia de protección por medio del amparo y ser reconocidos como derechos fundamentales⁴⁸ (artículo 200 de la Constitución). Entre estos derechos debe incluirse también a los derechos sociales y a los derechos ambientales que son también derechos sociales porque tutelan la relación entre la colectividad humana y el ambiente.

Está reconocido ampliamente que la dignidad humana se ha convertido en un principio constitucional fundamental en la arquitectura del derecho constitucional y de los derechos fundamentales contemporáneos. La dignidad humana puede entenderse como “la humanidad de la persona humana como ser humano; es la protección de la humanidad de una persona. La perspectiva es tanto subjetiva (los sentimientos propios del individuo) como objetiva (considera al individuo como parte de una familia, un grupo o una sociedad)” (Barak, 2020: 346-347). En el concepto de dignidad humana se asume que el individuo mantiene un respeto hacia su propia persona y es capaz de quererse a sí mismo, sintiéndose como un ser viviente con capacidades e integridades físicas y espirituales, capaz de poder tomar de manera autónoma sus propias decisiones sin la imposición de ningún tipo de tutelas, incluyendo a las del Estado (Barak, 2020).

En el caso de la OM-014, esta fue dada por la municipalidad para proteger el interés colectivo de la provincia de Santiago de Chuco, respecto de la preservación de los espejos de agua y las cabeceras de cuencas, cuya vulnerabilidad ecosistémica había sido reconocida por el gobierno nacional y estaba amenazada por las actividades mineras formales e informales ahí desarrolladas. En ese sentido, hay que considerar que, si ocurre un daño a los espejos de agua y cabeceras de cuenca, este afectará profundamente a todos los habitantes de la provincia e, incluso, de otras provincias vecinas. Esta afectación por el daño será en algunos casos directa y en otros indirectamente, por lo que las personas que se sientan afectadas tendrían la legitimidad para actuar como demandantes en una acción de amparo para que se ponga fin o restrinja dicha actividad en términos sostenibles en beneficio de quienes se sienten colectivamente perjudicados (Basterra, 2014). La legitimidad para actuar se sustenta, en buena parte, en el alcance amplio que dicha afectación ambiental tiene sobre los intereses y bienes colectivos (Basterra, 2014). En ese sentido, la legitimación para actuar dependerá de la titularidad del derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado y no necesariamente de un derecho habilitante, como puede ser el que ejerce la concesión y permiso de explotación minera (Basterra, 2014).

Las raíces sustantivas del derecho procesal constitucional sugieren que este tiene una naturaleza que supera su aspecto formalmente instrumental y que interactúa de modo dinámico con el principio de la autonomía procesal. En ese contexto, como se ha señalado con referencias a Abad-Yupanqui (2020), hay quienes sostienen como Häberle (2020b) que se puede hablar de un

⁴⁸ “Los derechos sociales fundamentales tienen una estructura normativa de derecho subjetivo, en ese sentido contienen una relación de correspondencia entre un titular un destinatario respecto a una determinada acción. En ese sentido, los derechos sociales fundamentales facultan a su titular a exigir una determinada prestación por parte del destinatario del mandato, correlativamente, el destinatario del mandato tiene una obligación jurídica de cumplir con la prestación.” (STC Expediente No. 01470-2016-PHC/TC, fundamento 20).

“Reconstruir una estructura de derecho subjetivo para los derechos sociales fundamentales y justificar su vinculatoriedad ya sea como prerrogativas o como obligaciones jurídicas no es complicado, los problemas centrales de los derechos sociales se encuentran a nivel de su efectivización por parte del destinatario de estos. En efecto, la realización del mandato de deber ser de estos derechos está sujeto a cuestiones presupuestales y de política pública. Sin embargo, ¿es posible a partir de estas circunstancias fácticas justificar la no concretización de los derechos sociales fundamentales?” (STC Expediente No. 01470-2016-PHC/TC, fundamento 21).

“derecho constitucional concretizado⁴⁹” en relación dinámica con el derecho procesal constitucional, en el que este último puede ser objeto de una mejor y más profunda interpretación material desde el derecho constitucional sustantivo. (Häberle, 2020b). En ese sentido, la interpretación de Código Procesal Constitucional se realiza con base a los principios procesales constitucionales⁵⁰ y aquellos de la Constitución. Conforme a esto último, queda claro que la interpretación del bloque constitucional en materia de conflicto de competencias entre órganos del Estado, derechos fundamentales, derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado, y los relativos al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la libre iniciativa privada, entre otros, deben interpretarse de modo integral y en su totalidad junto con aquellas correspondientes al derecho procesal constitucional, incluyendo aquellas previas al proceso (Häberle, 2020b).

Adicionalmente, hay que cuidar de que la prueba de conflicto de competencias entre órganos del Estado, no se limite a considerar al derecho procesal constitucional como una cuestión meramente instrumental, accesoria y técnica, separada del derecho constitucional material, sino que se trata de un conjunto normativo constitucional de contenidos propios que le dan autonomía por tratarse de algo tan concreto como es la Constitución, norma suprema que sustenta al derecho y a la democracia en el Estado Social y Democrático de Derecho y que está abierta a la evolución del poder político y la profundización de los derechos fundamentales individuales y sociales (Häberle, 2020b). Estas reflexiones sobre la Constitución y su relación con los aspectos sustantivos y procesales de la misma son fundamentales, porque atañen a la manera en la que los conflictos políticos y jurídicos son resueltos, a la forma en la que las competencias entre poderes y órganos del Estado son realizadas – caso de la acción de inconstitucionalidad contra la OM-014 – y como son alcanzados los consensos y garantizadas la pluralidad política y la separación de poderes (Häberle, 2020b).

El derecho procesal constitucional actúa como un medio de conexión y transmisión entre la realidad concreta y el derecho constitucional sustantivo, orientando en la tarea de interpretación de la Constitución, de manera que el derecho se va actualizando y mejorando en

⁴⁹ “Por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado (Exps. 0025-2005-AI/TC y 0026-2005- AI/TC, Resolución, FJ 15) que el Derecho Procesal Constitucional debe ser entendido como Derecho constitucional concretizado, lo cual quiere decir que el derecho procesal constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva, pero que, debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve -la Constitución debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico. Es desde esta comprensión que el Tribunal Constitucional alemán ha destacado la 'particularidad del proceso constitucional'. Significa ello que el derecho procesal constitucional '(...) implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales'. En este contexto, en consecuencia, el *C.P.Const.* tiene que ser entendido como un 'derecho constitucional concretizado'. Esto es, al servicio de la 'concretización' de la Constitución. Por ende, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada. Por tal razón, esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional impone correlativamente que la hermenéutica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme [a] una 'interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales', una interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución (...). Se trata, en definitiva, de una interpretación teleológica de la norma procesal constitucional orientada a la concretización y optimización de los mencionados principios constitucionales materiales” (STC EXPEDIENTE No 04903-2005-PHC-TC, fundamento 4)

⁵⁰ “Desde esta perspectiva del Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado, cabe decir que la interpretación de las disposiciones del Código Procesal Constitucional debe tender siempre a la mayor optimización o realización no solo del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también de los derechos fundamentales; más aún en un proceso constitucional como el de hábeas corpus. En consecuencia, más allá de si el demandante planteó un recurso de apelación y no uno de agravio constitucional, se debe tener por observado lo dispuesto en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, de conformidad con lo previsto en el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del mencionado Código” (STC Expediente No. 04903-2005-PHC-TC, fundamento 5).

su funcionamiento como herramienta política y jurídica para la transformación social y económica (Häberle, 2020b).

Esta postura defendida principalmente por autores alemanes como Häberle (2020b) es contestada por autores peruanos como Abad-Yupanqui (2020), quien considera que el TC ha incurrido en error⁵¹ al identificar al principio de autonomía procesal con el concepto de neutralidad, cuando en realidad no se trata de la rígida aplicación de normas procesales autónomas o científicas que estarían desnaturalizando el contenido de los derechos fundamentales de la Constitución, sino que sostener la tesis de Häberle (2020) es equivocado porque colocaría al TC en un plano de acción al margen de sus competencias y funciones constitucionales (Abad-Yupanqui, 2020). Para Abad-Yupanqui (2020) el derecho procesal constitucional no se inspira o nutre exclusivamente del derecho constitucional, sino que otras disciplinas jurídicas como la teoría general del proceso también lo hacen, por lo que el carácter instrumental del derecho procesal constitucional debe ser revalorado como herramienta para la aplicación, interpretación e integración de “las normas que regulan los procesos constitucionales” (Abad-Yupanqui, 2020: 77-79). Por eso, el carácter instrumental del derecho procesal constitucional es coherente con “su finalidad de proteger los principios y derechos fundamentales” (Abad-Yupanqui, 2020: 77-79), a través del ejercicio de los controles jurisdiccionales como tarea fundamental en el Estado Social y Democrático de Derecho (Abad-Yupanqui, 2020). Abad-Yupanqui (2020) contrapone como mutuamente necesarios, la existencia de un activismo progresista, que busca ampliar y profundizar el alcance de los derechos fundamentales, frente a un activismo conservador que operaría en sentido contrario.

Al respecto, Abad-Yupanqui (2020) destaca que no sólo importa el sentido en el que el TC emite sus sentencias, sino en la forma en que lo hace y los mensajes que trata de comunicar a los poderes del Estado y a los ciudadanos. En el caso de la sentencia expedida declarando la inconstitucionalidad de los artículos 2, 3, 4 y 5, dejando vigentes los demás artículos de la OM-014, el TC se ha extendido ampliamente no sólo en fundamentar correctamente el sentido de su fallo, sino que, dentro de las limitaciones que le impone el tipo de proceso constitucional planteado, ha sabido manejarse distinguiendo los aspectos propios de la aplicación de la prueba del conflicto de competencias constitucionales, de aquellos fundamentos que se terminan incorporando al fallo en los artículos cuya vigencia constitucional y legal se ha visto preservada, como son los artículos 1, 6, 7 y 8 de la OM-014, lo que es meritorio en el marco de la justicia constitucional predominante que se caracteriza por diferentes niveles jurisdiccionales en los ámbitos nacional, regional e internacional, lo que exige un mayor sentido de justicia y de diálogo de los jueces constitucionales en un mundo globalizado (Abad-Yupanqui, 2020).

⁵¹ “Un excesivo formalismo podría llevar a este Colegiado a señalar que el demandante no ha interpuesto, propiamente, un recurso de agravio constitucional sino uno de apelación, con lo cual no se cumpliría lo previsto en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, esta no es la posición asumida por el Tribunal Constitucional, porque si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de Teoría General del Proceso, **es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales.** De ahí que se haya señalado que la estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas, por parte del Tribunal Constitucional a efectos de la realización de los fines de los procesos constitucionales: garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)”. (STC EXPEDIENTE No 04903-2005-PHC-TC, fundamento 3) (texto en negritas añadido).

En conclusión, respecto del primer problema planteado en el presente informe, podemos sostener que la sentencia expedida por el TC declarando inconstitucionales los artículos 2, 3, 4 y 5 de la OM-014, actuó correctamente en defensa y protección del principio constitucional de competencia, de unidad del Estado y de integridad de la interpretación del bloque constitucional ambiental, restableciendo las competencias constitucionales entre las entidades del Poder Ejecutivo y la municipalidad que habían sido vulneradas; reiterando la naturaleza unitaria en el ejercicio del gobierno del Estado; y, efectuando una interpretación integral de las normas constitucionales que conforman el bloque constitucional ambiental.

En ese sentido, junto con las normas que atribuyen competencias constitucionales y legales a los gobiernos locales, hay que considerar que existen otras normas de menor jerarquía que tienen por propósito cumplir un papel regulador, en este caso, de las materias relativas al derecho fundamental a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado, al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, entre otros, destinados a efectivizarlos en la políticas y gestión locales. Esto es importante porque dichas normas pueden ser implícitas y de infra competencia, de modo que las competencias recibidas a través de estas puedan ser útiles. En el caso de la sentencia del TC declarando la inconstitucionalidad parcial de la OM-014, el asunto es importante porque atañe al hecho de que puede haber otras normas de menor jerarquía generadas como consecuencia de la ordenanza impugnada, sea que se trate de artículos suprimidos por inconstitucionales u otros cuya validez se ha mantenido. Hay por ello un efecto útil cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales del bloque constitucional ambiental antes mencionados.

Asimismo, la regionalización es un proceso dinámico cuya progresividad no está en cuestión, porque implica la obligación del gobierno nacional de ir transfiriendo competencias a los gobiernos regionales y locales, en función de la disponibilidad de recursos presupuestales y la necesidad de optimizar la gestión pública regional y local, en el entendido que los problemas relativos a la sostenibilidad ambiental y de los recursos naturales, pueden ser mejor abordados in situ⁵²⁵³. Esto ha sido destacado por el TC, al considerar que la descentralización como proceso permite al gobierno nacional y gobiernos regionales y locales compartir competencias con un espíritu de convergencia en beneficio del interés público⁵⁴. En ese sentido, se debe preservar y respetar el principio de cooperación entre los distintos niveles de gobierno, promoviendo el diálogo y evitando invadir las competencias de los otros niveles.

La Ley de Bases de la Descentralización - LBD (Ley No 27783) establece los tipos de competencias, criterios de asignación y solución de conflictos (capítulo III), distinguiendo entre las competencias exclusivas (artículo 13.1), las compartidas, en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, compartiendo fases secuenciales de los procesos (artículo 13.2); y,

⁵² "Artículo 14.- Criterios para la asignación y transferencia de competencias.

"14.1. Las competencias de cada nivel de gobierno, nacional, regional y local, se rigen por la Constitución y la presente Ley Orgánica.

"14.2. La asignación y transferencia de competencias a los gobiernos regionales y locales se efectúa gradualmente bajo los siguientes criterios: a) Criterio de subsidiaridad. El gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, por consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y éstos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose la duplicidad y superposición de funciones."

⁵³ Este Colegiado considera que tal eficacia en el ejercicio de una competencia implica, necesariamente, una evaluación de los alcances de los beneficios que se generen como consecuencia de la gestión, de manera tal que ante distintos órganos que puedan ejercer una función con un mismo grado de efectividad a nivel cualitativo, será necesario otorgar la competencia a aquel que pueda irradiar tal eficacia a un mayor número de ciudadanos (análisis de orden cuantitativo)." (STC Expediente No 0012-2003-CC/TC, fundamento 9-a).

⁵⁴ STC Expediente No 0004-2009-PI/TC, fundamento 5.

competencias delegables, que se realizan mediante acuerdo mutuo de un nivel a otros distinto, conforme a la ley (artículo 13.3).

La LBD es una ley orgánica que establece los criterios para la asignación y transferencia de competencias (artículo 14), los cuales se rigen en cada nivel de gobierno por la Constitución y la mencionada ley. Entre los criterios que señala la LBD, destaca el de subsidiariedad que establece que “el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función” (artículo 14-a).

Por esas consideraciones y tomando en cuenta que junto con el principio de competitividad y el principio de taxatividad de las atribuciones, el TC ha ponderado el asunto mediante una interpretación integral del bloque constitucional, de manera de colocar en un nivel más elevado a los derechos fundamentales propios del bloque ambiental y de recursos naturales, de manera que los esfuerzos de la municipalidad por proteger los espejos de agua y las cabeceras de cuenca sean mantenidas en alguna medida, promoviendo la cooperación con el gobierno nacional y los organismos especializados. Está definido de este modo cuando el TC se niega a declarar, acertadamente, la inconstitucionalidad del artículo 1 de la OM-014, porque este se limitaba a reconocer la importancia fundamental de las cabeceras de cuenca, lo que de facto ya había sido recogido en el artículo 75 modificado de la LRH. En el mismo sentido, tuteló la competencia de la municipalidad y de sus habitantes, declarando que este tiene el atributo para promover la protección y conservación del ambiente (artículo 73, inciso 3, de la LOM) y de modo legítimo determinar cuáles son las fuentes hídricas y los ecosistemas que están expuestos, en riesgo y son vulnerables, teniendo legítimo interés para informar y proponer a las entidades competentes, la creación de un área de conservación ambiental local. Entre esas competencias, el TC correctamente le reconoció la de declarar de interés prioritario a todas las fuentes de agua de su jurisdicción, lo que no representa una invasión de las competencias del gobierno nacional.

En este punto, es interesante comparar la STC del presente caso, con las pronunciadas en otros casos, como las referidas al proceso seguido entre el Fiscal de la Nación contra la Ordenanza Regional No. 036-2011 del Gobierno Regional de Cajamarca (GORE Cajamarca) que declaró como invariable al proyecto minero Conga, como de **interés público regional** “la protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región Cajamarca, en armonía con los planes nacionales y regionales de desarrollo sostenible” y que fue materia de una sentencia del TC declarándola inconstitucional en su totalidad⁵⁵. En la respuesta al segundo problema planteado nos referiremos más ampliamente a dicha STC.

En todo caso, los principios jurídicos que son a su vez derechos fundamentales reconocidos por la Constitución podrían, en teoría, llevar a una colisión entre, por ejemplo, los principios pertenecientes al bloque constitucional económico y aquellos que forman parte del bloque constitucional ambiental y los recursos naturales. Como destacamos en otra parte, los recursos naturales son parte de ambos bloques constitucionales, perteneciendo al patrimonio de la Nación y pasibles de aprovechamiento sostenible, reuniendo las condiciones propias de lo económico, lo social y lo ambiental. En ese sentido, la interpretación de ambos bloques se debe hacer de un modo integral, de manera que se establezcan las conexiones entre ambas dimensiones. No debería haber, de ese modo, ninguna contradicción entre ambos bloques constitucionales si estos son ponderados desde la perspectiva del desarrollo sostenible (económico, ambiental y social), por lo que no debería existir contradicción entre los principios. En ese sentido, la libertad de empresa, la libertad de contratar y el derecho de propiedad deben

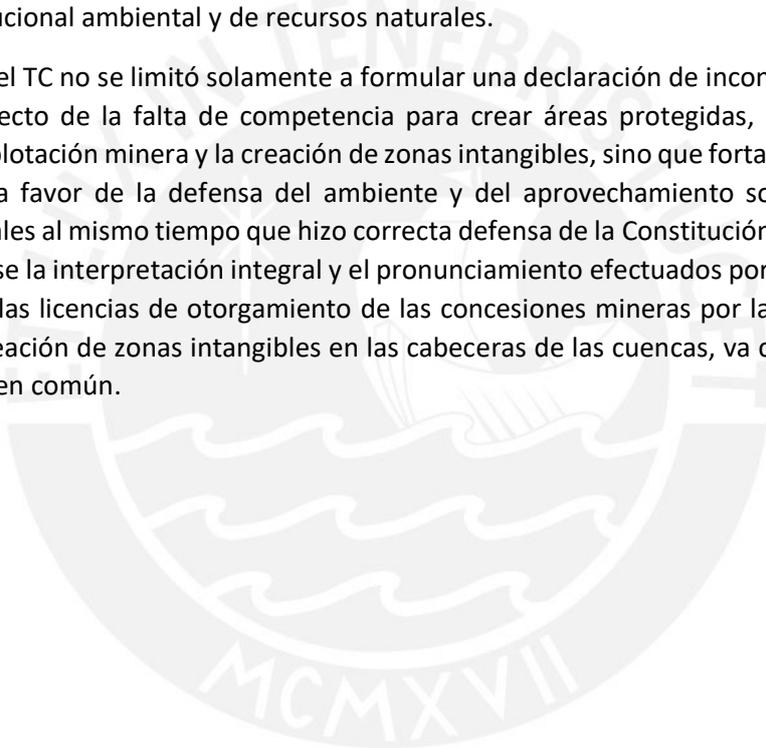
⁵⁵ Expediente No. 0001-2012-PI/TC.

ser armonizados con los propósitos sociales y ambientales, como son la dignidad humana y el derecho para vivir en un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la personalidad. En ese sentido, no debería haber tampoco una contradicción con los principios que sustentan el Estado de Derecho como son los de legalidad, pluralidad y democracia. Como dice Barak (2020) hay que reconocer la posibilidad de que coexistan ideas al mismo tiempo opuestas entre sí, lo cual:

“...no es de hecho una contradicción genuina, sino aparente. La contradicción real existe únicamente a nivel subconstitucional, y al moverse del nivel constitucional al subconstitucional se convierte en un conflicto (genuino) entre reglas, y no en un conflicto (aparente) entre principios.” (Barak, 2020: 76-77).

Desde nuestro punto de vista, la reflexión de Barak (2020) coincide con la situación de conflicto de competencias que surgió con la dación de una norma subconstitucional en el sentido de que no hay contradicción entre los principios que sustentan al bloque constitucional económico y el bloque constitucional ambiental y de recursos naturales.

En conclusión, el TC no se limitó solamente a formular una declaración de inconstitucionalidad, como fue respecto de la falta de competencia para crear áreas protegidas, para suspender licencias de explotación minera y la creación de zonas intangibles, sino que fortaleció la posición del municipio a favor de la defensa del ambiente y del aprovechamiento sostenible de los recursos naturales al mismo tiempo que hizo correcta defensa de la Constitución. En ese sentido debe entenderse la interpretación integral y el pronunciamiento efectuados por el TC, de que la suspensión de las licencias de otorgamiento de las concesiones mineras por la municipalidad, mediante la creación de zonas intangibles en las cabeceras de las cuencas, va contra el interés nacional y el bien común.



SEGUNDO PROBLEMA: ¿Constituye la sentencia del Tribunal Constitucional un reconocimiento efectivo del derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (artículo 2, numeral 22, de la Constitución y Ley General del Ambiente - LGA)?

El derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado.

El TC se ha pronunciado en el sentido de que:

“El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute⁵⁶”.

Asimismo, en el proceso de inconstitucionalidad planteado por el Fiscal de la Nación en contra del Gobierno Regional de Cajamarca, caso conocido por la afectación a los derechos de la inversión privada en Conga, el TC⁵⁷ fue de la opinión de que la Constitución había tomado en consideración la importancia de que las personas pudieran conocer con anticipación el tipo de inversión necesaria para el desarrollo de una actividad como es la extracción de recursos naturales en la minería. Para el TC este conocimiento previo es una manifestación del principio de previsibilidad consagrado por la Constitución y que permite que, tanto los inversionistas cuanto los pobladores, puedan conocer los alcances e impactos que tendría dicha actividad. Para ello, el TC identificó cuatro criterios considerados principales, como son los relativos a la prevención de conflictos y de daños que posiblemente pueda causar la inversión; el cumplimiento de la fiscalización gubernamental necesaria para verificar que se está respetando los parámetros de protección; la obligación de reparar de modo integral a la población por cualquier daño; y el disfrute compartido de la riqueza. Estos criterios son centrales para entender el sentido de la inversión privada en la explotación de los recursos naturales conforme a la Constitución, teniendo en cuenta la finalidad de preservación de un ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2, inciso 22, de la Constitución).

En ese sentido, como se ha manifestado al responder al primer problema, mediante la interpretación integrada del bloque constitucional se puede considerar que la inversión privada es protegida por la Constitución, en la medida que su finalidad esté en armonía con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado, dentro de los cuatro criterios identificados por el TC, los cuales suponen el ejercicio de la responsabilidad social de la empresa para el beneficio de la comunidad y en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, la Economía Social de Mercado y del desarrollo sostenible⁵⁸. Asimismo, la posición del TC ha sido la de cautelar el interés general y el bien común frente al mayor poder de los grupos económicos. En ese sentido:

“En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Lo “social” se define aquí desde tres dimensiones:

⁵⁶ Expediente No. 3510-2003-AA/TC.

⁵⁷ Expediente No. 0001-2012-PI/TC

⁵⁸ Ídem, fundamento 45.

como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida⁵⁹.

Según los fundamentos contenidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional⁶⁰ (STC) que estamos analizando, esta sostiene en la misma línea que, la protección constitucional al medio ambiente y a los recursos naturales, se debe entender y ejercer en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho que establecen los artículos 3 y 43 de la Constitución, lo que, asimismo, debe considerarse respecto del conjunto de dispositivos que conforman lo que se denomina la Constitución Ecológica⁶¹.

Si hacemos un análisis de la referencia que hace la Constitución al derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado, encontramos que este derecho alcanza a todas las personas sin distinción. Ahora, es importante también considerar cuáles son los alcances del concepto de ambiente, si es que éste incluye sólo el espacio inmediato en el que una persona vive, o si se refiere a espacios más distantes, como pueden ser por ejemplo la casa o edificio en el que uno vive, el vecindario, la localidad rural o urbana o distrito, la provincia, la región, el territorio nacional o continental y, finalmente, el planeta Tierra como un todo. Hay, en ese sentido, una gradualidad respecto al espacio que definimos como ambiente y respecto del cual somos directa o indirectamente sensibles y vulnerables. Esta gradualidad espacial es importante cuando queremos abordar la cuestión de los eventuales daños que determinada actividad o acción humana puede ocasionar al medio ambiente, lo que va desde el calentamiento global provocado por el cambio climático, la degradación ambiental como es la producida por la deforestación, los incendios forestales, el cambio de uso de los suelos, pasando por la contaminación de las cabeceras de cuenca desde donde nacen los cursos de agua que riegan mis campos agrícolas o sirven para mi consumo doméstico. Esta gradualidad tiene que ver con el hecho que el medio ambiente entendido como un sistema socio/ecológico conforme al marco jurídico establecido por el Convenio sobre la Diversidad Biológica⁶² (CDB), es complejo, multinivel y de múltiples escalas espaciales. En dicho tratado, del cual el Perú es parte, se identifican además las principales funciones, bienes y servicios que el medio ambiente natural ofrece. La Tabla No. 5 resume los principios del enfoque ecosistémico en el marco de la CDB, del cual el Perú es parte.

⁵⁹ STC Expediente No. 0001-2012-PI/TC, fundamento 46.

⁶⁰ STC Expediente 00012-2019-131/TC.

⁶¹ STC Expediente No. 3610-2008-PA/TC, fundamento 33.

⁶² “El [Convenio sobre la Diversidad Biológica](https://www.un.org/es/observances/biodiversity-day/convention) es el instrumento internacional para “la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos”, que ha sido ratificado por 196 países.

“Su objetivo general es promover medidas que conduzcan a un futuro sostenible.

“La conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad. El Convenio sobre la Diversidad Biológica cubre la diversidad biológica a todos los niveles: ecosistemas, especies y recursos genéticos. También cubre la biotecnología, entre otras cosas, a través del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. De hecho, cubre todos los posibles dominios que están directa o indirectamente relacionados con la diversidad biológica y su papel en el desarrollo, desde la ciencia, la política y la educación, a la agricultura, los negocios, la cultura y mucho más.” Ver: <https://www.un.org/es/observances/biodiversity-day/convention>. Consultada el 19 de octubre de 2021.

TABLA No. 5 - PRINCIPIOS DEL ENFOQUE ECOSISTEMICO

<p>“Principio 1: Los objetivos de la gestión de la tierra, el agua y los recursos vivos son una cuestión de elecciones sociales.”</p>	<p>“Los diferentes sectores de la sociedad ven los ecosistemas en términos de sus propias necesidades económicas, culturales y sociales. Los pueblos indígenas y otras comunidades locales que viven en la tierra son partes interesadas importantes y sus derechos e intereses deben ser reconocidos. (...) Los ecosistemas deben gestionarse por sus valores intrínsecos y por los beneficios tangibles o intangibles para los seres humanos, de manera justa y equitativa.”</p>
<p>“Principio 2: La gestión debe descentralizarse al nivel más bajo apropiado.”</p>	<p>“Los sistemas descentralizados pueden conducir a una mayor eficiencia, eficacia y equidad. La gestión debe involucrar a todas las partes interesadas y equilibrar los intereses locales con el interés público más amplio. Cuanto más cerca esté la gestión del ecosistema, mayor será la responsabilidad, la propiedad, la rendición de cuentas, la participación y el uso del conocimiento local.” (...) Esto puede requerir nuevos arreglos o formas de organización para que las instituciones involucradas en la toma de decisiones hagan, de ser necesario, compromisos apropiados.”</p>
<p>“Principio 4: Reconociendo los beneficios potenciales de la gestión, generalmente existe la necesidad de comprender y gestionar el ecosistema en un contexto económico.” “Todo programa de ordenación de los ecosistemas de este tipo debería: (a) Reducir las distorsiones del mercado que afectan negativamente a la diversidad biológica; (b) Alinear los incentivos para promover la conservación de la biodiversidad y el uso sostenible; (c) Internalizar los costos y beneficios en el ecosistema dado en la medida de lo posible.”</p>	<p>“La mayor amenaza para la diversidad biológica radica en su sustitución por sistemas alternativos de uso de la tierra. Esto a menudo surge a través de distorsiones del mercado, que subestiman los sistemas naturales y las poblaciones y proporcionan incentivos y subsidios perversos para favorecer la conversión de la tierra a sistemas menos diversos. A menudo, aquellos que se benefician de la conservación no pagan los costos asociados con la conservación y, de manera similar, aquellos que generan costos ambientales (por ejemplo, la contaminación) escapan a la responsabilidad. La alineación de incentivos permite que quienes controlan el recurso se beneficien y asegure que quienes generan costos ambientales paguen.”</p>
<p>“Principio 5: La conservación de la estructura y el funcionamiento de los ecosistemas, a fin de mantener los servicios de los ecosistemas, debe ser un objetivo prioritario del enfoque por ecosistemas.”</p>	<p>“El funcionamiento y la resiliencia de los ecosistemas dependen de una relación dinámica dentro de las especies, entre las especies y entre las especies y su entorno abiótico, así como de las interacciones físicas y químicas dentro del medio ambiente. La conservación y, cuando proceda, la restauración de estas interacciones y procesos es de mayor importancia para el mantenimiento a largo plazo de la diversidad biológica que la simple protección de las especies.”</p>
<p>“Principio 6: El ecosistema debe gestionarse dentro de los límites de su funcionamiento.”</p>	<p>“Al considerar la probabilidad o facilidad de alcanzar los objetivos de gestión, se debe prestar atención a las condiciones ambientales que limitan la productividad natural, la estructura del ecosistema, el funcionamiento y la diversidad. Los límites del funcionamiento de los ecosistemas pueden verse afectados en diferentes grados por condiciones temporales e impredecibles mantenidas artificialmente y, en consecuencia, la gestión debe ser debidamente cautelosa.”</p>
<p>“Principio 7: El enfoque por ecosistemas debe adoptarse a las escalas espaciales y temporales apropiadas.”</p>	<p>“El enfoque debe estar limitado por escalas espaciales y temporales que sean apropiadas para los objetivos. Los límites para la gestión serán definidos operacionalmente por los usuarios, los administradores, los científicos y los pueblos indígenas y locales. Debe promoverse la conectividad entre zonas cuando sea necesario. El enfoque por ecosistemas se basa en la naturaleza jerárquica de la diversidad biológica caracterizada por la interacción e integración de genes, especies y ecosistemas.”</p>
<p>“Principio 8: Reconociendo las diferentes escalas temporales y los efectos de retraso que caracterizan los procesos de los ecosistemas, se deben establecer objetivos para la gestión de los ecosistemas a largo plazo.”</p>	<p>“Los procesos de los ecosistemas se caracterizan por escalas temporales variables y efectos de retraso. Esto entra en conflicto inherente con la tendencia de los humanos a favorecer las ganancias a corto plazo y los beneficios inmediatos sobre los futuros.”</p>
<p>“Principio 9: La gerencia debe reconocer que el cambio es inevitable.”</p>	<p>“Los ecosistemas cambian, incluyendo la composición de las especies y la abundancia de la población. Por lo tanto, la administración debe adaptarse a los cambios. Aparte de su dinámica inherente de cambio, los ecosistemas están acosados por un complejo de incertidumbres y posibles "sorpresas" en los ámbitos humano, biológico y ambiental. Los regímenes tradicionales de perturbación pueden ser importantes para la estructura y el funcionamiento de los ecosistemas, y pueden necesitar ser mantenidos o restaurados. El enfoque por ecosistemas debe utilizar la gestión adaptativa para anticipar y atender a tales cambios y eventos y debe ser cauteloso al tomar cualquier decisión que pueda excluir las opciones, pero, al mismo tiempo, considerar medidas de mitigación para hacer frente a los cambios a largo plazo, como el cambio climático.”</p>
<p>“Principio 10: El enfoque por ecosistemas debe buscar el equilibrio adecuado entre la conservación y la utilización de la diversidad biológica y su integración.”</p>	<p>“La diversidad biológica es fundamental tanto por su valor intrínseco como por el papel clave que desempeña en la prestación del ecosistema y otros servicios de los que todos dependemos en última instancia. En el pasado ha habido una tendencia a gestionar los componentes de la diversidad biológica como protegidos o no protegidos. Es necesario pasar a situaciones más flexibles, en las que la conservación y el uso se vean en contexto y toda la gama de medidas se aplique en un continuo de ecosistemas estrictamente protegidos a ecosistemas hechos por el hombre.”</p>
<p>“Principio 11: El enfoque por ecosistemas debe tener en cuenta todas las formas de información pertinente, incluidos los conocimientos, innovaciones y prácticas científicas e indígenas y locales.”</p>	<p>“La información de todas las fuentes es fundamental para llegar a estrategias eficaces de gestión de los ecosistemas. Es deseable un conocimiento mucho mejor de las funciones de los ecosistemas y del impacto del uso humano. Toda la información pertinente de cualquier esfera interesada debe compartirse con todas las partes interesadas y agentes, teniendo en cuenta, entre otras cosas, cualquier decisión que deba adoptarse en virtud del artículo 8 j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Los supuestos detrás de las decisiones de gestión propuestas deben hacerse explícitos y compararse con los conocimientos y opiniones disponibles de las partes interesadas.”</p>
<p>“Principio 12: El enfoque por ecosistemas debe involucrar a todos los sectores pertinentes de la sociedad y las disciplinas científicas.”</p>	<p>“La mayoría de los problemas de la gestión de la diversidad biológica son complejos, con muchas interacciones, efectos secundarios e implicaciones, y por lo tanto deben involucrar a los expertos y partes interesadas necesarios a nivel local, nacional, regional e internacional, según proceda.”</p>
<p>Fuente: Convention on Biological Diversity. https://www.cbd.int/ecosystem/principles.shtml</p>	

Los denominados principios del enfoque ecosistémico son importantes para entender el proceder de la municipalidad y la posterior aparente colisión entre principios. Este enfoque ha sido concebido como una estrategia a seguir en el marco de la gestión integrada de los recursos naturales, destinada a conseguir la conservación y aprovechamiento sostenible de un modo inclusivo e igualitario (GORE Cajamarca, 2009). Estos principios han sido operacionalizados mediante la adopción de cinco criterios guía y cinco de naturaleza operacional. Estos principios de orden técnico están reflejados en los dispositivos legales que hacen parte de las regulaciones ambientales en el Perú, como son la Ley General del Ambiente (LGA) que reconoce al “enfoque ecosistémico, señalando que:

“La conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales deberá enfocarse de manera integral, evaluando científicamente el uso y protección de los recursos naturales e identificando cómo afectan la capacidad de los ecosistemas para mantenerse y sostenerse en el tiempo, tanto en lo que respecta a los seres humanos y organismos vivos, como a los sistemas naturales existentes” (artículo 93 de la LGA).

Hay también una mención al papel de los servicios ambientales, en el sentido de que los “recursos naturales y demás componentes del ambiente cumplen funciones que permiten mantener las condiciones de los ecosistemas y del ambiente, generando beneficios que se aprovechan sin que medie retribución o compensación, por lo que el Estado establece mecanismos para valorizar, retribuir y mantener la provisión de dichos servicios ambientales, procurando lograr la conservación de los ecosistemas, la diversidad biológica y los demás recursos naturales” (artículo 94.1 de la LGA).

Los servicios ambientales son parte intrínseca del enfoque ecosistémico y son definidos en la legislación peruana – nos parece que de un modo insuficiente - como “la protección del recurso hídrico, la protección de la biodiversidad, la mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero y la belleza escénica, entre otros” (artículo 94.2 de la LGA). Consideramos que son definiciones insuficientes porque no abordan siquiera indirectamente el papel que las funciones ecosistémicas o ambientales tienen en beneficio de las sociedades humanas y en los procesos económicos y productivos existentes.

El enfoque ecosistémico fue adoptado en la segunda COP del CDB realizada en Jakarta, Indonesia, en 1995. Este enfoque fue recogido como el marco principal para la acción dentro de la CDB y ha sido utilizado en la formulación y puesta en marcha de los distintas cuestiones temáticas y programas de trabajo de la convención. La Decisión II/8 adoptada en la COP2 hace referencia a dicho enfoque, incluyéndose también en otros temas interrelacionados como son los ecosistemas de diversidad biológica de aguas interiores (recomendación III/1 y la Decisión IV/4); la diversidad biológica costera y marina (Decisión II/10 y IV/5); la diversidad biológica de la agricultura (Decisión II/16 y III/11); diversidad biológica forestal (Decisiones I/8, II/9, III/12 y IV/7; los indicadores de la diversidad biológica (Decisión IV/I; la adopción de incentivos (Decisione IV/10 A) y los análisis de impacto ambiental (Decision IV/10C), entre otros⁶³. Las reuniones posteriores de la COP han reiterado y reafirmado el compromiso de los Estados con el enfoque ecosistémico y aprobado, en ese sentido, una serie de decisiones y recomendaciones sobre diversas cuestiones. En resumen, el enfoque es ampliamente respaldado por la comunidad internacional, a pesar de existir algunas aproximaciones críticas al mismo que son minoritarias.

⁶³ Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB). <https://www.cbd.int/ecosystem/background.shtml>.

El tema del enfoque ecosistémico es importante para nuestro análisis porque, como puede verse de los 12 principios la **Tabla No. 5**, porque se trata de un enfoque eminentemente descentralista⁶⁴ y basado en la experiencia y en la participación de los habitantes locales de las regiones o municipios. Esto claramente lleva a la necesidad de promover cambios de orden político-institucional que sean afines con este enfoque, en el que el interés, la percepción y experiencias cercanas de los pobladores locales resulta fundamental.

Los principios reconocen cuestiones fundamentales como son que la decisión de proteger los ecosistemas es una decisión de los ciudadanos, que **el mejor nivel o escala para abordar la conservación y el aprovechamiento de los ecosistemas es el que esté al nivel local por lo que hay que saber usar las escalas espaciales y temporales más apropiadas**, porque los distintos componentes del ecosistema tienen procesos de maduración diferentes. Asimismo, el enfoque requiere la descentralización de la gestión e implementación de las políticas públicas con una proyección de largo plazo, evitando la adopción de decisiones fragmentadas o desconectadas entre sí.

Un aspecto que puede ser considerado importante por el peso que tiene sobre las posibilidades de construir la descentralización en materia de derechos ambientales y, en particular, respecto del principio constitucional de que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, es justamente la imposibilidad jurídica de que la competencia para la gestión, concesión y eventual disposición de esos recursos, pueda ser cedida o compartida con los gobiernos regionales y municipales, como es el caso de los recursos mineros, petroleros o gasíferos. Esto permitiría cambiar el sistema de concesiones, otorgando a los gobiernos regionales y municipales, así como a los pueblos indígenas dentro de sus territorios, un papel en su gestión integral y sostenible, y no solo en los beneficios producto del canon correspondiente.

Estas consideraciones son materia indudablemente de debate y significado para los pobladores de las comunidades regionales y municipales, que reclamen su derecho a una activa participación en el proceso de concesión y gestión de los recursos naturales. Hay que tomar en cuenta que los recursos mineros son no-renovables y de una existencia finita, motivo por el que la vida útil de los yacimientos está determinada en el tiempo por la existencia de stocks suficientes, así como la viabilidad económica de los proyectos.

El tema ha sido abordado en la literatura especializada del derecho minero, en el que se identifican dos enfoques o teorías sobre la materia. La primera se conoce como “teoría de la accesión” o de derecho “fundiarario” que permite que el propietario de la superficie de un terreno tenga derecho a los minerales contenidos en el subsuelo (Gutiérrez, 2010). Para esta teoría, los yacimientos mineros son parte de la propiedad y forman una unidad con esta, lo que contradice a los que están a favor de la segunda teoría que consideran a los yacimientos mineros como bienes independientes y separados, por tratarse de dos bienes distintos y de naturaleza diferente. La segunda teoría recibe el nombre de “teoría de la separación” y es, como acabamos de definir, contraria a la teoría de la accesión. La teoría de la separación considera que la propiedad de la superficie y los yacimientos mineros son bienes con características distintas y debe, en consecuencia, ser regulados por regímenes legales diferentes (Gutiérrez, 2010).

⁶⁴ Coincide, en ese sentido, con el marco que la Constitución ha establecido para el proceso de descentralización y conforme al criterio de subsidiariedad, en el sentido de que el gobierno más próximo a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función. Por lo tanto, señala que “el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y estos, a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales” (artículo V.- Estado democrático, descentralizado y desconcentrado. LOM).

Hay quienes identifican una tercera teoría con raíces históricas que se remontan al Imperio Romano y que consiste en una combinación de dos enfoques teóricos. Uno que se denomina *res nullius* y el otro que se define por la ocupación de un territorio existente, justamente en la condición de *res nullius*. Ambos enfoques teóricos son parte de un mismo abordaje teórico y se vinculan con todas la justificación jurídica y política de la conquista y la colonización territorial de los siglos XV al XIX (Vildósola, 1999). Conforme a esta teoría, los recursos que se encuentran en el subsuelo no pertenecen a nadie, ni siquiera al Estado-Nación, sino a quien los encuentre y los coloque en situación de ser aprovechados, convirtiéndose entonces en su legítimo propietario (Vildósola, 1999). Sin embargo, como lo demuestra la historia en el mundo y en el Perú, tal teoría puede ser razón suficiente para permitir una competencia encarnizada por la extracción y aprovechamiento de esos recursos. Por ese motivo, la teoría del “*res nullius – ocupación*” considera que el Estado tiene una función de guardián o de administrador de esos recursos, en un sentido más bien abstracto e inmaterial, sin convertirse en dueño esas riquezas (Vildósola, 1999). En ese contexto, el Estado solo debe cumplir una función de administrador de esa propiedad de “nadie” mediante el otorgamiento de concesiones (Vildósola, 1999). Esta teoría, con fuertes raíces en el derecho romano tiene hoy una formulación dentro del liberalismo económico, en la que el Estado posee apenas una función subsidiaria. En el caso del Perú y de la mayoría de los países de América Latina, los recursos naturales son patrimonio de la Nación y, en consecuencia, del Estado, motivo por el no pueden ser objeto de apropiación. Se pasó, en ese sentido, del régimen colonial español en el que todos los recursos del reino y sus colonias de ultramar pertenecían, en general, a la Corona, a un régimen político independiente y republicano, en el que el Estado asumió la posición de la monarquía respecto de los recursos naturales.

Es una cuestión abierta al debate en la que debe encontrarse una convergencia que, a la vez de proteger los recursos naturales de la Nación peruana, permita a otros niveles de gobierno y de organización social, un manejo más autónomo, de acuerdo con sus intereses y de conformidad con el derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado ya adecuado para el desarrollo de su personalidad. Esta cuestión implica la apropiación por los distintos niveles de gobierno del Estado y de la sociedad, del enfoque y principio de la gestión de los ecosistemas, comprendiendo la importancia de proteger los ciclos de la naturaleza dentro de sus propios ritmos de desarrollo.

En ese contexto, en el documento UNEP/CBD/COP/DEC/VII/11⁶⁵, se recoge la decisión adoptada en la COP7 realizada en Kuala Lumpur, Malasia, en donde se reconoce que los principios y lineamientos adoptados serán implementados de modo voluntario, tomando en cuenta las necesidades, circunstancias y marco legal de cada país.

En el Perú la Ley No. 28611, Ley General del Ambiente (LGA), establece el marco normativo legal para la gestión del medio ambiente, formulando los principios y reglas que rigen la protección del derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, así como para orientar el diseño de las políticas públicas de conservación y protección ambiental, con el propósito de promover el desarrollo sostenible⁶⁶. Esta ley establece, como primer principio, el derecho irrenunciable de todas las personas a vivir en un ambiente no solo equilibrado y adecuado, sino que ha añadido el concepto de “saludable” (artículo I de la LGA), con lo cual ha recuperado la orientación que dicho derecho tuvo en el articulado de la Constitución de 1979. Asimismo, la referencia a

⁶⁵ “Decision adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at its seventh meeting. VII/11. Ecosystem approach <https://www.cbd.int/decision/cop/?id=7748>

⁶⁶ Ver: <https://observatoriop10.cepal.org/es/instrumentos/ley-general-ambiente-ley-no-28611>. Consultada el 22 de noviembre de 2021.

“irrenunciable” ha fortalecido la condición de derecho fundamental de este derecho y menciona a los “componentes” del ambiente. De otro lado, este artículo ha sido cuidadoso para indicar que existe el deber de contribuir a la materialización de ese derecho al ambiente sano, equilibrado y adecuado, así como a una gestión ambiental que tome en consideración los objetivos de conservación de la biodiversidad, aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible. De este modo, la LGA ha aproximado los aspectos correspondientes a los derechos fundamentales, con los económicos contenidos en la Constitución de 1993. Adicionalmente, la LGA consagra varios principios en materia ambiental (artículos II al IV de la LGA), como son los de acceso a la información, participación en la gestión y el acceso a la justicia ambiental. Asimismo, recoge a los principios de sostenibilidad, prevención, precaución, internalización de costos, responsabilidad, equidad y gobernanza (artículos V al XI de la LGA).

Es importante destacar que la LGA recoge el principio constitucional de que los recursos naturales son patrimonio de la Nación (artículo 5 de la LGA), pudiendo ser invocada como causa de utilidad pública su protección y conservación. Del mismo modo, la ley coloca a la conservación y protección del ambiente por encima del ejercicio del derecho de propiedad y las libertades de trabajo, de empresa, comercio e industria (artículo 6 de la LGA). En ese mismo sentido, establece que **las normas ambientales gozan del carácter de normas de orden público**, incluyendo a las relativas a la salud ambiental, la conservación y protección de la diversidad biológica y de los otros recursos naturales, por lo que todo pacto contrario a esas normas ambientales será considerado nulo (artículo 7 de la LGA).

El TC ha hecho reiteradas referencias al concepto de ecosistema en la sentencia bajo análisis, así como en otras, mostrando que tiene buen conocimiento de la naturaleza del concepto y de su aplicación. El concepto de enfoque ecosistémico y de ecosistema ha sido apropiado por varios gobiernos regionales y municipales interesados en fortalecer sus políticas públicas locales en favor del ambiente y el manejo sostenible de los recursos naturales.

Al calificar la LGA a las normas ambientales como de orden público y colocarlas por encima de otros derechos de índole económica, ha dado un mensaje claro en el sentido de que es necesario articular las políticas a intereses diversos. En muchos aspectos parece ser una cuestión de tiempos y urgencias distintas pero que, al final de cuentas, hay la necesidad de converger hacia la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Esa habría sido la orientación subyacente del TC al momento de emitir su sentencia en el presente caso, al desechar las alegaciones en abstracto de los demandantes que no profundizaron los argumentos que fundamentaban su posición de que la OM-14 vulneraba sus derechos de propiedad y de libertad económica y de industria, especialmente cuando OM-014 disponía que el SERNANP realizase la inscripción de las áreas de protección municipal aprobadas, en el RLANP. Esto implicaba, indirectamente, una disposición sobre el derecho real que los demandantes tenían como concesionarios (lo que no es equivalente al derecho de propiedad como veremos luego), la utilizar la municipalidad la figura del área de conservación municipal (ACM), inexistente en la LANP.

La cuestión del medio ambiente como un sistema socio/ecológico de escalas múltiples es un asunto importante cuando abordamos las dificultades que el gobierno nacional puede encontrar al gestionar los recursos naturales, motivo por el cual debe basar su accionar en la cooperación con los demás niveles de gobierno regional y local.

Para la CBD, artículo 2, “las condiciones *in situ*” son aquellas en las que “existen recursos genéticos dentro de ecosistemas y *habitats* naturales y, en el caso de las especies domesticadas o cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.” (CDB, 1992). Asimismo, la “conservación *in situ*” corresponde a “la conservación de los ecosistemas y los *habitats* naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales y, en el caso de las especies domesticadas y cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.” (CDB, 1992).

El CDB define el concepto de ecosistema como “un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional”. Según la parte considerativa del CDB:

“la exigencia fundamental para la conservación de la diversidad biológica es la conservación *in situ* de los ecosistemas y *habitats* naturales y el mantenimiento y la recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales, observando igualmente que la adopción de medidas *ex situ*, preferentemente en el país de origen, también desempeña una función importante” (CDB, 1992).

Asimismo, el artículo 2 define como “hábitat” al “lugar o tipo de ambiente en el que existen naturalmente un organismo o una población” (CDB, 1992).

La LGA recoge el enfoque ecosistémico que le permite una aproximación metodológica integral y holística al tema del ambiente (LGA: Capítulo 2 “Conservación de la Diversidad Biológica. artículos 97 al 112) con abundantes referencias al patrimonio genético y su gestión, así como a los servicios ambientales que la biodiversidad y los recursos naturales prestan. Especial mención para nuestro caso merece el compromiso con la promoción “de la inversión pública y privada en la conservación y el aprovechamiento sostenible de los ecosistemas frágiles” (artículo 97, inciso l, de la LGA). Asimismo, se hace una referencia a la ejecución de “planes integrados de explotación agrícola o de cuenca hidrográfica que prevean estrategias sustitutivas de cultivo y promoción de técnicas de captación de agua, entre otros”, pero no se hace ninguna referencia a los impactos de la actividad minera⁶⁷ en este punto (artículo 97, inciso m, de la LGA).

Una cuestión importante es que se establece la finalidad que la LGA persigue con la conservación de los ecosistemas, la cual “se orienta a conservar los ciclos y procesos ecológicos, a prevenir procesos de su fragmentación por actividades antrópicas y a dictar medidas de recuperación y rehabilitación, dando prioridad a ecosistemas especiales o frágiles” (artículo 98 de la LGA). En ese contexto, la LGA menciona particularmente a los ecosistemas considerados como frágiles, respecto de los cuales señala que las autoridades están obligadas a adoptar “medidas de protección especial”, considerando “sus características y recursos singulares; y su relación con condiciones climáticas especiales y con los desastres naturales” (artículo 99.1 de la LGA). La LGA detalla a algunos de los ecosistemas frágiles, sin agotar el listado de un modo taxativo. Son ecosistemas frágiles, entre otros, los “desiertos, tierras semiáridas, montañas, pantanos,

⁶⁷ La LGA no se refiere directamente a la minería, cuyo tratamiento ambiental quedaría dentro de la competencia del Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM). El artículo 17 de la LGA, en su inciso 17.3 señala que “El Estado debe asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental”, lo cual concuerda con el Decreto Supremo (DS) No. 078-2009-EM, que regula la implementación de medidas de remediación ambiental a cargo de quien ejerce la titularidad del derecho minero, que haya realizado actividades y/o ejecutado proyectos relacionados con actividades mineras previstas en la Ley General de Minería (Ver texto de la LGA, concordado en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/12772/Ley-N_-28611.pdf).

bofedales, bahías, islas pequeñas, humedales, lagunas altoandinas, lomas costeras, bosques de neblina y bosques relicto” (artículo 99.2 de la LGA).

Diversos dispositivos del sector minería y otros están concordados con el texto de la LGA. En el caso del sector minero, hay concordancias en normas referidas a la participación ciudadana en la fiscalización y vigilancia de los daños ambientales. La LGA establece que las autoridades deben dar medidas que faciliten “la vigilancia ciudadana y el desarrollo y difusión de los mecanismos de denuncia frente a infracciones a la normativa ambiental” (artículo 134.1 de la LGA), incluyendo las labores de medición, muestreo o monitoreo ambiental (artículo 134.2 de la LGA), entre otras actividades, producto de las cuales pueden formular las respectivas denuncias (artículo 134.3 de la LGA), lo que en el caso de la minería se regula por el Decreto Legislativo No. 1013, inciso b⁶⁸) del Art. 6.1, sobre funciones rectoras del MINAM, y el D.S. No. 028-2008-EM, Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero⁶⁹.

La participación ciudadana y la transparencia de la información son principios fundamentales, porque permiten a los ciudadanos, sociedad civil y sector privado, efectuar sus propias tareas de verificación, monitoreo y seguimiento de las actividades productivas y los impactos de estas sobre el ambiente.

No hay una definición de lo que puede entenderse como “ambiente” en la Constitución y los dispositivos legales en la materia. Sin embargo, podría ser conveniente que el TC utilice en sus sentencias, como es el caso bajo análisis, una definición como la que se emplea en la CDB, porque es un tratado ratificado por el Perú⁷⁰. EL CDB define al "ecosistema" como “un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional. Asimismo, por "especie domesticada o cultivada⁷¹" se entiende a “una especie en cuyo proceso de evolución han influido los seres humanos para satisfacer sus propias necesidades” (CDB, 1992). Es el caso de las actividades propias de la agropecuaria en la que se utilizan la flora y fauna con una finalidad productiva.

El TC ha dado una definición de medio ambiente o ambiente, tomando como referencia al diccionario de la Real Academia de la Lengua, en el sentido que la naturaleza es “aquella realidad objetiva que existe independientemente de la conciencia y que está en incesante movimiento y cambio; por ende, sujeta a evolución continua. La parte de la naturaleza que rodea o circunda los hábitats de la pluralidad de especies vivas se denomina ambiente o medio ambiente. El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana⁷²”.

⁶⁸ “Garantizar el cumplimiento de las normas ambientales, realizando funciones de fiscalización, supervisión, evaluación y control, así como ejercer la potestad sancionadora en materia de su competencia y dirigir el régimen de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos previsto por la Ley No. 28611, Ley General del Ambiente”.

⁶⁹ Entre otros puntos, el Reglamento establece en su artículo 5.5. el principio de vigilancia ciudadana para la monitoreo, control y seguimiento de las medidas y acciones.

⁷⁰ “On April 30, 1993, Peru ratified the Convention on Biological Diversity (RL 21681) and delivered it duly signed to the Secretariat of the United Nations Organization on June 7, 1993. This Convention entered into force as of December 1993. Important points, specified in the Convention, were incorporated into the new Political Constitution (1993) drafted after Rio '92. Article 68 of the new Constitution stipulates that “the State must promote the conservation of Biodiversity and protected areas”. Important legal steps have been taken on the subject Ver: Biological Diversity in Peru. Lima-Peru National Report, December 1997.

⁷¹ Artículo 2 del Convenio de Diversidad Biológica (CDB).

⁷² STC 0048-2004-AI-TC, fundamento 27.

Asimismo, para el TC el medio ambiente es el conjunto de elementos naturales que pueden ser vivos o inanimados, así como sociales y culturales que existen:

“...en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos). El medio ambiente se define como (...) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos. El término biótico se refiere a todos los seres vivos de una misma región, que coexisten y se influyen entre sí; en cambio lo abiótico alude a lo no viviente, como el agua, el aire, el subsuelo, etc. El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana. Así, entre los elementos carentes de utilidad y beneficio y que, incluso, pueden afectar vida humana tenemos los terremotos, maremotos, ondas de frío o calor, etc. En cambio, aquellos que pueden ser de utilidad, beneficio o aprovechamiento material o espiritual para el hombre son los denominados recursos naturales⁷³”.

El TC ha formulado también una definición de recursos naturales en el sentido que son:

“el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre. En otras palabras, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales; vale decir, que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho y bienestar⁷⁴”.

Esas sentencias han marcado de alguna manera el parámetro constitucional de lo que puede entenderse por naturaleza, medio ambiente o ambiente y recursos naturales, respecto de los cuales el Estado tiene la obligación de formular e implementar políticas ambientales de conservación, preservación y de aprovechamiento y desarrollo sostenibles.

En ese marco, el TC ha considerado en la sentencia⁷⁵ que estamos analizando, que el Estado debe promover:

- (i) Una **estrategia de la gobernanza en la administración de recursos naturales** para la toma de decisiones sobre políticas públicas y planes de gobierno, aplicados en la regulación sectorial, territorial y ambiental, entre otras, considerando que la administración de los recursos en gobernanza es fundamental para que, en un marco de sostenibilidad y paz social, se pueda impulsar el desarrollo.
- (ii) La **construcción de un nuevo paradigma de desarrollo con igualdad**, en donde el Estado tenga un papel bien definido, de manera que la igualdad así promovida sea en favor de las generaciones presentes y futuras de la sociedad, con una igualdad “que promueva una mejor distribución de la riqueza, más allá de la mera idea de asistencia a los sectores más pobres y vulnerables”.

⁷³ STC Expediente No. 0048-2004-AI-TC, fundamento 27.

⁷⁴ Idem, fundamento 28.

⁷⁵ STC Expediente No. 00012-2019-AI-TC.

- (iii) **Un Estado capaz de administrar los recursos naturales:** “garantizando la viabilidad jurídica, aceptación social, la viabilidad económica y asegurando una generación de incentivos para todas las partes intervinientes”.

Estos puntos constituyen para el TC el contexto en el cual la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas son “obligaciones que el Estado debe auspiciar”. Destacamos la palabra “auspiciar”, porque dicho término parece que resta vigor a las obligaciones que el Estado ha adquirido en el CDB, dando la idea equivocada que la obligación del Estado se limita a esa función de patrocinar o favorecer la conservación y la protección de los ecosistemas, mediante la implementación efectiva de normas y políticas públicas en la materia. La mera obligación de “auspiciar” resulta leve y puede ser interpretada como una invitación al no cumplimiento del principio de corrección de la diligencia debida en el ejercicio del Estado de un buen gobierno. Si el término “auspiciar” es definido en relación con el principio de progresividad en la implementación de los derechos sociales, económicos y ambientales, el mensaje que se da a los actores sociales y económicos es el de flexibilidad y debilidad por parte del Estado para el cumplimiento de sus obligaciones de conservación y protección.

Sin embargo, esta poca rigurosidad en el uso de un lenguaje no es una cuestión exclusiva del TC, sino que refleja el lenguaje jurídico utilizado en el mismo CDB, el cual en su artículo 8, al referirse a la “conservación in situ”, señala que la obligación de los Estados que son partes contratantes se ejecutará “en la medida de lo posible y según proceda”.

Para el TC, la cuestión planteada por la acción de inconstitucionalidad, es relevante e importante para garantizar el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado, así como para “la protección constitucional de los recursos naturales y del agua, de acuerdo con la Constitución⁷⁶” Todos estos conceptos a los que se refiere el TC en el párrafo anterior tienen que ver, justamente, con el enfoque ecosistémico que adopta el CDB, en el sentido de lo que debe entenderse como diversidad biológica y ecosistema.

En ese contexto, el CDB ha definido a la “utilización sostenible” como “la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.” (CDB, 1992).

La imprecisión y ambigüedad que puede encontrarse en algunos tratados internacionales, así como en los textos constitucionales, tiene que ver con el cambio de paradigma que ha ocurrido en el constitucionalismo clásico de base liberal, el cual concebía a la constitución como un texto eminentemente político que sólo recogía derechos como la libertad de pensamiento o de palabra y cuya finalidad, en ese aspecto, era más bien el de orientar la conducta de los gobernantes y ciudadanos, sin mecanismos para garantizar su efectividad. Esta tendencia era común en el constitucionalismo latinoamericano de los siglos XIX y XX, caracterizado principalmente por el formalismo de sus textos. En ese contexto, los avances en materia política y social eran impuestos mediante la acción directa de los ciudadanos en la protesta callejera. La intervención de los jueces era muchas veces para reponer los privilegios temporalmente afectados por alguna acción del poder legislativo o como consecuencia de la acción callejera. Esta realidad fue percibida por los constitucionalistas como la prueba fehaciente de que solo se

⁷⁶ STC Expediente No. 0012-2019-AI-TC.

podía hablar de la existencia de una norma, solo si esta tenía una aplicación efectiva y los derechos asociados a ella fuesen realmente disfrutados (Ibáñez, 2021).

Esta reflexión ya la hemos realizado al analizar el primer problema y tiene que ver con la tutela efectiva de los derechos que yace en la dimensión esencial que comparten los derechos fundamentales y las garantías procesales. En la concepción de Häberle (2020a), el disfrute y efectivización de los derechos fundamentales está asociado a las garantías procesales, de manera que la protección de un derecho fundamental está intrínsecamente relacionada con el proceso constitucional, en un enfoque que se ha calificado como esencialista (Ibáñez, 2021).

Esto significa que el derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado es exigible y efectivo en tanto que su exigibilidad está asociadas a las garantías constitucionales procesales que la Constitución y las leyes establecen.

Los recursos naturales son patrimonio de la Nación⁷⁷.

La Constitución Ambiental o Ecológica (Landa, 2017) es el conjunto de principios y reglas que sustentan a los derechos fundamentales relativos al ambiente y al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. La implementación de esos derechos fundamentales está limitada por la introducción del principio de progresividad que, en la práctica, es el resultado de la negociación de amplios sectores de la sociedad, el sector privado y el Estado, que supone un punto de transacción para la aceptación esos derechos fundamentales, en función de los recursos presupuestales disponibles en el Estado y la necesidad de adaptación que requieren las empresas y quienes realizan actividades económicas y productivas que impactan al ambiente. Para Landa (2017), el ambiente es una nueva dimensión que se incorpora a las de sociedad, Estado y economía, por lo menos desde la Cumbre de la Tierra de 1972, y como resultado de un proceso de maduración institucional, política e internacional en los distintos problemas de orden ambiental y climático. Este proceso, que condujo el 2015 a la aprobación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la Agenda 2030 en las Naciones Unidas, ha sido el resultado de un esfuerzo integrador de las dimensiones social, económica y ambiental del desarrollo sostenible, que empieza a verse reflejada en la formulación de las normas y decisiones jurisdiccionales nacionales en la materia.

En ese contexto, una perspectiva únicamente legalista, limitada por el formalismo de las leyes (Landa, 2017), carece del espacio suficiente para abordar desde el derecho estos problemas. Por ello, es necesario tener un enfoque integrador que, desde la Constitución y los tratados internacionales, considere las dimensiones social, económica, política y ambiental del desarrollo sostenible. Estamos, en consecuencia, en un rico y acelerado proceso de construcción de la justicia ambiental sobre la base de tres criterios. El primero referido a la justicia entre personas pertenecientes a una misma generación (intrageneracional); la justicia intergeneracional que busca atender a las necesidades de las generaciones futuras; y, finalmente, la justicia al medio ambiente en el que vivimos, que es responsabilidad de todos los seres humanos (Landa, 2017).

⁷⁷ “En la doctrina, la declaración de patrimonio de la nación significa que el Estado es propietario dentro de un régimen peculiar: el que la nación tiene la necesidad de imponerle. La cuestión queda planteada como una titularidad que corresponde al dominio eminente de la nación, que expresa su soberanía y lo habilita a dictar normas dentro del ámbito de su territorio sobre bienes y personas. Dentro del marco constitucional, todos estos recursos son patrimonio de la nación. No se debe confundir el dominio eminente de los recursos naturales con el dominio público. Así, el concepto de dominio eminente se refiere a bienes que constituyen el patrimonio originario del Estado, incluyendo aquellos sobre los cuales puede establecer derechos privados de propiedad. En cambio, el concepto dominio público se refiere a un régimen jurídico especial de bienes del Estado que son inalienables.” (Kresalja, 2017: 82).

El Estado peruano, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁷⁸, expresó en el primer informe sobre el estado de la biodiversidad en la COP2 del CDB, que el Perú había suscrito en 1977 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigente desde el 28 de julio de 1978⁷⁹. Dicho Pacto estableció el derecho a la libre determinación de los pueblos para el aprovechamiento de sus recursos naturales, respetando los compromisos internacionales que de este modo se deriven (artículo 1); sobre el uso y aprovechamiento de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3); y, sobre un medio ambiente sano que involucra a la salud física y mental (artículo 12). Este Pacto obliga a los Estados que son parte de este al seguimiento, implementación y protección de estas obligaciones y a informar periódicamente sobre las políticas públicas en ejecución y los avances efectuados (artículos 16 y 17).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en las Observaciones finales a los informes presentados por el Perú el 2012, aconsejó asegurar la implementación de la Política Nacional del Ambiente y garantizar su aplicación sobre los sectores de la minería y la energía. Adicionalmente, recomendó efectuar exámenes detallados e independientes respecto de los impactos producidos por las industrias extractivas, de manera de hacer un seguimiento de éstas y de que no representen un peligro para la salud de las personas, la calidad del agua, el suelo y el aire, principalmente en las zonas rurales⁸⁰.

El Comité también se pronunció sobre el cumplimiento de las obligaciones del Perú en materia de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre el aprovechamiento de los recursos naturales dentro de sus territorios tradicionales⁸¹.

Asimismo, el Estado peruano suscribió en 1988 y ratificó por Resolución Legislativa No. 26448 de noviembre de 1999, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), recogió el derecho a un ambiente sano y la obligación del Estado de impulsar la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente (artículo 11). El Estado peruano quedó obligado a presentar informes periódicos en la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), sobre las acciones progresivas implementadas para garantizar el respeto a los derechos recogidos en el Protocolo (artículo 19). En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha creado jurisprudencia que reconoce la mutua dependencia existente entre, por un lado, el aprovechamiento, protección y garantía de los derechos civiles y políticos y, por otra parte, los derechos económicos, sociales y culturales. En ese sentido, la CIDH ya ha tomado decisiones sobre el derecho al medio ambiente sano⁸².

Recientemente el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la Resolución A/HRC/RES/48/13⁸³ que reconoce que es un derecho humano el poder gozar de un medio ambiente saludable, limpio y sostenible, invocando a los Estados a cooperar entre ellos y otros

⁷⁸ Ver: Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Periodo de Sesiones 48º

https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Issues/Environment/Biodiversity/Peru.doc&action=default&DefaultItemOpen=1

⁷⁹ Aprobado por el Decreto Ley No. 22129 publicado el 29 de marzo de 1978.

⁸⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales Perú, E/C.12/PER/CO/2-4, 30 de mayo de 2012, párrafo 22.

⁸¹ Ídem, párrafo 23.

⁸² Ver: CIDH, caso comunidad indígena *Yakye axa* vs Paraguay, sentencia del 17 de junio de 2005; Caso comunidad indígena *Xákmok kásek* vs Paraguay, sentencia del 24 de agosto de 2010, entre otros pronunciamientos.

⁸³ Resolution adopted by the Human Rights Council on 8 October 2021, 48/13. "The human right to a clean, healthy and sustainable environment". En: <https://undocs.org/A/HRC/RES/48/13>

socios para la implementación de este derecho. En el contexto de dicha aprobación, los diversos estados fueron informando sobre la existencia de normas constitucionales y legales y la ratificación de tratados internacionales y regionales en materia de derechos humanos, referidos a los derechos y obligaciones sobre un medio ambiente saludable y la protección de la biodiversidad.

La Resolución 48/13 del Consejo reconoce el derecho “a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano importante para el disfrute de los derechos humanos” (artículo 1). Asimismo, expresa que “el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible está relacionado con otros derechos y con el Derecho internacional vigente” (artículo 2) y sostiene que “la promoción del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente en virtud de los principios del Derecho internacional del medio ambiente” (artículo 3).

Asimismo, la indicada resolución exhorta a los estados a avanzar en la construcción de capacidades para la protección del ambiente, de manera que puedan cumplirse las obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos, así como a fortalecer la cooperación internacional y multilateral, incluyendo a las organizaciones no-gubernamentales relevantes, la sociedad civil y el sector privado, para “la implementación del derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, de conformidad con sus respectivos mandatos” (artículo 4). Se destaca también la necesidad de compartir las buenas prácticas en el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos en materia del disfrute de un ambiente limpio, saludable y sostenido, incluyendo el intercambio de conocimientos y las políticas de igualdad de género y los ODS (artículos 5 y 6).

Estos avances en el ámbito internacional se trasladan al Perú en los derechos fundamentales recogidos explícita o implícitamente en el texto de la Constitución de 1993, así como en otros dispositivos legales del bloque constitucional ambiental y de recursos naturales. Dentro de sus propios ritmos temporales y espaciales, el TC ha ido recogiendo estos avances en el ejercicio de su potestad jurisdiccional y constitucional, actuando de manera de contribuir a la solución de las controversias y conflictos sociales internos, en el marco de la legalidad que caracteriza al Estado Social y Democrático de Derecho. Como se menciona en la sentencia del TC emitida en el caso bajo análisis, tenemos que éste ha reiterado la obligación constitucional de proteger al medio ambiente, los recursos naturales e hídricos, dentro de lo que denomina la tutela efectiva de los derechos fundamentales en un Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución).

El Estado Social y Democrático de Derecho da un contenido social a las funciones de policía que tradicionalmente cumplía el Estado Liberal (Landa, 2017), de manera que los derechos individuales sean compatibles con los de naturaleza social, buscando la cohesión social y la armonización entre los intereses privados y sociales, tomando como eje de referencia a la dignidad de la persona humana. De este modo, el Estado Social y Democrático de Derecho para alcanzar sus objetivos debe buscar el establecimiento de las bases materiales sobre las que se promueva la participación ciudadana (Landa, 2017). En ese marco, el TC actúa con un sentido social al formular su jurisprudencia inspirada por las necesidades de pluralidad y descentralización, en donde converjan la libertad y la igualdad como valores principales (Landa, 2017).

El TC ha reiterado en diversas sentencias que existe un compromiso del Estado y de la sociedad con el ambiente y el desarrollo sostenible, más allá de simplemente asegurar condiciones

generales de bienestar para las generaciones presentes y futuras (Landa, 2017). Esto incluye la realización de políticas públicas que brinden servicios de calidad y no hipotequen con deudas o cargas sociales a las generaciones venideras (Landa, 2017). Por ese motivo, el aprovechamiento de los recursos naturales, en especial los no-renovables, debe hacerse de un modo razonable y sostenible, tomando siempre en cuenta a la colectividad y de tal manera que los beneficios de esa explotación lleguen a las poblaciones locales mediante el cobro y distribución de un canon (Landa, 2017).

La sentencia del TC materia de nuestro análisis, hace referencia a la Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional de Colombia, en el sentido de que para el TC la dimensión ambiental de la Constitución se refiere a tres aspectos. El primero tiene que ver con el carácter principista de la norma, en el sentido de que el derecho a vivir en un ambiente sano penetra a todo el sistema jurídico, ya que es deber del Estado proteger los recursos naturales, lo que tiene que ver con el artículo 44 de la Constitución del Perú que consagra, como deberes primordiales del Estado, la defensa de la soberanía, la protección de los derechos humanos y la promoción del bienestar general, entre otros. En segundo lugar, está el derecho de todas las personas a vivir en un ambiente sano, lo cual es exigible por variadas vías judiciales. En ese punto el TC parece dar el mensaje de que no es su competencia directa pronunciarse sobre este tipo de temas que, por su naturaleza jurídica, corresponderían en principio a controversias a ser resueltas en la justicia ordinaria. Respecto del segundo punto, sin embargo, sí existe una conexión con el eje principal del derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, que es la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución). Por último, hay un tercer aspecto destacado por el TC al comentar la sentencia colombiana, y es la condición de “contribuyentes sociales” de las autoridades del Estado, las cuales están obligadas a dar cumplimiento a un conjunto de deberes derivados de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución⁸⁴.

Conforme a este fundamento, el TC entiende “sistemáticamente” al medio ambiente como el “conjunto de fenómenos naturales” en el que los organismos humanos vivimos y nos desarrollamos y en donde la intervención humana cumple un papel transformador o creador, estableciendo las condiciones en las que el presente y el futuro de la comunidad de personas se desarrollará⁸⁵.

En el proceso iniciado por el ciudadano José Miguel Dasso⁸⁶, en representación de más de 5 mil ciudadanos, contra la aprobación por el Congreso de la República de la Ley No. 28258, Ley de Regalías Mineras⁸⁷ (LRM), para que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la LRM, sus modificatorias y normas conexas, se buscaba sean cautelados los bienes constitucionales contenidos en el artículo 66º, que establece una reserva de ley orgánica para fijar las condiciones de la utilización y el otorgamiento a particulares de los recursos naturales; inciso 16 del artículo 2º y artículo 70º, que reconocen el derecho de propiedad; inciso 14 del artículo 2º y artículo 62º, que reconocen el derecho a la libertad contractual; inciso 2 del artículo

⁸⁴ STC Expediente No. 0012-2019-AI/TC, fundamento 34.

⁸⁵ “Este Tribunal sostuvo que el medio ambiente, entendido sistemáticamente como el conjunto de fenómenos naturales en que existen y se desarrollan los organismos humanos, encuentra en el comportamiento humano una forma de acción y de creación que condiciona el presente y el futuro de la comunidad humana (Sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 30)”. (STC Expediente No. 0012-2019-AI/TC, fundamento 34).

⁸⁶ STC Expediente No. 0048-2004-AI/TC, fundamento 30.

⁸⁷ “La Ley No. 28258 - Ley de Regalía Minera, establece la Regalía Minera, su constitución, determinación, administración, distribución y utilización. La Ley No. 28323, modifica la Ley No. 28258, Ley de Regalía Minera. El Decreto Supremo No. 157-2004-EF, aprueba el Reglamento de la Ley No. 28258, Ley de Regalía Minera.” (Fuente: MEF. Metodología de cálculo y distribución de la Regalía Minera).

2°, que reconoce el derecho a la igualdad; y el artículo 103º, que recoge el principio de irretroactividad de las leyes.

El TC ha destacado que es una obligación perentoria del Estado peruano formular y ejecutar una política nacional del ambiente⁸⁸ y realizar acciones que permitan preservar y conservar el ambiente de las intervenciones efectuadas por el hombre, conforme a la Constitución⁸⁹. Asimismo, el fundamento 31 señala que, conforme al inciso 22 del artículo 2 de la Constitución, es derecho fundamental de toda persona el poder disfrutar de un ambiente equilibrado y adecuado el desarrollo de la vida, debiendo promoverse el uso sostenible de los recursos naturales; brindándose a todos un acceso al goce de sus beneficios, de un modo que sea balanceado “entre el desarrollo económico de la Nación y la protección y conservación de un disfrute permanente⁹⁰”

El Perú es un país rico en recursos naturales y biológicamente megadiverso. La Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (LORN), Ley 26821, “norma el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo las condiciones y modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los Artículos 66 y 67 del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú y en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internacionales ratificados por el Perú” (artículo 1, LORN). Asimismo, el objetivo de la ley es “promover y regular el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, renovables y no renovables, estableciendo un marco adecuado para el fomento a la inversión, procurando un equilibrio dinámico entre el crecimiento económico, la conservación de los recursos naturales y del ambiente y el desarrollo integral de la persona humana”.

Cuando la Constitución señala que los recursos naturales son patrimonio de la Nación lo haría en el sentido de una colectividad de personas titulares de la nacionalidad peruana que mantienen como grupo una continuidad histórica, cultural, social, política y económica en el tiempo y que, en su gran mayoría, habitan un mismo espacio territorial. Esa continuidad está dada por las generaciones que han vivido, viven y vivirán en el futuro. Con base en esa conceptualización, se puede sostener que los recursos naturales deben estar a disposición de la Nación peruana con una proyección de largo plazo y no para atender los intereses de individuos o grupos de interés o de poder particular. En ese sentido, el aprovechamiento sostenible de esos recursos implica un ejercicio de la soberanía del Estado, como garante de ese patrimonio de todos y como responsable político de su aprovechamiento razonable, considerando que, en el caso de los recursos no-renovables, como es el caso de los mineros, estos son finitos en cantidad. En ese sentido, el Estado no tiene la “propiedad” de los recursos naturales (artículo 66 de la Constitución), no pudiendo, en ese sentido, considerarlo como su propietario en los términos establecidos en el derecho civil (Ramsay, 2020; Rubio, 1999).

La doctrina patrimonialista de la concesión minera estuvo vigente en el Código de Minería de 1990 que colocaba a la concesión en el ámbito del derecho administrativo. Dicho código establecía la figura de la “concesión de la propiedad minera” (artículos 6 y 7) la cual sólo podía

⁸⁸ STC Expediente No. 00048-2004-AI/TC, fundamento 31.

⁸⁹ “Artículo 67.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”. Constitución de 1993.

⁹⁰ STC Expediente No. 00048-2004-AI/TC, fundamento 31.

ser otorgada por la autoridad competente, en las formas dispuestas por dicho código y teniendo derecho a explotarlas y disponer de todas las sustancias extraídas (Ramsay, 2020).

Esta noción de propiedad minera fue cambiada con la dación del Decreto Ley No. 18880 del 8 de junio de 1971, durante el gobierno militar de Juan Velasco Alvarado, el cual estableció que los yacimientos minerales eran propiedad del Estado, en condición de bienes inalienables e imprescriptibles, sin perjuicio del tipo de sustancia mineral existente. El Estado podía otorgar en concesión esos yacimientos mineros a personas naturales o jurídicas de derecho privado, sean nacionales o extranjeras, a condición de que cumplan con la explotación del recurso minero (Ramsay, 2020). Al definir este D.L. que la propiedad minera constituía un recurso natural bajo la condición de inalienable e imprescriptible se colocaba dentro de la denominada teoría del dominio público sobre el recurso minero, implicando en la práctica que estos estaban fuera del circuito comercial y, por ende, fuera del ámbito del derecho civil (Ramsay, 2020).

El TC se ha pronunciado⁹¹ en el sentido de que el dominio público del Estado sobre los recursos de la minería y sus formas de aprovechamiento, implican que dicho dominio estatal es “eminente”, porque el Estado, como cuerpo político, goza de la competencia jurisdiccional para dar leyes, administrar y aplicar justicia en materias relativas a ese aprovechamiento (Ramsay, 2020). En ese sentido, según la STC:

“Los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación -no son objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo- configuran lo que se denomina una “propiedad especial”. Esta se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público, que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible, a tenor del artículo 73 de la Constitución Política del Perú, quedando, en consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil. Para ejercer un control de constitucionalidad acorde con las instituciones y valores o sagrados por la Constitución, este Tribunal considera necesario enfatizar que existe régimen jurídico propio y autónomo de los bienes objeto del dominio público, que o e funda en la idea de un poder concreto sobre las cosas en el sentido jurídico-civil y, por tanto, de señorío”⁹².

En consecuencia, el Estado no goza de la condición subjetiva de “propietario” de los recursos naturales, por lo que no puede disponer de ellos como lo haría el propietario dentro del derecho civil de corte patrimonialista⁹³

De otro lado, como hemos mencionado, el concepto de “aprovechamiento sostenible”, al que se refiere la LORN se encuentra definido en la Convención de Diversidad Biológica (CDB), como “utilización sostenible”, siendo “la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.” (CDB, 1992).

La indicada ley recoge la distinción entre recursos naturales renovables y no-renovables y destaca los conceptos de “aprovechamiento sostenible de los recursos naturales” y “equilibrio dinámico” entre crecimiento económico, conservación de los recursos naturales y desarrollo

⁹¹ STC Expediente No. 0048-2004-AI/TC, fundamentos 29, 98 y 100.

⁹² STC Expediente No. 0048-2004-AI/TC, fundamento 98.

⁹³ STC Expediente No. 0048-2004-AI/TC, fundamento 100.

integral de la persona humana (artículo 2, LORN). Todos estos conceptos están asociados a la definición clásica de desarrollo sostenible contenida en el Informe titulado «Nuestro futuro común» de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMAD), emitido en 1987. El indicado informe, conocido popularmente como el Informe de la Comisión Brundtland⁹⁴, definió al desarrollo sostenible como “la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades». (Informe titulado «Nuestro futuro común» de 1987, Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo). El desarrollo sostenible es considerado como el paradigma de desarrollo predominante a nivel mundial y comprende a tres esferas del desarrollo, como son los ámbitos económico, social y ambiental.

La LORN ha definido a los recursos naturales como “todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado” (artículo 3). La indicada ley sigue una definición propia de la economía clásica, diferenciando entre lo que se refiere a la “satisfacción de las necesidades humanas” propiamente dichas, lo que correspondería al valor de uso de todo componente de la naturaleza, y por otro lado al valor económico comercial que eventualmente puede tener ese recurso, lo que se conoce como valor de cambio, en función del valor presente o potencial que dicho recurso puede tener en el mercado. En ese sentido, aquellos componentes de la naturaleza que carecen de un valor presente o potencia en el mercado no podrían ser considerados como recursos naturales. Gran parte de la diversidad biológica y de los componentes abióticos de la naturaleza carecen de valor potencial o actual en el mercado. En el momento en que ciertos componentes de la naturaleza adquieren un valor para el mercado, alcanzamos un punto fundamental por los impactos que ello puede tener en la vida de las personas que hasta entonces disfrutaban directa o indirectamente de ese componente natural y del medio ambiente en general. Esto último es sumamente importante respecto a los conceptos de funciones y servicios ambientales que presta la naturaleza y que los modelos económicos y de gestión gubernamental usualmente no reconocen, en el sentido de que el funcionamiento de los ecosistemas, de la vida en general y de los beneficios obtenidos por las actividades económicas productivas, dependen en última instancia de esas funciones y servicios ambientales. La degradación ambiental que ciertas actividades productivas y modo de producción y consumo pueden ocasionar terminarán afectando a esas funciones y servicios ambientales, causando un daño y vulneración al derecho de vivir en una ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el desarrollo de las personas.

La característica económica que un componente de la naturaleza, definida por su valor en el mercado, queda establecida en la LORN en la parte final del artículo 3, cuando señala que: “El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley”. La lista de lo que para esa ley es un recurso natural incluye a las aguas superficiales y subterráneas; el suelo, subsuelo y las tierras destinadas a las actividades agrícolas, pecuarias, forestales y de protección; la diversidad biológica, como son las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas⁹⁵; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida; los recursos hidrocarbúricos, hidro-energéticos,

⁹⁴ Ex primera ministra del Reino de Noruega.

⁹⁵ “Protista es un adjetivo que se emplea en el ámbito de la biología para denominar a los seres vivos que cuentan con células pertenecientes al grupo eucariota. Cuando Protista se escribe con mayúscula inicial, el concepto hace referencia al reino que forman estos seres...El reino Protista, por lo tanto, incluye a los organismos de tipo eucariote que, por sus características, no pueden incluirse en el resto de los reinos de esta clase (no son animales, plantas ni hongos)”. Fuente: <https://definicion.de/protista/>

eólicos, solares, geotérmicos y similares; la atmósfera y el espectro radioeléctrico⁹⁶; los minerales; otros que puedan ser considerados como recursos naturales. La lista no agota la posibilidad de incluir a otros componentes como recursos naturales.

Igualmente, el TC ha abordado el elemento económico en el concepto de los recursos naturales, reiterando el mandato contenido en el artículo 66 de la Constitución y el artículo 20⁹⁷ de la LORN, señalando que el aprovechamiento de estos obliga al pago de una retribución económica, lo cual constituye para el TC “una de las condiciones más importantes para autorizar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales por parte de particulares”. Sin embargo, hay que destacar que el indicado listado sólo asigna valor económico al aprovechamiento de los recursos naturales, como insumos para los procesos productivos o productos finales para ser consumidos, pero desconoce el valor intrínseco que posee como fuente insustituible de funciones y servicios ambientales que, lamentablemente, debido a la degradación ecosistémica, terminan perdiéndose.

Para el TC, se puede definir a los recursos naturales “como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general”. Asimismo, para el TC está claro que esos recursos naturales nunca, en ninguna circunstancia, pueden quedar excluidos del “dominio soberano del Estado, por lo que resulta constitucionalmente vedado el ejercicio de propiedad privada sobre ellos, sin perjuicio de lo cual, conforme refiere el artículo 66º de la Constitución, cabe conceder su uso y explotación a entidades privadas, bajo las condiciones generales fijadas por ley orgánica (además de las regulaciones específicas previstas en leyes especiales), y teniendo en cuenta que, en ningún caso, dicho aprovechamiento sostenible puede quedar librado de la búsqueda del bienestar general, como núcleo instrumental y finalista derivado no sólo de su condición de patrimonio nacional, sino de principios fundamentales informantes de todo el compendio constitucional formal y sustantivo”. En ese sentido, ha destacado el TC, la explotación de los recursos nacionales no puede estar separada del interés nacional y del bien común, en ninguna circunstancia, porque constituye “una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto, por lo que queda proscrita su explotación con fines exclusivamente individualistas o privatísticos⁹⁸”.

La Constitución de 1979 tuvo un articulado más completo y mejor definido en materia de derecho al medio ambiente (Huerta, 2013), considerándolo como un derecho fundamental en su artículo 123:

⁹⁶ Dice al respecto el TC: “El espectro radioeléctrico o electromagnético es un recurso natural por medio del cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. Es una franja de espacio a través de la cual se desplazan las ondas electromagnéticas capaces de portar y transportar diversos mensajes sonoros o visuales, a corta y larga distancia. Es un recurso natural de dimensiones limitadas. En tanto tal, de conformidad con el artículo 66 de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento, correspondiéndole a éste su gestión, planificación”, según el literal e) del artículo 3º de la Ley N.O 26821 - Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (STC EXPEDIENTE No. 00003-2006-AI-TC).

⁹⁷ El artículo 20 de la LORN:

“Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales.

“La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales.”

⁹⁸ STC Expediente No. 00003-2006-AI, fundamentos del 5 al 7.

“Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”.

Este artículo estaba en el capítulo de los recursos naturales dentro del título de régimen económico, a diferencia del actual, bastante menos rico en contenido, que se encuentra en el correspondiente a los derechos fundamentales en el artículo 2, numeral 22, de la Constitución vigente. El artículo 123 de la Constitución de 1979 estaba formulado como un derecho y una obligación para todos los miembros de la sociedad (Huerta, 2013). Adicionalmente, dicho artículo establecía la obligación del Estado de actuar para evitar y colocar límites a la polución del medio ambiente (Huerta, 2013). La Constitución de 1993 disminuyó particularmente los contenidos de los derechos sociales que ya había incorporado la Constitución de 1979 (Huerta, 2013) y, aunque el derecho al medio ambiente se mantuvo en el texto (artículo 2, numeral 22) de la Constitución de 1993, su redacción se hizo en términos genéricos y ambiguos, dentro de referencias a otros derechos distintos al ambiental (Huerta, 2013). El derecho al medio ambiente y la obligación de protegerlo quedó formulado en el capítulo sobre el ambiente y los recursos naturales, título del régimen económico, artículos 66 al 69, con un claro perfil orientado al aprovechamiento económico en el marco del uso sostenible de los recursos naturales. Estos artículos de la Constitución de 1993 conforman el bloque constitucional que fija los parámetros para el desarrollo del derecho ambiental (Huerta, 2013).

Interés nacional, interés colectivo, bien común y la concesión minera.

Es importante destacar que el TC ha considerado reiteradamente en sus sentencias, incluyendo la que es materia del presente análisis⁹⁹, que debe seguirse lo dispuesto en el artículo 8 de la LORN en el sentido de que:

“el otorgamiento del derecho de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice en armonía con el interés de la Nación, el bien común y dentro de los límites y principios establecidos en la presente ley, en las leyes especiales y en las normas reglamentarias sobre la materia”.

Los conceptos de interés nacional y bien común son fundamentales y se orientan por los principios de unidad del Estado y de la dignidad de la persona humana, respectivamente, colocándose para el TC por encima de otros principios y derechos con los cuales deben ponderarse, como son, por un lado, los de libertad de empresa e industria y el derecho de propiedad, invocados por los demandantes y, por otro lado, los que corresponden al “interés colectivo” que, en el presente caso, busca proteger a las cabeceras de cuenca y espejos de agua, tal como fue invocado por la municipalidad.

El artículo 19 de la LORN también ha sido destacado por el TC¹⁰⁰, en el sentido de que dicha norma regula el modo en que “los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares”. En primer lugar, el aprovechamiento de los recursos naturales solo puede realizarse de una manera sostenible y bajo “las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural”. En segundo lugar, el título recibido por el concesionario lo habilita para “el uso y disfrute del recurso natural concedido y, en

⁹⁹ STC Expediente No. 0012-2019-AI, fundamento 162.

¹⁰⁰ STC Expediente No. 0012-2019-AI, fundamentos 162 al 166.

consecuencia, de la propiedad de los **frutos y productos**^{101 102a} extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia” (artículo 23 de la LORN).

La LORN señala que serán las leyes especiales para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales las que identificarán las condiciones, términos, criterios y plazos para el otorgamiento de los derechos (artículo 21). Entre esos criterios se incluye los “mecanismos de retribución económica al Estado por su otorgamiento, el mantenimiento del derecho de vigencia, las condiciones para su inscripción en el registro correspondiente, así como su posibilidad de cesión entre particulares” (artículo 21). Una cuestión importante es que la ley especial debe ser precisa al indicar “los atributos que se conceden, sean éstos de carácter real o de otra naturaleza” (artículo 22).

La LORN también regula, en términos generales, las características y requisitos que debe tener la concesión contemplada en las leyes especiales, en el sentido de que es a través de la concesión, aprobada por leyes especiales, con la que se “otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo” (artículo 23). La concesión otorgada en el marco de una ley especial da a su titular “el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse” (artículo 23), siendo que la concesión así otorgada puede tener plazos fijos o indefinidos. Un aspecto importante es que las concesiones otorgadas son “irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia” (artículo 23).

La concesión minera es considerada por el TC como un acto administrativo¹⁰³, mediante el cual el Estado habilita al concesionario para poder realizar la explotación de los recursos naturales, dentro de los límites establecidos por las leyes y el interés público (Presentación de Rubio Correa, Marcial Antonio. No se indica la fecha). Conforme al STC¹⁰⁴:

“La concesión minera no es un contrato sino un acto administrativo, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público.

¹⁰¹ “Lo que distingue al fruto del producto es que el primero es renovable y el último no lo es. Cuando se extrae el producto se está afectando el bien mismo, lo que no ocurre con el fruto, que es un bien nuevo y distinto del bien que lo origina. Típicos ejemplos son el producto minero o petrolero” (Avendaño et al., 2017: 16).

¹⁰² “Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares” (artículo 19 de la LRN), (negritas añadidas).

¹⁰³ “1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta. 1.2 No son actos administrativos: 1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan. 1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades”. TÍTULO I Del Régimen Jurídico de los Actos Administrativos CAPÍTULO I De los Actos Administrativos. Artículo 1.- Concepto de acto administrativo. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY No. 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por D.S. No. 004-2019-JUS.

¹⁰⁴ STC Expediente No. 0048-2004-PI/TC.

“La concesión minera debe entenderse como un acto jurídico de Derecho Público en virtud del cual la Administración Pública, sustentándose en el principio de legalidad, establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en la explotación de los recursos minerales no renovables” (fundamento 108).

La concesión minera es una modalidad de título habilitante que emite la autoridad administrativa competente, en este caso, el INGENMET. Los títulos habilitantes son propios del derecho administrativo y la expresión de la función clásica de policía de parte del Estado mediante la cual se imponen condiciones al disfrute de los derechos subjetivos de los ciudadanos o, eventualmente, pueden también consistir en restricciones o cargas que se imponen a ese ejercicio, no pudiendo ser estas totales o absolutas, excepto por razones de seguridad nacional debidamente justificadas (Castro Pozo, 2009). Los títulos habilitantes constituyen una declaración de la administración, mediante la cual se confirma que el solicitante, en el libre ejercicio de su iniciativa privada, ha cumplido con los requisitos exigidos por la ley (Castro Pozo, 2009).

La concesión en el derecho administrativo se distingue de las otras modalidades de acto administrativo, como son la autorización (que habilita para hacer uso de un derecho lícito y previamente existente) y el permiso (que permite al solicitante, de modo excepcional, realizar una actividad normalmente prohibida). En el caso de la concesión administrativa el título habilitante concede a su titular la posibilidad de operar en una actividad, respecto de la cual el Estado ha efectuado una reserva a su favor. En la concesión, entonces, no se otorga de modo total la posibilidad de que sea la iniciativa privada la que efectúe la actividad, debido a que el interés público requiere la garantía permanente del Estado (Castro Pozo, 2009). La concesión permite que su titular pueda ejercer la actividad en principio reservada al Estado dentro de una relación jurídica pública, por ser los recursos naturales patrimonio de la Nación, estando sometida, sin embargo, al control y fiscalización de la administración pública (Castro Pozo, 2009).

Sobre las concesiones mineras el TC¹⁰⁵ también se ha pronunciado en el proceso de inconstitucionalidad seguido contra la Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo, la cual, mediante Ordenanza Municipal No. 04-2008-MPF-H/A, declaró como zona intangible toda la jurisdicción de la Provincia de Víctor Fajardo, “debido a la diversidad de recursos naturales existentes debido a la diversidad de recursos naturales existentes en ella (artículo 1), y como consecuencia de ello, no habrá licencia social para las exploraciones y/o explotaciones mineras en la zona; y las empresas que vienen explotando deben ceñirse a una consulta popular dentro del ámbito de su intervención respetando las leyes de medio ambiente y los tratados internacionales; debiendo reparar los daños ocasionados; caso contrario quedan disueltos los contratos y/o acuerdos suscritos (artículo 7)¹⁰⁶”, lo cual, según el TC, es una forma de regular el procedimiento de otorgamiento de las concesiones mineras sobre el cual carece de competencia, siendo esta una función exclusiva del INGENMET¹⁰⁷

Las concesiones gozan de la condición de ser “bienes incorporales registrales” y el titular puede disponer del bien, hipotecarlo, cederlo y reivindicarlo en el marco de lo que dispongan las leyes especiales (artículo 23). El adquirente de la concesión deberá someterse a las condiciones en las

¹⁰⁵ “Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Municipal No. 04-2008-MPF-H/A expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo, Departamento de Ayacucho, que declara como zona intangible toda la jurisdicción territorial de la Provincia de Fajardo, y en consecuencia, prohíbe las licencias para la exploración y explotación minera en la zona.” STC Expediente No. 00008-2010-PI/TC.

¹⁰⁶ STC Expediente No. 00008-2010-PI/TC, fundamento 38.

¹⁰⁷ STC Expediente No. 00008-2010-PI/TC, fundamento 19.

que esta fue previamente otorgada. Todo el proceso de disposición y de otorgamientos de derechos reales sobre la concesión debe ser inscrito en el registro correspondiente (artículo 23).

Por eso, como hemos manifestado antes, los demandantes intentaron infructuosamente convencer al TC de que el derecho real que la concesión minera le otorgaba había sido vulnerado con la OM-014, al disponer que la SERNANP realizase la inscripción en el Registro de Áreas de Protección Natural (RAPN) de las áreas de protección municipal aprobadas en la ordenanza. La Tabla No. 6 resume los argumentos de los demandantes y los fundamentos de la sentencia del TC respecto de la vulneración de los derechos económicos de los titulares de la concesión minera.

TABLA No. 6: ¿La OM-014 restringe de manera irrazonable y desproporcionada el derecho de propiedad de los demandantes?	
DEMANDANTES: SI RESTRINGE	SENTENCIA DEL TC: NO RESTRINGE
<ul style="list-style-type: none"> ➤ La OM-014 restringe de manera irrazonable y desproporcionada el derecho de propiedad: <ul style="list-style-type: none"> ✓ dispone que el SERNANP realice la inscripción de las áreas de protección municipal aprobadas en la ordenanza en el RAPN (fundamento 185). ✓ conculcado las libertades económicas, como: <ul style="list-style-type: none"> ○ la libertad de empresa ○ la libertad de industria: <ul style="list-style-type: none"> • al suspender la actividad de exploración y explotación mineras a pesar de que las empresas puedan contar con las autorizaciones respectivas. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ De autos no se desprende una incidencia negativa en abstracto respecto del contenido constitucionalmente protegido de las libertades económicas invocadas. ➤ Los demandantes no han indicado de qué manera implican por sí mismas la vulneración de tales derechos: <ul style="list-style-type: none"> ✓ la declaración de las cabeceras de cuenca detalladas en la ordenanza, como áreas de conservación municipal; y, ✓ la suspensión de actividades contaminantes. ➤ Por consiguiente, la demanda debe ser declarada infundada en este extremo (fundamento 188).
<p>Fuente: OM-014-2018 y STC 0012-2019-PI/TC. Elaboración: propia.</p>	

El TC tampoco dio la razón a los demandantes en este punto, quizás porque el asunto no había sido suficientemente argumentado y porque el TC, con base a razones de fondo, no encontraba ninguna contradicción entre la protección ambiental que la OM-014 pretendía y los derechos económicos alegados por los demandantes, los cuales deben ser interpretados en función del interés general y el bien común.

Como se ha mencionado antes, existen otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales, como son las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso y de explotación, las cuales serán reguladas de la misma manera que las concesiones contempladas en las leyes especiales (artículo 24 de la LORN).

El Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería (LGM), aprobado mediante D.S No. 014-92-EM dispone que todo aquello que tenga que ver con el “aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional, así como del dominio marítimo”, se regirán por esa ley (artículo I del Título Preliminar (TP) de la LGM), quedando exceptuados el “petróleo e hidrocarburos análogos los depósitos de guano, los recursos geotérmicos y las aguas minero-medicinales”.

La Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero (LPISM), aprobada por D.L. 708, señala que la totalidad de “los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible” (artículo 17 de la LPISM). Asimismo, dicha norma legal ha asignado al Estado la responsabilidad de evaluar y preservar los recursos naturales, promoviendo su

“aprovechamiento racional (artículo III del TP de la LGM), para lo cual debe implementar un “sistema de información básica para el fomento de la inversión”. Adicionalmente, el Estado debe ejercer una función normativa y de fiscalización sobre la actividad minera en todo el territorio nacional, buscando la “simplificación administrativa” (artículo 17 de la LPISM).

En lo que se refiere a la actividad empresarial, la LPISM establece que ésta es realizada por el Estado y el sector privado, a través del “régimen de concesiones” (artículo 17 de la LPISM). Asimismo, la LGM dispone de modo más amplio que:

“El aprovechamiento de los recursos minerales y geotérmicos, se realiza a través de la actividad empresarial del Estado, y mediante el otorgamiento de derechos para ejercer actividades de la industria minera personas naturales o jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras. El Estado protege la pequeña empresa y mediana minería y promueve la gran minería” (artículo IV del TP de la LGM).

En ese sentido, en la versión original de la LGM, el Estado era el que realizaba la actividad empresarial para el aprovechamiento de esos recursos por tratarse de una industria de “utilidad pública” (artículo VI del TP de la LGM), en función de la cual otorga derechos para que sea efectuada por empresarios privados, condicionado a que estos hagan las inversiones requeridas para la producción de las sustancias minerales, lo que la LGM denomina “sujetos al sistema de amparo por el trabajo” (artículo V del TP de la LGM y artículo 28 de la LPISM). Hay que tomar en cuenta que el TUO de la LGM fue aprobado por DS No. 014-92-EM publicado el 4 de junio de 1992. La Constitución de 1993, limitó los alcances de esta norma legal, en lo que se refiere a la actividad empresarial del Estado, la cual solo puede realizar de manera subsidiaria si fue autorizado por ley expresa, de modo directo o indirecto, en función de un “alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional” (artículo 60, segundo párrafo, LGM).

El Estado es el único que puede definir qué actividades constituyen actividad minera, como es el caso del “cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero” (artículo VI del TP de la LGM), considerándose, también, que “el almacenamiento de concentrados de minerales en depósitos ubicados fuera de las áreas de las operaciones mineras constituye una actividad del sector minero que no se realiza bajo el sistema de concesiones” (artículo 1 del DL No. 1048), esto implica que ese almacenamiento puede ocurrir en otros espacios fuera de la concesión minera. Los procedimientos para el otorgamiento de una concesión minera son de orden público. El otorgamiento de la concesión es indispensable y previo para la realización de actividades como “la prospección y la comercialización”.

Con base a la legislación en la materia, el TC ha expresado que la concesión minera “otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos”, siendo que la exploración consiste en la “actividad minera tendente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales; y la explotación es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento¹⁰⁸”

La concesión minera no es necesaria para realizar actividades de cateo (artículo VII del TP de la LGM), siendo estas y la prospección “libres en todo el territorio nacional”, aunque existen restricciones a su ejercicio, ya que no pueden efectuarse en terrenos en “donde existen otras concesiones mineras, áreas de no admisión de denuncios y terrenos cercados o cultivados, salvo previo permiso escrito de su titular o propietario, según sea el caso. Es prohibido el cateo y la

¹⁰⁸ STC EXP No. 0008-2010-PI-TC. Juicio de constitucionalidad de la Ordenanza Municipal N.º 04-2008-MPF-H.

prospección en zonas urbanas o de expansión urbana, en zonas reservadas para la defensa nacional, en zonas arqueológicas y sobre bienes de uso público; salvo autorización previa de la entidad competente” (artículo 2 de la LGM).

El cateo y la exploración no son, sin embargo, actividades totalmente desligadas de las de explotación del recurso minero y pueden ser efectuadas por empresas mineras de menor porte o mineros “artesanales”, con el propósito de identificar los lugares en donde pueda encontrarse yacimientos suficientemente ricos y accesibles. De este modo, las empresas mineras medianas y grandes pueden levantar información útil para las empresas más grandes y contribuir a reducir los riesgos que involucra invertir en gran escala, en lugares en donde se desconoce el volumen total aproximado de los stocks de la sustancia mineral que se pretende explotar. Uno de los riesgos que involucra la inversión minera, es la existencia de una mayor incertidumbre al comienzo del proyecto, respecto de los stocks de mineral que puede encontrarse. Esa incertidumbre irá disminuyendo conforme el proyecto avanza, de manera que solo hacia la etapa final del mismo el inversionista podrá tener una idea más exacta de las reservas existentes (Buchanan, 2016).

La “exploración” es definida como “la actividad minera tendente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales. La explotación es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento” y el “desarrollo” es la “operación que se realiza para hacer posible la explotación del mineral contenido en un yacimiento” (artículo 8 de la LGM).

La LGM debe ser aplicada en concordancia con la LGA y el Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera¹⁰⁹ (RPAM), en lo relativo a las obligaciones de presentar una Declaración de Impacto Ambiental, consistente en un Estudio Ambiental (que también puede ser semidetallado) en que “se evalúan los proyectos de exploración minera” cuando se prevé la ocurrencia de “impactos ambientales negativos leves” (artículo único, inciso 9 y 12, del RPAM). Asimismo, detalla, de manera no taxativa, lo que son los ecosistemas frágiles: “desiertos, tierras semiáridas, montañas, pantanos, bofedales, bahías, islas pequeñas, humedales, lagunas andinas, lomas costeras, bosques de neblina y bosques relicto” (artículo 99 de la LGA y artículo único, inciso 10, del RPAM).

Uno de los problemas de los sistemas de derechos y de protección ambiental, es la fragmentación de la normativa y de la regulación institucional. En el caso de la actividad industrial minera, si bien se mantiene bajo el paraguas de la LGA, tiene su propio régimen normativo especial que regula, por ejemplo, lo relativo a la protección ambiental para las actividades de exploración minera (D.S. No. 042-2017-EM se aprobó el Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera). Las responsabilidades y competencias exclusivas y compartidas entre los distintos organismos del Estado dificultan en la práctica una protección adecuada, dando lugar a superposiciones y conflictos en su aplicación. En todo caso, tanto la LGA y la LGM y sus demás normas están sometidas al bloque constitucional de derechos fundamentales y principios jurídicos aplicables. Una de las áreas en las que los gobiernos regionales tienen competencia, es en la regulación de las actividades de la pequeña minería y minería artesanal, esto en el marco de la LOGR que estableció “la transferencia a los gobiernos regionales de la función de otorgar concesiones para pequeña minería y minería artesanal de alcance regional” (inciso f) del artículo 59). De este modo, los gobiernos regionales pueden otorgar concesiones para la pequeña minería y minería artesanal

¹⁰⁹ Aprobado por D.S. 042-2007-EM.

de alcance regional, recibir petitorios, dar trámite y declarar la extinción de la concesión. Adicionalmente, la LOGR ha otorgado a los gobiernos regionales competencias para “formular, aprobar, ejecutar, evaluar, fiscalizar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia” conforme con las políticas nacionales y los planes sectoriales. Asimismo, pueden promover “las inversiones en el sector, con las limitaciones de Ley”; “fomentar y supervisar las actividades de la pequeña minería y la minería artesanal y la exploración y explotación de los recursos mineros de la región con arreglo a Ley”; dar “concesiones para pequeña minería y minería artesanal de alcance regional e “inventariar y evaluar los recursos mineros y el potencial minero” regional; y, respecto de los “Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) de su circunscripción” son competentes para aprobarlos y supervisarlos, pudiendo aplicar las acciones correctivas y las sanciones del caso (artículo 59 de la LOGR). El mismo artículo también otorga a los gobiernos regionales competencias similares o específicas para el caso de las actividades energética y de hidrocarburos dentro de la jurisdicción regional.

El concepto de concesión minera es una forma de denominar a un conjunto de actividades del sector que están detalladamente descritas en la LGM. Tenemos que la concesión minera:

“otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM). La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada. Las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias” (artículo 9 de la LGM).

Asimismo, se considera como componentes pertenecientes de modo integral a la concesión minera, a las labores que sean ejecutadas para el aprovechamiento de las sustancias minerales; en cambio, los otros bienes propiedad del concesionario, pero que fueron establecidos para servir de manera permanente a la finalidad económica de la concesión, son consideradas como partes accesorias de ésta (artículo 9 de la LGM). Sin embargo, el titular de la concesión no puede de modo automático efectuar las actividades mineras de exploración y explotación, debiendo previamente cumplir con los trámites requeridos por el Reglamento de Procedimientos Mineros - RPM (artículo 23). A lo largo del texto de la LGM y normas conexas, se pueden encontrar una serie de trámites previos que deben ser realizados al momento de hacer uso de la concesión minera, en cualquiera de las modalidades permitida por la ley.

Como se ha señalado antes, la concesión minera da a su titular un derecho real, integrado por un conjunto de atributos que la LGM y normas conexas otorgan al concesionario. Es importante recordar que las concesiones mineras son “irrevocables”, en la medida que el titular no incurra en el incumplimiento de las obligaciones requeridas para la continuación de su vigencia, siendo de aplicación esta norma también para los otros tipos de concesiones mineras, como son las “concesiones de beneficio, de transporte minero y de labor general” (artículo 10 de la LOGR y artículo 6 del D.L. No. 25998). Asimismo, desde el 15 de diciembre de 1991, las concesiones mineras pueden ser concedidas para realizar actividades sobre yacimientos metálicos o no-metálicos, recibiendo ambas igualdad de tratamiento legal (artículo 13 de la LGM).

La actividad minera tiene asignada una “unidad básica de medida superficial” que corresponde a una figura geométrica, delimitada por coordenadas UTM, con una extensión de 100 hectáreas. En ese sentido, las concesiones son otorgadas “en extensiones de 100 a 1,000 hectáreas, en

cuadrículas o conjunto de cuadrículas colindantes al menos por un lado, salvo en el dominio marítimo, donde podrán otorgarse en cuadrículas de 100 a 10,000 hectáreas” (artículo 11 de la LGM). Existen excepciones a estas reglas para el caso de concesiones ubicadas en las zonas de fronteras, en las franjas de traslape especificadas, en las zonas de expansión urbana (artículo 14 de la LGM) y para la producción de cemento.

Existe también la prohibición de otorgar concesiones no-metálicas ni aplicar prórrogas a concesiones de ese tipo, “sobre áreas agrícolas intangibles, ni en tierras rústicas de uso agrícola, sin considerar entre éstas últimas a los pastos naturales” (artículo 14 de la LGM).

La LGM permite autorizar, a través del Instituto Geológico Minero (INGEMMET), la existencia de “áreas de no admisión de petitorios” por periodos no mayores de “cinco años calendario”, de manera que el indicado instituto haga la “prospección minera regional, respetando derechos adquiridos y áreas colindantes a las zonas arqueológicas del país. Cada una de estas áreas no podrá comprender más de trescientas mil (300,000) hectáreas” colocando luego la información recogida a disposición del público, inicialmente a título oneroso y, luego de treinta días, serán de acceso gratuito (artículo 25 de la LGM).

Estas son, de modo muy breve, las condiciones que regulan la actividad minera en el país y que se menciona a título ilustrativo para una mejor comprensión de su naturaleza y de su conexión con los temas de interés del presente análisis, como son los correspondientes a los principios de competencia y de taxatividad, así como los relativos al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el derecho a vivir en un ambiente saludable equilibrado y adecuado.

El derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado. El aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales.

En ese contexto, debemos tener presente que la actividad minera debe realizarse en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, conforme a los principios de responsabilidad social empresarial, aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y de Economía Social de Mercado y con pleno respeto del derecho fundamental al medio ambiente. Estas conceptualizaciones están entendidas muchas veces en lo que se denomina el interés nacional y el bien común, como principios axiológicos principales que consagran a la solidaridad y la dignidad humana.

Por eso para el TC, el interés de la Nación, el bien común y las regulaciones y principios recogidos en las leyes especiales sobre la materia, son los parámetros que establecen “...los límites al otorgamiento y aprovechamiento de los recursos naturales a particulares” (artículo 8 de la LORN), como es el caso de las licencias de otorgamiento de concesión minera. Los conceptos de interés de la Nación y de bien común no tienen una definición formal dentro de la Constitución vigente, siendo conceptos que han recibido a lo largo de la historia, diversas interpretaciones en el campo del derecho, la política, la filosofía y la ética, entre otros. Para el caso del Perú, la definición de esos conceptos debe basarse en el marco conceptual que nos da el Estado Social y Democrático de derecho y los deberes del Estado establecidos en el primer párrafo del artículo 44 de la Constitución:

“Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

En consecuencia, ese artículo describe de modo más exacto aquello que podría entenderse por “interés nacional” y “bien común. Igualmente, junto con los elementos de democracia, Estado de Derecho y derechos fundamentales, establece los parámetros dentro de los cuales debemos entender los conceptos de interés nacional y bien común. El concepto de bien común es mencionado en el artículo 70 de la Constitución que establece la inviolabilidad del derecho de propiedad que el Estado garantiza y como este derecho debe ejercerse en “armonía con el bien común” y “dentro de los límites de la ley”.

En el caso del interés nacional, hay referencia a este concepto en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, cuando señala que corresponde, como atribuciones del Presidente de la República, el dar medidas extraordinarias con decretos de urgencia, en materia económica y financiera, “cuando así lo requiere el interés nacional”. El artículo 38 de la Constitución extiende el concepto de “proteger los intereses nacionales”, junto con el cumplimiento y defensa de la Constitución y el ordenamiento jurídico, como un deber de “todos los peruanos”. Finalmente, el artículo 63 de la Constitución, dentro del título sobre el régimen económico, se refiere a la igualdad de condiciones que debe aplicarse a la inversión nacional y la extranjera y establece el derecho del Estado de adoptar medidas análogas, en defensa del interés nacional, contra las medidas proteccionistas o discriminatorias que otros países implementan.

El bien común es definido por el TC como idéntico al interés de la sociedad¹¹⁰, en un contexto en el que la Constitución debe ser interpretada como la expresión de un “complejo cultural” dentro del cual se puede identificar un “mínimo común axiológico¹¹¹” en el que convergen los valores básicos de la comunidad. En ese sentido, la constitución no puede ser entendida únicamente como una colección de textos jurídicos, sino como la manifestación de un nivel de desarrollo cultural y una forma que tiene el pueblo de auto representarse¹¹². Por eso, los textos constitucionales deben ser “cultivados” para que se desarrollen como una “auténtica Constitución¹¹³”. En ese sentido, el TC se plantea como un deber el identificar esos elementos valorativos presentes en la Constitución, entre los que destacan principalmente, como presupuesto ontológico, el artículo 1 referido a la persona y dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado. La Constitución, sin esos contenidos axiológicos, carecería de sustento y legitimidad social, deviniendo en un texto extraño para el pueblo¹¹⁴.

La dignidad humana también está recogida como principio en la Ley General del Ambiente (LGA), al señalar que uno de los lineamientos ambientales básicos de las políticas públicas, es el “respeto de la dignidad humana y la mejora continua de la calidad de vida de la población, asegurando una protección adecuada de la salud de las personas” (artículo 11, inciso a) de la LGA).

En ese contexto axiológico es que debe entenderse los conceptos principales como son el de interés nacional, bien común y Estado Social y Democrático de Derecho, así como al efectuar la exégesis del régimen económico contenido en el artículo 43 de nuestra Constitución, en donde la justicia y la solidaridad deben regir como mandatos principales de la sociedad. Así, los artículos

¹¹⁰ STC Expediente No. 0012-2019-PI-TC. PLENO SENTENCIA 343/2020 del 16 de junio de 2020. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por un conjunto de ciudadanos contra la Ordenanza 014-2018-MPSCH, expedida por la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco, que declara de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de su jurisdicción entre otras medidas.

¹¹¹ Idem, fundamento 5.

¹¹² Idem, fundamento 5.

¹¹³ Idem, fundamento 5.

¹¹⁴ Idem, fundamento 5.

del régimen económico o bloque constitucional económico deben ser interpretados y aplicados en todos los ámbitos de la sociedad, como un mandato para que los intereses individuales o particulares, sean armonizados convenientemente con el “bien común”¹¹⁵.

La Constitución establece como criterio de valor mandatorio al principio de subsidiariedad, en un contexto en el que reconoce el pluralismo económico, la coexistencia e igualdad entre las diversas formas de propiedad y de empresa, incluyendo a la empresa pública y privada, siendo que el ejercicio de la actividad empresarial del Estado no está prohibida, sino condicionada a una autorización legal para ejercerla subsidiariamente, “por razón de interés público o de manifiesta conveniencia nacional” (artículo 60 de la Constitución). El Estado es, en ese contexto constitucional, la entidad llamada a actuar como el “garante final del interés general” e intervenir en la actividad económica, en el caso de que una “necesidad real de la sociedad” no pueda ser satisfecha por la iniciativa privada¹¹⁶.

Además del artículo constitucional antes mencionado, el concepto de interés público también se encuentra en el artículo 97, cuando se refiere a la atribución del Congreso para investigar cuestiones de interés público; artículo 125, inciso 3, respecto de la atribución del Consejo de Ministros de debatir cuestiones de interés público; y artículo 159, inciso 1, sobre la atribución del Ministerio Público, de promover acciones en función del interés público. El interés público no es otra cosa que el interés del Estado respecto de la sociedad, la economía y el ordenamiento jurídico, en contraste con lo que son los intereses privados, individuales o particulares. El interés público sería distinto del interés colectivo, el cual no está recogido expresamente en la Constitución, salvo como derecho fundamental de petición colectiva (artículo 2, inciso 20) y negociación colectiva en el régimen laboral (artículo 28, inciso 20). Si bien la Constitución no lo menciona directamente, su definición se asocia al interés de la sociedad o al interés social, porque supone que es la expresión de una necesidad o demanda de un grupo de personas. Por eso, cuando la municipalidad indica que actuó en función del interés colectivo, amenazado por las actividades mineras en la zona de los espejos de agua y de cabeceras de cuenca, lo estaba haciendo en ese sentido.

Una interpretación y aplicación de las normas contenidas en el bloque constitucional ambiental desde una perspectiva social, contribuye a perfeccionar a las normas programáticas propias de los derechos económicos, sociales y culturales, en las situaciones materiales en las que deben efectivizarse, cuestión fundamental para la consecución del bien común¹¹⁷. Esto es un compromiso que el Estado peruano ha adquirido a nivel internacional, como lo evidencia el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que obligan a promover la adopción de una legislación que efectivice dichos derechos.

Sin embargo, la existencia de una legislación ambiental, abundante como es el caso del Perú, tampoco es garantía de que esos derechos serán efectivizados, porque persisten limitaciones presupuestales para implementar el respeto de los derechos, o existe negligencia, desinterés o presiones de grupos de poder económico sobre el Estado que neutralizan su accionar. Sólo así puede explicarse que, a pesar de haberse modificado el artículo 75 de la Ley de Recursos Hídricos

¹¹⁵ Idem, fundamento 12.

¹¹⁶ Idem, fundamento 12.

¹¹⁷ STC Expediente No. 0012-2019-PI-TC. PLENO SENTENCIA 343/2020 del 16 de junio de 2020. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por un conjunto de ciudadanos contra la Ordenanza 014-2018-MPSCH, expedida por la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco, que declara de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de su jurisdicción entre otras medidas. Fundamento 6.

(LRH), por la Ley 29338 del 16 de agosto de 2017, reconociendo a las cabeceras de cuenca como lugares ambientalmente vulnerables, no se produjeron cambios sustantivos en la situación existente en la zona en donde las actividades mineras se siguen desarrollando. En otras palabras, las acciones contrarias al equilibrio ecosistémico, especialmente relativas al ciclo hídrico, continuaron ocurriendo, exponiendo al ecosistema en su conjunto.

La extensión y lo accidentado y complejo del territorio nacional lo convierten en una fuente importante de diversidad biológica en el que destacan los ecosistemas hídricos, con sus capacidades de rendimiento y retención de agua. El ciclo hídrico se cumple en varias etapas como son la evaporación y transpiración, condensación, precipitación, la escorrentía en la superficie, los glaciares, entre otras. Las actividades humanas tienen un impacto cada vez más acelerado sobre ese ciclo, degradando los ecosistemas, provocando las emisiones de carbono y la pérdida de los suelos fértiles como consecuencia del cambio del uso del suelo, entre otros efectos adversos. El Mapa Nacional de Ecosistemas del Perú ha identificado 36 ecosistemas ubicados en el territorio continental, correspondiendo once ecosistemas a la región amazónica, tres a la región yunga, once para la región andina, dos para las costas y dos para los ecosistemas acuáticos (MINAM, 2019).

Frente a estos riesgos que comprometen el presente y el futuro de los peruanos, es importante que, dentro de nuestra democracia pluralista se preserve el balance entre el principio de bien común o de interés público y aquellos que forman parte del bloque constitucional económico, para lo cual es fundamental que estos últimos queden sometidos al principio axiológico de la justicia en la toma de decisiones económicas, principalmente respecto de aquellas que tengan un impacto en la vida de las personas y en sus derechos fundamentales¹¹⁸, como ocurre con el derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado, respetando los criterios básicos de lo que significa el ejercicio de la justicia. En ese contexto, hay que tener presente que, en la Constitución, la propiedad¹¹⁹ es un derecho fundamental individual, cuya titularidad subjetiva es exclusiva y excluyente de otros, pero cuyo ejercicio trasciende a la persona del propietario¹²⁰ para constituirse en una institución principal del Estado Social y Democrático de Derecho, fundamento de la libertad de los individuos y las colectividades, así como del interés público de la sociedad¹²¹. Por eso, únicamente por razón de seguridad nacional “se puede establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes” (artículo 72 de Constitución).

¹¹⁸ Ídem, fundamento 8.

¹¹⁹ “La propiedad puede ser definida, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, como “el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus **frutos y productos**, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno”. STC Expediente No. 0012-2019-PI-TC. PLENO SENTENCIA 343/2020 del 16 de junio de 2020, fundamento 26.

¹²⁰ “Por cierto, la concepción de la propiedad privada como una garantía institucional, no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho. Y es que, al igual que la gran mayoría de derechos fundamentales, la propiedad no mantiene más la condición de derecho absoluto. Al respecto, Jorge Avendaño (*El derecho de propiedad en la Constitución*. En: Thémis, N.º 30, Lima, 1994) sostiene que “la propiedad tiene limitaciones, impuestas por diversas razones. Las limitaciones a la propiedad son hoy tan importantes, como crecientes en extensión y número, y ello en relación directa de la estimación del interés público y del concepto social del dominio” (STC Expediente No. 0012-10219-PI-TC, fundamento 26).

¹²¹ Ídem, fundamentos 8 y 26.

Desde esa perspectiva, los derechos fundamentales no son exclusivamente derechos individuales porque son más que una mera formulación actualizada de las denominadas libertades, sino que corresponden a la expresión institucionalizada de un interés social.

Estos criterios que son aplicables a la propiedad como derecho real¹²² por excelencia, son aplicables por extensión al uso, disfrute y disposición de los recursos naturales recibidos conforme al artículo 72 de la Constitución como derechos reales¹²³, ya que estos recursos son patrimonio de la Nación. En ese mismo sentido, los bienes de dominio público, como es el caso de todos aquellos considerados recursos naturales, son “inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico” (artículo 73 de la Constitución).

En consecuencia, existen limitaciones a lo que puede ser objeto de apropiación como propiedad privada, como es el caso de aquellos bienes de dominio público como son los recursos naturales que, sin embargo, pueden ser otorgados en concesión. Los recursos naturales hacen parte del bloque constitucional ambiental y de los recursos naturales, pero en realidad tienen un pie en este y otro en el régimen económico. Por ese motivo, sería mejor considerar al bloque económico constitucional y al bloque ambiental y de recursos naturales como uno solo, especialmente si se quiere adoptar un enfoque de desarrollo sostenible en el que la dimensión social, ambiental y económico están integradas en una sola visión. En ese sentido, por su condición intrínseca, los recursos naturales conectan a ambos bloques constitucionales y establecen interacciones sustantivas importantes a tomar en cuenta en el análisis jurídico del presente caso.

Es importante considerar que los recursos renovables son patrimonio de la Nación, lo que constituye una puntualización sustantiva clave, porque los asocia con el componente permanente y de continuidad de nuestro Estado nacional que es la Nación, constituida por todos aquellos pueblos que mantienen una identidad histórica común que los une a lo largo del tiempo. Los recursos naturales pueden ser renovables y no renovables, por lo que, siendo estos patrimonio de la Nación, el Estado no puede enajenarlos, ejerciendo soberanía en su aprovechamiento que debe entenderse en un sentido administrativo y económico. Ese aprovechamiento, utilización y otorgamiento a particulares es regulado por una ley orgánica¹²⁴, constituyendo la concesión un derecho real a favor del titular del derecho, dentro de las limitaciones que esa ley orgánica y otras especiales le imponen. En tal sentido, el

¹²² “Volviendo a la noción clásica del derecho real, hay que señalar las dos notas características de la relación real. Es, en primer lugar, un derecho absoluto, esto es, oponible a todos, a diferencia del derecho personal o de crédito, que son relativos y se circunscriben únicamente al acreedor y al deudor. El carácter absoluto del derecho real hace que este tenga vocación erga omnes, es decir, autoriza al titular a exigir que todos lo reconozcan como tal. Importa, en segundo lugar, una relación directa del titular con la cosa. Nadie se interpone entre los dos, a diferencia de lo que ocurre con el acreedor en un derecho personal o de crédito” (Avendaño et al., 2017: 8).

¹²³ “Los derechos reales previstos en el Código Civil peruano son la propiedad (artículo 923º), el más importante de todos, que confiere a su titular todos los poderes sobre la cosa, y la posesión (artículo 896º), que es el ejercicio de algunos poderes de la propiedad. Son también derechos reales el usufructo (artículo 999º), el uso y la habitación (artículo 1026º). Ellos constituyen las llamadas desmembraciones de la propiedad. (...) Hay dos derechos reales más de los llamados principales. Son la servidumbre (artículo 1035º) y la superficie (artículo 1030º).” (Avendaño et al., 2017: 9).

¹²⁴ Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (LORN), Ley 26821, “norma el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los Artículos 66 y 67 del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú y en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internacionales ratificados por el Perú” (artículo 1, LORN).

aprovechamiento del recurso natural mediante concesión, constituyendo un título real temporal, está sujeta a las mismas limitaciones que recaen sobre el derecho real de la propiedad, en el sentido de que su uso no puede ser contrario a la finalidad que el recurso natural debe cumplir, por lo que este debe ser un aprovechamiento sostenible y enmarcado en el respeto de los derechos del medio ambiente y en la condición de renovable o no-renovable del recurso. Su uso debe ser respetuoso de la conservación de la diversidad biológica y de aquellos territorios que constituyen áreas naturales protegidas (artículo 68 de la Constitución). Para ello es necesario que su aprovechamiento económico esté en armonía con los principios constitucionales, lo cual está condicionado al cumplimiento de los fines económicos y sociales que la naturaleza de esos recursos naturales exige¹²⁵. En ese sentido, el aprovechamiento de los recursos naturales, en tanto que bienes de dominio público materia de una concesión que habilita al titular del derecho, bajo la forma de un derecho real, no puede ser realizada en perjuicio de terceros, sino que su titular debe ser consciente de la función social en la concesión debe cumplir en el aprovechamiento sostenible del recurso natural, conforme a la Constitución y a las leyes¹²⁶. En el caso del aprovechamiento de los recursos naturales, el Estado como gestor soberano y la Nación como titular de ese patrimonio constituido por los recursos naturales, son socios privilegiados de esa relación económica que es de naturaleza pública y tiene la obligación de garantizar que su aprovechamiento sea sostenible, en armonía con la finalidad natural del recurso y que se respete su función social sin causar daños a terceros.

Ese es también el sentido que tiene el principio de subsidiariedad en el régimen económico constitucional, en donde las intervenciones del Estado en la economía deben estar previamente justificadas y autorizadas por el Congreso, y deben entenderse como un acto complementario o supletorio de la iniciativa privada, en donde en beneficio del bien común se busca el mejoramiento de las condiciones económicas que la empresa privada no puede atender¹²⁷. Hay una semejanza entre el derecho y libertad económica y empresarial de los ciudadanos y el hecho que el Estado, eventualmente con autorización del Congreso, intervenga subsidiariamente en la actividad económica y empresarial, y es la función social que ambas cumplen respeto de las necesidades y demandas de la sociedad¹²⁸.

El Estado actúa en la economía social de mercado cumpliendo una función reguladora de carácter supletorio, a diferencia de lo que sucedería en una economía mixta o de planificación centralizada, en donde la intervención económica es aspecto central. En su función reguladora el Estado tiene la obligación de orientar a los agentes económicos mediante indicaciones destinadas al cumplimiento de las finalidades sociales, ambientales y económicas que el interés nacional y el bien común de la sociedad exigen. En ese marco, el Estado debe orientar respetando la libertad de los agentes económicos para escoger los caminos y los medios para

¹²⁵ Ídem, fundamento 33.

¹²⁶ “A estos requisitos que determinan conjuntamente las garantías de defensa de los intereses individuales en la economía, se suman aquellos que garantizan el interés comunitario; a saber: a) La sujeción a la Constitución y a las leyes; b) El respeto de los derechos fundamentales; y, c) La proyección de cualquier actividad económica hacia el bien común. El ejercicio de toda actividad económica puede limitarse. Sin embargo, es preciso que las restricciones legales adoptadas no enerven esa legítima autonomía, así como también impidan a los operadores económicos privados diseñar su propia estrategia para ofrecer, adquirir, vender o hasta permutar en el mercado. Ello, sin perjuicio de reconocer que incluso las medidas estatales que pretendan operar sobre el ámbito de las libertades económicas deben ser razonables y proporcionadas” (STC Expediente No. 0012-2019-PI-TC, fundamento 33).

¹²⁷ Ídem, fundamento 23.

¹²⁸ “...teniendo siempre en consideración que la actividad empresarial debe ejercerse con pleno respeto a los derechos fundamentales de los "otros" y con sujeción a la normativa que regula la participación en el mercado (STC Expediente No. 0012-2019-PI-TC, fundamento 34).

operar, estimulando la participación de esos agentes. La autonomía para determinar las formas y medios de esa actividad económica está limitada, en el caso del aprovechamiento de los recursos naturales concesionados, por la Constitución, las leyes y los derechos fundamentales en general, en particular los que se refieren a las condiciones sociales y ambientales que deben ser respetadas. Desde ese punto de vista del Estado como regulador y orientador, este cumple lo que se denomina un “poder-deber” en el que no actúa únicamente como entidad tutelar del ordenamiento jurídico, sino como quien tiene la responsabilidad y la capacidad para imponer las reglas de juego en función del interés nacional y el bien común¹²⁹.

Las reflexiones anteriores nos llevan a considerar algunos aspectos propios de la actividad minera en una zona de alta vulnerabilidad como los espejos de agua y las cabeceras de cuenca, cuya conservación y protección fue la finalidad perseguida por la OM-014, cuando decidió convertir esa zona en área de conservación municipal (ACM) y prohibir la realización de las actividades y otras contaminantes. Al respecto, se debe tomar en cuenta que el Estado también tiene la obligación de exigir y supervisar de que se utilicen exclusivamente tecnologías que sean amigables con el medio ambiente y contribuyan a la sostenibilidad del ecosistema, eliminando todo riesgo de extinción y manteniendo condiciones de calidad óptimas en la preservación del medio. Por eso, la aplicación de las normas del bloque constitucional ambiental y de recursos naturales es una cuestión estratégica, ya que el aprovechamiento de estos debe ser razonable y sostenible como ya fue señalado (artículo 2, inciso 22; artículos 66 y 67 de la Constitución).

La OM-014-2018, el principio precautorio y la declaración de intangibilidad de las cabeceras de cuenca.

Conforme a Landa (2017), el principio precautorio debe aplicarse tomando en consideración el marco referencial que se deriva de las sentencias del TC, así como de los informes emitidos por el Grupo de Expertos de Naciones Unidas sobre el Principio Precautorio. En ese sentido, para Landa (2017) el principio precautorio debe aplicarse cuando carecemos de certeza científica sobre una información respecto a las características y dimensiones del daño que creemos podría producirse. Asimismo, las razones que actúan como fuentes de la incertidumbre son plausibles o pueden ser sustentadas científicamente. La dimensión de los impactos por no tomar medidas contra los probables riesgos es desconocida y los peligros que implican son inaceptables.

Desde esta perspectiva, la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco habría actuado en aplicación del principio precautorio, a pesar de que todo sugiere que existían informes y estudios de impacto ambiental realizados por encargo de la misma municipalidad que habrían identificado niveles de contaminación de los recursos hídricos y el riesgo de impactos importantes sobre la salud y calidad de vida de las personas, además de los daños sobre el ecosistema expresado en la contaminación de las cabeceras de cuenca y de la cuenca en su conjunto, la degradación ambiental irre recuperable de las fuentes y espejos de agua, y los daños a las actividades agropecuarias locales.

La Ley No, 30640, modificó el artículo 75 de la Ley de Recursos Hídricos (Ley No. 29338), e introdujo los criterios técnicos para la identificación y delimitación a nivel nacional, de manera de poder evaluar la realización de acciones especiales para su protección y conservación, tomando en cuenta su vulnerabilidad. Conforme al nuevo artículo 75 “Protección del agua”:

¹²⁹ STC Expediente No. 0012-2019-PI-TC. PLENO SENTENCIA 343/2020 del 16 de junio de 2020, fundamentos 38, 39, 40 y 49.

“El Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan los cursos de agua de una red hidrográfica. La Autoridad Nacional, con opinión del Ministerio del Ambiente, puede declarar zonas intangibles en las que no se otorga ningún derecho para uso, disposición o vertimiento de agua. Asimismo, debe elaborar un Marco Metodológico de Criterios Técnicos para la Identificación, Delimitación y Zonificación de las Cabeceras de Cuenca de las Vertientes Hidrográficas del Pacífico, Atlántico y Lago Titicaca”.

La modificación legal introducida en el artículo 75 de la LRH ordenó una serie de normativas que apuntaban a la protección de las cabeceras de cuenca. También permitió confirmar a la ANA en la condición de ente rector y de máxima autoridad técnica-normativa del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos (SNGRH), debiendo priorizar la gestión del recurso hídrico en las cuencas con mayores vulnerabilidades, así como la preservación de las condiciones ecosistémicas de las cabeceras de agua. Estas consideraciones fueron recogidas en el documento “Marco Metodológico: Criterios Técnicos para la Identificación, Delimitación y Zonificación de Cabeceras de Cuenca”¹³⁰.

El Marco Metodológico utilizó un procedimiento de zonificación para mejorar el desempeño de la gestión de las cuencas hidrográficas. Para el caso de las cabeceras de cuenca se efectuaron análisis de variables relativas a la cantidad y calidad de los flujos hídricos, determinando la existencia de zonas territoriales con respuestas hidrológicas similares. Esta zonificación, elaborada conforme al Marco Metodológico, permitió identificar áreas con respuestas hidrológicas homogéneas respecto a sus condiciones climáticas específicas y en donde el recurso hídrico puede ser valorado como prioritario para la persona humana y el ecosistemas, así como su relación con los flujos de agua tanto de las partes superiores cuanto inferiores de la cuenca (ANA, 2021). De este modo, se puede medir los impactos que las actividades humanas en las zonas altas en donde están ubicadas las cabeceras pueden tener sobre todo el ecosistema de la cuenca.

El Marco Metodológico ha establecido los criterios que permitan, técnicamente, la identificación, delimitación y zonificación de las cabeceras de cuencas, de manera que se impulse la convergencia de los diversos intereses y enfoques en materia de conservación y protección de estas cabeceras, evitando situaciones de conflicto y promoviendo el desarrollo y aprovechamiento sostenible de los recursos mineros y otros (De la Torre, 2021). Asimismo, el Marco Metodológico ayudará a mejorar la regulación de las intervenciones humanas, tomando como referencia la sensibilidad, exposición y vulnerabilidad de los ecosistemas involucrados frente a los proyectos que se pretenda realizar, como es el caso de la actividad minera. Por eso es importante distinguir entre la identificación y delimitación de las zonas caracterizadas como cabeceras de cuenca y lo que corresponde a la tipificación y caracterización de la vulnerabilidad en relación con los proyectos mineros y otros, considerando además que los impactos de esas intervenciones antrópicas pueden tener efectos en puntos más alejados de la cuenca (De la Torre, 2021).

¹³⁰ Decreto Supremo N° 014-2021- MIDAGRI que aprueba el “Marco Metodológico: Criterios Técnicos para la Identificación, Delimitación y Zonificación de Cabeceras de Cuenca”; y modifica el numeral 103.5 del artículo 103 del reglamento de la Ley No. 29338, Ley de recursos hídricos, aprobado mediante Decreto Supremo No. 001-2010-AG. Ver: <https://repositorio.ana.gob.pe/handle/20.500.12543/4423>.

El artículo 75 de la LRH fue invocado por la OM-014-2018, siendo que el TC en la sentencia¹³¹ materia del presente análisis estableció que, aunque distintos, el **principio precautorio** y el **principio de prevención** están muy vinculados entre sí. Para el TC, el principio de prevención obliga a la adopción de medidas de protección de manera anticipada a la ocurrencia de un deterioro ambiental y teniendo información científica al respecto. Por su parte, el principio precautorio¹³² funciona ante la:

“amenaza de un daño al medio ambiente aun frente a la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en los que el principio precautorio puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este. Además, si bien el elemento esencial del principio precautorio es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables. No siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues dependiendo del caso, este puede ser alcanzado mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones.”

Un procedimiento similar fue el seguido con la OR-036-2011, por la cual el Gobierno Regional de Cajamarca declaró la inviabilidad del Proyecto Minero Conga. La OR-036-2011 declaró como de interés público regional “la protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región Cajamarca, en armonía con los planes nacionales y regionales de desarrollo sostenible¹³³”.

Aquí puede apreciarse una diferencia conceptual importante entre la OR-036-2011 (Conga) y la OM-014-2018 (Santiago de Chuco) materia del análisis del presente caso. Mientras que la primera formuló una declaración de **interés público regional**, la segunda sólo lo hizo en el sentido de “**interés prioritario** de todas las fuentes de agua”. En el caso del Proyecto Minero Conga, la STC declaró la inconstitucionalidad de la OR-036-2011 en todos sus extremos, incluyendo esta expresión de “interés público regional”. En cambio, respecto de la OM-014-2018, como se ha mencionado antes, consideró que dicha declaración de interés prioritario de “todas las fuentes de agua dulce no es contraria ni interfiere con las competencias del gobierno nacional”, debido a que “no se dispone de ningún otro acto jurídico que invada otras competencias de gobiernos distintos¹³⁴” sino únicamente la presentación de una solicitud al SERNANP.

Asimismo, la OR-036-2011 declaró de interés público regional “la conservación, protección e **intangibilidad de las cabeceras de cuenca** en la región Cajamarca”, siendo que, conforme indica la STC, el “Gobierno Regional de Cajamarca no es competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca”, por lo que se declaró la inconstitucionalidad del todo el artículo 1 de la OR-036-2011. En ese aspecto, la OM-014-2018 fue más cuidadosa, porque su artículo primero declara como de interés prioritario a las cabeceras de cuenca, **pero no hay ninguna declaración expresa en el sentido de declarar su intangibilidad**, salvo por una interpretación amplia del

¹³¹ STC Expediente No. 0012-2019-AI-TC, fundamentos 27 y 28.

¹³² STC Expediente No. 0012-2019-AI/TC, fundamentos 27 y 28.

¹³³ STC Expediente No. 0001-2012-PI/TC del 17 de abril de 2012, fundamento 4. Inviabilidad del Proyecto Minero Conga.

¹³⁴ STC Expediente No. 0012-2019-AI/TC.

ilegal concepto de ACM. Igualmente, en los demás artículos, en ningún momento la OM-014-2018 utiliza el término intangibilidad, por ejemplo, cuando pretende crear áreas de conservación municipal (ACM), las cuáles, en caso de tener existencia legal, no supondrían necesariamente la declaración de intangibilidad¹³⁵ del área a conservar. Asimismo, la Ley de Áreas Naturales Protegidas (LANP), considera que dentro del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SINANPE) se puede tener ciertas categorías. Únicamente en las más importantes por la profundidad de su protección, como son los parques nacionales, reservas nacionales y reservas paisajísticas se señala la intangibilidad de la integridad ecológica ecosistémica, o la intangibilidad del hábitat una especie o comunidad de flora y fauna, entre otros aspectos. Las otras categorías no obligan a la intangibilidad del ANP, como son las reservas paisajísticas, los refugios de vida silvestre, las reservas nacionales, las reservas comunales, los bosques de protección y los cotos de caza (artículo 22 de la LANP).

A diferencia de la OR-036-2011 (Conga), la OM-014-2018 no utilizó el término “intangibilidad”, sino que éste es alegado por los demandantes y reproducido por la STC¹³⁶ a partir de la declaración como “área de conservación municipal¹³⁷” de las zonas que se indican en el texto de la norma.

Las áreas de conservación municipal (ACM) carentes de existencia legal.

Un breve análisis de las normas relativas a la creación y gestión de las áreas de conservación municipal nos permite observar que, una de las atribuciones que tiene el Concejo Municipal es la de aprobar el “Plan de Acondicionamiento Territorial a nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana; las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental declaradas conforme a ley” (artículo 9, inciso 4, de la LOM).

Asimismo, las competencias y las funciones específicas generales de los gobiernos locales pueden ser exclusivas o compartidas. Las funciones municipales específicas, “derivadas de competencias exclusivas o compartidas, se ejercen de manera exclusiva o compartida entre las municipalidades provinciales y distritales, en el marco de la LBD (artículo 73 de la LBD). Entre las competencias y funciones específicas contempladas en la LBD están la planificación “integral del desarrollo el desarrollo local y el ordenamiento territorial, en el nivel provincial. Las municipalidades provinciales son responsables de promover e impulsar el proceso de planeamiento para el desarrollo integral correspondiente al ámbito de su provincia, recogiendo las prioridades propuestas en los procesos de planeación de desarrollo local de carácter distrital” (inciso a, artículo 73 de la LOM); cumplir funciones de coordinación estratégica de los planes de

¹³⁵ OM-014-2018, artículo primero:

“DECLARAR de **interés prioritario** para el desarrollo sostenible de la Provincia de Santiago de Chuco, la protección de todas las fuentes de agua dulce (ríos, quebradas, lagunas, vertientes, manantiales y aguas subterráneas), ubicadas dentro de la Jurisdicción de la Provincia de Santiago de Chuco, especialmente las ubicadas en las cabeceras de las microcuencas del Río San Antonio (Santiago o Huaychaca), Río Chorobal, Río Angasmarca y Río Sarín; de la sub cuenca del río Tablachaca, de la cuenca del río Santa, de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el sub suelo (aguas subterráneas)” de las unidades morfológicas que el artículo detalla.

¹³⁶ STC Expediente No. 0012-2019-AI/TC.

¹³⁷ OM-014-2018, artículo segundo:

“Artículo Segundo. - DECLARAR **área de conservación municipal** la quebrada de Huacamarcanga perteneciente a la microcuenca del Río San Antonio (Santiago o Huaychaca), ubicada en los distritos de Santiago de Chuco y Quiruvilca, provincia Santiago de Chuco, departamento La Libertad; estableciendo una zona de amortiguamiento de 5 kilómetros a la redonda, con un área a delimitar de 7,387.89 hectáreas, con los siguientes parámetros...” (Negrita añadida).

desarrollo distrital, como son los relativos al espacio físico y uso del suelo (inciso b, artículo 73 de la LOM); la emisión de las “normas técnicas generales, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo así como sobre protección y conservación del ambiente” (inciso d del artículo 73 de la LOM), entre otras.

Entre las distintas competencias municipales compartidas está la preservación “y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente” (artículo 43, inciso d) de la LBD), que, en su momento, debía interpretarse en concordancia con los “Lineamientos Generales para la Gestión de las Áreas de Conservación Municipal”¹³⁸ que, al igual que las ACM carecían de existencia legal formal. Los lineamientos¹³⁹ fueron una guía elaborada por los representantes de los municipios y aprobado por el INRENA el 14 de agosto de 2006, gracias a la cooperación alemana dentro del Programa de Desarrollo Rural Sostenible de la GTZ. Los lineamientos proporcionaban una orientación sobre el marco legal y la gestión de las áreas de conservación municipal (ACM), incluyendo conceptos, objetivos y manejo, así como su organización, programación y apoyo financiero¹⁴⁰.

El documento de lineamientos destaca en su parte introductoria, el papel que cumplen las áreas naturales protegidas (ANP) y el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE¹⁴¹) es fundamental. El propósito de la ACM estuvo orientado a la conservación de especies naturales que tienen una valoración y uso social reconocido y que pueden ser importantes para la preservación de los servicios ambientales¹⁴² y conservación de la biodiversidad¹⁴³. En ese sentido, su propósito no sería el de conservar “alta diversidad biológica” sino contribuir a la articulación de los espacios creados y gerenciados por las comunidades, pero que habían quedado aislados como resultado de la fragmentación de los ecosistemas¹⁴⁴, debido a los impactos de diversas actividades antropomórficas. En ese sentido, las ACM estuvieron

¹³⁸ Resolución de Intendencia No. 029-2006-INRENA-IANP, del 14 de agosto de 2006. Aprueban Lineamientos Generales para la Gestión de las Áreas de Conservación Municipal. “Lineamientos elaborados por el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) y el Programa de Desarrollo Rural Sostenible (PDRS) de GTZ con el propósito de orientar a las autoridades locales y a la comunidad en la gestión de las áreas de conservación municipal. Contiene conceptos básicos de áreas de conservación municipal, objetivos, estructura orgánica, planificación y programas para su gestión, y financiamiento”. En: <https://repositoriodigital.minam.gob.pe/handle/123456789/172>. (Acceso el 28 de noviembre de 2021).

¹³⁹ El D.S. No. 015-2007-AG derogó el capítulo X (artículos 78 al 81), así como el artículo 41.2 del RLNP y la Resolución de Intendencia No. No. 029-2006-INRENA que había aprobado los Lineamientos Generales para la Gestión de las Áreas de Conservación Municipal (INRENA, 2006) que hemos comentado anteriormente.

¹⁴⁰ R. de Intendencia No. 029-2006-INRENA. Aprueban Lineamientos Generales para la Gestión de las Áreas de Conservación Municipal.

¹⁴¹ “El Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - **SINANPE** tiene como objetivo contribuir al desarrollo sostenible del Perú, a través de la conservación de muestras representativas de la diversidad biológica del Perú. El **SINANPE** está conformado por las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional que son gestionadas y administradas por el SERNANP”. En: <https://www.sernanp.gob.pe/el-sinanpe> (Acceso el 28 de noviembre de 2021).

¹⁴² “En la legislación peruana, con la Ley General del Ambiente, Ley No. 26811, publicada el 15 de Octubre de 2005, se define servicios ambientales en el artículo 94º: 94.1: “Los recursos naturales y demás componentes del ambiente cumplen funciones que permiten mantener las condiciones de los ecosistemas y del ambiente, generando beneficios que se aprovechan sin que medie retribución o compensación, (...) 94.2 Se entiende por servicios ambientales, la protección del recurso hídrico, la protección de la biodiversidad, la mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero y la belleza escénica, entre otros”. En este contexto, el presente documento refiere a los servicios ambientales como aquellos de regulación, de soporte y culturales, sin incluir los bienes con valor tradicionalmente tangible en el mercado (alimentos, materias primas, bioquímicos, etc.)” (R. No. 029-2006-INRENA, página 26)

¹⁴³ R. de Intendencia No. 029-2006-INRENA. Aprueban Lineamientos Generales para la Gestión de las Áreas de Conservación Municipal.

¹⁴⁴ R. de Intendencia No. 029-2006-INRENA. Aprueban Lineamientos Generales para la Gestión de las Áreas de Conservación Municipal.

concebidas como un esfuerzo regional y de alcance nacional, que no deberían ser entendidas como esfuerzos autárquicos y aislados.

El SINANPE integra a las áreas protegidas creadas por ley, en los niveles nacional, regional y municipal, incluyéndose a las instituciones nacionales, entidades privadas, a las comunidades campesinas o nativas que son parte de su manejo e implementación (artículo 5 del Reglamento de las Áreas Naturales Protegidas¹⁴⁵). Se integran como complemento al SINANPE las áreas de conservación regional, las áreas de conservación privada y las áreas de conservación municipal (ACM), aunque esto – como hemos mencionado – estaba amparado solo por el RLANP y no por la LANP.

La responsabilidad de crear, gestionar, formular y proponer políticas, planes y normas, corresponde a la Dirección General de Áreas Naturales Protegidas (DGANP), la cual también tiene las funciones de proponer la creación de Áreas Naturales; dirigir la gestión de las áreas naturales protegidas del SINANPE; y, respecto de las áreas de conservación regional, áreas de conservación privadas y áreas de conservación municipales (ACM), efectuar “las acciones necesarias”, lo cual dejaba sin definir cuáles eran las competencias que dicho reglamento irrito asignaba a la DGANP en relación con las ACM.

La situación planteada con las áreas de conservación municipal (ACM) llegó a ser confusa por el hecho que el D.S. 038-2001-AG, mediante el cual se aprobó el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas (RLANP), regulaba el establecimiento de las ACM, pero sin llegar a definir claramente su condición de complementaria de las ANP del SINANPE. El indicado D.S. No. 038-2001-AG estuvo vigente de 2001 a 2007 y, entre otros aspectos, diferenciaba a las ACM respecto de las áreas de conservación regional (ACR) por el distinto ámbito territorial de protección (Villanueva, 2019). El RLANP fue reemplazado por el **D.S. No. 015-2007-AG**, el cual introdujo cambios en el RLANP, desapareciendo el capítulo X (artículos del 78 al 81) relativo a las Áreas de Conservación Municipal (ACM) y demás artículos sobre la materia (Villanueva, 2019). Hubo críticas reiteradas a la forma en la que el D.S. 038-2001-AG había vulnerado los principios de legalidad, competencia, taxatividad y jerarquía normativa, porque mediante un Decreto Supremo se había introducido la figura del área ACM, no contemplada en la Ley de Áreas Naturales Protegidas (LANP), cuando por su naturaleza ese tipo de cambios hubiese requerido de la dación de una ley orgánica, por involucrar la organización y funciones de una entidad pública, conforme lo dispone el artículo 106 de la Constitución (Villanueva, 2019). Durante los años de vigencia del indicado D.S. No. 038-2001-AG, e incluso luego de su derogación y sustitución por el D.S. No. 015-2007-AG, los municipios prosiguieron con la práctica de establecer ACM, utilizando para ello distintos nombres (Villanueva, 2019).

La existencia de las áreas de conservación municipal no era una novedad. El Código del Medio Ambiente establecido por Decreto Legislativo No. 613 en 1990, había considerado esta figura del ACM, permitiendo la creación de áreas de conservación local, requiriéndose solamente un acuerdo del concejo municipal (Villanueva, 2019). La supresión de esta figura con el Decreto Legislativo No. 708, que reemplazó los artículos 56 y 57 del Código del Medio Ambiente, restó un espacio de acción y participación de las municipalidades, facilitando la adopción de caminos confrontativos y al margen del marco legal y constitucional. Como se ha indicado, se debe considerar en la formulación de las políticas ambientales el papel que cumplen los gobiernos municipales, de acuerdo con los principios planteados por el enfoque ecosistémico del CDB.

¹⁴⁵ Decreto Supremo No. 038-2001-AG de 22 de junio de 2001, aprobó el Reglamento de Áreas Naturales Protegidas.

La LOM tiene entre sus normas la relativa a la competencia de las municipalidades para plantear la creación de áreas de conservación, pero no para crearlas (artículo 73, inciso 3.2., de la LOM) lo que sirvió de argumento para que INRENA aceptase incorporar a las ACM dentro del SINANPE (Villanueva, 2019).

El D.S. No. 015-2007-AG, que suprimió la figura de las ACM del RLANP, destaca en sus considerandos que existen únicamente tres tipos de áreas naturales conforme a la LANP (Ley No. 26834) que son las que corresponden a la administración nacional y conforman el SINANPE; las de administración regional, conocidas como áreas de conservación regional (ACR); y, las áreas de conservación privada (ACP). Asimismo, indica que la LANP dispone que, las áreas de administración nacional y las áreas de administración regional, son establecidas mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros, y las áreas de conservación privadas lo hacen por Resolución Ministerial (artículos 3 y 7 de la LANP). Indica también que las municipalidades participan en la gestión e implementación de las áreas naturales protegidas en el marco de las regulaciones contenidas en la LOM, lo que también está recogido en la LANP (Disposición Complementaria Única de la LANP). En ese sentido, destaca el D.S. No. 015-2007-AG, que las municipalidades gozan de la potestad de “proponer la creación de áreas de conservación municipal” (artículo 73 de la LOM) y que el “Plan Director de las Áreas Naturales Protegidas, aprobado por Decreto Supremo No. 010-99-AG, no otorga facultades a las municipalidades para crear Áreas de Conservación Municipal” (quinto párrafo de los considerandos del D.S. No. 015-2007-AG). En ese sentido, el RLANP ha regulado a las ACM sin que esta categoría tuviese existencia legal en la LANP, de manera que se ha vulnerado la normatividad contenida en la LANP y el principio de jerarquía de las normas legales (sexto considerando del D.S. No. 015-2007-AG; artículo 51 de la Constitución), lo cual significa que el Poder Ejecutivo se ha excedido en su potestad constitucional de reglamentar las leyes (artículo 118 de la Constitución).

Con base a esas consideraciones, el D.S. No. 015-2007-AG derogó el capítulo X (artículos 78 al 81), así como el artículo 41.2 del RLANP y la Resolución de Intendencia No. No. 029-2006-INRENA que había aprobado los Lineamientos Generales para la Gestión de las Áreas de Conservación Municipal (INRENA, 2006) que hemos comentado anteriormente. Asimismo, el D.S. 015-2007-AG sustituyó el texto del artículo 5 del RLANP, por el siguiente:

“Artículo 5.- Las Áreas Naturales Protegidas a que se refiere el Artículo 22 de la Ley, conforman en su conjunto el SINANPE, a cuya gestión se integran las instituciones públicas del Gobierno Central, Gobiernos Regionales y Municipalidades, instituciones privadas y las poblaciones locales, que incluyen a las comunidades campesinas o nativas, que actúan intervienen o participan, directa o indirectamente en su gestión y desarrollo. El SINANPE se complementa con las Áreas de Conservación Regional y las Áreas de Conservación Privada”.

Este nuevo texto eliminó a las áreas de conservación municipal (ACM), mencionando exclusivamente a las ACR y las ACP y enfatizando que las instituciones de los gobiernos regionales y las municipalidades se integrarían al SINANPE.

Estos razonamientos han sido recogidos en la STC¹⁴⁶ que estamos analizando, en el sentido de que los municipios carecen de la competencia legal para establecer ANP, lo que sólo puede ser realizado por el poder ejecutivo mediante Decreto Supremo o, eventualmente, Resolución

¹⁴⁶ STC Expediente No. 0012-2019-AI-TC, fundamentos 146 al 149).

Ministerial en el caso de las áreas de conservación privada (ACP). Los gobiernos municipales sólo tienen competencia para proponer al poder ejecutivo la creación de ANP y participar de la gestión y administración de las estas. El grado en que esa participación puede darse, añade la STC (fundamento 148), está detallado en el artículo 73.3 de la LOM, que le permite de modo legítimo identificar los ecosistemas particularmente frágiles y las fuentes hídricas y proponer la creación de un área de conservación ambiental local.

Lo que si está permitido conforme a la LANP es que los gobiernos regionales pueden solicitar al ente rector, en este caso el SERNANP, se tramite la creación de un área de conservación regional (ACR) en su ámbito jurisdiccional, las cuales se establecerán en áreas que, aunque posean una “importancia ecológica significativa”, no reúnen los requisitos suficientes para ser declaradas como ANP del SINANPE aunque el SERNANP puede integrar al SINANPE, en cualquier momento, nuevas áreas regionales que gocen de “una importancia o trascendencia nacional” (artículo 11 de la LANP).

Una cuestión que llama la atención es que el TC, en la sentencia que estamos analizando, al formular las reflexiones arriba referidas sobre el régimen establecido por el RLANP sobre ACM mediante el D.S. No. 038-2001-AG, posteriormente derogado en parte por el D.S. No. 015-2007-AG, no hace ningún comentario a esa derogación, a los cambios introducidos en el artículo 5 del RLANP y a las alegaciones de los demandantes, en el sentido de que la Municipalidad de Santiago de Chuco había invocado un dispositivo legal derogado para justificar la creación de un ACM, cuando carecía de esa competencia.

Villanueva (2019) se refiere a los casos ocurridos por el establecimiento de las ACM de “Las Lagunas” y de “Pozo Seco”, en la región Cajamarca, sobre los terrenos de las concesiones mineras de la empresa Minera Yanacocha, sin que esta última haya sido notificada. Estas ACM habían sido creadas por la Municipalidad Provincial de San Pablo (MPSP). Finalmente, la controversia fue resuelta con la STC¹⁴⁷ Expediente No. 03932-2015-PA/TC, con la que el TC declaró fundada la acción de amparo presentada por la empresa minera, e inaplicable la Ordenanza Municipal No 001-2007-MPSP (OM-001-2007-MPSP), mediante la cual había creado ACM. La OM-001-2007-MPSP pretendía establecer un régimen de protección de las cabeceras de cuenca y la protección, conservación y promoción de la investigación de la flora y fauna nativa de la localidad (Villanueva, 2019).

Es importante destacar que, la derogación formal de los artículos del RLANP referidos a la creación y funcionamiento de la ACM, no ha sido un obstáculo para que se haya seguido creando dichas áreas de conservación, como es el caso de las que han sido establecidas en la región Cajamarca, en donde su GORE ha creado el Sistema Regional de Conservación de las Áreas Naturales Protegidas de Cajamarca (SIRECC), con el propósito de promover la conservación y recuperación de los ecosistemas y de las principales especies que caracterizan a la diversidad

¹⁴⁷ “El gobernador se pronunció a través de un comunicado, donde señala que “desgraciadamente en nuestro país, los intereses del gran capital se imponen por sobre los intereses sociales y ambientales. Más allá del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la población cajamarquina deberá cerrar filas en defensa de las Lagunas de Alto Perú, para que este espacio de recarga hídrica se conserve de manera natural”. “A través de un comunicado la empresa Yanacocha aclaró que en la zona de las lagunas de Alto Perú no existen planes para desarrollar algún proyecto minero de exploración o explotación y que no ha gestionado permiso alguno para realizar actividad minera en la zona.”

Ver: <https://rpp.pe/peru/cajamarca/controversia-por-sentencia-de-tc-que-fallo-a-favor-de-yanacocha-noticia-1056018?ref=rpp>. Acceso el 07 de diciembre de 2021.

biológica de la Región Cajamarca. En conclusión, el GORE Cajamarca no tomó en cuenta¹⁴⁸ lo dispuesto en el D.S. 015-2007-AG que formalmente derogó los artículos del RLANP referidos a la ACM (Villanueva, 2019).

La creación de áreas naturales protegidas está sujeta al cumplimiento de ciertas formalidades y considerando la existencia de tres niveles de implementación, los cuales son divididos en Áreas de Administración Nacional; Áreas de Administración Regional; y, Áreas de Conservación Privada (artículo 41.1 del RLANP). Los gobiernos locales pueden actuar en “acciones complementarias de conservación de la diversidad biológica y protección de fuentes de agua y otros de interés local” mediante la ACM (artículo 41.2 del RLANP) y conforme a lo prescrito en la LOM, correspondiendo actualmente el registro al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP).

Los ACM fueron concebidos, en un ámbito virtual carente de legalidad, como espacios complementarios de “las acciones de conservación de la diversidad biológica, de recreación y educación a la población, siempre que no estén comprendidas en los ámbitos de las Áreas Naturales Protegidas”, sin importar su nivel (INRENA, 2006: 27-28). Esos espacios podían ser identificados por los gobiernos locales conforme a sus competencias y dentro del ámbito de su jurisdicción, estando obligados a darles protección y gestionar de modo sostenible los recursos naturales que allí se encuentren. Las acciones de conservación están destinadas principalmente a garantizar la continuidad de los servicios ambientales (INRENA, 2006).

Como se ha mencionado, el tema de la fragmentación y conectividad ecosistémica es una cuestión principal cuando se habla de la protección de espacios naturales primarios, siendo que, en ese contexto, las ACM pueden contribuir a la gobernabilidad ecológica y la preservación de los valores ambientales locales (INRENA, 2006). La creación de ACM tiene por propósitos atender a las prioridades locales en materia de conservación de la biodiversidad y de los servicios ambientales, pero siempre con el propósito de converger con los intereses nacionales en estos temas (INRENA, 2006).

En el contexto de los objetivos perseguidos por las ACM, se destacaban, antes de su derogación formal, como prioritarios la conservación y protección de los recursos hídricos, especialmente aquellos que tienen por finalidad atender las necesidades de consumo urbano y rural, entre las que se incluyen las referidas a las cabeceras de cuenca en las zonas altas, en las que la preservación del ciclo hídrico es posible gracias a la existencia de un entorno vegetal que contribuye a la captación y formación de reservas de agua proveniente de las lluvias y al mantenimiento del balance hídrico, de manera que impactos negativos como la sequía y la pérdida de funciones ambientales del suelo sean evitadas (INRENA, 2006). Lo anterior incluía a la conservación de la biodiversidad mediante herramientas que “asegurasen la conectividad entre ecosistemas fragmentados y la restauración de los paisajes, además de generar resiliencias frente a la fragilidad y la vulnerabilidad” (INRENA, 2006: 28- 29).

El documento - actualmente derogado - “Lineamientos” del INRENA (2006), introducía con base al D.S. 038-2001-AG, una definición de lo que podía entenderse por “fragilidad” de un ecosistema, la cual:

¹⁴⁸ Se puede visualizar el mapa de la ACM: “UBICACION Y EXTENSION DEL AREA DE CONSERVACION MUNICIPAL BOSQUE DE HUAMANTANGA Y SU ZONA DE AMORTIGUAMIENTO PERTENECIENTE A LA PROVINCIA DE JAÉN, Proyecto: PROYECTO DE ZONIFICACION ECOLOGICA Y ECONOMICA”. Fecha de elaboración: 14 noviembre, 2012. Ver: <https://siar.regioncajamarca.gob.pe/mapas/ubicacion-acm-bosques-huamantanga-zona-amortiguamiento>.

“...se relaciona mayormente con la resiliencia o capacidad natural de los ecosistemas de soportar perturbaciones; ecosistemas frágiles son aquellos con una baja resiliencia o soportabilidad a las intervenciones en la medida que difícilmente recuperan o mantienen sus funciones, estructura y composición originales (Fiedler & Jain, 1992). En el Perú, el artículo 99º de la Ley General del Ambiente considera ecosistemas frágiles a los desiertos, tierras semiáridas, montañas, pantanos, bofedales, bahías, islas pequeñas, humedales, lagunas altoandinas, lomas costeras, bosques de neblina y bosques relictos, entre otros.” (INRENA, 2006: 29).

Como hemos mencionado antes, las cabeceras de cuenca fueron declaradas por la ANA como ecosistemas frágiles y recientemente ha aprobado el “Marco Metodológico: Criterios Técnicos para la Identificación, Delimitación y Zonificación de Cabeceras de Cuenca”, lo que constituiría un gran paso que debe ir acompañado de la formulación e implementación de políticas públicas y de regulaciones legales apropiadas, que limiten el desarrollo de actividades industriales que coloquen en riesgo el balance y funcionamiento ecosistémico.

Asimismo, es necesario que los planes de protección incluyan el manejo de los recursos naturales que, en el caso de tener existencia legal las ACM, no se haría de un modo directo sino como parte integral de las estrategias de desarrollo municipal y nacional (INRENA, 2006). Para la creación de un ACM se proponía la aprobación de una ordenanza emitida por el gobierno municipal provincial, conforme a los principales intereses identificados en sus planes de desarrollo, tomando como marco de referencia legal a la LOM en lo relativo al ordenamiento territorial de su jurisdicción (INRENA, 2006). La aprobación de la ordenanza debía estar basada en un expediente técnico que la sustentase, debiendo referirse a tierras que pertenezcan al Estado y que no hayan sido materia de concesión de derechos exclusivos y excluyentes, excepto en el caso de que los titulares de estos derechos reales hayan aceptado explícitamente la iniciativa municipal (INRENA, 2006; artículos 78 al 80 del RLANP).

A pesar del paso de los años, el establecimiento de las ACM fue un proceso carente de claridad legal y lleno de confusiones debido a su base ilegal, así como por una falta de definiciones y gestión del gobierno nacional, dejando la cuestión en un terreno propicio para el surgimiento de conflictos y la imposición de soluciones temporales que, generalmente, no atienden los intereses de los pobladores locales.

Un principio fundamental en el proceso de creación de las Áreas Nacionales Protegidas (ANP) es el de la participación de las poblaciones locales y aquellas que puedan mostrar interés, debiendo incluirse a los pueblos indígenas (comunidades campesinas o nativas) en los procedimientos de consulta previa contemplados en el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, ya que solo se puede crear ANP sobre predios de propiedad comunal si se cuenta con el consentimiento previo e informado sus propietarios, cuyos derechos deben ser reconocidos explícitamente en la norma que dé lugar a la creación de la ANP, salvaguardando especialmente los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario o contacto inicial (artículo 43 del RLANP).

En resumen, las ACM correspondieron a una fórmula carente de respaldo legal que no correspondía a las competencias de los gobiernos municipales, habiendo sido un mecanismo institucional cuyo propósito principal era, en principio, el de complementar las acciones de conservación y preservación de la diversidad biológica de las ANP, por lo que su accionar se dirigía, conforme a las “normas”, principalmente a aquella diversidad biológica que no fuese tipificada como de “alta biodiversidad”. Cumplía, junto con sus objetivos ambientales, un

propósito de preservación de los valores ambientales y culturales de la localidad, en el marco de las políticas nacionales. Sin embargo, esta delimitación carente de respaldo legal, porque la LANP no contemplaba la modalidad de ACM, generó confusión y estimuló situaciones conflictivas, en vista de que ciertos componentes de la biodiversidad y del espacio abiótico, como es el caso de las cabeceras de cuenca y espejos de agua, tienen una importancia estratégica para los pobladores locales, en términos de su calidad de vida y eventuales impactos ecosistémicos, por tratarse el recurso hídrico de uno de naturaleza vital.

En la STC bajo análisis¹⁴⁹, el TC reflexiona en un sentido comparativo sobre los puntos principales contenidos en la STC Expediente No. 0001-2012-PI/TC y la OR-036-2011-GR.CAJ-CR del Gobierno Regional de Cajamarca, que declaró inviable la ejecución el **Proyecto Minero Conga**, en el sentido de que el fundamento que definió la decisión del tribunal fue que el gobierno nacional era el órgano que gozaba de la competencia para regular y, eventualmente, prohibir la actividad de la gran y mediana minería. Por esa consideración, señala el TC en la STC que estamos analizando, el GORE Cajamarca no podía prohibir se sigan otorgando concesiones mineras o impedir se continúen presentando denuncias mineras en su jurisdicción, porque ello era contrario a sus competencias constitucionales y legales¹⁵⁰. Ante esas consideraciones, añade el TC, se tomó la decisión de declarar la inconstitucionalidad de la OR-036-2011-GR.CAJ.CR (OR-036-2011) que, en su artículo 1, declaraba como de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca de la Región Cajamarca¹⁵¹, porque el GORE carecía de competencia para ello. Con los mismos criterios de falta de competencia, se declaró en aquella STC, la inconstitucionalidad del artículo 2 de la OR-036-2011, porque no podía declarar la nulidad ni la suspensión de los proyectos de la gran minería, como es el caso del Proyecto Minero Conga¹⁵². No obstante, el artículo 3 de la OR-036-2011 no fue declarado inconstitucional porque la intención del GORE Cajamarca de canalizar a través del Congreso Nacional, el resultado de sus investigaciones sobre el establecimiento de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca y sobre las circunstancias en la que se habría aprobado el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del Proyecto Minero Conga. Finalmente, la STC bajo análisis se refiere a los hechos de violencia ocurridos, reiterando la obligación de los funcionarios del Estado en todos sus niveles, de conducirse dentro del ámbito de sus competencias y atribuciones de un modo proporcional con el principio de lealtad constitucional, lo que implica mantener el respeto al orden público constitucional¹⁵³.

Estas reflexiones formuladas por el TC en la STC bajo análisis, muestran la intención del TC de construir una jurisprudencia que sea respetuosa del marco constitucional y proporcionada respecto del equilibrio jurídico que debe existir entre aquellas normas constitucionales que emanan del principio de competencia de los órganos del Estado y aquellas referidas a los derechos fundamentales de la persona, como son el principio supremo de la dignidad de la persona humana y su corolario el derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado al desarrollo de la personalidad.

Derechos fundamentales de la constitución como orden material de valores.

Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no sólo son derechos subjetivos¹⁵⁴, sino que también lo son en el sentido de tratarse de un orden material de valores que sustentan

¹⁴⁹ STC Expediente No. 0012-2019-PI-TC.

¹⁵⁰ STC Expediente No. 0012-2019-PI-TC, fundamento 90.

¹⁵¹ STC Expediente No. 0012-2019-PI-TC, fundamento 91 y 92.

¹⁵² STC Expediente No. 0012-2019-PI-TC, fundamento 93.

¹⁵³ STC Expediente No. 0012-2019-PI-TC, fundamento 94 y 95.

¹⁵⁴ STC Expediente No. 0976-2001-AA/TC, citada en la STC bajo análisis.

al conjunto de normas constitucionales. En ese sentido, estamos ante una esfera objetiva de los derechos materiales que corresponde a los que el TC define como la consecuencia de la diseminación del enfoque de derechos en todo el sistema jurídico, obligando a las instituciones públicas a cumplir con su deber de brindar protección a esos derechos, siendo que esa obligación no es exclusividad del Estado sino también de la sociedad, como bien ha determinado el TC¹⁵⁵.

El Estado Social y Democrático de Derecho no debe limitarse a la protección de los derechos individuales, sino también hacerlo respecto de los derechos sociales, ambientales y de salud, como fue reconocido en la STC Expediente No. 04223-2006- AA/TC. Sobre el particular, hay en el derecho al ambiente equilibrado y saludable, obligaciones que el TC define como negativas y positivas. Son negativas aquellas que tienen que ver con los deberes del Estado de abstenerse de realizar actividades que tengan un impacto sobre el equilibrio ambiental y las condiciones favorables para la vida y la salud de las personas, como puede ser el otorgamiento de una concesión minera sin haber respetado los procedimientos y derechos ambientales, como puede haber ocurrido en el caso de la EIA. En cambio, las obligaciones llamadas positivas son aquellas que implican los deberes de actuar a favor de la conservación y la preservación de un ambiente equilibrado¹⁵⁶, como son, por ejemplo, tomar las providencias del caso para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca, cuando las investigaciones técnicas así lo sugieren o en aplicación del principio de precaución cuando el riesgo de daño es obvio e inminente, aunque se carezca de la certeza científica para ello, actuando de este modo con un sentido de prevención. En ese sentido, para el TC¹⁵⁷:

“...si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan”

El derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona depende de dos criterios principales, que son el derecho a disfrutar del ambiente en donde eventualmente vivimos o desarrollamos nuestras actividades económicas o productivas y el derecho a que sea preservado ese ambiente¹⁵⁸.

Sin embargo, la referencia al ambiente en donde vivimos o desarrollamos nuestras actividades económicas y productivas ha sido introducido por nosotros para destacar que la definición de un ambiente saludable y equilibrado, tal como lo define la Constitución y el TC, muestra un aspecto mediato y otro inmediato. Esto significa que habría que preguntarnos si el mismo derecho a gozar, de modo específico y concreto, a un medio saludable y equilibrado le asiste a una persona que vive a varios cientos o miles de kilómetros del lugar en donde dicho goce se estaría dando, o si los habitantes de una determinada zona geográfica tendrían una cierta prioridad respecto de aquellos que son extraños al lugar y no viven en él. En nuestra opinión, la

¹⁵⁵ STC Expediente No. 03510-2003-AA/TC.

¹⁵⁶ STC Expediente No. 04223-2006- AA/TC, fundamento 5. “Demanda de amparo contra la empresa NEXTEL DEL PERÚ S.A. (en adelante NEXTEL), a fin de que se ordene el inmediato desmantelamiento de la antena de telecomunicaciones y demás equipos instalados por la demandada en el Centro Comunal ubicado en la Urbanización Los Pinos, puesto que considera que su permanencia constituye una grave vulneración al derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, así como el derecho a la salud de los pobladores de dicha urbanización”.

¹⁵⁷ STC Expediente No. 04223-2006- AA/TC, fundamento 4

¹⁵⁸ STC Expediente No. 04223-2006- AA/TC.

prioridad la tienen los habitantes de la zona o región, como ocurre en el caso de las comunidades campesinas y nativas que, incluso, tienen conforme a la Ley General de los Recursos Hídricos - Ley 29338 (LRH) y su Reglamento (RLRH), cierto grado de autonomía respecto al manejo de cuencas y, especialmente, microcuencas o subcuencas como ocurre en los ríos de aguas amazónicas (Quinto principio para el uso y gestión integrada de los recursos hídricos de la LRH). Asimismo, el artículo 32 de la misma LRH dispone que:

“Las comunidades campesinas y comunidades nativas se organizan en torno a sus fuentes naturales, microcuencas y subcuencas de acuerdo con sus usos y costumbres. Las organizaciones tradicionales de estas comunidades tienen los mismos derechos que las organizaciones de usuarios.”

O también los artículos 256 y 257 del RLRH:

“Artículo 256º.- Las comunidades nativas amazónicas. Las comunidades nativas amazónicas organizan sus comités de subcuenca de acuerdo con sus usos y costumbres para toda actividad cultural, social o económica. Se encargan de la protección de las cochas, humedales y restingas de la selva.”

“Artículo 257º.- Participación de las comunidades nativas amazónicas. Las comunidades nativas amazónicas debidamente organizadas participan en los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca de la Amazonía, a través de los cuales intervienen en los procesos de consulta y toma de decisiones de la Autoridad Nacional del Agua en materia de gestión integrada de recursos hídricos.”

Una proximidad material similar mantienen con el recurso hídrico los agricultores y usuarios de aguas, que son parte de las Juntas de Vigilancia y de los Comités de Cuenca, lo cual corresponde a los principios del enfoque ecosistémico del CDB al cual nos hemos referido anteriormente.

El que se señale de que el derecho fundamental a un medio ambiente saludable para el desarrollo equilibrado de las personas no tiene solamente una característica subjetiva – o podríamos decir abstracta –, sino que también es objetiva y material, abonaría justamente a favor de la tesis de que el orden normativo en un Estado Social y Democrático y de Derecho implica también la construcción de un orden material, en la que convergen las condiciones jurídicas, económicas, sociales y ambientales. El orden normativo, en ese sentido, excede los marcos del positivismo jurídico y se inserta en un enfoque más complejo e integrador.

Las actividades económicas deben, de este modo, impulsar una relación armónica, equilibrada y adecuada con el desarrollo de la vida, debiendo conducirse bajo la orientación de un enfoque de derechos y de desarrollo sostenible, en el que se implementen los principios de conservación, de prevención, de restauración, de mejora para un óptimo disfrute de los recursos naturales, el principio precautorio frente a amenazas desconocidas y que obligan a la cautela, y el principio de reparación o compensación por los daños infringidos en la explotación de los recursos no-renovables¹⁵⁹.

El acceso al agua como derecho fundamental.

Para el TC el acceso al agua potable es un derecho, siendo que el “agua potable” es un “bien fundamental” para nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que se exija su reconocimiento como un “derecho fundamental”. El agua es un recurso natural esencial para la vida que tiene un impacto en el desarrollo social y económico de un modo transversal a distintas

¹⁵⁹ STC Expediente No. 0048-2004-AI/TC.

políticas sectoriales del Estado. En ese sentido, el agua se proyecta más allá del ámbito personal, hacia sectores como la agricultura, la minería, el transporte, la industria, de un modo que viabiliza de una manera sostenible el crecimiento económico, asegurando el bienestar de la sociedad como un todo.

Asimismo, el derecho de acceder al agua potable está reconocido en el artículo 3 de la Constitución, como una consecuencia de los principios de la dignidad de la persona humana y de los atributos propios del Estado Social y Democrático de Derecho. Conforme a la sentencia del TC recaída en el Expediente No. 06534-2006-AA-TC, la imposibilidad de acceder al disfrute del agua tiene un impacto no sólo en la vida y la salud de la persona, sino que constituye una vulneración del derecho a la dignidad humana, ya que supone la negación de las condiciones mínimas e indispensables necesarias para la vida digna y, por lo tanto contrarias, al principio de la persona humana como fin supremo del Estado y la sociedad (artículo 1 y 3 de la Constitución).

Asimismo, el TC hace referencia a otras sentencias anteriores en las que se ha indicado, en el caso de la aplicación de la Ley 25306, Ley del Habeas Corpus y Acción de Amparo, que, aunque dicho dispositivo legal no menciona expresamente a ciertos derechos que pueden ser materia de protección, se debe entender que dicha enumeración no es taxativa, por lo que otros derechos no incluidos expresamente, puedan ser materia de protección dentro del proceso constitucional¹⁶⁰.

En ese sentido, el TC ha declarado que “el impedimento del goce de agua potable representa una afectación de intensidad ostensiblemente grave del derecho a la salud y del derecho a la dignidad de la persona. Desde esta perspectiva, estipulaciones contractuales¹⁶¹ como la analizada son ostensiblemente contrarias a estos derechos fundamentales. La empresa puede invocar a favor suyo el derecho de propiedad en la medida que la suspensión del servicio es medio del que la empresa se sirve para poder recuperar el dinero que le está adeudado” (STC Expediente No. 06534-2006-AA/TC¹⁶²). En esta sentencia referida a la reclamación para la reposición del servicio de agua por parte de la empresa SEDAPAL, el TC falló ostensiblemente a favor de los derechos a la vida, la salud, el acceso al agua de las personas y la dignidad humana, como principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho y colocando en segundo plano aquellos principios referidos a la libertad de contratación y al derecho de propiedad de la empresa. Para el TC, si bien la Constitución no recoge de manera expresa ni nominal el derecho al agua potable, ello no quiere decir que el mismo no esté implícitamente considerado, ya que los derechos fundamentales no son materia de individualización únicamente desde un punto de

¹⁶⁰ STC EXP. No. 1429-2002-HC/TC: Dignidad humana de las personas privadas de libertad. Caso de Hábeas Corpus correctivo, Juan Islas Trinidad y otros.

¹⁶¹ “6. 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. En consecuencia, debe examinarse si la estipulación analizada constituye además una "irrazonable autor restricción" de determinados derechos constitucionales” (STC Expediente No. 06534-2006-AA/TC, fundamento 6).

¹⁶² “Con fecha 7 de abril de 2004 la recurrente, en representación de su menor hijo, 1 interpone demanda de amparo contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de 1 . / Lima (Sedapal) y contra el Gerente General Sr. Elmer Rivasplata Mendoza, solicitando " 1 se le restituya el servicio de agua potable en el edificio del Jr. Azángaro N.º 1045, Dpto. / 322, cuyo suministro individual es N.º 3133978-1 y el suministro principal o global del edificio es N.º 3133882; por considerar que se lesiona sus derechos a la vida, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; a la paz, tranquilidad, al disfrute del tiempo libre, descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida; a la protección de su salud, la del medio familiar y de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.”

vista positivo, en vista de que los derechos fundamentales no son creados específicamente, sino que tan solo son recogidos y reconocidos en el texto de la Constitución. En ese sentido, la valoración o la formulación principista de esos derechos fundamentales no son las únicas vías posibles para su reconocimiento como ocurre en el artículo 3 de la Constitución, sino que pueden ser producto de una sistematización y contextualización de principios convencionales contenidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Por ello, el TC consideró conveniente que, debido a que el derecho al agua potable no tiene un reconocimiento positivo en el derecho interno ni internacional, debe utilizarse en este caso una consideración valorativa o principista y la cláusula de los derechos implícitos como marcos referenciales y como “atributo fundamental no enumerado”¹⁶³

Se trata, según el TC, de un derecho fundamental al agua potable, en el sentido de ser un “derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado”, en tanto que el agua es un recurso natural esencial, indispensable para la subsistencia y calidad de vida de la persona¹⁶⁴. Esas definiciones indican que existe una obligación del Estado de garantizar a las personas por lo menos el acceso, así como la calidad y cantidad suficiente del agua¹⁶⁵. Al respecto, es necesario tomar en cuenta estas consideraciones del TC para el caso que estamos analizando, ya que es importante conocer el impacto ambiental que las actividades mineras, legales e ilegales, tienen sobre los recursos hídricos de la cuenca hidrográfica, particularmente cuando esas actividades son desarrolladas en la cabecera de cuenca, considerada una región vulnerable, cuya degradación puede afectar el acceso debido al agotamiento del recurso, así como a la cantidad y calidad del agua que se consume en la provincia de Santiago de Chuco.

El derecho al agua potable fue reconocido con posterioridad a las sentencias antes mencionadas, mediante la Ley 30588, que incorporó el artículo 7-A en la Constitución:

“El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona de acceder al agua potable. Garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos.

“El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.”

El TC fundamentó su decisión respecto a la existencia de un “derecho de acceder al agua como un derecho humano” en los desarrollos logrados en varios instrumentos internacionales, como son “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”¹⁶⁶, así como “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, **incluso** alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de

¹⁶³ (STC Expediente No. 06534-2006-AA/TC, fundamento 17).

¹⁶⁴ STC Expediente No. 06534-2006-AA/TC, fundamento 18.

¹⁶⁵ STC Expediente No. 06534-2006-AA/TC, fundamento 9, y STC Expediente No. 00012-2019-PI/TC fundamento 38.

¹⁶⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CEDESC) de las Naciones Unidas, Observación General 15.

la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento¹⁶⁷”, así como “la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales¹⁶⁸”.

Esta relación de derechos no es exhaustiva como correctamente ha destacado el TC en su sentencia, siendo el derecho al agua un derecho perteneciente a las garantías esenciales para lograr un nivel de vida digno y acorde con las condiciones para la supervivencia humana. Sin embargo, el TC no realiza ningún comentario al tercer párrafo de dicho artículo del PIDESC en el que se destaca la importancia de “la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales”, cuando es obvio que los recursos hídricos están entre las riquezas naturales que debemos proteger y conservar mediante su explotación y utilización más eficaz. Sin embargo, la actividad minera realizada en una zona que corresponde a una cabecera de cuenca, reconocida como de “alta vulnerabilidad” por el artículo 75 de la Ley de Recursos Hídricos (LRH), modificado por la Ley 29338 del 16 de agosto de 2017, no ha merecido ningún pronunciamiento o valoración de parte del TC, quizás porque dicha apreciación técnica correspondería realizarla al ANA.

En el mismo sentido va la referencia que el TC ha realizado respecto del pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo¹⁶⁹ sobre el Capítulo II de la Constitución, “De los derechos sociales y económicos”, cuando se refiere al derecho de acceder al agua, en el sentido de que la efectivización de ese derecho requerirá de infraestructura actualmente indisponible, lo que supone una obligación que sólo puede ser cumplida progresivamente porque las “disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican **progresivamente**¹⁷⁰”

No obstante, en la sentencia que estamos analizando, el TC ha destacado que el mencionado principio de progresividad “no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas” (Sentencia 02945-2003-AA, FJ 36).

Por eso, como se menciona en otros párrafos, el “trabajo de las entidades del Estado, en su conjunto, debe estar enfocado en el aseguramiento progresivo del derecho reconocido en el artículo 7-A de la Constitución y, en consecuencia, satisfacer las tres condiciones esenciales del derecho: el acceso, la calidad y la suficiencia¹⁷¹”.

Tratamiento del derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado a nivel internacional y regional.

Ya nos hemos referido varias veces a lo largo de este informe, al derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado, conforme está consagrado en el texto constitucional y en la LGA, entre otras normas legales. En este punto final haremos solamente algunas reflexiones sobre cómo el reconocimiento de este derecho fundamental en el marco de los avances que se están dando en lo que Huerta (2013) llama la “constitucionalización del derecho ambiental”, así como en las interacciones entre el derecho ambiental internacional y el derecho ambiental

¹⁶⁷ Artículo 11, primer párrafo, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Ver: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

¹⁶⁸ Artículo 11, tercer párrafo, idem.

¹⁶⁹ Defensoría del Pueblo. 2015. "Informe Defensorial 170. El derecho humano al agua y saneamiento. El control del gasto público en la ejecución de infraestructura de acceso". Lima.

¹⁷⁰ Décima primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

¹⁷¹ STC Expediente No. 00012-2019-131/TC, fundamento 49.

interno, con el único afán de enfocarnos en algunos aspectos que tienen que ver con la aparente colisión de principios que buscan defender el marco constitucional, como es el caso del principio de competencia entre órganos en el Estado unitario y descentralizado, y el principio de la dignidad de la persona humana, que tiene su corolario en el derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana.

Al respecto, texto de la Declaración del Consejo de Derechos Humanos¹⁷² de las Naciones Unidas sobre el derecho a vivir en un ambiente saludable y equilibrado, al cual nos hemos referido al comienzo del informe, representa un avance sustantivo en el sentido de colocar en una posición prioritaria a dicho derecho fundamental. La etapa del Consejo de Derechos Humanos es importante, pero el proceso no ha concluido. Deberá pasar ahora por una aprobación en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), la cual podrá respaldar esa declaración mediante la resolución correspondiente o ser proyectada como parte de un tratado internacional.

Sobre el particular, el Código Procesal Constitucional contiene una referencia al modo en la que el juez debe interpretar y ponderar las normas constitucionales y legales, en las que principios y reglas relativas a derechos humanos y a otros temas parecen colisionar al momento de aplicar el derecho a situaciones concretas. Dice el artículo VIII del Código Procesal Constitucional, referido a la “interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales:

“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos.”

Este artículo coloca a las normas que favorezcan a los derechos humanos en el caso de que se presenten incompatibilidades entre una norma convencional – esto es derivada de un tratado internacional – y otra de naturaleza constitucional. Esto podría plantear un problema si la declaración emitida por el Consejo de Derechos Humanos de las NNUU se convierte en una norma vinculante como parte de un tratado internacional, permaneciendo por el momento como una norma que expresa un principio fundamental bajo la forma de recomendación. Se podría, por ejemplo, plantear la cuestión de si el TC debería preferir los argumentos esgrimidos por la municipalidad sobre la declaración de intangibilidad de las cabeceras de cuenca, con base justamente a que la ordenanza municipal era una forma de proteger el derecho a la dignidad humana y el derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado de los pobladores de Santiago de Chuco. Está entonces el problema de si el TC pudiera estar obligado a interpretar las normas en materia de competencias constitucionales, en el sentido de que, ante la inacción del gobierno nacional, la municipalidad habría actuado correctamente en defensa de los derechos fundamentales de sus habitantes, a pesar de carecer de las competencias taxativas

¹⁷² La Resolución 48/13 del Consejo ha reconocido el derecho “a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano importante para el disfrute de los derechos humanos” (artículo 1). También ha señalado que “el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible está relacionado con otros derechos y con el Derecho internacional vigente” (artículo 2) y plantea que “la promoción del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente en virtud de los principios del Derecho internacional del medio ambiente” (artículo 3).

para ello. O, eventualmente, podría el TC continuar defendiendo el respeto al principio de competencia y de taxatividad, por tratarse del soporte jurídico de la unidad del Estado y, principalmente, por ser la defensa de la Constitución el mejor modo de brindar protección y efectividad a los derechos fundamentales. Sin cuestiones que deberían plantearse a la luz del artículo VIII del Código Procesal Constitucional y de los avances que se están dando en el ámbito internacional en materia de derechos humanos, particularmente al medio ambiente.

Las cuestiones anteriores son temas para el debate y la reflexión, especialmente en estos tiempos en que se están dando alrededor del mundo, varios casos de litigios originados en conflictos de orden ambiental o reclamando por daños y reparaciones debido a los impactos adversos del cambio climático.

En principio, desde mi punto de vista no deberían darse esas situaciones de conflicto normativo, en tanto que la declaración del 48/18 del Consejo de Derechos Humanos de las NNUU no se convierta en una norma vinculante, bajo la forma de un tratado internacional o por interpretación que pueda poner en práctica el mismo TC. El artículo VIII del Código Procesal Constitucional se refiere al caso de incompatibilidad entre una norma convencional y otra constitucional. La incompatibilidad derivada de la vulneración del principio de competencia estaría en contradicción con otra norma constitucional relativa al derecho a vivir en un ambiente equilibrado, saludable y adecuado. Sin embargo, si la declaración de la Comisión de Derechos Humanos fuese respaldada a nivel de la AGNU y se convirtiera en parte de un tratado, podría darse eventualmente esa incompatibilidad o, al menos, podría ser alegada por las partes interesadas, porque a pesar de ser el principio de competencia una norma de orden público constitucional no puede estar por encima de una norma que tutela un derecho fundamental, como es el derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado.

Para Huerta (2013) hay que pasar del nivel de reconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales al de los bienes constitucionales tutelables, considerando que la relación entre las personas y la naturaleza se está transformando, como consecuencia de los avances espectaculares en la ciencia y la tecnología. Sin embargos, esos avances también traen aspectos negativos como son acciones de depredación y degradación del medio ambiente, habiendo entrado para algunos en una nueva era geológica que se denomina como "Antropoceno"¹⁷³, en la que la intervención humana ha colocado a la naturaleza en proceso de extinción acelerada, superando lo que se llama los nueve planetarias de la Tierra¹⁷⁴. El Perú, asimismo, ha contribuido

¹⁷³ "El Antropoceno fue usado en el año 2000 por el ganador del premio Nobel de química **Paul Crutzen**, quien considera que la influencia del comportamiento humano sobre la Tierra en las recientes centurias ha sido significativa, y ha constituido una nueva era geológica. La propuesta del uso de este término como concepto geológico oficial ha ganado fuerza desde el 2008 con la publicación de nuevos artículos que apoyan esta tesis.⁴ Sin embargo, para que se convierta en oficial se requiere la aprobación de la Comisión Internacional de Estratigrafía. Los contrarios a definir el Antropoceno como una nueva unidad cronoestratigráfica de la escala estándar global argumentan que el registro estratigráfico correspondiente a este corto intervalo temporal es extremadamente reducido y que el Antropoceno es más una declaración política que una propuesta científica." Ver: <https://es.wikipedia.org/wiki/Antropoceno>.

¹⁷⁴ "El concepto de barreras planetarias presenta un conjunto de nueve límites planetarios dentro de los cuales la humanidad puede continuar desarrollándose y prosperando para las generaciones venideras. En 2009, el ex director del centro Johan Rockström dirigió un grupo de 28 científicos de renombre internacional para identificar los nueve procesos que regulan la estabilidad y la resiliencia del sistema de la Tierra. Los científicos propusieron límites planetarios cuantitativos dentro de los cuales la humanidad puede continuar desarrollándose y prosperando para las generaciones venideras. Cruzar estos límites aumenta el riesgo de generar cambios ambientales abruptos o irreversibles a gran escala. Desde entonces, el marco de límites planetarios ha generado un enorme interés dentro de la ciencia, la política y la práctica. " Las nueve barreras planetarias identificadas son: climate change, biosphere integrity, ocean acidification, the depletion of the ozone layer, atmospheric aerosol pollution, biogeochemical flows

en la emisión de gases de efecto invernadero o CO₂, como consecuencia principalmente de actividades humanas relativas al cambio del uso del suelo, como son la deforestación, la agricultura, especialmente la extensiva y de monocultivos, y la minería. El impacto también está afectando la sostenibilidad y disponibilidad de los recursos hídricos, cuyas funciones y servicios ambientales se deben preservar y proteger. Igualmente, la pérdida de la biodiversidad es otros de los factores importantes que hay que considerar, como resultado de la degradación del ambiente.

En opinión de Ferrajoli (2018) se debe avanzar en el fortalecimiento de los derechos fundamentales mediante su profundización y colocación en cartas constitucionales a nivel nacional, regional e internacional, buscando la promoción y tutela de los bienes constitucionales y mediante la construcción de una esfera pública global, que sea diversa frente a los grupos de poder económico, que nos permite cautelar los bienes que por su naturaleza son comunes a la humanidad. Para ello, se debe extender el concepto de constitucionalismo al ámbito privado, de manera que el accionar de esos de poder quede regulado por un conjunto de reglas y controles (Ferrajoli, 2018).

VIII. RECOMENDACIONES.

Se debe mejorar las coordinaciones entre los niveles de gobierno nacional, regional y municipal y promover la adopción del enfoque ecosistémico en la formulación de políticas públicas que estimulen la participación activa en la creación y gestión de las áreas de conservación a nivel municipal.

Es necesario que a todos los niveles de gobierno se tome conciencia de profundizar en la creación de regulaciones y políticas que reconozcan la urgencia de atender la crisis de los ecosistemas y los impactos desfavorables del cambio climático sobre las regiones menos favorecidas del país, con un enfoque de derechos y de manejo sostenible de los recursos naturales.

VIII. CONCLUSIONES.

En consecuencia, el principio de progresividad en la implementación de los derechos sociales, económicos y culturales no debe entenderse como una forma permisiva para no hacer efectivos dichos derechos, como es el caso reciente del reconocimiento del derecho a un ambiente sano y equilibrado de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Los derechos fundamentales encuentran en los procedimientos y garantías constitucionales del derecho procesal constitucional, em mecanismo para demandar la efectivización y tutela de esos derechos. No son, en ese sentido, los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado, derechos carentes de exigibilidad o solamente abstracto. Su implementación es progresiva porque se va paulatinamente profundizando su vigencia conforme a las necesidades de las personas y el proceso de transformaciones sociales.

of nitrogen and phosphorus, freshwater use, land-system change, and the release of novel chemicals (traducción vía Google). Ver: <https://www.stockholmresilience.org/research/planetary-boundaries/the-nine-planetary-boundaries.html>. Consultado el 08 de diciembre de 2021.

En ese sentido, el TC debió ser más enfático y reconocer que la pasividad del Estado frente al avance de la actividad minera, formal e informal, en las cabeceras de cuenca es inaceptable y constituye una regresión del principio de progresividad.

Correctamente, en la sentencia¹⁷⁵ del TC se menciona el artículo 2.1. del PIDESC, en el sentido que “los estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud. El Estado peruano no puede dejar de cumplir con esta obligación, porque es perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas¹⁷⁶”.

Por ello, no puede considerarse que, respecto de la implementación progresiva de estos derechos de segunda y tercera generación, que las obligaciones internacionales adoptadas por los Estados carezcan de un “contenido significativo”.

Hay razones de fondo y compromisos que los Estados adoptan no siempre el sentido de urgencia necesario, para mitigar los impactos ambientales e impedir el colapso del ecosistema terrestre, la extinción masiva de especies, la degradación ambiental, los cambios en el uso de los suelos y todos los efectos perversos del cambio climático con el calentamiento global y el incremento de los eventos climáticos extremos.

El crecimiento desordenado e insostenible de la economía y la población mundiales estarían impactando al ecosistema terrestre de un modo global, así como a menores escalas en lo regional y nacional.

Es claro que la aprobación de documentos como la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que carece de carácter jurídicamente vinculante. También la adopción de las Contribuciones No-Determinadas (NDC, por sus siglas en inglés), incluyen compromisos voluntarios para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero a cero entre otros aspectos. Estos compromisos establecen plazos y medios de implementación para asegurar la realización de políticas ambientales y de mitigación y adaptación al cambio climático. El principio de progresividad en la implementación de los derechos que supone el desarrollo sostenible tiene ahora un sentido de urgencia que no existía una década atrás.

En ese sentido, el permitir que los derechos a un ambiente sano y equilibrado no sean exigibles cuando hay evidencias de una crisis hídrica que se va agravando, supone dejar en el limbo jurídico la necesidad de una atención urgente a esos derechos, sin considerar que los impactos sobre el ecosistema de la cuenca pueden resultar irreversibles e imposibles de recuperar.

Solo en el marco de esas reflexiones puede considerarse que el TC estará dando sentido a la jurisprudencia que ha ido creando sobre el tema, como cuando señaló que “los derechos económicos, sociales y culturales en cuya concreción reside la clave del bien común, no deben aparecer como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas” y considerando que, en el corto, mediano y largo plazo, son los derechos a la salud y la vida de los pobladores de la provincia de Santiago de Chuco lo que está en juego, por lo que la inacción del Estado, a través de entidades como el Ministerio de Energía y Minas (MEM), el Ministerio del Ambiente (MINAM) y, particularmente, de la

¹⁷⁵ STC Expediente No. 2945-2003-AA/TC Caso de Acción de Amparo interpuesta por LIMA AZA NCA ALHELÍ MEZA GARCÍA.

¹⁷⁶ STC Expediente No. 2945-2003-AA/TC, fundamento 37.

Autoridad Nacional del Agua (ANA) caerían en una situación que el TC ha definido como “inconstitucionalidad por omisión¹⁷⁷”

En el caso de la OM-014, estaríamos frente a una infracción constitucional de fondo por haberse atentado contra el orden público constitucional al emitir una ordenanza municipal para regular temas relativos a las actividades de minería y de conservación de los recursos naturales, que sólo puede ser abordado por leyes, decretos legislativos o decretos de urgencia.

La municipalidad ha pretendido regular asuntos sobre los cuales carece de competencia exclusiva taxativa o, al menos, tiene competencias compartidas, como ocurre con la regulación sobre áreas naturales de conservación.

No puede concluirse que hubo una infracción de fondo por vulneración de los derechos de libre empresa y contratación¹⁷⁸. Desde nuestro punto de vista, la interpretación dada por el TC es correcta, no habiéndose probado que la dación de la OM-014 haya constituido una vulneración de esos derechos fundamentales.

La vulneración cometida contra los principios constitucionales de competencia y de taxatividad de estas, constituye una infracción de fondo sobre la cual el TC se ha pronunciado correctamente. Es una infracción de fondo porque las competencias de los órganos del Estado y de la taxatividad de su atribución, corresponden a la esfera del orden público constitucional recogido en los principios¹⁷⁹ que acabamos de mencionar, así como en los relativos a la unidad en el gobierno del Estado y la interpretación integrada del bloque constitucional. Son, en ese sentido, infracciones de fondo que fueron correctamente subsanadas mediante la declaración de inconstitucionalidad parcial por el TC.

El tipo de infracción constitucional ocurrida por la expedición de esa norma fue de naturaleza parcial. En consecuencia, la OM-014 continuó teniendo validez en los artículos cuyo pedido de inconstitucionalidad fue declarado por el TC como infundado, manteniendo entonces su vigencia y efectos legales plenos en esos puntos¹⁸⁰.

Hubo infracción contra los principios constitucionales de competencia, taxatividad y unidad en el ejercicio del gobierno, sin que haya necesidad de verificar la existencia de una incompatibilidad previa de la OM-014 impugnada con alguna otra norma legal, lo que en el presente caso se dio de modo adicional, porque conforme al bloque de constitucionalidad, en materia de falta de competencia constitucional hubo vulneración de las competencias exclusivas

¹⁷⁷ STC Expediente No. 2945-2003-AA/TC, fundamentos 38 y 39.

¹⁷⁸ “Sin embargo, este Tribunal considera que, pese a los alegatos de los demandantes, de autos no se desprende una incidencia negativa en abstracto respecto del contenido constitucionalmente protegido de las libertades económicas invocadas, más aún si los demandantes no han indicado de qué manera la declaración de las cabeceras de cuenca detalladas en la ordenanza, como áreas de conservación municipal, y la consecuente suspensión de actividades contaminantes, implican por sí mismas la vulneración de tales derechos. (STC Expediente No 0012-2019-PI-TC, fundamento 187)

¹⁷⁹ “Las infracciones constitucionales de fondo tienen lugar cuando la materia regulada por la norma con rango de ley, resulta contraria a algunos de los derechos, principios y/o valores constitucionales, es decir, cuando resulta atentatoria no de las normas procedimentales o del poder legislativo, sino de las normas sustanciales reconocidas en la Constitución” (STC Expediente No 00020-2005-AI 00021-2005-AI-TC, fundamento 23).

¹⁸⁰ “...la ley es parcialmente inconstitucional cuando sólo una fracción de su contenido dispositivo o normativo resulta inconstitucional. En caso de que el vicio parcial recaiga sobre su contenido dispositivo (texto lingüístico del precepto), serán dejadas sin efecto las palabras o frases en que aquel resida. Si el vicio recae en parte de su contenido normativo, es decir, en algunas de las interpretaciones que pueden ser atribuidas al texto del precepto, todo poder público quedará impedido, por virtud de la q sentencia del Tribunal Constitucional, de aplicarlo en dichos sentidos interpretativos” (STC Expediente No 00020-2005-AI 00021-2005-AI-TC, fundamento 25).

del poder ejecutivo y de varios de sus órganos y otras compartidas, conforme a los siguientes dispositivos legales: Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización; Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos; Ley 30640, Ley que modifica la Ley de Recursos Hídricos; Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas; y, Decreto Ley 30640, Ley Orgánica del Sector de Energía y Minas. En ese sentido, hubo tanto una infracción directa contra el texto constitucional pero indirecta respecto de las normas legales antes mencionadas.

No sólo se trata de si el TC declara fundada o no una demanda en sus sentencias, sino en la forma en que lo hace y los mensajes que trata de comunicar a los poderes del Estado y a los ciudadanos (Abad-Yupanqui (2020)).

La sentencia expedida declarando la inconstitucionalidad de los artículos 2, 3, 4 y 5, y manteniendo vigentes los demás artículos de la OM-014, el TC ha actuado correctamente al fundamentar su fallo, dentro de las limitaciones que le impone el tipo de proceso constitucional planteado. Ha sabido manejarse distinguiendo los aspectos propios de la aplicación de la prueba del conflicto de competencias constitucionales, de aquellos fundamentos que se terminan incorporando al fallo en los artículos cuya vigencia constitucional y legal se ha visto preservada, como son los artículos 1, 6, 7 y 8 de la OM-014, lo que es meritorio en el marco de la justicia constitucional predominante que se caracteriza por diferentes niveles jurisdiccionales en los ámbitos nacional, regional e internacional, lo que exige un mayor sentido de justicia y de diálogo de los jueces constitucionales en un mundo globalizado (Abad-Yupanqui, 2020).

Al sostener que la sentencia expedida por el TC declarando inconstitucionales los artículos 2, 3, 4 y 5 de la OM-014, actuó correctamente en defensa y protección del principio constitucional de competencia, de unidad del Estado y de integridad de la interpretación del bloque constitucional ambiental, restableciendo las competencias constitucionales entre las entidades del Poder Ejecutivo y la municipalidad que habían sido vulneradas; reiterando la naturaleza unitaria en el ejercicio del gobierno del Estado; y, efectuando una interpretación integral de las normas constitucionales que conforman el bloque constitucional ambiental.

BIBLIOGRAFIA.

ANA – Autoridad Nacional del Agua. 2010. “*Marco Metodológico: Criterios Técnicos para la Identificación, Delimitación y Zonificación de Cabeceras de Cuenca*”; y modifica el numeral 103.5 del artículo 103 del reglamento de la Ley No. 29338, Ley de recursos hídricos, aprobado mediante Decreto Supremo No. 001-2010-AG. Decreto Supremo N° 014-2021- MIDAGRI. Ver: <https://repositorio.ana.gob.pe/handle/20.500.12543/4423>.

Avendaño, Jorge; Avendaño, Francisco. 2017. **Derechos reales**. Colección Lo esencial del Derecho No. 1. Fondo Editorial de la PUCP. Kindle.

Barak, Aharon. 2020. **La aplicación judicial de los derechos fundamentales: escritos sobre derechos fundamentales y teoría constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. (Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho ; 27).

Basterra, Marcela I. 2014. “El derecho al ambiente sano y la tutela judicial efectiva. El amparo ambiental”. En: Eto Cruz, Gerardo. 2014. **Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú**. Tomo II. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales.

Blancas, Carlos. **Derecho constitucional**. Colección Lo Esencial del Derecho nº 4. Fondo Editorial de la PUCP. Edición de Kindle.

Buchanan, Dennis L. 2016. **Metals and Energy Finance. Advanced Textbook on the Evaluation of Mineral and Energy Projects**. Imperial College Press. London.

Castro Pozo, X. F. (2009). “El Título Minero como Acto Administrativo Habilitante”. *Revista De Derecho Administrativo*, (8), 47-62. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13984>

De la Torre Villanueva, Abelardo. 2021. “Presentación del Marco Metodológico: Criterios ‘Técnicos para la Identificación, Delimitación y Zonificación de las Cabeceras de Cuenca “. Ley 30640. ANA. Ver: <https://repositorio.ana.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12543/4423/ANA0002853.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Eto Cruz, Gerardo. 2014. **Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú**. Tomo I. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales.

Eto Cruz, Gerardo. 2014. **Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú**. Tomo II. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales.

Ferrajoli, Luigi. 2018. **Libertad y propiedad: Por un Constitucionalismo de Derecho Privado**. (Extramuros No. 14) (Spanish Edition). Palestra Editores. Edición de Kindle.

GORE – Cajamarca.Gobierno Regional de Cajamarca. 2009. Estrategia Regional de Biodiversidad de Cajamarca al 2021. Cajamarca.

Gutiérrez Guardia, Carlos Amado. 2010. “La propiedad minera”. En: Revista del Instituto de Investigaciones FIGMMG Vol. 13, N.º 25, 42-48 (2010) UNMSM ISSN: 1561-0888 (impreso) / 1628-8097 (electrónico). Ver: https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/geologia/v13_n25/pdf/a06v13n25.pdf.

- Häberle, Peter. 2020a. **Los derechos fundamentales en el Estado prestacional**. Biblioteca de autores alemanes No. 2. Traducción del alemán Jorge Luis león Vásquez. Palestra Editores Lima – 2020.
- Häberle, Peter. 2020b. **Tiempo y Constitución Ámbito público y jurisdicción constitucional**. Biblioteca de autores alemanes No. 2. Traducción del alemán Jorge Luis león Vásquez. Palestra Editores Lima – 2020.
- Huerta Guerrero, Luis. 2013. “Constitucionalización del derecho”. Derecho - PUCP, N° 71, 2013 / ISSN 0251-3420.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. 2021. “Luigi Ferrajoli: derechos fundamentales, jurisdicción y democracia constitucional. Una mirada desde el mundo de habla hispana”. En: Ippolito, Dario; Mastromartino, Fabrizio; Pino, Giorgio; Prieto Sanchís, Luis; Mazzaresse, Tecla; Pitch, Tamar; Fiandaca, Giovanni; Andrés Ibáñez, Perfecto; Guastini, Riccardo; Atienza, Manuel; Gascón Abellán, Marina. 2021. **Para Luigi Ferrajoli**. Colección Estructuras y Procesos. Derecho. (Spanish Edition) Trotta. Edição do Kindle.
- INRENA. 2006. Resolución de Intendencia No. 029-2006-INRENA. Aprueban Lineamientos Generales para la Gestión de las Áreas de Conservación Municipal.
- Ippolito, Dario; Mastromartino, Fabrizio; Pino, Giorgio; Prieto Sanchís, Luis; Mazzaresse, Tecla; Pitch, Tamar; Fiandaca, Giovanni; Andrés Ibáñez, Perfecto; Guastini, Riccardo; Atienza, Manuel; Gascón Abellán, Marina. 2021. **Para Luigi Ferrajoli**. Colección Estructuras y Procesos. Derecho. (Spanish Edition) Trotta. Edição do Kindle.
- Kresalja, Baldo; Ochoa, César. 2017. **Derecho constitucional económico** (Colección lo Esencial del Derecho nº 8) Fondo Editorial de la PUCP. Edición de Kindke.
- Landa, César. 2017. “Principios de la Constitución Ambiental”. En: Revista de Direito Brasileira | São Paulo, SP | v. 16 | n. 7 | p. 412 - 427 | Jan./Abr. 2017, Doi: 10.5585/rdb.v16i7.533.
- Landa, César. 2018. Derecho procesal constitucional. Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 36 Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- MINAM – Ministerio del Ambiente. 2019. **Mapa Nacional de Ecosistemas del Perú: Memoria Descriptiva**. Lima.
- PERU. 1997. **Biological diversity in Peru. National Report to the CBD**. December 1997. Lima
- PNUD. 1990. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Desarrollo Humano Informe, 1990. Bogotá. Colombia. Ver: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1990_es_completo_nostats.pdf
- Ramsay, Milagros Mutsios. 2020. La naturaleza jurídica de los recursos naturales mineros analizada desde la constitución del Perú de 1920a la fecha, a efectos de determinar los alcances de las facultades del estado en su regulación. In: VALVERDE, Gianpierre; PAREDES, Braylyn; MIRANDA, Marycielo; GALLO, William (Coord.). **Nuevas tendencias e innovaciones del Derecho Administrativo: memorias del II Congreso Latinoamericano Estudiantil de Derecho Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 215-244. ISBN 978-85-450-0726-5.
- Rojas Montes, Verónica, 2021. Fundamentos Constitucionales del Derecho Administrativo. Diapositivas del curso “Fundamentos constitucionales del Derecho Administrativo”.

Rubio, Marcial. 1999. **Estudio de la Constitución Política de 1993**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. Tomo 3.

Rubio Correa, Marcial. 2014. "El lugar del Tribunal constitucional en la sociedad política peruana". En: Eto Cruz, Gerardo. 2014. **Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú**. Tomo II. Tribunal constitucional Centro de Estudios Constitucionales. Coordinador: Gerardo Eto Cruz.

Rubio Correa, Marcial Antonio. (XXXX). "Presentación sobre la minería en la Constitución". En: [/www.indemipe.com/indemipe/imagenes/otras/congresos/12.doc](http://www.indemipe.com/indemipe/imagenes/otras/congresos/12.doc).

Valverde, Gianpierre; PAREDES, Braylyn; MIRANDA, Marycielo; GALLO, William. 2020. **Nuevas tendencias e innovaciones del Derecho Administrativo: memorias del II Congreso Latinoamericano Estudiantil de Derecho Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 215-244. ISBN 978-85-450-0726-5

Vildósola Fuenzalida, Julio. 1999. **El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe**. Publicación de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL). Venezuela: Editorial Latina C.A. Ver: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36627/3382026V700_es.pdf?sequence=1.

JURISPRUDENCIA.

STC Expediente No. 00008-2010-PI/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional. 2008. Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Municipal No. 04-2008-MPF-H/A expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo, Departamento de Ayacucho, que declara como zona intangible toda la jurisdicción territorial de la Provincia de Fajardo, y en consecuencia, prohíbe las licencias para la exploración y explotación minera en la zona.

STC Expediente No. 00012-2019-PI/TC. Pleno Sentencia No. 343/2020 del 16 de junio de 2020. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por un conjunto de ciudadanos contra la Ordenanza 014-2018-MPSCH, expedida por la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco, que declara de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de su jurisdicción entre otras medidas.

STC Expediente No. 0008-2003-AI/TC. Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia No. 140-2001.

STC Expediente No. 22 de enero de 2019. Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originados e indígenas. Poder Ejecutivo contra GORE Cajamarca. Asunto Demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR.

STC Expediente No 03610-2008-PA-TC. World Cars Import contra el MEF, MTC, ICA. Principio de proporcionalidad y constitución ecológica.

STC Expediente No 03343-2007-PA/TC. Jaime Hans Bustamante Johnson.

STC Expediente No 00003-2006-AI-TC. Cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República.

STC Expediente No. 06534-2006-AA/TC

STC Expediente No 0012-2017-P1/TC. Cajamarca, conflicto de competencia con el Ministerio de Cultura sobre pueblos indígenas.

STC Expediente No 145-99-AA/TC.

STC Expediente No 00020-2005-AI 00021-2005-AI-TC.

STC Expediente No. 0001-2012-PI/TC, del 17 de abril de 2012, declarando inconstitucional la Ordenanza Regional de Cajamarca No. 036-2011-GR.CAJ-CR (**OR-036-2011**). La demanda de inconstitucionalidad fue presentada por el Fiscal de la Nación contra la OR-036-2011 que declaró inviable la ejecución del Proyecto Minero Conga, llevada adelante por la empresa Yanacocha.

STC Expediente No. 00021-2018-AI/TC/TC.

STC Expediente No. 00020-2005-AI-TC/ 00021-2005-AI-TC acumulados.

STC Expediente No. 01417-2005-AA/TC.

STC Expediente No. 0048-2004-PI-TC.

STC Expediente No. 01470-2016-PHC/TC.

STC Expediente No 01535-2006-PA-TC.

STC Expediente 02016-2004-AA/TC.

STC Expediente 0008-2003-A1/TC.

STC Expedientes 02945-2003-AA/TC.

STC Expediente No. 02016-2004-AA/TC.

STC Expediente No. 01470-2016-PHC/TC.

STC Expediente No. 0001-2012-PI/TC.

STC Expediente 00012-2019-131/TC.

STC Expediente No. 3610-2008-PA/TC.

STC Expediente No. 0048-2004-AI-TC.

STC Expediente No. 2945-2003-AA/TC

STC Expediente No. 2945-2003-AA/TC. Caso de Acción de Amparo interpuesta por LIMA AZA NCA ALHELÍ MEZA GARCÍA.

STC Expediente No. 06534-2006-AA/TC.

ARTÍCULOS DE PRENSA

INFOREGION. 2018. "La Libertad: Minería en Santiago de Chuco tiene un panorama difícil". Por Editor, 30 mayo 2018, en Ambiente, Nacional, Portada. Ver:

<https://www.inforegion.pe/251227/la-libertad-mineria-en-santiago-de-chuco-tiene-un-panorama-difícil/>. Consultada el 24 de setiembre de 2021.

INFORMES TÉCNICOS.

AMAS – Asociación Marianista de Acción Social. 2020. “MONITOREO INDEPENDIENTE DE LA CALIDAD DEL AGUA EN ZONAS DE IMPACTO DE LA GRAN MINERÍA EN LA LIBERTAD – PERÚ” 19 de junio de 2020. Ver: <https://muqui.org/wp-content/uploads/2020/10/AMAS-Informe-final-Monitoreo-2005-2019.pdf>. CONSULTADO EL 21 DE SETIEMBRE DE 2021.

ANA – Autoridad Nacional del Agua. 2013. “Informe Técnico No. 010-2013-ANA-DGCRH/RGC, de julio de 2013, “Resultado del Monitoreo Participativo de la Calidad del Agua en los ríos Perejil, Chuyugal y Caballo Moro del Distrito de Quiruvilca”. Ministerio de Agricultura.

LEYES Y NORMAS (PRELIMINAR).

Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas.

Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización. Artículo tercero.

Ley 27972, Ley Orgánica de Artículo cuarto. Municipalidades. Artículo quinto.

Ley 29338. Ley de los Recursos Hídricos.

Ley 30640. Modifica la Ley de los Recursos Hídricos.

Decreto Ley 30640, Ley Orgánica del Sector de Energía y Minas.

Ordenanza Municipal No. 014-2018-MPSCH.

TRATADOS INTERNACIONALES.

(CDB, 1992).