

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**ESCUELA DE POSGRADO**



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD  
CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**“EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE A LAS  
ORDENANZAS REGIONALES Y LOCALES QUE BUSCAN  
TUTELAR EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE”**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derechos Humanos**

**AUTOR**

**Helmut Andrés Olivera Torres**

**ASESOR**

**Luis Alberto Huerta Guerrero**

**JURADO**

**Elena Cecilia Alvites Alvites**

**Ángel Guillermo Delgado Silva**

**LIMA – PERÚ**

**2017**



**HOJA RESÚMEN DE LA TESIS:**  
**EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE A LAS ORDENANZAS  
REGIONALES Y LOCALES QUE BUSCAN TUTELAR EL DERECHO AL  
MEDIO AMBIENTE**

Con la presente Tesis se han identificado diversas críticas a la labor del Tribunal Constitucional, las cuales lo califican como un ente jurisdiccional esencialmente formalista al momento de resolver los procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas regionales y locales que fueron expedidas para proteger el derecho al medio ambiente, toda vez que antes de apelar al principio de protección a los derechos humanos se sirve del principio de competencia para declarar la invalidez de las mismas. Frente a ello, la presente Tesis identifica el problema implícito en lo señalado, bajo la siguiente pregunta: ¿Debe el Tribunal Constitucional tutelar el derecho al medio ambiente declarando la invalidez de ordenanzas regionales y/o locales que buscan proteger el mencionado derecho pero que contravienen el principio de competencia?

Ante tal pregunta, la hipótesis del presente trabajo es que el Tribunal Constitucional ejerce un rol de tutela del derecho al medio ambiente, al declarar la invalidez de las ordenanzas regionales y/o locales viciadas de incompetencia que buscan proteger el mencionado derecho cuando –adicionalmente- exhorta a las entidades competentes para actuar a favor del mismo.

Para demostrar la referida hipótesis, bajo una visión jurídica y de las ciencias políticas, con la presente Tesis se desarrolla el correspondiente Objetivo General, el cual consiste en demostrar que el Tribunal Constitucional debe ejercer el rol de garante del derecho al medio ambiente al declarar la invalidez de ordenanzas regionales y/o locales que buscaban proteger el referido derecho pero que se encontraban viciadas de incompetencia, siempre y cuando exhorte a los entes competentes para que cumplan con su labor de tutela del derecho al medio ambiente en el marco de sus competencias. Para llegar a tal fin general, en el desarrollo del presente trabajo se abordan los siguiente Objetivos Específicos:

**Específico 1:** Demostrar que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional tienen repercusiones en la resolución de conflictos sociales al resolver controversias relacionadas al derecho al medio ambiente.

**Específico 2:** Demostrar que el Tribunal Constitucional, al tomar conocimiento de los procesos de inconstitucionalidad iniciados entre los años 2005 al 2016 contra ordenanzas regionales y/o locales expedidas para proteger derechos humanos en general y, en específico, el derecho al medio ambiente, en algunos casos resolvió la controversia únicamente apelando al principio de competencia y en otros apelando también al principio de garantía de los derechos humanos.

**Específico 3:** Demostrar que el hecho que el Tribunal Constitucional haya apelado al principio de competencia al analizar la validez de las ordenanzas regionales y locales que buscan proteger el derecho al medio ambiente tiene tanto una justificación jurídica como también una explicación política.

**Específico 4:** Demostrar que resulta correcto que el Tribunal Constitucional no

deje de aplicar el principio de competencia, por más que la norma viciada de incompetencia busque proteger el derecho al medio ambiente.

**Específico 5:** Demostrar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado diversos criterios que permiten hacer compatible el principio de garantía de los derechos humanos con el principio de competencia tanto a nivel argumentativo como a nivel decisorio. Sobre esto último, se busca demostrar que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ordenanza regional o local también podrán proteger el derecho al medio ambiente si es que se exhorta a los entes a cumplir con sus competencias sobre la materia.



## Índice

|   |    |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN .....  | 5  |
| 1. Preliminar .....   | 5  |
| 2. Precisión de la relevancia de la materia y planteamiento del problema .....  | 5  |
| 3. Marco teórico, referencial o conceptual .....  | 7  |
| 4. Hipótesis de trabajo .....   | 7  |
| 5. Objetivos de la tesis .....  | 7  |
| 6. Metodología y plan de trabajo .....  | 8  |
| Capítulo 1.- Los actores políticos y sus intereses respecto a la protección del medio ambiente..  | 10 |
| 1.1. Los conflictos socio - ambientales y el orden social.....  | 10 |
| 1.2. Cuestiones conceptuales a propósito de los términos poder y política .....   | 14 |
| 1.2.1. El Poder .....   | 14 |
| 1.2.2. La Política .....  | 15 |
| 1.3. Los actores políticos que intervienen en la configuración de la forma cómo se protegerá el derecho al medio ambiente .....                                   | 18 |
| 1.3.1. Las empresas extractivas de recursos mineros .....   | 18 |
| 1.3.2. La población cercana a la zona de impacto del proyecto minero .....  | 21 |
| 1.3.3. Funcionarios y entidades del Estado.....   | 23 |
| A. Gobierno Nacional.....   | 23 |
| B. Gobiernos Regionales y Locales .....   | 25 |
| C. El Tribunal Constitucional y sus magistrados .....   | 26 |
| 1.4. Interacción entre los diversos actores .....   | 27 |
| 1.4.1. Apuntes conceptuales complementarios para analizar la interacción entre los diferentes actores políticos.....  | 27 |
| 1.4.2. Dos planos del desarrollo del conflicto.....   | 30 |
| A. Relación de poder y acciones con relevancia política entre la población que demanda la protección de su derecho al medio ambiente y las empresas mineras ..... | 30 |
| A.1. Dinámica del conflicto según objetivos .....   | 30 |
| A.2. Medios instrumentales usados para lograr dominio en la relación de poder .....   | 31 |
| B. Relación de poder y acciones políticas entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales y Locales.....  | 32 |

**Capítulo 2.- El Tribunal Constitucional y la repercusión de sus sentencias de inconstitucionalidad en los conflictos socio-ambientales ..... 34**

2.1. La repercusión de las sentencias de inconstitucionalidad en los conflictos socio-ambientales..... 35

**2.1.1. Caso Ordenanza de la Municipalidad Provincial de Fajardo Huancapi contra la empresa minera Catalina ..... 35**

**2.1.2. Caso Ordenanza del Gobierno Regional de Cajamarca contra el proyecto minero Conga 37**

2.2. Las críticas al supuesto rol que ha estado ejerciendo el Tribunal Constitucional frente a los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas regionales y/o locales que buscaron tutelar el derecho al medio ambiente..... 41

2.3. El rol que ha estado ejerciendo el Tribunal Constitucional frente a los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas regionales y/o locales que buscaron tutelar derechos humanos (2005-2016) ..... 44

**2.3.1. Criterios para la identificación de los casos a analizar ..... 44**

**2.3.2. Criterios para identificar la práctica del Tribunal Constitucional ..... 45**

**2.3.3. Las sentencias identificadas en el presente trabajo..... 46**

**2.3.4. La práctica del Tribunal Constitucional..... 46**

A. Uso del primer criterio de análisis: número de sentencias favorables y desfavorables a la población que la norma cuestionada buscaba proteger ..... 46

B. Uso del segundo criterio de análisis: si en la sentencia se tomó en cuenta que la norma buscaba proteger derechos humanos ..... 47

C. Uso del tercer criterio de análisis: clasificarlas según el grado de influencia de los argumentos sobre protección de derechos humanos ..... 48

D. Conclusiones de la aplicación de los criterios..... 48

2.4. El rol que ha estado ejerciendo el Tribunal Constitucional frente a los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas regionales y/o locales que buscaron tutelar el derecho al medio ambiente (2005-2016) ..... 49

**2.4.1. Análisis de las sentencias de los cinco (5) procesos de inconstitucionalidad iniciados a favor del Poder Ejecutivo contra ordenanzas que buscaban proteger el derecho al medio ambiente..... 50**

A. *Caso Actividades Mineras en Sechura (Expediente N° 7-2010-PI) ..... 50*

B. *Caso Actividades Mineras en la Provincia de Fajardo (Expediente N° 8-2010-PI)..... 52*

C. *Caso Actividades Mineras en Cusco (Expediente N° 9-2010-PI)..... 53*

D. *Caso Conga (Expediente N° 1-2012-PI) ..... 55*

|   |           |
|---|-----------|
| E. Caso Cuenca de Huayabamba (Expediente N° 3-2012-PI) .....  | 58        |
| <b>2.4.2. Conclusiones referidas a la tendencia en la actuación del Tribunal Constitucional y puntos controvertidos a evaluar en futuros pronunciamientos.....</b>  | <b>61</b> |
| <b>2.4.3. La dimensión política en la argumentación realizada por el Tribunal Constitucional</b>  | <b>63</b> |
| <br>  |           |
| <b>Capítulo 3.-Los principios de competencia y de garantía de los derechos humanos en el marco de los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas regionales y/o locales expedidas para proteger el derecho al medio ambiente.....</b> | <b>68</b> |
| 3.1. Los roles del Tribunal Constitucional según la Constitución y su jurisprudencia frente a las controversias sobre conflicto de competencias .....   | 69        |
| 3.2. La justificación de la actuación realizada por el Tribunal Constitucional según el ordenamiento.....   | 71        |
| <b>3.2.1. El deber de garantía de los derechos humanos y del derecho al medio ambiente 71</b>   |           |
| A. El concepto de Derecho.....  | 72        |
| A.1. Concepto preliminar .....  | 72        |
| A.2. ¿Es el Derecho igual a la moral? .....   | 73        |
| A.3. ¿Es el Derecho necesariamente justo?.....  | 77        |
| i. El concepto de Justicia .....  | 77        |
| ii. La Justicia y el Derecho .....  | 78        |
| A.4. Definición final del concepto de Derecho .....   | 78        |
| B. El concepto de derechos humanos y el contenido del derecho al medio ambiente .....   | 78        |
| <b>3.2.2. El principio de competencia .....</b>   | <b>81</b> |
| A. El conflicto entre el principio de competencia y el deber de proteger derechos humanos   | 83        |
| B. El principio de competencia y los derechos humanos.....  | 84        |
| C. Protección de los derechos humanos según el principio de competencia en el caso del Estado peruano .....   | 85        |
| C.1. Normas y principios que regulan las competencias de los niveles de gobiernos... 85   |           |
| C.2. Los principios reconocidos en el Test de Competencia.....  | 86        |
| (i) Principio de unidad:.....   | 87        |
| (i.a.) Cooperación y lealtad regional .....   | 88        |
| (i.b) Taxatividad y cláusula de residualidad.....   | 89        |
| (i.c.) Control y tutela .....   | 90        |
| (ii) Principio de competencia: .....  | 90        |

|  |            |
|--|------------|
| (ii.a.) Distribución de competencias.....  | 91         |
| (ii.b.) Bloque de constitucionalidad .....   | 91         |
| (iii) Otros principios .....   | 92         |
| (iii.a.) Principio de efecto útil y poderes implícitos .....   | 92         |
| (iii.b.) Principio de progresividad en la asignación de competencias y<br>transferencia de recursos .....  | 93         |
| C.3. Otros principios reconocidos en las normas que establecen competencias .....  | 93         |
| D. El proceso de transferencia de competencias como mecanismos para una distribución<br>racional de atribuciones.....  | 94         |
| <b>D.1. Precisión sobre las principales normas que regulan el proceso de transferencia<br/>    de competencias .....</b>   | <b>94</b>  |
| <b>D.2. Proceso de acreditación o transferencia de competencias .....</b>  | <b>95</b>  |
| <b>D.3. Estado actual de la transferencia de competencias .....</b>  | <b>96</b>  |
| <b>3.2.3. El proceso de inconstitucionalidad ¿puede ser un proceso adecuado para<br/>transferir competencias relacionadas a derechos humanos? .....</b>  | <b>97</b>  |
| <b>3.2.4. ¿Es justificable que en algunos procesos de inconstitucionalidad contra<br/>ordenanzas que buscan proteger derechos humanos se pueda dejar de lado el principio de<br/>competencia para salvaguardar los derechos humanos? .....</b> | <b>99</b>  |
| <b>3.2.5. ¿El Tribunal Constitucional actuó de forma adecuada en los cinco (5) procesos de<br/>inconstitucionalidad analizados? .....</b>  | <b>102</b> |
| <b>3.2.6. Las sentencias exhortativas como el medio para una mayor protección del<br/>derecho al medio ambiente .....</b>  | <b>103</b> |
| 4. CONCLUSIONES .....  | 109        |
| 5. BIBLIOGRAFÍA .....  | 112        |
| <b>5.1. Fuentes bibliográficas y hemerográficas .....</b>  | <b>112</b> |
| <b>5.2. Sentencias.....</b>  | <b>120</b> |
| 6. ANEXO .....   | 123        |

## INTRODUCCIÓN

### **1. Preliminar**

El presente trabajo contiene la Tesis para acceder al grado académico de Magíster en Derechos Humanos por la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el mismo que se empezó a desarrollar en los cursos de la Maestría “Seminario de Tesis 1” y “Seminario de Tesis 2”, en los semestres académicos 2016-1 y 2016-2, respectivamente, los cuales estuvieron a cargo del profesor Gustavo Arturo Zambrano Chávez.

Asimismo, resulta importante indicar que la presente Tesis fue culminada bajo la asesoría del Dr. Luis Alberto Huerta Guerrero.

### **2. Precisión de la relevancia de la materia y planteamiento del problema**

El tema que se abordará a lo largo del presente trabajo estará vinculado directamente con la actividad del Tribunal Constitucional frente a las ordenanzas regionales y locales que fueron expedidas para proteger el derecho al medio ambiente y que fueron cuestionadas en el marco de procesos de inconstitucionalidad.

Respecto a lo indicado, me parece que es sumamente importante desarrollar una tesis vinculada con tal materia al menos por dos aspectos; (i) uno referido a su actualidad y relevancia y (ii), otro, porque considero que es importante desarrollar trabajos de investigación que busquen incidir en un mejor ejercicio de los roles atribuidos al Tribunal Constitucional como máximo guardián de la Constitución Política del Perú y garante de los derechos fundamentales reconocidos en ella.

Respecto a la actualidad y relevancia de la materia, como se verá a lo largo del presente trabajo, el desarrollo de procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas regionales y locales que se expidieron para proteger el derecho al medio ambiente tiene un trasfondo, vinculado al desarrollo de un conflicto socio – ambiental, devenido de la ejecución o posible ejecución de un proyecto minero. Tales conflictos resultan relevantes y actuales, pudiendo advertirse ello –por tomar un ejemplo- del resurgimiento de los conflictos sociales vinculados a la ejecución del proyecto minero Las Bambas (La República 2016). En ese sentido, analizar la materia precisada al inicio del presente apartado, se vincula a temas muy actuales como el desarrollo de conflictos socio - ambientales los cuales son relevantes no solo para la sociedad sino para el Estado, el mismo que debe asegurar la protección de los derechos humanos, frente a cualquier situación que atente contra la seguridad de la población asentada en su territorio.

En lo que concierne a la contribución a un mejor desarrollo del rol del Tribunal Constitucional, es importante tomar en cuenta que, desde el ámbito de la academia, tal rol ha sido bastante criticado por su incidencia en el marco de los procesos de inconstitucionalidad referidos a ordenanzas expedidas para proteger el derecho al medio



ambiente. Así por ejemplo, el profesor César Landa Arroyo, ha expresado su disidencia respecto al rol que cumplió el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad iniciado contra la Ordenanza Regional de Cajamarca N° 36-2011-GR.CAJ-CR (Expediente N° 1-2012-PI/TC), norma que establecía diversas medidas encaminadas a impedir la ejecución del Proyecto Minero Conga en la Región Cajamarca, por presuntamente afectar el derecho al medio ambiente de la población.

Tal académico precisó que en la respectiva sentencia no se incluyeron criterios de interpretación propios del derecho constitucional, aplicando únicamente normas que establecen competencias, indicando que:

Más aún, tampoco utiliza los principios de interpretación constitucional de las leyes (unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora, etc.) ni las técnicas de la ponderación de una medida normativa restrictiva (con sus exámenes de adecuación, necesidad y estrictamente proporcional) para declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional. Sino que el TC realiza un examen de legalidad subordinando la ordenanza a lo que dicen la Ley de Bases de la Regionalización [sic], la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y la Ley de Recursos Hídricos, a juicio del colegiado. [Énfasis agregado] (Landa 2012).

Asimismo, con relación a la afectación de los derechos e intereses de las minorías étnicas por parte de la sentencia mencionada, el profesor César Landa señaló además que el Tribunal Constitucional “[...] desarrolla fundamentos ambientalistas retóricos [...] sin ningún efecto útil para el caso; dado que el TC viene fallando en contra de los intereses de los pueblos amazónicos, sino también últimamente en contra de los intereses de los pueblos andinos, demostrando en la práctica un prejuicio en contra de los valores étnicos, culturales y ambientales de las comunidades campesinas de Ayacucho (STC N 008-2011-AI/TC), del Cuzco (STC N 009-2011-PI/TC), como ahora de Cajamarca (STCN0001-2012-PI/TC).” (Landa 2012).

Conforme a lo expuesto, me parece claro que hay dos críticas que hace el profesor César Landa a la sentencia recaída en el Expediente N° 1-2012-PI, las cuales radican en que el Tribunal Constitucional -al momento de emitir su fallo- (i) solo sustentó su decisión apelando al principio de legalidad, sin aplicar los criterios de interpretación propios del derecho constitucional, (ii) siendo el reflejo de un sentido jurisprudencial que perjudica a los pueblos amazónicos y andinos.

Si bien los comentarios precisados están referidos a una controversia concreta, considero que ellos buscan que el Tribunal Constitucional cambie su rol legalista-competencial (cuyas críticas sugieren que es un rol formalista) al conocer procesos de inconstitucionalidad seguidos contra ordenanzas regionales y/o locales que buscan proteger el derecho al medio ambiente, por un rol de tutela activa (material) del referido derecho, dejando de lado el principio de competencia o, al menos, relativizando su aplicación.

Tal cambio de rol que se plantea, guarda mayor relevancia en el marco de procesos de

inconstitucionalidad seguidos contra ordenanzas regionales y/o locales referidos a proyectos mineros puesto que se encuentran bastante relacionados a derechos como el medio ambiente, a la consulta previa, entre otros cuya resolución ha implicado –muchas veces- la existencia de conflictos socio - ambientales.

En ese sentido, me parece que es sumamente importante el análisis del rol que debe tener el Tribunal Constitucional a propósito de su intervención en los referidos casos toda vez que sus pronunciamientos –como se podrá ver en el desarrollo del presente trabajo- sin duda tendrán repercusiones en los derechos humanos (como el derecho al medio ambiente) que se encuentran en juego y en la continuación o no de los conflictos socio - ambientales.

De lo expuesto, considero que el problema podrá ser abordado por medio de la siguiente pregunta: ¿Debe el Tribunal Constitucional tutelar el derecho al medio ambiente declarando la invalidez de ordenanzas regionales y/o locales que buscan proteger el mencionado derecho pero que contravienen el principio de competencia?

### **3. Marco teórico, referencial o conceptual**

El problema de la presente Tesis, en principio, pareciera ser meramente jurídico. No obstante, toda vez que se encuentra vinculado estrechamente al desarrollo de conflictos socio - ambientales, devenidos de la ejecución de proyectos mineros, el enfoque no puede ser solo jurídico sino tiene que valerse de otras disciplinas, he de ahí la justificación del uso de bibliografía referida a las ciencias jurídicas, sociales y políticas.

Asimismo, puesto que el enfoque del presente trabajo está vinculado con el rol del Tribunal Constitucional frente a los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas regionales y locales que buscan proteger el derecho al medio ambiente, será indispensable acudir a la jurisprudencia del referido órgano jurisdiccional, sin perjuicio del uso de bibliografía sobre la materia.

### **4. Hipótesis de trabajo**

La hipótesis que planteo es que el Tribunal Constitucional ejerce un rol de tutela del derecho al medio ambiente, al declarar la invalidez de las ordenanzas regionales y/o locales viciadas de incompetencia que buscan proteger el mencionado derecho cuando – adicionalmente- exhorta a las entidades competentes para actuar a favor del mismo.

### **5. Objetivos de la tesis**

Para comprobar tal hipótesis, he planteado un objetivo general y cinco específicos, los cuales paso a detallar en las siguientes líneas.

**Objetivo General:** Demostrar que el Tribunal Constitucional debe ejercer el rol de garante del derecho al medio ambiente al declarar la invalidez de ordenanzas regionales y/o locales que buscaban proteger el referido derecho pero que se encontraban viciadas de incompetencia, siempre y cuando exhorte a los entes competentes para que cumplan con

su labor de tutela del derecho al medio ambiente en el marco de sus competencias.

**Específico 1:** Demostrar que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional tienen repercusiones en la resolución de conflictos sociales al resolver controversias relacionadas al derecho al medio ambiente.

**Específico 2:** Demostrar que el Tribunal Constitucional, al tomar conocimiento de los procesos de inconstitucionalidad iniciados entre los años 2005 al 2016 contra ordenanzas regionales y/o locales expedidas para proteger derechos humanos en general y, en específico, el derecho al medio ambiente, en algunos casos resolvió la controversia únicamente apelando al principio de competencia y en otros apelando también al principio de garantía de los derechos humanos.

**Específico 3:** Demostrar que el hecho que el Tribunal Constitucional haya apelado al principio de competencia al analizar la validez de las ordenanzas regionales y locales que buscan proteger el derecho al medio ambiente tiene tanto una justificación jurídica como también una explicación política.

**Específico 4:** Demostrar que resulta correcto que el Tribunal Constitucional no deje de aplicar el principio de competencia, por más que la norma viciada de incompetencia busque proteger el derecho al medio ambiente.

**Específico 5:** Demostrar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado diversos criterios que permiten hacer compatible el principio de garantía de los derechos humanos con el principio de competencia tanto a nivel argumentativo como a nivel decisorio. Sobre esto último, se busca demostrar que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ordenanza regional o local también podrán proteger el derecho al medio ambiente si es que se exhorta a los entes a cumplir con sus competencias sobre la materia.

## 6. Metodología y plan de trabajo

Conforme a lo indicado en el apartado anterior, el Objetivo Específico 1 nos permitirá identificar que existe una relación entre el inicio de procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas regionales y locales que buscan proteger el derecho al medio ambiente y la existencia de un conflicto socio – ambiental y, por ello, que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional -en los referidos procesos- repercuten en tales conflictos, cuya comprensión es compleja y su pacificación es fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos. Con la finalidad de identificar dicha relación y su importancia, en el presente trabajo analizaré la intervención de los actores de los conflictos socio – ambientales, principalmente, a la luz de las Ciencias Políticas.

Luego de ello, por medio del Objetivo Específico 2, se buscará identificar cómo ha venido pronunciándose el Tribunal Constitucional en los referidos procesos y, en específico, cómo ha estado resolviendo el conflicto entre el principio de garantía de los derechos humanos y el de competencia. Tal análisis se realizará en un campo temporal determinado, tomando en cuenta no solo los procesos de inconstitucionalidad contra

ordenanzas que buscaron proteger el derecho al medio ambiente sino cualquier otro derecho humano. En este punto es importante tomar en cuenta que –a efectos del presente trabajo- se considera que una ordenanza busca proteger un derecho humano determinado si es que tal norma o el propio pronunciamiento del Tribunal Constitucional hace referencia a ello. En ese sentido, en el referido apartado no corresponderá identificar si tales normas están conformes al contenido jurídico del derecho al medio ambiente o cualquier derecho humano al que se haga referencia.

Luego de haber demostrado la importancia de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a los procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas que buscan proteger el derecho al medio ambiente (Objetivo Específico 1) e identificado la forma cómo ha venido resolviendo el supremo intérprete de la Constitución Política del Perú (Objetivo Específico 2), con el Objetivo Específico 3, podremos analizar el sustento de tal forma de proceder, desde una perspectiva política, en vinculación con una visión jurídica.

Luego de ello, al entrar al Objetivo Específico 4, se buscará analizar la corrección jurídica de la forma cómo ha venido resolviendo, el Tribunal Constitucional, las controversias materia de la presente Tesis. Al analizar tal proceder, a la luz de la perspectiva de las Ciencias Jurídicas (en tal punto, se desarrollará conceptos jurídicos como el Derecho, la Justicia, el principio de competencia y el principio de garantía de los derechos humanos), podremos evidenciar que resulta correcto que no se deje de lado el principio de competencia, por más que entre en conflicto con el deber de garantía de los derechos humanos que tiene el Estado peruano. No obstante, tomando en cuenta las implicancias de tal pronunciamiento sobre los conflictos socio - ambientales, se abrirá la interrogante de si declarar la inconstitucionalidad de una ordenanza viciada de incompetencia, pero que buscaba tutelar el derecho al medio ambiente, resultaba suficiente para calificar como correcto, el actuar del Tribunal Constitucional.

Finalmente, por medio del Objetivo Específico 5, se analizará las normas del ordenamiento nacional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para identificar qué más puede realizar el Tribunal Constitucional con la finalidad de contribuir positivamente en la pacificación del conflicto socio – ambiental. Ante ello, se propondrá que la emisión de las llamadas “sentencias exhortativas” representará una alternativa a tomar en cuenta para que el Tribunal Constitucional realice una actuación a favor de la pacificación de los conflictos socio - ambientales.

Conforme a lo señalado, al desarrollar cada uno de los objetivos específicos de la presente Tesis me valdré de diferentes disciplinas, con especial énfasis en las Ciencias Jurídicas y las Ciencias Políticas; representando ello, el uso de un enfoque interdisciplinario para abordar la materia del presente trabajo.

## **Capítulo 1.- Los actores políticos y sus intereses respecto a la protección del medio ambiente**

Como bien se ha mencionado, el objetivo de la presente Tesis consiste en demostrar que el Tribunal Constitucional garantizará el derecho al medio ambiente al declarar la invalidez de ordenanzas regionales y/o locales que buscan proteger el referido derecho pero que están viciadas de incompetencia, siempre y cuando exhorte a los entes competentes para que cumplan con su labor de tutela del derecho al medio ambiente.

Para abordar tal objeto general, trataremos un primer objetivo específico, el cual será desarrollado en el presente Capítulo y en parte del siguiente, el cual consiste en demostrar que existe una relación entre el inicio de procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas regionales y/o locales que buscan proteger el derecho al medio ambiente y la existencia de un conflicto socio – ambiental y, por ello, que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional -en los referidos procesos- repercuten en tales conflictos, cuya comprensión resulta compleja y su pacificación, fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos.

Ello nos permitirá considerar que la decisión de declarar la invalidez de normas con las características señaladas en el párrafo precedente, no resulta una medida carente de problemas sino que además tiene repercusiones sociales de importancia, lo cual amerita la toma de una decisión especial como lo es la emisión de una sentencia exhortativa.

Asimismo, para poder explicar mejor el impacto que pueden tener los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a la validez de una ordenanza que busca resguardar el derecho al medio ambiente en los conflictos socio - ambientales, así como explicar por qué el supremo intérprete de la Constitución emite pronunciamientos que algunos académicos –como se podrá ver más adelante- califican de “formalistas”, considero que es sumamente importante que abordemos dos conceptos que no son jurídicos, sino que resultan propios de las ciencias sociales. Me refiero a los conceptos de poder y política, los cuales pasaré a desarrollar a lo largo del presente Capítulo, previamente a la determinación de una definición de lo que se entiende por conflicto socio -ambiental.

### 1.1.Los conflictos socio - ambientales y el orden social

Para comprender las implicancias de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el marco de los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas que buscan proteger el derecho al medio ambiente, resulta indispensable contar con una definición del término conflicto socio - ambiental.

Atendiendo a ello, se ha entendido al conflicto desde diferentes perspectivas. Así por ejemplo, a la luz de la doctrina se le ha definido como:

[...] Una lectura desde la tesis de la “maldición de los recursos” entendería el conflicto, básicamente, en términos de disputas sobre rentas. Estas disputas son, a

fin de cuentas, negociables y traen un conjunto de consecuencias institucionales que giran alrededor de temas de transparencia, redistribución y compensación. En cambio, una lectura desde una tesis del “post-desarrollo” como aquella de Arturo Escobar (2005), entendería el conflicto como manifestación de contradicciones entre distintas maneras de entender el desarrollo, la democracia y la sociedad deseada. Estas disputas son mucho menos negociables y traen distintas repercusiones institucionales que giran alrededor de cosas tales como la zonificación ecológica económica, las autonomías, los derechos humanos e inclusive los derechos de la naturaleza misma. (Bebbington y Humphreys 2009: 119-120)

En ese sentido, el conflicto implica por sí mismo la existencia de contradicciones de diversas maneras de entender a los elementos esenciales considerados por los grupos parte del fenómeno en mención. Tales elementos esenciales, como bien se ha precisado en el párrafo precitado, desde la tesis del post – desarrollo no tienen que ver tanto con la adquisición de riquezas, como si con la idea de desarrollo, democracia y sociedad.

Respecto a los conflictos sociales, su desarrollo teórico - histórico nos puede brindar mayores alcances acerca de lo que podemos entender por tal concepto. Sobre ello, Pedro Luis Lorenzo Cadarso hace una exposición de las teorías sobre los conflictos sociales y, al abordar las contemporáneas<sup>1</sup>, identifica y desarrolla aquellas elaboradas por el economista Mancur Olson<sup>2</sup> y, el especialista en sociología histórica, Charles Tilly. Sobre este último, para hacer referencia al conflicto social, el término “oportunidades políticas” resultará esencial, precisando que “[...] el surgimiento de un movimiento se encuentra condicionado por los signos de debilidad que muestren las autoridades o élites dirigentes, ya sea por existir divisiones internas o porque se les presuponga una actitud favorable a los objetivos del grupo movilizado.” (Lorenzo 2001: 42)

Asimismo, para Tilly, la coyuntura de expansión de **oportunidades políticas** resulta

---

<sup>1</sup> Entre las principales teorías sobre el conflicto social, diferentes a las contemporáneas, el autor identifica al marxismo, al funcionalismo y a las teorías volcánicas. Respecto al **marxismo**, es importante tener presente que el autor en mención precisa que -a la luz de esta teoría- los sistemas sociales deben ser interpretados en “clave conflictiva”, toda vez que el conflicto es inherente a todo sistema social, mientras la sociedad siga articulándose de una manera clasista (2001 : 20 – 21), siendo fundamental –para entender esta perspectiva- los conceptos de clases, lucha de clases y movilización (cuyo mayor desarrollo de este último concepto, estaría a cargo Lenin). En lo que concierne al **funcionalismo**, es importante precisar que existen variables de la referida teoría (2001:27). No obstante, Lorenzo Cadarso desarrolla con detalle las implicancias del funcionalismo clásico, el cual parte de entender a la sociedad como una estructura integrada en la que toda institución existe porque satisface alguna necesidad social, vinculada a una función del sistema social (2001:27-28). Resulta particularmente interesante de esta teoría, considerar que en los años cincuenta se empezó a entender al conflicto social como algo cuya función permitía la estabilidad y la perdurabilidad de los sistemas sociales, toda vez que refuerzan las normas preexistentes, permitiendo la expedición de otras nuevas que adecúan su funcionamiento a las aspiraciones de los actores sociales y adecuando el sistema a los cambios de sus contextos, impidiendo la revolución (2001: 31-32). Respecto a las **teorías volcánicas**, se entiende que el conflicto social es “[...] el punto de culminación de una escalada de tensión provocada por procesos de tipo socioeconómico, político o incluso psicológico.” (2001: 33-34) No obstante, a diferencia del marxismo y funcionalismo, en principio no pretenden superponer al conflicto en explicaciones globalizadas sobre el sistema social, del cual luego del estudio del conflicto en sí mismo, puede vincularse con teorías “más amplias” como el marxismo y el funcionalismo, centrándose en explicar al conflicto social desde una perspectiva espasmódica, vinculada a determinar que “[...] la lucha abierta surge en el momento en que los actores sociales alcanzan un nivel insostenible de crispación [...]” (2001: 34).

<sup>2</sup> En lo que concierne a la teoría de Olson, se toma como punto empírico de referencia a los grupos económicos americanos como los sindicatos y, principalmente, a los grupos de presión, buscando determinar los motivos del surgimiento de los conflictos, de la suma de personas a un movimiento y la dinámica de la movilización, determinando que “[...] un individuo se suma a un movimiento por una *elección racional*, basada en criterios de costes/beneficios, es decir, porque tiene expectativas fundadas que ello le va a aportar beneficios objetivos –haciendo referencia, básicamente, a los económicos- y le supondría riesgos o costes asumibles. Se establecía evidentemente un dilema, una contradicción entre maximalismo – del que dependerían las elecciones racionales de los individuos- y el altruismo o beneficio colectivo –que estaría representado por los onjetivos programáticos de las organizaciones-.” (2001: 39-40)

trascendental puesto que los grupos tendrán ampliada su **capacidad para la movilización de recursos**, respecto de la cual tendrán expectativas de éxito, por lo que promoverán la acción colectiva, sirviendo la existencia de una **disponibilidad estructural** para la movilización (Lorenzo 2001: 42).

Fue por esta concepción (sustentada en las oportunidades políticas, la capacidad de movilización de recursos y la disponibilidad estructural) que:

Entre los sociólogos americanos, la introducción de este concepto desplazará el centro de atención para el estudio del conflicto social desde la base socioeconómica hasta el mundo de la organización y de la interacción política, de la lucha por el poder, de la que los grupos movilizados formarían o tratarían de formar parte. (Lorenzo 2001: 43)

Si bien los planteamientos de Tilly – expuestos por el profesor Lorenzo- no están pensados en los conflictos socio - ambientales en el territorio peruano -sino en los conflictos o movimientos sociales desarrollados en Europa Occidental y los Estados Unidos de América (Lorenzo 2001: 45)-, llama la atención la importancia que se le brinda a **la lucha por el poder y a la interacción política** al estudiar los conflictos sociales, los cuales serán tomados en consideración al desarrollar el presente trabajo.

Sin perjuicio de lo indicado, para valernos de una concepción local y práctica del término, podemos acudir a la propuesta de definición brindada por la Defensoría del Pueblo sobre el término conflicto social, el cual sería:

[...] un proceso complejo en el cual sectores de la sociedad, el Estado y/o las empresas perciben que sus posiciones, intereses, objetivos, valores, creencias o necesidades son contradictorios, creándose una situación que podría derivar en violencia.

La complejidad de los conflictos está determinada por el número de actores que intervienen en ellos, la diversidad cultural, económica, social y política, las formas de violencia que se pueden presentar, o la debilidad institucional para atenderlos, entre otros elementos. (Defensoría del Pueblo 2016a)

En ese sentido, el conflicto social es un proceso complejo, en el cual intervienen diversos sectores de la sociedad (incluidas las empresas) y el Estado, los cuales tienen intereses contrapuestos, que deben ser correctamente evaluados por este último, con la finalidad de resguardar los derechos humanos implicados.

Por otro lado, por la cantidad de actores (tanto provenientes del Estado como de la sociedad civil) y la contraposición de intereses no resueltos, el conflicto puede devenir en violencia, lo cual no solo afecta a los actores del conflicto, sino al resto de la sociedad civil e incluso a las instituciones del Estado. Es por ello que resulta de suma importancia la búsqueda de su pacificación por diversos medios con los que cuenta el aparato estatal.

Definido lo que se entiende por conflicto social, resulta conveniente precisar que si el mismo tiene una variable de protección del derecho al medio ambiente, entonces

estaremos en el caso de un conflicto socio – ambiental, siendo su atención de suma importancia tanto para la sociedad civil como para el Estado.

Sobre este tipo de conflicto hay que tener en cuenta que, para agosto de 2016, la Defensoría del Pueblo identificó un total de 208 conflictos sociales en todo el Perú. De ellos, 147 fueron calificados como conflictos socio - ambientales, lo cual implica un 70.7% del total de conflictos sociales reportados en tal fecha (Defensoría del Pueblo 2016b: 8). Lo indicado hace notoria –en términos porcentuales- la importancia de los conflictos socio - ambientales sobre el universo de conflictos sociales, acrecentando la atención que sobre tales conflictos le debe brindar tanto la sociedad como el Estado.

En ese sentido, este tipo de conflicto representa un grave problema para la sociedad y el Estado, no tanto por el rompimiento del orden social como sí el uso o potencial uso de la violencia lo cual repercute en una serie de afectaciones a los derechos humanos de la población (como el derecho a la integridad personal, a la salud, a la vida, por nombrar algunos de los derechos).

Sobre ello, es importante recordar que el mantenimiento del orden social a favor de la protección de los derechos humanos es una obligación que recae principalmente en el Estado, quien a su vez asume la responsabilidad internacional en lo que concierne al deber de garantía de los mismos.

No obstante, el mantenimiento de tal orden o la pacificación de un conflicto socio – ambiental no es algo que sea sencillo de lograr, justamente por la complejidad que representa el desarrollo de tal evento y por ello, su consecución, no es algo que dependa exclusivamente del Estado ni mucho menos de uno de los entes que lo conforman. Sin perjuicio de lo precisado, las diligencias realizadas por este serán importantes a tomar en cuenta al momento de evaluar el cumplimiento de su deber respecto al resguardo de tales derechos, por lo que la evaluación de la actuación de las diferentes entidades implicadas en el conflicto –como el Tribunal Constitucional- será esencial no solo para la toma de decisiones sino para la corrección de la misma.

Sin dejar de lado los problemas que puede acarrear el uso de la violencia en un conflicto socio - ambiental, es del caso remarcar que el desarrollo de tal conflicto representa también una oportunidad para el Estado, para poder identificar un problema de trascendencia para la sociedad y que puede ser abordado e incluso resuelto, a propósito de la búsqueda de la pacificación de un conflicto social. He de ahí que un punto para brindarle una adecuada atención a su desarrollo, radica en la visibilización de problemas esenciales de la sociedad y del Estado –referidos al derecho al medio ambiente- que buscan ser resueltos y respecto de los cuales este tiene oportunidad de atenderlos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre este punto, quisiera precisar que la protección de derechos humanos como el medio ambiente no es algo que sea importante solo para mantener el orden social frente al desarrollo de un conflicto socio – ambiental. Lo que trato de expresar en el párrafo objeto de nota es que la garantía del derecho al medio ambiente es algo importante para la persona humana en cualquier situación, incluyendo las situaciones de amenazas o violaciones a tal derecho. En ese sentido, en tiempos de orden social y paz, el Estado tiene el deber de tomar medidas de protección y resguardo de tal derecho. Si es que se desarrolla un conflicto socio - ambiental, ello implica el evaluar la actuación que ha venido realizando el Estado y una nueva oportunidad para buscar cumplir de forma óptimas sus obligaciones respecto a la protección del derecho al medio ambiente.



Hecha la precisión del concepto de conflicto socio – ambiental y su importancia a propósito de la actuación de las entidades del Estado, resulta importante atender las implicancias del mismo, a propósito del desarrollo de actividades, vinculadas con la extracción de recursos mineros. Para ello, resulta importante acudir a dos conceptos propios de las Ciencias Políticas: el concepto de poder y política.

## 1.2.Cuestiones conceptuales a propósito de los términos poder y política

Como bien se ha señalado, los conflictos socio - ambientales son procesos complejos, respecto de los cuales diversos actores de la sociedad y el Estado expresan de diversas formas sus concepciones sobre elementos esenciales de la sociedad, creando una situación que podría generar violencia. Sobre tales elementos, resulta importante entender lo complejo de tales procesos, los cuales podremos entender mejor con el uso de los conceptos de poder y política.

### 1.2.1. El Poder

Respecto al poder, existen múltiples acepciones que pueden encontrarse del mismo y que han sido desarrollados por los académicos Robert Dahl, David Easton, Carl Friedrich, Raymond Aron, Harold Laswell, Abraham Kaplan, Richard Schermerhorn, Amitai Etzioni, Eduard Spranger, Julien Freund, Karl Deutsch y Artemio Melo, por nombrar algunos<sup>4</sup>.

No obstante lo indicado, como lo afirma Alberto Montbrun, al hablar del poder los autores mencionados se refieren a las relaciones de poder, encontrándose en sus definiciones elementos comunes como (i) entender al poder como un fenómeno relacional, (ii) el cual es asimétrico, toda vez que hay una persona que manda y otra que obedece.

Asimismo, respecto a esto último, en la vida social se ha entendido que la voluntad se impone por medio del conocimiento, la inteligencia, la fuerza, la riqueza, el dogma o cualquier factor que sirva para impulsar o constreñir a otros a hacer lo que en otras circunstancias no harían (Montbrun 2010: 370-371).

En ese sentido, el poder no es algo estático ni tampoco un objeto físico; por lo que un arma, el dinero, la ley, entre otros objetos, no representan por sí mismos poder; otra cosa es que aquellas personas que finalmente tienen una posición dominante se valen de esos elementos con la finalidad de hacer prevalecer sus intereses dentro de una relación de poder. Conforme a ello, tales objetos son meros medios para tener cierta dominación dentro de la relación señalada.

Por otro lado, la perspectiva relacional del poder también es abordada por Michael Foucault quien, al analizar la interacción entre el sujeto y el poder, realiza una serie de precisiones sobre las implicancias del uso de este último concepto, los cuales serán

---

<sup>4</sup> Para mayor detalle sobre lo desarrollado por cada uno de los académicos mencionados, puede revisarse la bibliografía mencionada por Montbrun (Montbrun 2010: 369-370).

desarrolladas líneas adelante. Tal desarrollo conceptual nos permitirá contar con elementos para realizar un mejor análisis de las relaciones de poder en el marco de los conflictos socio - ambientales, algunos de los cuales –como bien se han dicho- se encuentran o se han vinculado con el desarrollo de los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas regionales y locales que fueron emitidas para tutelar el derecho al medio ambiente.

Lo desarrollado por tal autor, será precisado y aplicado líneas adelante al explicar las interacciones que desarrollan cada uno de los actores y lo que implicará para el Tribunal Constitucional el pronunciarse sobre la validez de una ordenanza regional o local que busca proteger el derecho al medio ambiente en el marco de un conflicto socio ambiental.

### **1.2.2. La Política**

Hannah Arendt, -pensando más que todo en las repercusiones que el concepto de política tuvo respecto al desarrollo de la Segunda Guerra Mundial- ha precisado que, desde la invención de la bomba atómica, existe un temor de que la política acabe finalmente con la humanidad (1997:49). No obstante, ello -según la autora- parte de un prejuicio sobre la política de una determinada clase social que “[...] opinaba [...] que el poder corrompe y la posesión del poder absoluto corrompe absolutamente” (1997:51).

Por el contrario, frente a tal acepción, para la filósofa referida, la misión y fin de la política sería hacer posible al individuo “[...] perseguir en paz y tranquilidad sus fines [...] puede tratarse [...] de asegurar a muchos el sustento y un mínimo de felicidad.” (Arendt 1997: 67). En ese sentido, la política no debe ser vista como algo negativo en sí mismo, sino que puede ser usada para fines nobles como el asegurar condiciones de vida digna a favor de las personas. Pero justamente, las diferentes percepciones, vinculadas a lo negativo o positivo de la política, puede ser resultado de considerar como punto de partida dos elementos distintos: el de los fines ideales intrínsecos del concepto de política (buscar el bienestar de las personas) y, por otro lado, el comportamiento de los actores políticos (que pueden ser corrompidos por el poder).

A efectos del presente trabajo, se realizará una aproximación al concepto y al uso del término política, tomando como objeto de análisis los roles que cumplen los actores -relacionados a un conflicto socio ambiental- para salvaguardar intereses vinculados con bienes reconocidos en la Constitución Política, como el derecho al medio ambiente, la libertad de empresa y el principio de competencia, por tomar tres ejemplos.

Hecha la precisión, respecto al término política, como bien ha precisado Juan José Solozábal Echavarría, han existido distintos intentos para definirla. En ese sentido, diversos autores han tratado de abordar el concepto de política desde las perspectivas etimológica, tradicional y funcional (Solozábal 1984). No obstante ello, ante las dificultades prácticas de cada uno de los intentos señalados, resulta de particular atención el enfoque cratológico de Easton:

El enfoque cratológico tiene más interés para Easton por centrar el objeto de la ciencia política sobre una actividad, la actividad humana en torno al poder, antes

que sobre una institución como hacía el enfoque estatalista y porque apunta bien al objeto de la actividad política, que según Easton, en consonancia con Laswell, está relacionada con la distribución de valores. Pero para Easton no es política cualquier distribución de valores (en todo agregado económico, social, etc., se produce, según veíamos antes, cierta distribución de valores), sino solo aquella que se presenta con carácter vinculante, que es autoritaria, ante sus destinatarios y que afecta a toda la comunidad y no circunscribe sus efectos a un sector de la misma. (Solozábal 1984: 145)

En ese sentido, desde esta perspectiva, la política se entiende como el acto de distribuir valores con carácter vinculante y que es autoritaria ante sus destinatarios.

Sin dejar de lado lo señalado, me parece importante que consideremos que, respecto a tal concepto, existe una discusión doctrinaria que se da desde el campo de la sociología política, y radica en determinar si la política puede ser realizada por entidades ajenas a las instituciones del Estado.

Sobre ello, los profesores Dowse y Hughes advierten tal problema académico desde el campo de la sociología política, en el que interaccionan las ciencias políticas y la sociología, precisando los conceptos contrapuestos de política desarrollados por Crick por un lado y, por el otro, por el profesor Lasswell.

En lo que concierne a Crick, los profesores Dowse y Hughes precisan que el mismo desarrolla un concepto de poder limitado al Estado, bajo los siguientes términos:

[...] Para empezar, tomemos la definición, probablemente extrema, que da Crick [...] afirma que la «la política depende de un cierto orden establecido. Los grupos pequeños forman parte de este orden. Estos pueden contribuir a crear política, pero su conducta interna no es política por la sencilla razón de que su función individual es diferente de la del Estado como tal». La política, pues, versa sobre las condiciones del orden, y Crick deja después bien claro que esto hace referencia a un proceso de conciliación en el seno de los estados. (Dowse y Hughes 1986: 20)

No obstante, al final los referidos académicos, tomando en cuenta la delimitación del campo de estudio de la sociología política, se adscriben a la definición de Laswell y Dahl sobre el concepto de política, precisando:

“[...] para nosotros la política hace referencia al ejercicio del poder en situaciones sociales. Por ello, el estudio de la política se ocupa de la comprensión de todos los problemas relacionados con el poder y con el uso que de él se hace en contextos sociales, de las cantidades relativas de poder, de su estructuración y legitimación en el marco de grupos de distintos tipos, etc. Y esto nos acerca a la definición de Lasswell y Dahl [...] en otras palabras, no parecen existir suficientes razones de carácter analítico para que limitemos nuestro estudio a las instituciones gubernamentales o estatales [...]” (Dowse y Hughes 1986: 22)

Sobre lo indicado, es entendible que existan discrepancias sobre el concepto de política y su relación con la sociología política, no obstante para los fines del presente trabajo es indispensable tomar un concepto de política el cual sin duda incluirá el actuar del Estado,

no obstante ya se considere política o no lo realizado desde la sociedad civil lo cierto es que su accionar en muchas ocasiones tendrá repercusiones en el actuar del Estado quien realizará actuaciones políticas. A efectos del presente trabajo se buscará una aproximación en las dos dimensiones que se relacionan entre sí: la política del Estado y de la sociedad civil.

Asimismo, de lo desarrollado hasta aquí puede evidenciarse que la relación entre poder y política implica que las partes dentro de las relaciones de poder realizarán o impulsarán acciones a su favor. Para lo cual, la sociedad civil se valdrá del Estado, el cual es -por excelencia- el ente que realiza acciones políticas interviniendo y siendo parte de las relaciones de poder.

En ese sentido, dentro de una relación de poder los actores buscarán que sus intereses y valores -que pueden ser vistos como sus perspectivas sobre aquello que consideran justo- prevalezcan y si estos resultan irreconciliables con los de las demás partes, es probable que se genere un conflicto, que en los casos del presente trabajo son los llamados conflictos socio - ambientales.

Tomando en cuenta lo indicado, en las siguientes líneas al considerar a los actores cuyos intereses referidos a la protección al derecho al medio ambiente buscan resguardar, podremos darnos cuenta que los mismos buscan que se imponga un tipo de valor acorde con sus intereses, el cual -finalmente- entrará en conflicto con otras iniciativas para imponer un valor distinto, como la optimización de la libertad de empresa, lo cual puede devenir en el rompimiento del orden social e incluso de los principios de jerarquía jurídica y de competencia.

Ello nos lleva a un punto abordado por la sociología política: el concepto de orden social<sup>5</sup>, el cual es definido por Dowse y Hughes como:

[...] el proceso por el que las interacciones de los miembros de grupos sociales se convierten en modelos, lo que viene a significar que las interacciones son relativamente estables en el tiempo y que la forma que adoptan pueden resultar a veces relativamente previsibles. (1986: 33)

De lo expuesto por los profesores mencionados, considero que el rompimiento del orden social en principio no debería ser visto como algo negativo, toda vez que ello ha permitido que se den cambios a favor del progreso de la humanidad<sup>6</sup>. No obstante, lo negativo radicaría en que el rompimiento del referido orden se logre con el uso de la violencia en perjuicio de los derechos humanos de la población, situación que se da -por

---

<sup>5</sup> Como bien lo precisan Dowse y Hughes:

Es fácil explicar por qué la preocupación por el orden ha sido una cuestión central en la historia del pensamiento social: si la sociedad ha de pervivir durante cierto periodo de tiempo, la gente que forma esta sociedad debe vivir sin que pese sobre ella un sentimiento de amenaza o de probabilidad de muerte [...] El hecho de que la constitución humana sea frágil y fácil de destruir hace que, para cualquier tipo de orden social, sean necesarias normas o leyes que prohíban la violencia, a no ser en circunstancias especiales. (Dowse y Hughes 1986: 34)

<sup>6</sup> Así por ejemplo el paso de un régimen dictatorial o autoritario, con el respectivo rompimiento del orden social, a uno democrático implica avances a favor no solo a la limitación del poder de las autoridades sino en pro de la garantía de los derechos humanos.

ejemplo- en los casos de conflictos socio - ambientales, ante los cuales tanto la propia sociedad como el Estado tienen el deber de restablecer el orden a favor del respeto y garantía de tales derechos.

En ese sentido, toda judicialización de una controversia vinculada a un conflicto socio - ambiental, es una oportunidad para que -las partes de un proceso judicial, por medio del pronunciamiento de los jueces- se logre el orden social vinculado al resguardo de los derechos humanos no solo de la población afectada por la implementación de un proyecto minero sino de la población en general, así como lograr la pacificación.

Conforme a ello, y de acuerdo a lo que se desarrollará más adelante, la labor del Tribunal Constitucional en el marco de los procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas regionales y locales que buscan proteger el derecho al medio ambiente, es una variable a considerar sobre el devenir del desarrollo de un conflicto socio - ambiental.

### 1.3.Los actores políticos que intervienen en la configuración de la forma cómo se protegerá el derecho al medio ambiente

Cuando una actividad en la sociedad está vinculada a una afectación relevante al medio ambiente, podemos identificar un gran entramado de intereses proveniente de diversos actores políticos cuyas relaciones –como se indicó al inicio del presente Capítulo- se puede analizar desde la perspectiva del poder y la política.

A continuación, se identificará a cada uno de estos actores así como aspectos importantes acerca de sus intereses y por qué se da el conflicto entre los mismos. Ya en un apartado posterior podremos observar cómo son canalizados sus intereses, en el marco de acciones con incidencia política.

#### **1.3.1. Las empresas extractivas de recursos mineros**

Una empresa extractiva de recursos mineros busca canalizar su interés para que pueda desarrollar su actividad empresarial la cual le permitirá obtener rentas. Este es –al fin y al cabo- su interés principal, el cual no pocas veces está unido con discursos a favor del desarrollo de la población y de responsabilidad social.

Para concretar tal interés, la empresa tendrá que seguir las reglas de juego que le condiciona el Estado y que se encuentra plasmado en la normativa nacional. Si hablamos de una empresa extractiva minera, esta -por muchos años- realizará una serie de trámites y ejecutará diversas actividades vinculadas tanto a la concesión como a la posibilidad de realizar la exploración, lo cual podría llevarle a determinar que la ejecución del proyecto minero es viable y, por ello, canalizará la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental y todos los trámites y habilitaciones correspondientes ante los diversos niveles de gobierno con la finalidad de que el proyecto minero pueda ser ejecutado en integridad.

Si bien se puede decir que las expectativas de ganancias por parte de las empresas extractivas de recursos mineros son altas, no es menos cierto que la posibilidad de concreción puede implicar el despliegue de muchos esfuerzos por parte de las referidas

empresas a lo largo de muchos años.

Por tomar un ejemplo, en el caso del Proyecto Minero Conga, podemos ver tales esfuerzos plasmados en el respectivo Resumen Ejecutivo del Estudio de Impacto Ambiental (Knight Piésold Consultores S.A. 2010: 2-3), el cual nos muestra de forma gráfica y general las gestiones previas que se realizaron para la aprobación del mencionado instrumento de gestión ambiental, en el año 2010, precisando:

- Las actividades de exploración iniciales del Proyecto Conga se iniciaron con el objetivo de hallar yacimientos de oro cercanos al complejo Yanacocha.
- En el año 1991 fueron descubiertos -por la Compañía de Exploraciones, Desarrollo e Inversiones Mineras (en adelante, CEDIMIN)- los yacimientos Chailhuagón y Perol (25 km al noreste del complejo Yanacocha).
- Entre los años 1994 y 2000, CEDIMIN realizó investigaciones en ambos depósitos.
- En el año 2001, después de la adquisición de CEDIMIN por parte de la Compañía de Minas Buenaventura, el Proyecto Conga se unió a las operaciones del complejo Yanacocha, bajo la administración de la Minera Yanacocha S.R.L. A partir de entonces, tal minera desarrolló la planificación de los estudios de geotecnia e hidrogeología necesarios, así como la gestión de adquisición de tierras y permisos correspondientes para el inicio de una campaña exhaustiva de exploraciones; estos permisos involucraron proyectos de investigación y rescate de sitios arqueológicos en el área del proyecto, así como aquellos permisos para el uso del agua, energía y abastecimiento de combustible durante la ejecución de las exploraciones y la instalación de un campamento con un programa de inducción y capacitación para los trabajadores del proyecto.
- Las actividades de exploración se iniciaron en el año 2004 en los depósitos de Chailhuagón y Perol y, en base a dichos resultados, se decidió proseguir con la ejecución del Proyecto Conga.
- Del año 2005 hasta el 2007 se iniciaron los estudios de línea base ambiental.
- A partir de 2008 se empezó a desarrollar la ingeniería del proyecto, mientras se continuaba con las actividades de perforación durante el año 2009.
- En el año 2008 se aprobó, mediante Resolución Directoral N° 243-2008-MEM/AAM, el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIASd) del Proyecto de Exploración Conga.
- Posteriormente, en abril de 2009, mediante Resolución Directoral N° 081-2009-MEM/AAM, se aprobó la Primera Modificación del EIASd del Proyecto de Exploración Conga y luego se presentó una Segunda Modificación.

- Con fecha 27 de octubre del 2010 se emitió la Resolución Directoral N° 351-2010-MEM/AAM que, por medio de su artículo 1°, aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Minero Conga.

Conforme a lo expuesto, podemos ver que las actividades desde el descubrimiento de los yacimientos de oro hasta la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental en el caso específico del Proyecto Minero Conga, llevó un tiempo aproximado de veinte (20) años, en los que se invirtió muchos recursos para la realización de actividades propias de las etapas de cateo, prospección y exploración. Es decir hablamos de un gran esfuerzo realizado por la empresa para ejecutar un proyecto minero que hasta hoy no ha podido cumplir con su finalidad, la cual consiste en extraer y procesar los recursos minerales correspondientes.

Ello sería muestra de que, a pesar que el ordenamiento contiene un procedimiento para la concreción de los intereses de una empresa referidos a la ejecución de un proyecto extractivo de recursos minerales, tal pretensión puede verse limitada o imposibilitada de ejecutarse si es que existe una fuerte resistencia -por parte de otros actores políticos- para que ello sea viable, lo que en otros términos podría implicar que en el análisis costo-beneficio que realizan las empresas no solo se deba tomar en cuenta los costos referidos al procedimiento o a las formalidades a cumplir y que se encuentran establecidas en la legislación sino que pueden existir factores, como los conflictos socio - ambientales, que necesariamente tienen que ser vistos como un elemento adicional a tomar en cuenta para decidir si se invierte o no en un proyecto extractivo de recursos naturales, o –en todo caso- en la forma cómo se invierte.

Por otro lado, si bien la resistencia a la ejecución de un proyecto extractivo -que en algunos casos se traduce en la existencia de conflictos socio ambientales- se desarrolla en un plano principalmente social y político, ello no excluye que con el discurso manejado por los actores se apele a la existencia de una causa justa, sustentada jurídicamente; como lo es el ejercicio del derecho a la reunión y la libertad de expresión en favor de la protección de otros derechos fundamentales como a la consulta previa y/o el derecho al medio ambiente.

Tal resistencia puede influir en la decisión de las empresas extractivas de recursos mineros -luego de la realización de una análisis costo beneficio- para suspender su actividad o renunciar a sus intereses originales (la ejecución del proyecto) reformulándolos a favor de la canalización de su inversión en otros ámbitos que sí le podrían generar rentas.

Así por ejemplo, en el caso del Proyecto Minero Conga, el propio presidente de la Compañía de Minas Buenaventura habría señalado en abril del 2016 que, luego de la inversión de mil quinientos millones de dólares en el proyecto y tras la paralización del mismo a finales del año 2011, era lógico que el mismo ya no fuera “viable socialmente” (El Comercio 2016).

Sobre lo mencionado en el párrafo anterior, no es menos cierto que los discursos que manejan los representantes de una empresa extractiva pueden formar parte de su

estrategia a favor de una viabilidad futura, la cual podría estar constituida por los anuncios de la suspensión de un determinado proyecto (para lograr una pacificación inmediata) así como por las promesas de una futura ejecución del proyecto a favor de la contribución al desarrollo de una región por medio de la generación de recursos, empleo, educación y salud a favor de la población.

En ese sentido, es posible que el discurso mencionado usado por el presidente de la empresa Buenaventura<sup>7</sup> tenga como objeto el dar seguridad a los opositores que en el tiempo presente el proyecto no será ejecutado y, de tal forma, buscar el cese de los actos de violencia.

No obstante lo indicado, en el presente trabajo no se cuenta con elementos para determinar, con el sustento debido, la estrategia de la Compañía de Minas Buenaventura frente a las grandes resistencias de la población a la ejecución del Proyecto Minero Conga y, por ello, si el anuncio de inviabilidad del proyecto forma parte de la misma.

Sin perjuicio de lo último, se puede concluir que las empresas mineras buscan tener rentas, en ejercicio de su derecho a la libertad de empresa que es el valor que pretenden que prevalezca. No obstante ello, tales empresas pueden tener la resistencia por parte de la población, lo cual puede devenir en un conflicto socio - ambiental y repercutir intensamente en la decisión de continuar o no con el desarrollo del proyecto minero. Frente a ello, las empresas mineras desarrollan estrategias a favor de su fin último que es el generar rentas, lo cual no necesariamente implicará continuar con el desarrollo de un proyecto minero.

### **1.3.2. La población cercana a la zona de impacto del proyecto minero**

Manuel Castells, al abordar lo que entiende por justicia medio ambiental –sobre todo en el caso de los Estados Unidos de América y de Alemania- ha precisado que “[l]as comunidades pobres y las minorías étnicas se han movilizadado contra la discriminación medioambiental, pues se ven expuestas más a menudo que la población en general a las sustancias tóxicas, la contaminación, los peligros para la salud y la degradación de los lugares donde viven” (Castells 2001: 157).

Conforme a lo mencionado, es importante precisar que –en el caso peruano- no han sido pocas las veces que las actividades con miras a la ejecución de un proyecto minero han traído repercusiones negativas en la vida de la población que se encuentra dentro de la zona de impacto del proyecto y que a pesar de la existencia de filtros para protección de sus derechos –como la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental por parte de las autoridades competentes del Gobierno Nacional- tales actores se han opuesto, de diferentes formas, al desarrollo del proyecto minero.

No obstante, la indicada resistencia no se ha encontrado carente de explicación en lo que concierne a la existencia de hechos previos vinculados a la propia actuación de las empresas mineras. Así por ejemplo, respecto a la empresa minera Yanacocha, la

---

<sup>7</sup> Empresa accionista de la Empresa Minera Yanacocha, titular del 43.65% de las acciones de esta empresa (Yanacocha 2016).



Defensoría del Pueblo emitió el Informe Defensorial N° 62, denominado “El caso del derrame de mercurio que afectó a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan, en la Provincia de Cajamarca”, en el cual –previamente a brindar sus recomendaciones- describió las diligencias que se realizaron respecto a los hechos vinculados al derrame de mercurio que habría afectado el medio ambiente y la salud, además de haber puesto en grave riesgo la vida de la población .

Tal evento, así como otros similares, refuerzan la idea de la población no solo de las implicancias del desarrollo de un proyecto minero sino de la actuación de las empresas mineras en específico, variando la forma de expresar tal descontento según las particularidades de espacio y tiempo.

Tomando en consideración lo indicado, por ejemplo, el discurso que se ha manejado por parte de la oposición al desarrollo del Proyecto Minero Conga se centra en enfatizar que su ejecución generará impactos considerables al ecosistema y que ello necesariamente significará la desaparición de lagunas, que son trascendentales para el desarrollo de la vida de la población que se encuentra cerca de la zona de influencia, esto según lo precisado en los considerandos de la Ordenanza N° 36-2011-CR.CAJ-CR, expedida por el Gobierno Regional de Cajamarca. No obstante lo mencionado, junto al referido discurso, también pueden ir unidas otras pretensiones relacionadas al derecho a la consulta de los pueblos indígenas, reconocido por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, por nombrar uno de diversos motivos que se alegan en adición a la protección del derecho al medio ambiente.

Es el caso también del proyecto minero Tía María, el cual generó una fuerte oposición por parte de la sociedad civil toda vez que se consideró que el Estudio de Impacto Ambiental no había sido adecuadamente realizado y, por ello, se afectaría el derecho al medio ambiente de la población (El Comercio 2015b). Parte de ella se contrapuso al desarrollo del referido proyecto minero, al considerar que la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental debía ser realizada por una institución independiente, distinta al Estado<sup>8</sup> (El Comercio 2015a).

Con lo indicado no quiero dar a entender que los intereses de los pobladores sean uniformes<sup>9</sup>, incluso en el caso de aquellos que están en contra de la ejecución de un proyecto minero (puesto que algunos estarán en contra de cualquier tipo de ejecución y otros podrían condicionarla, por ejemplo, al cumplimiento de ciertos requisitos en la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental o el que las empresas asuman compromisos adicionales referidos a la ejecución del proyecto y de su cierre). No obstante, respecto a estos últimos actores, sí se podría identificar un interés inmediato en común: que no se ejecute el proyecto minero.

Por otro lado, también es importante tener en cuenta que estos intereses se pueden

<sup>8</sup> Según el diario El Comercio, la asociación civil Labor habría determinado que “[...] el 87% de los encuestados dice estar de acuerdo con que una institución independiente revise el estudio de impacto ambiental (EIA) del proyecto minero, pues consideran que no existe imparcialidad en los organismos del Estado.” (El Comercio 2015a).

<sup>9</sup> Lewis Coser ha investigado y expuesto diversos aspectos relacionados a los conflictos dentro de los grupos partes de conflictos sociales, de lo cual evidencia que incluso dentro de los grupos organizados e institucionalizados existen disidencias entre sus miembros (1961: 75-97).

canalizar de diversas formas. Ya sea por la vía legal, a través de la judicialización de la controversia o, en todo caso, por medio del uso mecanismos políticos que llevarán no solo a la realización de protestas sino al trato directo con las autoridades (sobre todo locales) que pueden jugar a favor de la población y poner obstáculos al desarrollo del proyecto minero. Todo ello, vinculado al uso de un discurso de protección de derecho a la reunión, el medio ambiente y, en otros casos, apelando al derecho a la consulta previa de los pueblos originarios.

En ese sentido, la población organizada y opositora a la ejecución del proyecto minero buscará demostrar su predominancia en la relación de poder, tratando de limitar la capacidad e intereses de las empresas extractivas que buscan operar cerca de la zona donde viven, imponiendo sus intereses, sustentados en un valor: el respeto de sus derechos, entre los que se encuentran su derecho al medio ambiente.

### **1.3.3. Funcionarios y entidades del Estado**

En el presente apartado se describirá cuáles son las competencias de los funcionarios y las entidades del Estado que pueden ser actores en el desarrollo de un determinado conflicto socio – ambiental vinculado a la ejecución de un proyecto minero. Asimismo, tales competencias podrán explicar los intereses formales que se encuentran detrás del actuar de los funcionarios y entidades estatales.

#### **A. Gobierno Nacional**

Respecto a las autoridades del Gobierno Nacional, podemos encontrar al Presidente de la República, quien tiene la más alta jerarquía al servicio de la Nación<sup>10</sup>, es el Jefe del Estado<sup>11</sup> y le corresponde dirigir y aprobar la política general del Gobierno en su calidad de Jefe del Poder Ejecutivo<sup>12</sup>. Asimismo, podemos identificar a los ciento treinta (130) congresistas, que conforman el Poder Legislativo. Estas autoridades –al menos a la luz de la norma- velan por los intereses del pueblo peruano, sin distinción.

Es por ello, que la labor de las autoridades nacionales va a estar ligada no pocas veces a la elaboración de normativa (de rango legal<sup>13</sup> e infralegal<sup>14</sup>) aplicable a toda la población

<sup>10</sup> **Funcionarios y trabajadores públicos**

**Artículo 39.-** Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

<sup>11</sup> **Artículo 110.-** El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación.

Para ser elegido Presidente de la República se requiere ser peruano por nacimiento, tener más de treinta y cinco años de edad al momento de la postulación y gozar del derecho de sufragio.

<sup>12</sup> Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

**Artículo 7.- Presidente de la República**

El Presidente de la República es el Jefe del Estado, Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, personifica a la Nación, y dirige y aprueba la política general del Gobierno en su calidad de Jefe del Poder Ejecutivo. Sus demás atribuciones y funciones están establecidas en la Constitución Política del Perú y la ley

<sup>13</sup> El artículo 102° de la Constitución Política del Perú establece que es atribución del Congreso el dar leyes y resoluciones legislativas, así como velar por el respeto a la Constitución y de las leyes y disponer lo correspondiente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.

en general –claro está, dejando espacios para el legislador regional y local- y, en el caso del Presidente de la República, al uso de mecanismos para el respeto a sus competencias frente a las acciones realizadas por parte de los Gobiernos Regionales y/o Locales que la contravengan.

Asimismo, conforme lo establece el artículo 118° de la Constitución Política del Perú, el Presidente de la República aparte de buscar el respeto de las competencias del Poder Ejecutivo frente al actuar de los otros niveles del gobierno, también buscará que su política sea cumplida por estos.

Lo anteriormente indicado es entendible si se toma en cuenta que el artículo 43° de la Constitución Política del Perú señala que “[...] [e]l Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.”

En razón de lo precisado, el Estado Peruano y su gobierno, no es solo unitario, sino que también es descentralizado. Asimismo, el artículo 189° de la Constitución establece:

El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones 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 y de la Nación.

Además de lo indicado, los artículos 191° y 194° de la Constitución recogen el contenido de la autonomía de los Gobiernos Regionales y Locales, estableciendo –a su vez- sus límites. En el mencionado sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que:

Un análisis conjunto de las referidas disposiciones permite sostener que el Estado peruano no es ‘unitario descentralizado’, sino ‘unitario y descentralizado’. [...] Encierra profundas diferencias en lo que a la distribución horizontal del poder respecta.

Un Estado ‘unitario descentralizado’ es meramente un Estado unitario complejo, es decir, aquel en el que la descentralización solamente se presenta en un ámbito administrativo, más no en un ámbito político. En dichos Estados, las entidades descentralizadas no gozan de verdadera autonomía, pues si bien tienen importantes potestades reglamentarias y ejecutivas, éstas, finalmente, reducen su cometido a la ejecución de las leyes estatales.

Sin embargo, nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191° de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículo 192°6 y 200°4 de la Constitución). (Fundamento Jurídico N° 38 de la Sentencia recaída en los Expedientes Acumulados N° s 20-2005-PI y 21-2005-PI)

---

<sup>14</sup> El artículo 118° de la Constitución Política del Perú establece que corresponde al Presidente de la República el reglamentar las leyes y dictar decretos y resoluciones. Asimismo, establece como parte de sus competencias, el cumplir y hacer cumplir la Constitución y las disposiciones legales.

En razón de lo señalado, el Poder Ejecutivo, por medio de sus funcionarios y autoridades (entre ello, el Presidente de la República, el Presidente del Consejo de Ministros, los Ministros, entre otros), buscará el respeto de sus competencias y sus disposiciones referidas a la política general, aunque teniendo presente que los Gobiernos Regionales y Locales también tienen competencias para emitir normas y política en un ámbito territorial diferente y sobre materias específicas. Este será el valor que las autoridades del Gobierno Nacional buscarán que prevalezca dentro de las relaciones de poder que se desarrollan en el marco de un conflicto socio - ambiental.

Para tal fin, como se podrá evidenciar en los procesos materia de estudio, el Presidente de la República ejercerá su legitimidad para interponer demandas de inconstitucionalidad con la finalidad de expulsar las ordenanzas que vayan en contra de sus competencias y de los principios que conforman el Estado, el cual es unitario y descentralizado.

Asimismo, tal labor se verá reforzada por la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional respecto al marco competencial establecido constitucionalmente, el cual – en no pocas ocasiones- beneficia la postura del Gobierno Nacional frente al Regional o Local, en el marco de un constante proceso de descentralización, en el cual las competencias parten del Gobierno Nacional hacia los demás niveles de gobierno.

No obstante lo indicado, si bien las autoridades del Gobierno Nacional buscan imponer el valor del respeto del principio de competencia, no es menos cierto que **el acudir a un proceso de inconstitucionalidad para expulsar una ordenanza que un sector de la población considera que tutela el derecho al medio ambiente, puede ser interpretado como un accionar de clara afectación a tal derecho**, tal cual lo consideraron algunos de los académicos precitados al inicio del presente trabajo.

## B. Gobiernos Regionales y Locales

En el marco del proceso de descentralización, reconocido por el artículo 43° de la Constitución Política del Perú, las autoridades de los Gobiernos Regionales y Locales si bien deben realizar sus labores acorde con sus competencias, no es menos cierto que a través de ellas, cercanas en cuanto al aspecto geográfico, la población afectada o amenazada con la ejecución de un proyecto minero buscará salvaguardar sus demandas. Muestra de lo indicado lo representa el hecho de que el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones ha tomado conocimiento de demandas de inconstitucionalidad iniciadas contra ordenanzas regionales y locales que –a nivel de discurso- buscaron proteger el derecho al medio ambiente de tal población, aun yendo en contra de las competencias del Gobierno Nacional.

En ese sentido, **el valor que las autoridades regionales y locales buscarían que prevalezcan sería el de respeto al derecho al medio ambiente** aunque ello implique ir en contra de las competencias del Gobierno Nacional.

Sin perjuicio de que el discurso de los Gobiernos Regionales y Locales pueda apelar a la protección al derecho al medio ambiente y de que ello pueda ser cierto, es probable que

haya también un factor instrumental político – electoral (no necesariamente excluyente con otros fines), toda vez que el canalizar las demandas de un sector importante de la población que se encuentra en contra de la ejecución de un proyecto minero, podrá implicar que este sector en el futuro vote por la autoridad que los apoyó, aun cometiendo actos contra el principio de competencia<sup>15</sup>.

### C. El Tribunal Constitucional y sus magistrados

Adicionalmente a lo indicado, respecto a la calidad de funcionarios de algunos actores vinculados al desarrollo de un conflicto socio ambiental, una pregunta válida se relaciona - toda vez que el presente trabajo está relacionado con la labor del supremo intérprete de la Constitución Política del Perú- a la calidad de los magistrados del Tribunal Constitucional en el marco de los conflictos socio ambientales, de si son actores en el mismo y si su labor es técnica o política.

Sobre ello, es preciso indicar que la actuación de los magistrados del Tribunal Constitucional, al emitir sus votos y expedir una sentencia en los procesos de inconstitucionalidad materia de la presente Tesis, tiene relación con la protección del derecho al medio ambiente en el marco de conflictos socio - ambientales. No obstante, toda vez que lo esencialmente relevante es la sentencia, podemos decir que antes de hablar de magistrados del Tribunal Constitucional como actores del conflicto socio - ambiental, podemos dar tal calificación a este órgano colegiado, ente que emite la sentencia, previa votación de sus magistrados, y que –finalmente- repercute en el desarrollo del conflicto socio – ambiental.

Lo señalado no descarta que sea posible que un magistrado del Tribunal Constitucional pueda ser considerado como un actor de un conflicto socio - ambiental. Ello sucederá cuando se pueda evidenciar que el referido magistrado tiene un grado de influencia tal que puede hacer que el Tribunal Constitucional en su conjunto pueda pronunciarse en un sentido o que sus votos singulares o declaraciones en medios de comunicación pueda hacer que se deslegitime un pronunciamiento del supremo intérprete de la Constitución, aunque demostrar ello pueda ser bastante difícil y, por lo tanto, excepcional calificar a un magistrado del Tribunal Constitucional como un actor de un conflicto socio - ambiental, a diferencia del Tribunal Constitucional como institución.

Por otro lado, si bien la labor del Tribunal Constitucional es una eminentemente técnica - jurídica, ello no implica que no considere aspectos políticos vinculados a las controversia materia de análisis, como las repercusiones de sus decisiones en los conflictos socio - ambientales, ello toda vez que el máximo intérprete de la Constitución tiene también – conforme a sus propios términos- un rol pacificador al emitir sus sentencias (Fundamento 5 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 2-2005-PI/TC). Lo indicado queda en evidencia con los fundamentos 19 al 71 del Tribunal Constitucional, brindados en la

---

<sup>15</sup> Un ejemplo de esto lo representa la figura del Gobernador Electo del Gobierno Regional de Cajamarca, Gregorio Santos Guerrero, quien ante la fuerte oposición a la ejecución del Proyecto Minero Conga expidió una ordenanza regional para declarar su inviabilidad, así como la intangibilidad de diversas cabeceras de cuenca. Tal Gobernador posiblemente pudo obtener su reelección, así como un considerable porcentaje de votos en las pasadas Elecciones Presidenciales, por su postura frente al desarrollo del proyecto minero en mención.

sentencia recaída en el Expediente N° 1-2012-PI (Caso Conga), por los cuales se desarrollan diversos aspectos (como los políticos) vinculado al conflicto socio – ambiental devenido por la ejecución del Proyecto Minero Conga.

Hechas las precisiones, es del caso indicar que los capítulos siguientes se enfocarán en dos aspectos importantes vinculados a la condición del Tribunal Constitucional como actor de un conflicto socio - ambiental: (i) la forma cómo ha venido resolviendo los procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas regionales o locales que buscaron proteger el derecho al medio ambiente y (ii) si ello se encuentra acorde con el deber de garantía de los derechos humanos que tiene el Estado.

#### 1.4. Interacción entre los diversos actores

En las líneas anteriores he creído conveniente describir a los actores políticos que podemos identificar en el marco del desarrollo de proyectos de extracción de recursos minerales. No obstante, como se ha podido evidenciar, estos actores están en constante interacción con la finalidad de buscar la salvaguarda de sus intereses, lo cual puede ser analizado desde una perspectiva de poder, en el marco de la actividad política, más aún en el desarrollo de los llamados conflictos socio - ambientales.

##### 1.4.1. Apuntes conceptuales complementarios para analizar la interacción entre los diferentes actores políticos

Al inicio del presente Capítulo, se hizo una primera aproximación conceptual referida al poder y a la política, lo cual nos ha permitido identificar que los diferentes actores que se encuentran en conflicto, frente al desarrollo de un proyecto minero, actúan en el marco de una relación de poder y están dispuestos a realizar diversas acciones con la finalidad de imponer sus valores e intereses sobre los demás.

No obstante, para poder analizar con mayor profundidad dichas relaciones, me parece importante realizar algunos apuntes complementarios respecto al concepto de poder; para ello me valdré del amplio desarrollo teórico que realizó Michel Foucault.

Sobre lo mencionado, para tal autor, comprender las relaciones de poder implica tomar en cuenta las oposiciones en tales relaciones, tal cual se encuentran establecidas al momento de realizar el análisis. Las referidas oposiciones se pueden ver a lo largo de la historia de la humanidad como las relaciones entre hombres y mujeres, los padres y los hijos y, la administración sobre el modo de vida de la gente (Foucault 1988: 6).

Extrapolando lo mencionado por el precitado autor sobre las relaciones de poder a la materia de la presente Tesis, podemos evidenciar que las oposiciones referidas pueden existir en el marco del desarrollo de un proyecto minero; el cual se puede realizar entre los diferentes actores (como los empresarios, la población y diferentes funcionarios y autoridades del Estado peruano), por lo que analizar tales relaciones no implicarán solo tomar en consideración cómo se constituye la oposición entre la administración sobre los modos de vida de la gente sino también una serie de oposiciones que se realizan entre privados (por ejemplo, entre empresas que se dedican a la explotación de recursos y la

población).

Por otro lado, Foucault identificó diversas características respecto a la oposición a las relaciones de poder establecidas. Cuando se aborda ello, precisa el autor, hablamos de luchas cuyo objetivo de las partes son los efectos de las relaciones de poder. Para graficar este punto, Foucault se refiere a las relaciones de poder entre los médicos y la población, cuya oposición no se realiza porque los médicos lucren con su profesión sino porque ejercen un poder incontrolado sobre la vida y la salud de la población (1988:6). Sobre esta característica de las relaciones de poder –y a modo de aproximación- podríamos decir que la oposición a la relación de poder entre los empresarios y la población opositora a sus actividades no se realiza tanto por el fin de los primeros por lucrar, sino –sobre todo- porque realizan tal finalidad sin un control debido –según el parecer de los opositores- que busque preservar el derecho de la población a la protección de su medio ambiente.

Adicionalmente a lo mencionado, también se indica que otra característica de la oposición a las relaciones de poder radica en que son luchas inmediatas porque la gente critica las instancias de poder que son más cercanas a ellas, lo que implica identificar al enemigo inmediato y no al principal (Foucault 1988:6). Aplicando esta lógica al caso de los conflictos socio - ambientales, podremos advertir que la primera oposición que realiza la población que busca proteger su derecho al medio ambiente se dirige a la empresa extractiva que identifica como atentatoria a tal derecho, por más que la empresa haya cumplido con requisitos formales de autorización por parte de la autoridad competente del Estado. En ese sentido, la población –en este tipo de conflictos- no lucha de forma inmediata contra el Estado -ente que finalmente autoriza el desarrollo de proyectos mineros- sino contra el enemigo inmediato caracterizado por las empresas extractivas. Será con posterioridad que, la población que se considera afectada, de forma más o menos organizada, podrá establecer una estrategia frente a las decisiones de quien puede ser calificado como un enemigo lejano, y tal vez principal, el Gobierno Nacional (el cual, de forma simplista, puede ser visto como un ente que cuestiona ordenanzas que buscan proteger los intereses de la población opositora al desarrollo de un proyecto minero).

Asimismo, la gente opositora a las relaciones de poder, ataca todo aquello que facilita el aislar al individuo, siendo una lucha contra el gobierno de la individualización (Foucault 1988: 6). En ese sentido, los conflictos socio - ambientales, también pueden ser vistos como la oposición de la población sobre la actividad empresarial no por su afán de lucrar con su actividad sino como una forma de encasillar a los individuos parte de la población, como personas cuya protección al derecho al medio ambiente puede ser bastante limitada por el solo hecho de encontrarse en un territorio con recursos naturales cuya extracción es fuente de riqueza y –en algunos casos- sin tomar en cuenta que son una población con derechos fundamentales como el derecho a la consulta previa.

Se suma a lo indicado, las consideraciones vinculadas al objeto de las acciones dentro de las relaciones de poder, lo cual lo diferencia de una relación de violencia. Sobre ello, Foucault afirma también que una relación del poder, a pesar de estar respaldada por la fuerza, es muy diferente a la relación de violencia, precisando que:

[...] lo que define una relación de poder es que es un modo de acción que no actúa de manera directa e inmediata sobre los otros, sino que actúa sobre sus acciones: una acción sobre la acción, sobre acciones eventuales o actuales, presentes o futuras. Una relación de violencia actúa sobre un cuerpo o sobre cosas: fuerza, somete, quiebra, destruye: cierra la puerta a toda posibilidad. Su polo opuesto sólo puede ser la pasividad, y si tropieza con cualquier otra resistencia no tiene más opción que intentar minimizarla. En cambio, una relación de poder se articula sobre dos elementos, ambos indispensables para ser justamente una relación de poder: que "el otro" (aquel sobre el cual éste se ejerce) sea totalmente reconocido y que se le mantenga hasta el final como un sujeto de acción y que se abra, frente a la relación de poder todo un campo de respuestas, reacciones, efectos y posibles invenciones. (Foucault 1988: 14)

Conforme a lo señalado, la acción que puede ejercer un actor político siempre se realizará sobre el acto de otro y este último puede responder frente a la acción del primero y así, como veremos más adelante, hasta que se logre cierta estabilidad u orden social<sup>16</sup>. En ese sentido, las relaciones de poder no tienen que –necesariamente– acudir al uso de la violencia dirigida a la vulneración de derechos humanos.

No obstante, en las situaciones materia del presente trabajo, cuando una empresa minera empieza a realizar sus acciones en contra de los intereses de parte de la población, en respuesta, este último actor puede ejecutar acciones (que van desde la canalización de iniciativas por parte de sus autoridades cercanas y el uso de procesos judiciales, pasando por el ejercicio de la protesta, hasta el uso de la violencia en contra de la empresa) que busquen frenar la acción de explotación de recursos. Frente a ello, la empresa minera puede tomar acciones (que pueden ir desde la judicialización de sus pretensiones hasta, por qué no, el uso de la violencia).

Finalmente todas estas acciones realizadas por los actores implicados buscarán “conducir conductas” (Foucault 1988: 16), aunque en el marco de un conflicto socio ambiental; logrando únicamente el orden social en caso se preste debida atención a las demandas de la población sustentadas en la defensa de su derecho al medio ambiente.

Asimismo, el análisis de las relaciones de poder, puede pasar por diversos puntos a considerar. Siguiendo al autor precitado, estos serían (i) el sistema de diferenciaciones, (ii) el tipo de objetivos perseguidos; (iii) las modalidades instrumentales; (iv) las formas de institucionalización y (v) los grados de racionalización (Foucault 1988: 17 -18).

Sobre los puntos mencionados, en lo que concierne a los tipos de objetivos, podemos decir que las empresas extractivas buscarán obtener ganancias por medio de sus actividades mientras que parte de la población buscará que no se ejecute tal proyecto para la protección del derecho al medio ambiente.

---

<sup>16</sup> Algo similar es señalado por Lewis A. Coser, quien ha precisado que:

[...] la lucha puede ser una forma importante para evitar condiciones de desequilibrio, modificando las bases de la relación de fuerzas.

[...] el conflicto, lejos de ser destructor y desorganizador, puede, de hecho, constituirse en un medio de equilibrar y, por tanto, de mantener a una sociedad como empresa en marcha. (1961:158)



En lo que concierne a las modalidades instrumentales, como se ha mencionado, las partes pueden usar medios que van desde los legales hasta el uso de la violencia, para hacer prevalecer sus valores e intereses en el marco de los conflictos socio - ambientales, cuyos factores detonantes dieron origen a la expedición de la ordenanza que posteriormente sería declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Respecto a las formas de institucionalización de las relaciones de poder, a efectos del presente trabajo, es importante prestar especial atención a aquellas relaciones de poder que se desarrollan a nivel del Estado, toda vez que este “[...] tiene como función constituir la envoltura general, la instancia de control global, el principio de regulación y, en cierta medida también, la distribución de todas las relaciones de poder en un conjunto social dado.”(Foucault 1988: 18). Ello nos permitirá entender cómo las partes se valen del Estado para poder conseguir sus intereses. Asimismo, podremos identificar que a consecuencia de ello se dan conflictos dentro del Estado, vinculados al ejercicio de las competencias, lo cual es –finalmente- resuelto por medio de una sentencia de inconstitucionalidad que se pronuncia sobre la validez de ordenanzas regionales y locales.

Por último, respecto a los grados de racionalización, podemos tomar en cuenta que los actores arman estrategias, para lo cual se valen de los instrumentos mencionados para llegar a sus objetivos a propósito de las controversias referidas al derecho al medio ambiente.

Todo lo expuesto ha buscado hacer un análisis global desde las relaciones de poder en los conflictos socio - ambientales y demostrar que estas relaciones son complejas. Sin perjuicio de lo probado, para tener una mayor aproximación en la comprensión del problema, podemos identificar que en el seno de los conflictos socio - ambientales se dan dos tipos de conflictos.

#### **1.4.2. Dos planos del desarrollo del conflicto**

Considero importante que abordemos el actuar de los diferentes actores políticos en los conflictos iniciados a propósito del desarrollo de un proyecto minero, desde dos planos: un primer plano referido al conflicto de la población opositora contra las empresas extractivas y, un segundo plano, relacionado al conflicto entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales y Locales, a continuación se podrá entender mejor lo mencionado.

##### **A. Relación de poder y acciones con relevancia política entre la población que demanda la protección de su derecho al medio ambiente y las empresas mineras**

Para abordar la relación de poder, conviene tomar algunos puntos importantes sobre la determinación del conflicto entre los actores, para posteriormente describir los mecanismos con los que cuentan para hacer prevalecer sus intereses.

##### **A.1. Dinámica del conflicto según objetivos**

Como se ha mencionado a lo largo del presente Capítulo, frente al posible desarrollo de

un proyecto minero, la población que vive cerca del radio de influencia del mismo puede estar en su contra por diversos motivos, entre ellos, porque la ejecución del referido proyecto afectaría su derecho al medio ambiente. Sin perjuicio de lo indicado, también pueden concurrir otros motivos por los cuales la población puede oponerse al proyecto minero.

En ese sentido, encontramos dos actores cuyos valores e intereses se contraponen entre sí: la empresa minera buscará que su proyecto pueda ser ejecutado, porque al fin y al cabo su fin último es obtener rentas. En ese sentido, tales empresas pueden apelar a diversos valores a imponer, todas ellas con sustento en la Constitución Política del Perú: A su favor, podrían invocar el respeto de su derecho a la libertad de empresa (artículo 59°) y el derecho al trabajo (artículo 22°); asimismo a favor de la población pueden afirmar que, en caso se ejecute el proyecto minero, se respetará el derecho al ambiente (inciso 22 del artículo 2°), la promoción del derecho al trabajo, al desarrollo (inciso 22 del artículo 2°), a la educación (artículo 13°), por mencionar algunos de tales derechos. No obstante lo indicado, el valor último que busca preservar las empresas extractivas está relacionado con sus derechos de naturaleza económica.

Frente a ello, la población busca imponer otros valores e intereses en contraposición, también bajo sustento constitucional, como el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y el derecho al ambiente.

Tales valores contrapuestos buscan imponerse sobre los que juegan en contrario, no obstante el resultado final dependerá mucho de los efectos de haber acudido a los mecanismos disponibles para los actores políticos en el marco del conflicto.

#### A.2. Medios instrumentales usados para lograr dominio en la relación de poder

Entre los mecanismos a los que pueden acudir ya sea la empresa minera o la población, se encuentran los medios legítimos y aquellos prohibidos por el ordenamiento. Los recursos ilegítimos, principalmente están vinculados con el uso de la fuerza entre el personal de la empresa minera y la población opositora al proyecto minero.

Pero, a efectos del presente trabajo, conviene prestar mayor atención a los mecanismos legítimos, entre los cuales podemos encontrar el ejercicio del derecho a la reunión, el acudir a los medios de comunicación, la interacción con las autoridades locales y el acudir a órganos jurisdiccionales por medio de una demanda.

Respecto a este último mecanismo legítimo, es importante tener presente que el ordenamiento nacional recoge una serie de procesos por medio de los cuales se puede buscar la tutela del derecho al medio ambiente. Así por ejemplo, del artículo 200° de la Constitución Política del Perú se desprende que por medio del proceso de amparo se puede exigir el respeto del derecho al medio ambiente. Sobre ello, el profesor Huerta Guerrero ha hecho un desarrollo pormenorizado de cómo el referido derecho es protegido por el Tribunal Constitucional, por medio del proceso en mención (Huerta 2012).

No obstante, otro de los recursos a los que se puede acudir –en el caso de la población

opositora al desarrollo de un proyecto minero- es la coordinación con las autoridades más cercanas con la finalidad que tome las medidas correspondientes, que en algunos casos (analizados por el Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad N°s 3-2012-PI; 1-2012-PI/TC; 7-2010-PI; 8-2010-PI y 9-2010-PI precisar los demás) devino en la expedición de ordenanzas regionales y/o locales que establecían medidas para el no desarrollo de proyectos mineros dentro del territorio del respectivo gobierno.

Estas medidas normativas, al proscribir el principal elemento amenazante a los intereses de la población, pudieron haber tenido algún impacto para el uso de la estrategia por parte de esta frente a la empresa minera, reduciendo la intensidad del grado del conflicto o, en todo caso, impidiendo su incremento.

En ese sentido, las ordenanzas regionales y/o locales en mención fueron instrumentos en el desarrollo de conflictos socio – ambientales, por lo que atacarlos y eliminarlos tendría repercusiones en la intervención de los actores y el devenir del conflicto en mención. La concreción de tal situación, como resulta evidente, presupone el determinar previamente la existencia de una oposición de un actor o actores con capacidad para expulsar a tales normas del ordenamiento.

Al respecto, algunas de las ordenanzas regionales o locales al establecer la invalidez del Estudio de Impacto Ambiental<sup>17</sup> o la intangibilidad de parte del territorio para el desarrollo de proyectos extractivos<sup>18</sup>, iban en contra de lo que algunas autoridades del Gobierno Nacional consideraban que era parte de sus competencias, quienes expresaron su oposición al actuar de los Gobiernos Regionales y Locales implicados, por lo que el conflicto que primigeniamente se realizaba a nivel de la sociedad civil, se trasladó a nivel del Estado, siendo un conflicto entre un Gobierno Regional o Local contra el Gobierno Nacional.

#### B. Relación de poder y acciones políticas entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales y Locales

Como se mencionó en el apartado anterior, luego de la expedición de una ordenanza regional o local que inviabiliza el desarrollo de un proyecto minero bajo el discurso de la protección del derecho al medio ambiente, el Poder Ejecutivo (como pasó en las sentencias de inconstitucionalidad, recaídas en los Expedientes N° s 7; 8 y 9-2010-PI y 3-2012-PI) inició un proceso de inconstitucionalidad contra la precitada ordenanza, conforme al artículo 110° del Código Procesal Constitucional.

En ese sentido, el Presidente de la República, quien es la máxima autoridad del Poder Ejecutivo, ejerció su legitimidad para interponer demandas de inconstitucionalidad, conforme lo establece el artículo 203° de la Constitución Política del Perú, cuestionando normas que contenían –al menos según lo precisado en sus considerandos- medidas para salvaguardar el derecho al medio ambiente y, por ello, con influencia en el desarrollo del conflicto socio - ambiental.

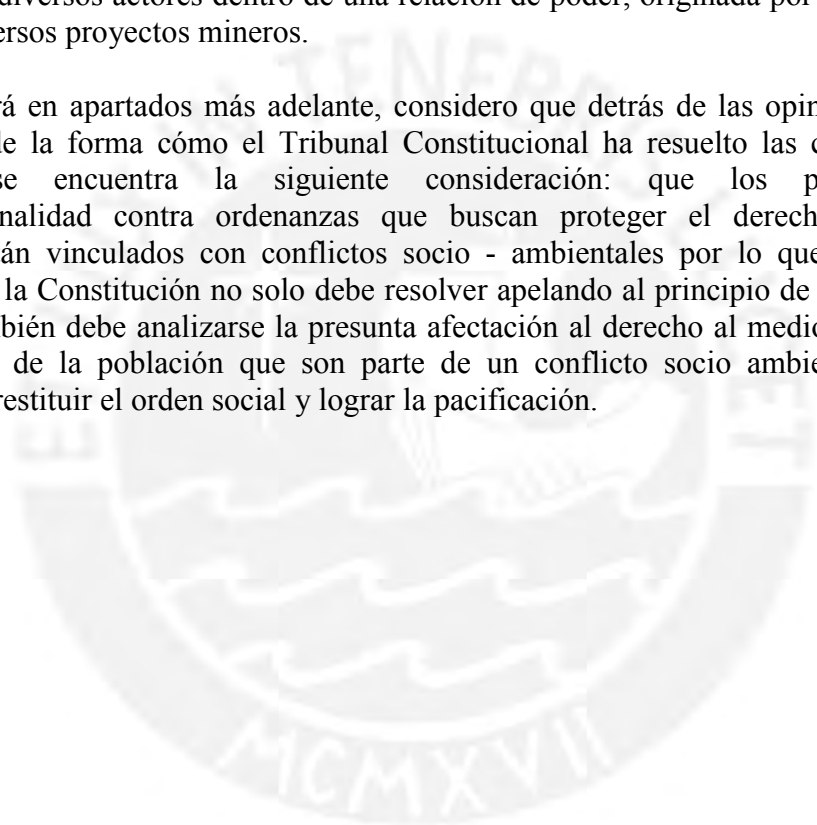
<sup>17</sup> Como por ejemplo, el caso de la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ-CR, emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca.

<sup>18</sup> Como por ejemplo, el caso de la Ordenanza N° 014-2009-MPS, emitida por la Municipalidad Provincial de Sechura.

No obstante, el Poder Ejecutivo también ha contado con aliados que, en el marco de sus competencias han actuado coincidiendo con los intereses del referido poder. Así por ejemplo, el proceso de inconstitucionalidad recaído en el Expediente N° 1-2012-PI (Caso Conga) fue iniciado por la interposición de una demanda de inconstitucionalidad por parte del Fiscal de la Nación, contra una ordenanza que fue expedida para salvaguardar el derecho al medio ambiente de parte de la población asentada en el territorio del Gobierno Regional de Cajamarca.

Serán este tipo de procesos (de inconstitucionalidad) los cuales serán materia de análisis en los siguientes capítulos de la presente Tesis, los cuales están ligados de alguna forma con el desarrollo de los conflictos socio - ambientales fruto de la realización de acciones por parte de diversos actores dentro de una relación de poder, originada por el desarrollo de uno o diversos proyectos mineros.

Como se verá en apartados más adelante, considero que detrás de las opiniones de los detractores de la forma cómo el Tribunal Constitucional ha resuelto las controversias señaladas se encuentra la siguiente consideración: que los procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas que buscan proteger el derecho al medio ambiente están vinculados con conflictos socio - ambientales por lo que el máximo intérprete de la Constitución no solo debe resolver apelando al principio de competencia sino que también debe analizarse la presunta afectación al derecho al medio ambiente y los intereses de la población que son parte de un conflicto socio ambiental, con la finalidad de restituir el orden social y lograr la pacificación.



## **Capítulo 2.- El Tribunal Constitucional y la repercusión de sus sentencias de inconstitucionalidad en los conflictos socio-ambientales**

Como se ha abordado en el Capítulo 1, diversos actores que se encuentran en contra del desarrollo de un proyecto minero, canalizan la protección de sus intereses por diversos medios. Si bien el inicio de un proceso de amparo contra la ejecución de tal tipo de actividad puede ser un mecanismo idóneo para lograr el mencionado fin, esto se condiciona al cumplimiento de ciertos requisitos procedimentales aplicables a tal proceso constitucional<sup>19</sup>. No obstante, la población también puede canalizar –y en efecto, lo hace– sus intereses por medio de comunicaciones con sus autoridades más cercanas y con mayor legitimidad para ella. Es decir, la población trata de concretar sus intereses por medio del accionar de las autoridades de los gobiernos regionales o locales, quienes espacialmente son más cercanas.

No obstante, cuando estas autoridades realizan acciones a favor de la protección del derecho al medio ambiente, en consonancia con las demandas de cierto sector de la población que se asienta en el territorio sobre el cual tienen competencia, pueden realizar diversas acciones -en ejercicio de su autonomía política- como (i) la promoción de la elaboración de informes técnicos respecto al desarrollo del proyecto minero cuya ejecución se busca impedir<sup>20</sup> o (ii) la emisión de ordenanzas<sup>21</sup>, aunque las mismas pueden entrar en clara contradicción con las competencias del Gobierno Nacional, lo cual en algunas ocasiones se da en el marco del desarrollo de un conflicto socio - ambiental.

Si bien tal tipo de medida dispuesta por un Gobierno Regional o Local puede -en parte- apaciguar o -en todo caso- mantener el nivel de violencia respecto a un conflicto socio ambiental, esta situación puede variar si es que la medida que se implementa por medio de una ordenanza a favor de la protección del derecho ambiente es cuestionada, de forma abstracta, por medio de un proceso de inconstitucionalidad. Por ello, la forma como el Tribunal Constitucional resuelva tal proceso puede repercutir en el devenir del conflicto socio - ambiental.

Tomando en consideración lo indicado en el párrafo precedente, en el presente capítulo se buscará analizar si los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en efecto, tienen repercusiones en el desarrollo de conflictos socio - ambientales, independientemente de la intensidad de los mismos. Asimismo, se determinará cuál es la forma en la que el supremo intérprete de la Constitución Política del Perú viene resolviendo las mencionadas controversias desde su argumentación. Ello nos permitirá, en el desarrollo del siguiente Capítulo, que podamos analizar si la forma cómo ha estado resolviendo las controversias el Tribunal resulta correcta y se dará una propuesta para que tal ente realice una adecuada protección del derecho al medio ambiente al declarar la

<sup>19</sup> Como los precisados en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, el cual establece como causales de improcedencia el no haber agotado las vías previas o el existir vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias.

<sup>20</sup> Esto se puede desprender de los considerandos de la Ordenanza Regional de Cajamarca N° 036-2011-GR.CAJ-CR, donde se menciona la elaboración de informes técnicos respecto a la viabilidad del Proyecto Minero Conga.

<sup>21</sup> Como el caso de las ordenanzas que dieron origen a los procesos de inconstitucionalidad que son objeto de estudio de la presente Tesis.

inconstitucionalidad de las ordenanzas que, en principio, buscaban proteger el mencionado derecho.

## 2.1. La repercusión de las sentencias de inconstitucionalidad en los conflictos socio-ambientales

Conforme a lo establecido en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución Política del Perú, el proceso de inconstitucionalidad procede contra las normas de rango legal, entre las que se encuentran las normas regionales de alcance general (es decir, las ordenanzas regionales) y las ordenanzas municipales.

En ese sentido, si en el marco del desarrollo de un conflicto socio – ambiental, se declara la invalidez de una ordenanza que coadyuva a la preservación de los intereses de la población opositora al proyecto, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que determina tal invalidez será un factor a tomar en cuenta en el devenir del mencionado conflicto. Aunque –claro está- la intensidad del impacto se tendrá que ver en el caso concreto, para lo cual se podrá tomar diversos factores (como el aumento o la disminución del número de conflictos o de la intensidad en el uso de la violencia en los mismos, por tomar dos variables), tal cual se evidencia en los casos que a continuación abordaremos, de los cuales se podrá advertir también que el tener una respuesta certera sobre el grado de impacto no es una tarea sencilla.

### **2.1.1. Caso Ordenanza de la Municipalidad Provincial de Fajardo Huancapi contra la empresa minera Catalina**

Puede tenerse una aproximación a la determinación del grado de impacto de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ordenanza regional o local, tomando como indicador la variación del número de conflictos antes y posteriormente a su emisión.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo, por medio de diversos informes (2007b: 3; 2007a: 3; 2008j: 3 - 4; 2008i: 3 - 4; 2008h: 4; 2008g: 5; 2008f: 8 y 9; 2008e: 8-9; 2008d: 9; 2008c: 9; 2008b: 9; 2008a: 9<sup>22</sup>), realizó el seguimiento a un conflicto socio ambiental referido al desarrollo de las actividades de la empresa minera Catalina, en la Provincia de Fajardo, Ayacucho.

Dentro del tal periodo de seguimiento defensorial, la Municipalidad Provincial de Fajardo Huancapi expidió la Ordenanza Municipal N° 4 -2008-MPF-H/A, de fecha 2 de abril de 2008, a través de la cual se establecieron una serie de medidas que -en último término- impedían las actividades de exploración y explotación de proyectos de extracción de recursos mineros en toda la jurisdicción de la provincia de Fajardo.

No obstante, la expedición de la referida ordenanza no tuvo una influencia tal que permitiese la culminación del conflicto, que si bien estaba referido al desalojo de la población de las Comunidades Campesinas de Apongo, Taca y Raccaya, distrito de

<sup>22</sup> Estos reportes estuvieron relacionados a un específico conflicto social referido a la actividad minera y al desalojo de la población.

Apongo, provincia de Víctor Fajardo, por parte de trabajadores de la empresa minera Catalina, no es menos cierto que la oposición era, ante todo, al desarrollo del proyecto minero, conforme se desprende de los reportes defensoriales mencionados.

Asimismo, como se ha señalado en el Capítulo I de la presente Tesis, el interés de los funcionarios y autoridades del gobierno nacional es ante todo el asegurar la tutela de los derechos humanos (como el derecho al medio ambiente) y el respeto de sus competencias. Adicionalmente a ello, en caso que tales obligaciones, normas y competencias fueran objeto de infracción por parte de otro poder del Estado o nivel de gobierno, resulta justificable que estos funcionarios y autoridades realicen una serie de acciones para remediar tal situación.

Por ello, frente al desarrollo de conflictos socio - ambientales en el cual ha intervenido el Gobierno Regional o Local expidiendo una ordenanza a favor de la protección del derecho al medio ambiente de la población pero que se encuentra viciada de incompetencia, el Poder Ejecutivo podría actuar –al menos- en dos flancos de manera concurrente. Una vía política, referida al trato directo con la población que considera que el desarrollo del proyecto minero puede afectar su derecho al medio ambiente y, por otro lado, a través del inicio de un proceso de inconstitucionalidad, para atacar la norma viciada de incompetencia, y con ello, buscar el cumplimiento de sus políticas y competencias.

En el caso concreto de la Ordenanza Municipal N° 4-2008-MPF-H/A, expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo, que impedía el desarrollo de proyectos mineros en la referida provincia, el Poder Ejecutivo la cuestionó a través de una demanda de inconstitucionalidad, la cual fue admitida a trámite por el Tribunal Constitucional a través de su resolución del 7 de abril de 2010, recaída en el Expediente N° 8-2010-PI/TC. Conforme a ello, desde la fecha indicada se encontraba en trámite el desarrollo de un proceso de inconstitucionalidad contra una ordenanza que en cierta forma estaba a favor de los intereses de una parte de la población que se consideraba afectada por el proyecto minero Catalina, al disponer medidas que hacía inviable el desarrollo del mismo.

No obstante lo indicado, en febrero de 2011, se suspendió el diálogo entre las partes del referido al conflicto respecto a la empresa minera Catalina (Defensoría del Pueblo 2011c: 18-19). Aunque, para marzo de 2011, la Defensoría del Pueblo (Marzo 2011: 20), identificó que hubo un conflicto socio ambiental adicional referido al potencial desarrollo de la actividad minera en etapa de exploración por parte de Southern (proyecto minero Chinchinga), en el cual no solo intervino la población sino autoridades de la provincia de Fajardo<sup>23</sup>.

Como se puede observar, el conflicto en el caso del proyecto minero Chinchinga se mantenía, pero el referido al proyecto minero Catalina si bien se suspendió el diálogo, no

---

<sup>23</sup> De haber sido cierto que, en efecto la empresa Southern se encontraba realizando actividades referidas a la exploración, podría evidenciarse que la sola expedición de la ordenanza por parte de la Municipalidad Provincial de Fajardo no implicaba su cumplimiento y la referida municipalidad tenía grandes inconvenientes para que la misma sea cumplida.

se reportó como activo por parte de la Defensoría del Pueblo, no ocasionando problema alguno para el desarrollo de este último proyecto minero ni respecto a los derechos humanos de la población.

Tal situación varió con posterioridad a la publicación de la sentencia de fecha 25 de julio de 2011 –publicada el 7 de agosto de 2011 en el diario oficial El Peruano- a través de la cual el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza referida que buscaba proteger diversos derechos, como el derecho al medio ambiente.

Luego de la expedición de la referida sentencia, no solo seguía activo el conflicto socio ambiental referido a las actividades de Southern, sino que también se generó un nuevo conflicto socio ambiental, el cual estaba referido a la empresa minera Catalina Huanca contra la Comunidad campesina Raccaya y vinculado no solo al tema de una servidumbre sino a la demanda de la comunidad para que la empresa minera respete su derecho al medio ambiente (Defensoría del Pueblo 2011a).

En ese sentido, lo mencionado es una variable que podría llevarnos a señalar que algún tipo de incidencia pudo tener la expedición de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza municipal respecto a la generación del nuevo conflicto socio - ambiental. No obstante, también resulta importante tomar en cuenta las limitaciones que se puede tener al analizar el grado de impacto de una sentencia de inconstitucionalidad sustentándose únicamente en la variación del número de conflictos sociales, puesto que tal cambio puede deberse a otras variables distintas a la expedición de la sentencia del Tribunal Constitucional, por lo que se requerirá de otros elementos adicionales para dar una afirmación certera sobre el grado de repercusión de tal decisión jurisdiccional.

Por otro lado, de haberse expedido una sentencia del Tribunal Constitucional determinando que la ordenanza municipal cuestionada en el referido proceso era válida, hubiera reforzado aquellas competencias ejercidas por esta, que le permitieron proscribir la exploración y ejecución de proyectos mineros, entonces –posiblemente- el número de conflictos sociales en los extremos vinculados a la preservación del medio ambiente frente a los referidos proyectos hubieran podido disminuir o, al menos, no incrementar; aunque tal afirmación no puede ser corroborada toda vez que todas las sentencias de inconstitucionalidad con equivalentes características a la recaída en el Expediente N° 8-2010-PI/TC (y que serán abordadas en extenso en el presente trabajo) declararon la inconstitucionalidad de la ordenanza cuestionada.

### **2.1.2. Caso Ordenanza del Gobierno Regional de Cajamarca contra el proyecto minero Conga**

Otro caso -tal vez el más emblemático- que también podemos abordar está referido al actuar del Gobierno Regional de Cajamarca cuando expidió la Ordenanza Regional N° 36-2011-GR.CAJ-CR, la cual establecía diversas medidas encaminadas a impedir la ejecución del Proyecto Minero Conga. Tal ordenanza fue declarada<sup>24</sup> -finalmente-

<sup>24</sup> A través de la sentencia recaída en el Expediente N° 1-2012-PI, publicada el 27 de abril del año 2012, en el diario oficial El Peruano.



inconstitucional porque con su expedición, el Gobierno Regional de Cajamarca contravenía las competencias del Poder Ejecutivo para aprobar los estudios de impacto ambiental de los proyectos de gran minería y para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca.

La sentencia que dio por concluido el proceso mencionado hubiese sido una más de inconstitucionalidad –en la que la que el Tribunal Constitucional habría resuelto un conflicto de competencias entre dos niveles de gobierno por la dación de una norma- de no ser porque en dicha controversia se definió si un Gobierno Regional puede declarar válidamente la inviabilidad de un proyecto de gran minería -que en el caso concreto era el Proyecto Minero Conga<sup>25</sup>- con la finalidad de salvaguardar el derecho humano al medio ambiente.

Es importante tomar en consideración, que la ejecución del referido proyecto minero ha sido de muy difícil concreción, habiendo pasado los actores por diferentes conflictos sociales tanto en los alrededores de la zona de influencia del proyecto minero así como en otras zonas.

Acorde con ello, es del caso precisar que antes de la publicación de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza en mención, existían fuertes tensiones entre los actores del conflicto social. Sobre ello, la Defensoría del Pueblo identificó que -a marzo de 2012- en Cajamarca existían doce (12) conflictos, dos (2) de los cuales estaban referidos al proyecto minero Conga, uno calificado como conflicto socio ambiental y otro como conflicto por demarcación territorial (2012c: 33-34). Respecto al conflicto socio ambiental, en el mes de marzo de 2012, la Defensoría del Pueblo indicó:

[...] en el marco del Congreso de unificación de los frentes de defensa de la Región Cajamarca, realizado en la provincia de Celendín, aproximadamente mil dirigentes de diversos Frentes de Defensa, Rondas Campesinas, Gremios Sindicales y Profesionales, además de la participación de autoridades locales y regionales de Cajamarca, donde se acordó realizar una consulta popular el 03 de junio así como un paro regional el 11 de abril, independientemente de los resultados del Peritaje. (Defensoría del Pueblo 2012c: 32)

Por lo señalado, la situación de las relaciones de los actores del conflicto social referido al desarrollo del proyecto minero Conga era activa. Asimismo, la Defensoría del Pueblo, hizo la precisión de la importancia del proceso de inconstitucionalidad contra la ordenanza regional N° 36-2011-GR.CAJ-CR, respecto al conflicto socio - ambiental, precisando:

Tras la audiencia pública desarrollada el 28 de marzo en la ciudad de Arequipa, el pleno del Tribunal Constitucional dejó al voto la demanda de inconstitucionalidad - Expediente N° 00001-2012-AI - que interpuso el Fiscal de la Nación, contra la Ordenanza Regional N° 036- 2011-GR.CAJ.CR, a través de la cual el Gobierno

---

<sup>25</sup> Es del caso indicar que el desarrollo o no de un proyecto de gran minería tiene implicancias tanto económicas como en el ejercicio de diversos derechos fundamentales como el medio ambiente y a la consulta, por nombrar algunos, y –no pocas veces-buscan ser ejecutadas en un contexto de conflictos sociales locales con proyecciones nacionales (véase por ejemplo los conflictos que se han dado hasta hace poco por el Proyecto Minero Tía María donde las movilizaciones no solo se dieron en Arequipa sino en diversos departamentos del Perú y Lima Metropolitana).

Regional de Cajamarca declaró inviable el proyecto minero Conga. (Defensoría del Pueblo 2012c: 32-33)

Conforme a lo señalado, para la Defensoría del Pueblo el desarrollo del proceso de inconstitucionalidad tenía relevancia en el devenir del conflicto socio - ambiental, aunque llama la atención que tal entidad –a través del informe- no haya considerado al Tribunal Constitucional como actor en el mismo (ya sea como actor primario o secundario).

Líneas después, la Defensoría del Pueblo también hizo referencia a la precisión de que el Ministro de Energía y Minas, en diversos medios de comunicación, solicitó que se espere los resultados del peritaje al Estudio de Impacto Ambiental del proyecto minero Conga.

Conforme a lo señalado, hasta antes de la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional en el marco del proceso de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional N° 36-2011-GR.CAJ-CR, podemos ver que no había ninguna demanda específica interpuesta (ya sea en el marco de un proceso ordinario o uno constitucional) para la declaración de la inviabilidad del Proyecto Minero Conga, existiendo la siguiente situación:

- La Ordenanza Regional N° 36-2011-GR.CAJ-CR se encontraba vigente.
- Había expectativa en el desarrollo del proceso de inconstitucionalidad seguido contra la ordenanza en mención.
- Los actores del conflicto social se encontraban realizando diversas acciones a favor de sus intereses y en clara contraposición a otros actores que amenazaban su concreción.
- El Poder Ejecutivo ponía énfasis en el desarrollo de un peritaje internacional referido al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Minero Conga.

No obstante, con posterioridad a la publicación de la sentencia mencionada en el portal electrónico del Tribunal Constitucional<sup>26</sup>, no se hizo referencia alguna a la sentencia recaída proceso de inconstitucionalidad (Defensoría del Pueblo 2012a y b), lo cual podría indicar que la referida sentencia no tenía una repercusión intensa en el desarrollo del conflicto socio - ambiental. Ello podría tener explicación por el hecho de que el resultado desfavorable de la sentencia a los intereses de parte de la población de Cajamarca, buscó ser mitigado, por el Poder Ejecutivo, a través de la expedición del “Dictamen Pericial Internacional. Componente Hídrico del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Minero Conga (Cajamarca-Perú)” (Fernández y otros 2012), el mismo que fue elaborado para el Consejo de Ministros y por medio del cual se dieron diversas recomendaciones al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Minero Conga, como propuestas de infraestructura, la necesidad de la creación de un Comité de Acompañamiento y la creación de la Cátedra-Empresa Hidrología Mineral y Ambiental. La conclusión de tal Peritaje fue informada (Willax 2012) el mismo día de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en su respectivo portal institucional electrónico y, desde el día siguiente, su contenido fue difundido por diversos medios (El Comercio 2012a) (La República 2012), lo cual pudo incidir en el grado de intensidad de los efectos de la sentencia en el conflicto socio -

<sup>26</sup> Publicada el 17 de abril en el Portal Electrónico del Tribunal Constitucional y el 27 de abril de 2012 en el diario oficial El Peruano.

ambiental.

Una de las autoridades que a su vez era actor del conflicto social, el entonces Presidente del Gobierno Regional, Gregorio Santos Guerrero, consideró también que existía una relación entre los efectos de la sentencia y la publicación de los resultados del peritaje, precisado que era:

[...] “una extraña coincidencia” que la resolución del TC se de a conocer el mismo día que se entregan los resultados del peritaje internacional del proyecto Conga.

“El Tribunal Constitucional ha escogido el mismo día (en que se presentó el peritaje del proyecto Conga), como diciendo que la estrategia tiene que salir en paquete, para arremeter y arrinconar, sin los argumentos técnicos y científicos y con ello pasar a una ofensiva mediática fuerte” [...]. (El Comercio 2012b)

Si bien no pudo verse un impacto intenso en la continuación o radicalización del conflicto socio – ambiental vinculado al Proyecto Minero Conga, sí existe evidencia que permite afirmar que la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional implicó un cambio en la lógica del actuar de la población para canalizar su interés frente al desarrollo del proyecto en mención.

Sobre ello, es del caso tomar en cuenta que las protestas registradas por la Defensoría del Pueblo, con anterioridad a la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional no hacían referencia a la realización de actos adicionales a nivel del Gobierno Regional de Cajamarca para que el Proyecto Minero Conga no sea ejecutado. Luego de la expedición de la sentencia, los opositores del proyecto minero Conga, consideraron que las medidas deberían ser adoptada por el Gobierno Nacional, al “[...] otorgar al Presidente de la República plazo hasta el 31 de mayo para que declare inviable el Proyecto Minero Conga. En caso contrario iniciarían un paro regional indefinido” (Defensoría del Pueblo 2012b: 36 -37).

Ello puede entenderse como un cambio en la lógica en el establecimiento de objetivos y el uso de los instrumentos en el marco de un conflicto socio – ambiental a partir de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional (recaída en el Expediente N° 1-2012-PI/TC), en el sentido de que –desde tal momento- el objeto de la oposición ya no sería canalizar sus intereses ante el Gobierno Regional, por medio del instrumento de diálogo para expedición de una ordenanza regional sino que el objeto pasaría a ser la canalización de intereses ante el Gobierno Nacional, a través de los instrumentos de la presión (paro regional indefinido) para la emisión de medidas dirigidas a la declaración de la inviabilidad del Proyecto Minero.

Las diversas medidas adoptadas por la población ha tenido como consecuencia que el proyecto continúe con diversas dificultades para ser ejecutado a pesar que la empresa minera Yanacocha (empresa que ejecutará el proyecto) cuenta con un EIA aprobado y no existe una norma del Gobierno Regional de Cajamarca que prohíba expresamente su ejecución.

Como conclusión del presente apartado, se puede afirmar que los pronunciamientos de

inconstitucionalidad contra ordenanzas regionales o locales (junto con otros factores) tienen impacto en el desarrollo de conflictos socio – ambientales, implicando incluso el cambio de sus reglas de juego (como en el caso del conflicto referido al Proyecto Minero Conga), aunque es difícil ver el grado de la influencia de la sentencia en el conflicto, conforme a lo desarrollado en las líneas precedentes.

En ese sentido, no hay evidencia de que la publicación de una sentencia de inconstitucionalidad haya tenido una incidencia intensa en un conflicto socio – ambiental, de forma tal que haya permitido su culminación o radicalización.

Ello obedece a las limitaciones que presentan los documentos a los cuales se ha podido acceder para la elaboración del presente apartado. No obstante, hay que tener presente que el Tribunal Constitucional es un actor más –de varios actores- en el desarrollo de un conflicto socio – ambiental y su sentencia expedida en un proceso de inconstitucionalidad sería una actuación más de diversas actuaciones realizadas en el desarrollo del conflicto en mención.

Sin perjuicio de todo lo indicado, por la magnitud e implicancias de la existencia de un conflicto socio - ambiental, resulta importante que la función de todos los actores del Estado -por el solo hecho que sus pronunciamientos puedan influir en el desarrollo del conflicto socio ambiental- sea realizada con cautela. En ese sentido, a propósito de resguardar el derecho al medio ambiente, resulta importante que se identifique y se evalúe cómo ha estado abordando tales situaciones el Tribunal Constitucional. Ello independientemente del grado de influencia de sus pronunciamientos en un conflicto socio -ambiental.

2.2.Las críticas al supuesto rol que ha estado ejerciendo el Tribunal Constitucional frente a los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas regionales y/o locales que buscaron tutelar el derecho al medio ambiente

En el presente acápite, realizaré una evaluación de los comentarios que ha recibido la forma de resolver el Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad tramitados contra ordenanzas regionales o locales que buscaban proteger el derecho al medio ambiente.

Sobre lo indicado, ante la interpretación de las normas constitucionales por parte del máximo intérprete de la Constitución Política del Perú en los casos en los cuales declaró la inconstitucionalidad de ordenanzas regionales y locales que buscaron proteger el derecho al medio ambiente, y el descontento de un sector de la población frente a la expedición de la sentencia recaída en el Expediente N° 1-2012-PI (caso Conga), la comunidad jurídica no fue indiferente al momento de realizar un análisis sobre este último pronunciamiento realizado por el Tribunal Constitucional.

Conforme a ello, juristas y abogados realizaron una serie de comentarios. Así por ejemplo, el profesor César Landa Arroyo, expuso diversas críticas al desenvolvimiento tanto del demandante (Ministerio Público) como del sentido de la argumentación por parte del Tribunal Constitucional en el marco del proceso de inconstitucionalidad arriba señalado.

Una de las críticas señaladas está referida a que en la sentencia no se incluyeron criterios de interpretación propios del derecho constitucional aplicando únicamente normas que establecen competencias:

Más aún, tampoco utiliza los principios de interpretación constitucional de las leyes (unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora, etc.) ni las técnicas de la ponderación de una medida normativa restrictiva (con sus exámenes de adecuación, necesidad y estrictamente proporcional) para declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional. Sino que el TC realiza un examen de legalidad subordinando la ordenanza a lo que dicen la Ley de Bases de la Regionalización, la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y la Ley de Recursos Hídricos, a juicio del colegiado. (Landa 2012).

Asimismo, respecto a la afectación de los derechos e intereses de las minorías étnicas por parte de la sentencia, el profesor César Landa señaló también:

Por ello, se puede señalar que la sentencia desarrolla fundamentos ambientalistas retóricos (FFJJ 45 al 60) sin ningún efecto útil para el caso; dado que el TC viene fallando en contra de los intereses de los pueblos amazónicos, sino también últimamente en contra de los intereses de los pueblos andinos, demostrando en la práctica un prejuicio en contra de los valores étnicos, culturales y ambientales de las comunidades campesinas de Ayacucho (STC N 008-2011-AI/TC, del Cuzco (STCN 009-2011-PI/TC), como ahora de Cajamarca (STCN 0001-2012-PI/TC).” (Landa 2012).

Conforme a lo expuesto, me parece claro que hay dos críticas que hace el profesor César Landa a la sentencia recaída en el Expediente N° 1-2012-PI, las cuales radican en que el Tribunal Constitucional al momento de emitir su fallo (i) solo se ha sustentado en el principio de legalidad al considerar únicamente las normas sobre competencias, sin aplicar los criterios de interpretación propios del derecho constitucional y (ii) que es reflejo de un sentido jurisprudencial que perjudica a los pueblos amazónicos y andinos.

Otras de las críticas a la sentencia es desarrollada por Juan Carlos Ruiz Molleda, objetor del desarrollo del Proyecto Minero Conga, quien ha señalado:

Resulta increíble la capacidad del TC para ponerse al costado y no ver cuál era el tema de fondo. Para nosotros, si bien la denuncia fue por un tema competencial, similar a otros procesos, donde es claro que el gobierno regional no tiene competencia en materia de gran minería, sino por una regulación legal expresa, tema que es ampliamente desarrollado y reiterado por la sentencia materia de comentario. Sin embargo, era evidente que el tema de fondo era la afectación al medio ambiente por el proyecto Yanacocha [sic] (Ruiz 2012:272-273).

Con el mismo tenor de la crítica realizada por Juan Carlos Ruiz Molleda, el abogado Bruno Novoa precisó:

[...] Sin duda, la Sentencia del Tribunal Constitucional que nos convoca es una de las más astutas de sus entregas. Decimos ello bajo los siguientes argumentos:

[...]

ii) [...] esperábamos que el TC se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir, que analice el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado en respeto con el derecho a una comunidad distinta a la cultura occidental (recordemos que en Cajamarca -y en otros departamentos del Perú- el derecho también se enmarca dentro de una cultura más bien, andina); en todo caso, si deseaban realizar un test, no hubieran realizado un test de competencia sino, uno de proporcionalidad, el cual hubiera sido mucho más interesante y de mayor análisis, el mismo que hubiera determinado: a) la idoneidad de la medida, ¿qué tan idónea es la medida tomada por el Gobierno Regional, cumple con las expectativas de los pobladores o solo sigue una intención política?; b) ¿fue necesaria la medida, la medida satisface una necesidad, la medida busca la satisfacción social, comunal o regional? y, finalmente, c) ¿la puesta en marcha de la Ordenanza es proporcional a una Política de Estado? [...] (Novoa 2012)

Conforme a lo expuesto, las críticas realizadas al Tribunal Constitucional por la forma como resolvió el caso en el proceso de inconstitucionalidad recaen sobre la ausencia de un pronunciamiento respecto a las afectaciones al derecho humano al medio ambiente saludable de la población y haber resuelto el caso desde una óptica meramente legal –competencial y no constitucional. Siendo ello reflejo de una práctica del Tribunal Constitucional -como señaló César Landa- contraria a los intereses de los pueblos amazónicos y andinos.

Al respecto, como se ha mencionado a lo largo del Capítulo I del presente trabajo, la ordenanza cuestionada en un proceso de inconstitucionalidad materia del presente análisis se encuentra vinculada al desarrollo de un conflicto socio - ambiental. Es más, tal ordenanza al ser una medida promovida y expedida por actores de tal conflicto que se desenvuelven dentro de una relación de poder, es un instrumento usado en el mismo.

Frente a ello, considero que es probable que parte de los comentarios reseñados preconizan que en la relación de poder dentro de un conflicto socio - ambiental, la población indígena y amazónica se encuentran en una situación de desventaja, por lo que corresponde un pronunciamiento jurisdiccional – constitucional que tutele sus derechos aunque esto implique dejar de lado el principio de competencia, lo cual resulta bastante controvertido, por decir lo menos.

Sin perjuicio de lo anotado, como lo he señalado al inicio del presente apartado, si bien los comentarios están referidos a una controversia concreta, considero que las críticas antes mencionadas buscan que el Tribunal Constitucional cambie su rol “formalista” al conocer procesos de inconstitucionalidad seguidos contra ordenanzas regionales y/o locales que buscan proteger derechos humanos, por un rol de tutela activa de los referidos derechos, dejando de lado el principio de competencia.

Tal cambio de rol que se sugiere, guarda mayor relevancia en el marco de los procesos de inconstitucionalidad seguidos contra ordenanzas regionales y/o locales referidas a proyectos mineros puesto que se encuentran bastante relacionados a derechos como el medio ambiente, a la consulta previa, entre otros cuya resolución ha implicado -muchas veces- la existencia de conflictos sociales.

En ese sentido, me parece que es sumamente importante el análisis sobre el rol que debe tener el Tribunal Constitucional a propósito de los referidos casos toda vez que sus pronunciamientos sin duda tendrán repercusiones en los derechos humanos que se encuentran en juego y en la continuación o no de los conflictos socio - ambientales. No obstante, también considero importante realizar un análisis más general, referido al rol del Tribunal Constitucional respecto a su deber de garantía a favor de los derechos humanos.

Lo indicado nos permitirá abordar el objetivo específico 2 de la presente tesis, y por lo tanto se podrá demostrar que el Tribunal Constitucional, al tomar conocimiento de los procesos de inconstitucionalidad iniciados entre los años 2005 al 2016 contra ordenanzas regionales y/o locales expedidas para proteger derechos humanos en general y, en específico, el derecho al medio ambiente, en algunos casos resolvió la controversia únicamente apelando al principio de competencia y en otros apelando también al principio de garantía de los derechos humanos.

### 2.3.El rol que ha estado ejerciendo el Tribunal Constitucional frente a los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas regionales y/o locales que buscaron tutelar derechos humanos (2005-2016)

Como se ha señalado líneas arriba, las críticas a cómo ha resuelto el Tribunal Constitucional el proceso de inconstitucionalidad tramitado con el Expediente N° 1-2012-PA/TC, radica principalmente en la ausencia de pronunciamiento sobre las implicancias del desarrollo del proyecto minero sobre el derecho al medio ambiente de la población y el haber resuelto el caso desde una óptica meramente legal - competencial y no constitucional -material, yendo en contra de los derechos de la población y, en ese sentido, podría desprenderse –según la crítica desarrollada- que no ha contribuido en la pacificación de los conflictos socio-ambientales. Sin embargo, con la finalidad de analizar si ello es un reflejo de un fenómeno más amplio, es relevante analizar si esta situación no solo se evidencia respecto al derecho al medio ambiente sino que también en lo que concierne a todos los derechos humanos en los casos vistos por el Tribunal Constitucional.

En ese sentido, para realizar un juicio al desenvolvimiento del Tribunal Constitucional en estos casos, resulta importante analizar su jurisprudencia en casos similares (pero que aparte del derecho al medio ambiente pueda estar en juego cualquier derecho humano). Para dicha labor, resulta necesario identificar las sentencias que serán objeto de análisis en el presente trabajo y el método para analizar las referidas sentencias.

#### **2.3.1. Criterios para la identificación de los casos a analizar**

En el fondo, los críticos cuestionan que el Tribunal Constitucional presuntamente resuelve las demandas de inconstitucionalidad sobre conflictos de competencias apelando únicamente a las normas que establecen competencias, sin considerar que las normas cuestionadas buscan proteger derechos humanos, siendo ello contrario a sus intereses.

Para saber si ello es cierto, es importante realizar un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Para tal fin, las sentencias que analizaré en el presente trabajo presentarán las siguientes características:

- Emitidas entre los años 2005<sup>27</sup> y 2016, siendo un campo jurisprudencial de doce (12) años.
- Recaídas en un proceso de inconstitucionalidad.
- Versen sobre un conflicto de competencia entre el Gobierno Nacional y uno o más Gobiernos Regionales y Locales.
- Que la norma cuestionada haya sido expedida para la salvaguarda de algún derecho humano y/o el Tribunal Constitucional haya advertido ello como una finalidad implícita a la norma.

### **2.3.2. Criterios para identificar la práctica del Tribunal Constitucional**

Luego de haber identificado las sentencias con las características señaladas, procederé a aplicar los siguientes criterios de análisis:

1° Clasificarlas según el sentido de la decisión y su impacto en los intereses de la población que se considera afectada con el desarrollo de proyectos mineros. Como bien se evidenciará, si la sentencia declara infundada la demanda o fundada pero emite un mandato exhortativo<sup>28</sup>, entonces podemos decir que la decisión es favorable para la población que busca proteger la norma cuestionada. Si es que la demanda es declarada fundada sin ningún mandato exhortativo, podemos decir que la sentencia es desfavorable a la población.

2° Sub clasificarlas según la inclusión de consideraciones relacionadas a la finalidad de la norma para proteger derechos humanos. Dicha labor nos servirá, junto al tercer nivel de análisis, para identificar los casos en donde lo determinante fue apelar al principio de competencia o a la protección de los derechos humanos.

3° Clasificar los casos en los que las consideraciones relacionadas a la finalidad de la norma para proteger derechos humanos fueron, para establecer medidas a favor de la población beneficiaria de la norma cuestionada: (i) trascendentales, (ii) tan relevantes como el apelar al principio de competencia, (iii) accesorios al desarrollo del principio de competencia y (iv) no relevante. En este apartado solo me limitaré a considerar las sentencias del Tribunal Constitucional que declararon infundada la demanda o fundada con mandato exhortativo, porque dicho sentido resulta una protección relativamente más intensa que los demás sentidos.

De lo expuesto podemos decir que el primer criterio de análisis nos permitirá identificar si la sentencia fue o no favorable a los intereses de la población que busca ser protegida por

<sup>27</sup> Escogí como punto de partida el año 2005 porque se encuentra bastante cerca al inicio de la aplicación del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, que –por *vacatio legis*- entró en vigencia desde el 1° de diciembre de 2004.

<sup>28</sup> Para fines del presente trabajo, considero que las sentencias que declaran fundada la demanda pero que exhortan a un ente competente a realizar acciones a favor de los derechos humanos de la población, no es contraria a esta (ver casos de Hoja de Coca).



medio de la ordenanza cuestionada y por lo tanto si es cierto que el Tribunal Constitucional ha venido resolviendo en contra de los intereses de tal población.

El segundo criterio nos permitirá determinar la cantidad de sentencias en las que se apeló al principio de competencia o al de protección de los derechos humanos y, por ello, si es cierto que el Tribunal Constitucional tiene como práctica –en el marco de los procesos de inconstitucionalidad- el apelar al principio de competencia dejando de lado el de garantía de derechos humanos.

Finalmente, tomando exclusivamente a las sentencias que declararon infundada la demanda, se analizará el grado de trascendencia para la toma de decisión el haber apelado al principio de garantía de los derechos humanos.

### **2.3.3. Las sentencias identificadas en el presente trabajo**

Durante el periodo objeto de estudio (2005-2016<sup>29</sup>), se han identificado dieciséis (16) sentencias que revisten las características señaladas líneas arriba. Los detalles y variables relevantes de cada una de las sentencias están precisados en el documento consignado como Anexo del presente trabajo. En ese sentido, las sentencias mencionadas nos permitirán identificar la práctica y rol que ha venido desarrollando el Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas regionales o locales que buscan proteger derechos humanos.

### **2.3.4. La práctica del Tribunal Constitucional**

Para analizar las sentencias identificadas se pasará a aplicar tres criterios que nos permitirá tener claridad sobre la forma como viene resolviendo el Tribunal Constitucional los procesos de inconstitucionalidad donde están de por medio, por un lado, el principio de competencia y, por el otro, el deber de protección de los derechos humanos.

#### ***A. Uso del primer criterio de análisis: número de sentencias favorables y desfavorables a la población que la norma cuestionada buscaba proteger***

De las dieciséis (16) sentencias objeto de análisis, tres (3)<sup>30</sup> declararon infundada la totalidad de la respectiva demanda, una (1)<sup>31</sup> la declaró infundada en parte, dos (2)<sup>32</sup> declararon fundada la totalidad de la demanda pero fueron exhortativas a favor de los derechos humanos de la población que la norma buscaba proteger.

Por otro lado, fueron nueve (9)<sup>33</sup> las sentencias que declararon fundada la totalidad de la demanda y no eran exhortativas y una (1)<sup>34</sup> que declaró fundada en parte la demanda siendo

<sup>29</sup> Al 15 de mayo de 2017.

<sup>30</sup> Sentencias recaídas en los expedientes; (i) N° 24-2007-PI (Caso Programa de Apoyo Regional Alimentario en Moquegua); (ii) N° 10-2008-PI (Caso Pesca Artesanal en Ica) y (iii) N° 11-2008-PI (Caso Pesca Artesanal en Tacna).

<sup>31</sup> Sentencia recaída en el expediente N° 3-2012-PI (Caso Cuenca de Huayabamba).

<sup>32</sup> Sentencias recaídas en los expedientes: (i) Acumulados N° 20 y 21-2005-PI (Caso Hoja de Coca I) y (ii) N° 006-2008-PI (Caso Hoja de Coca II).

<sup>33</sup> Sentencias recaídas en los expedientes: (i) N° 0031-2005-PI/TC (Caso Venta de Ropa y Calzado Usado en Tacna); (ii) N° 21-2007-PI (Caso Pesca Artesanal y de Menor Escala en Tumbes); (iii) N° 4-2009-PI (Caso Venta de Ropa y Calzado Usado en Tacna II); (iv) N° 9-2010-PI (Caso Actividades Mineras en Cusco); (v) N° 7-2010-PI (Caso Actividad Minera e Hidrocarburos en Sechura); (vi) N° 8-2010

el único extremo denegatorio la declaratoria de improcedencia por sustracción de la materia<sup>35</sup>.

Tomando en consideración las sentencias que declararon infundada la demanda (ya sea en totalidad o en parte) y las que declararon fundada la demanda pero con un mandato exhortativo fueron resoluciones que estuvieron a favor de la población, podemos decir que el 37.5 %<sup>36</sup> de las sentencias objeto de estudio fueron resueltas a favor de los intereses de la población, por lo que se puede decir que el Tribunal Constitucional ha estado resolviendo también a favor de los intereses de la población beneficiaria de la norma que busca proteger sus derechos humanos.

En ese sentido, no se puede afirmar que, en el desarrollo de los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha tenido como práctica uniforme el declarar la inconstitucionalidad de las ordenanzas regionales y locales que han buscado proteger derechos humanos, puesto que en un porcentaje importante tal colegiado ha tomado alguna medida a favor de la protección de los derechos humanos que se habrían encontrado en juego. Líneas más adelante se evidenciará si tal práctica es la misma respecto a los procesos en los que la norma cuestionada buscaba proteger el derecho al medio ambiente.

#### ***B. Uso del segundo criterio de análisis: si en la sentencia se tomó en cuenta que la norma buscaba proteger derechos humanos***

De las diez (10) sentencias que declararon fundada la demanda de inconstitucionalidad y no eran exhortativas o declararon en parte su improcedencia por sustracción de la materia, seis (6)<sup>37</sup> tuvieron fundamentos en los que se destacaba la finalidad de la norma y/o el interés legítimo del gobierno regional o local para defender un derecho humano al expedirla y en cuatro (4)<sup>38</sup> sentencias, a pesar que las normas cuestionadas buscaban salvaguardar derechos humanos, no se hizo referencia alguna a la importancia de ello en la controversia.

De las seis (6) sentencias que declararon infundada la demanda de inconstitucionalidad (de manera parcial o total) o se emitieron sentencias exhortativas, en cinco (5)<sup>39</sup> casos se apeló a la protección de derechos humanos (ya sean argumentos relevantes o accesorios) y en un (1) no se apeló al mismo, valiéndose exclusivamente del principio de competencia.

---

(Caso Exploración y Explotación Minera en Sánchez Fajardo); (vii) N° 1-2012- PI (Caso Conga) y (viii) N° 5-2012-PI (Inversión Privada en Junín) y (ix) N° 2-2013-PI (Caso Transporte en el Gobierno Regional de Ayacucho).

<sup>34</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 1-2013-PI (Caso Transporte en el Gobierno Regional de Arequipa).

<sup>35</sup> Resulta importante hacer esta precisión porque nos permite identificar que parte de la demanda fue declarada infundada por un tema ajeno a la finalidad de la protección de la norma cuestionada.

<sup>36</sup> Representación porcentual de 6 sentencias respecto a 16.

<sup>37</sup> Sentencias recaídas en los expedientes: (i) N° 0031-2005-PI/TC (Caso Venta de Ropa y Calzado Usado en Tacna); (ii) N° 21-2007-PI (Caso Pesca Artesanal y de Menor Escala en Tumbes); (iii) N° 4-2009-PI (Caso Venta de Ropa y Calzado Usado en Tacna II); (iv) N° 7-2010-PI (Caso Actividad Minera e Hidrocarburos en Sechura); (v) N° 8-2010 (Caso Exploración y Explotación Minera en Sánchez Fajardo); y (vi) N° 1-2012.PI (Caso Conga).

<sup>38</sup> Sentencias recaídas en los expedientes: (i) N° 9-2010-PI (Caso Actividades Mineras en Cusco); (ii) N° 5-2012-PI (Caso Actividades Mineras en Junín); (iii) N° 2-2013-PI (Caso Transporte en el Gobierno Regional de Ayacucho) y (iv) 1-2013-PI (Caso Transporte en el Gobierno Regional de Arequipa).

<sup>39</sup> Sentencias recaídas en los expedientes: (i) Acumulados N° 20 y 21-2005-PI (Caso Hoja de Coca I); (ii) N° 006-2008-PI (Caso Hoja de Coca II); (iii) N° 11-2008-PI (Caso Pesca Artesanal en Tacna) y (iv) N° 24-2007-PI (Caso Programa de Apoyo Regional Alimentario en Moquegua) y (v) N° 3-2012-PI (Caso Cuenca de Huayabamba).

De todo lo expuesto, se puede afirmar que al menos en once (11) de los dieciséis (16) casos materia de estudio de alguna forma se dieron fundamentos relacionados a la finalidad de la norma para proteger derechos humanos, aunque en varias de ella no fuera un fundamento relevante para convalidar la validez de la norma.

En ese sentido, en el marco de los procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas regionales o locales que busca proteger derechos humanos, el Tribunal Constitucional suele apelar al principio de protección de derechos humanos. Líneas abajo, se podrá evidenciar si tal afirmación se puede realizar –de forma específica- respecto a los casos en los que la norma cuestionada buscaba proteger el derecho al medio ambiente.

### ***C. Uso del tercer criterio de análisis: clasificarlas según el grado de influencia de los argumentos sobre protección de derechos humanos***

De las seis (6) sentencias que declararon infundada la totalidad de la respectiva demanda o infundada en parte o fundada la totalidad de la demanda pero fueron exhortativas a favor de los derechos humanos de la población que la norma buscaba proteger, en dos (2)<sup>40</sup> casos fue igual de relevante apelar al principio de competencia y a la salvaguarda de los derechos humanos; en otros dos (2)<sup>41</sup> prevaleció el principio de competencia y la salvaguarda del derecho fundamental fue un argumento complementario; en otro<sup>42</sup> se apeló exclusivamente a la competencia que tenía el Gobierno Regional o Local y en otro<sup>43</sup> prevaleció la protección del derecho humano frente al principio de competencia.

### ***D. Conclusiones de la aplicación de los criterios***

Lo evidenciado en el apartado anterior nos llevará a concretar el Objetivo Específico 2 de la presente Tesis e identificar cuál ha sido el rol que ha estado ejerciendo el Tribunal Constitucional en el marco de los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas que buscaron proteger derechos humanos (y que se relacionan con el desarrollo de conflictos socio – ambientales), bajo las siguiente preguntas:

- ¿Es una práctica uniforme del Tribunal Constitucional ir en contra de los intereses de los beneficiarios de la norma cuestionada en el tipo de proceso descrito?
- ¿Es una práctica uniforme del Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la validez de las normas cuestionadas en el tipo de proceso descrito aplicando únicamente las normas que establecen competencias sin considerar la afectación de derechos fundamentales?

Respecto a la primera pregunta (¿Es una práctica uniforme del Tribunal Constitucional ir en contra de los intereses de los beneficiarios de la norma cuestionada en el tipo de proceso

<sup>40</sup> Sentencias recaídas en los expedientes: (i) Acumulados N° 20 y 21-2005-PI (Caso Hoja de Coca I); (ii) N° 006-2008-PI (Caso Hoja de Coca II). En tales casos, fue importante el principio de competencia para declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada y fue trascendental el principio de garantía de los derechos humanos puesto que implicó que se expidiera sentencias exhortativas.

<sup>41</sup> Sentencias recaídas en los Expedientes N° 11-2008-PI (Caso Pesca Artesanal en Tacna) y N° 3-2012-PI (Caso Cuenca de Huayabamba).

<sup>42</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 10-2008-PI (Caso Pesca Artesanal en Ica).

<sup>43</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 24-2007-PI (Caso Programa de Apoyo Regional Alimentario en Moquegua).

descrito?) considero que la respuesta es no. Ello tomando en cuenta que de las dieciséis (16) sentencias que pueden ser objeto de análisis en los doce últimos años, no todas declararon la inconstitucionalidad de las normas (cuestionadas) que buscaban proteger los derechos humanos de un sector de la población.

Sobre ello, de las dieciséis (16) sentencias materia de estudio del presente apartado, seis (6) buscaron proteger los intereses de la población ya sea declarando la validez de la norma o, declarando su invalidez, exhortando al ente competente a realizar acciones que busquen proteger los intereses de la mencionada población. Conforme a ello, en diversos casos el Tribunal Constitucional de alguna forma buscó salvaguardar los derechos humanos de los beneficiarios de las normas cuestionadas.

Respecto a la segunda pregunta (¿Es una práctica uniforme del Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la validez de las normas cuestionadas en el tipo de proceso descrito aplicando únicamente las normas que establecen competencias sin considerar la afectación de derechos fundamentales?), la respuesta también es negativa puesto que se han identificado diez (10) casos donde se consideró de alguna forma la importancia de la norma para proteger derechos humanos. Por otro lado, en uno de los casos materia de estudio fue tan relevante apelar a la protección de un derecho humano que se pudo prescindir de la aplicación del principio de competencia.

Conforme a lo señalado, el rol del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas regionales o locales que buscan proteger derechos humanos en general, se caracteriza por considerar tanto el principio de competencia como el de garantía de los derechos humanos, buscando compatibilizar ambos principios.

#### 2.4.El rol que ha estado ejerciendo el Tribunal Constitucional frente a los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas regionales y/o locales que buscaron tutelar el derecho al medio ambiente (2005-2016)

Habiendo hecho la precisión sobre el rol que ha estado ejerciendo el Tribunal Constitucional respecto a la protección de los derechos humanos frente a los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra alguna ordenanza regional o local que haya buscado proteger derechos humanos, corresponde hacer lo propio respecto de aquellas que han tenido como finalidad tutelar el derecho al medio ambiente, las cuales -como se pudo evidenciar en el Capítulo 1 de la presente Tesis- se encuentran ligadas con el desarrollo de los conflictos socio - ambientales.

De la totalidad de las sentencias referidas a procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas regionales y locales que buscaban proteger derechos humanos, cinco (5)<sup>44</sup>, han estado relacionadas a ordenanzas que buscaban proteger el derecho al medio ambiente, frente al desarrollo o potencial ejecución de proyectos mineros. En ese sentido, a pesar del periodo de estudio utilizado, no hablamos de una cantidad numerosa de sentencias que nos permita identificar la existencia de un patrón o rol del Tribunal

<sup>44</sup> Expedientes N°s (i) 9-2010-PI (Caso Actividades Mineras en Cusco); (ii) 7-2010-PI (Caso Actividad Minera e Hidrocarburos en Sechura); (iii) 8-2010-PI (Caso Actividad Minera en la Provincia de Fajardo) y (iv) 1-2012-PI (Caso Conga).

Constitucional en el marco de los referidos procesos, aunque si podríamos hablar de la existencia de cierta tendencia argumentativa por parte del supremo intérprete de la Constitución, en el marco de las controversias mencionadas.

Para dar mayores precisiones respecto al rol del Tribunal Constitucional frente a los procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas que buscan proteger el derecho al medio ambiente, considero conveniente abordar con mayor profundidad el desarrollo de cada una de las referidas controversias, según lo precisado en sus respectivas sentencias.

#### **2.4.1. Análisis de las sentencias de los cinco (5) procesos de inconstitucionalidad iniciados a favor del Poder Ejecutivo contra ordenanzas que buscaban proteger el derecho al medio ambiente**

##### *A. Caso Actividades Mineras en Sechura (Expediente N° 7-2010-PI)*

El proceso objeto de reseña del presente apartado fue iniciado contra la Ordenanza Municipal N° 014-2009-MPS, emitida por la Municipalidad Provincial de Sechura, departamento de Piura, que prohibía -dentro del ámbito de la Bahía de Sechura y frente a la franja marino costera del macizo de Illescas- que se desarrollen acciones de exploración y explotación de hidrocarburos y minerales con la finalidad de preservar toda clase de especies hidrobiológicas y marinas. En ese sentido, hablamos de una ordenanza provincial que establece medidas de restricción al desarrollo de actividades mineras e hidrocarburíferas en una determinada zona.

La defensa del Ministerio de Energía y Minas, al presentar la demanda, precisó que la ordenanza cuestionada se encontraba viciada de incompetencia porque las normas del bloque de constitucionalidad han determinado que las competencias que afectó, y que se detallan a continuación, le corresponden a los siguientes entes: (i) el otorgamiento de contratos de licencia en materia de aprobación de las áreas materia de exploración y explotación gasífera y petrolera a nivel nacional es competencia de PERÚPETRO, previa aprobación del Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Economía y Finanzas, (ii) el otorgamiento de concesiones mineras, le corresponde al Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMET); y, (iii) el otorgamiento de concesiones en beneficio, labor general y transporte minero a través de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas. Conforme a lo mencionado, la demanda buscaba que se expulsara la norma cuestionada porque iba en contra del principio de competencia.

Ante tales argumentos, la parte demandada afirmó que bloque de constitucionalidad en materia de protección y conservación del medio ambiente le reconocía las competencias que ejerció al emitir la ordenanza materia de análisis, por lo que no ha vulnerado competencia alguna. Asimismo, la ordenanza cuestionada se encontraría destinada –entre otros aspectos- al cuidado y preservación del ecosistema, en cuya lógica se ha prohibido la exploración y explotación de hidrocarburos y minerales en el ámbito de la Bahía de Sechura y frente a la franja marino costera del macizo de Illescas.

Tomando en cuenta el contenido de la ordenanza cuestionada y los argumentos de las partes, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la totalidad de la

ordenanza bajo los siguientes argumentos:

- Es indispensable acudir al principio de competencia, siendo el marco del mismo, en materia de minería y energía: (i) la Constitución, (ii) la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, (iii) la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, (iv) el Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca, (v) la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, (vi) el Decreto Legislativo N° 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, y (vii) la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.
- La prohibición de exploración y explotación de hidrocarburos y minerales en el ámbito territorial precisado en la ordenanza cuestionada viene afectando las funciones con las que cuenta el Ministerio de Energía y Minas en materia de hidrocarburos y minería, tal como lo establece la Ley Orgánica que Regula las Actividades de Hidrocarburos en el Territorio Nacional (Ley N° 26221), funciones que ejerce a través de sus órganos adscritos como lo son PERUPETRO (Ley N° 26221), el Instituto Geológico Minero Metalúrgico, la Dirección General de Minería, la Dirección General de Hidrocarburos y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN). Ello toda vez que se han visto anuladas las competencias de tales entes, pues la prohibición introducida deja sin efecto todas las concesiones mineras y los contratos de exploración y explotación aprobados y suscritos por los organismos competentes antes descritos.
- Asimismo, con la sentencia, el Tribunal Constitucional reconoció expresamente la preocupación por parte de la Municipalidad Provincial de Sechura para proteger el derecho al medio ambiente era legítima, aunque posteriormente se mencionó que tal labor de protección debía ser realizada conforme al principio de competencia.

Por lo mencionado, el Tribunal Constitucional en la sentencia objeto de análisis apeló al principio de garantía del derecho al medio ambiente pero el mismo no tuvo ninguna repercusión para analizar la validez de la ordenanza cuestionada, a diferencia del principio de competencia.

Sin perjuicio de lo mencionado, resulta particularmente interesante que el Tribunal Constitucional determine que la ordenanza que declaró inconstitucional, en efecto, es resultado de una intención legítima de la Municipalidad Provincial de Sechura para proteger el derecho al medio ambiente.

Por otro lado, el pronunciamiento final del máximo intérprete de la Constitución fue la declaración de la inconstitucionalidad de la totalidad de la ordenanza viciada de incompetencia, sin que haya algún pronunciamiento adicional al mero reconocimiento de la finalidad legítima de la norma que declaró inconstitucional.

*B. Caso Actividades Mineras en la Provincia de Fajardo (Expediente N° 8-2010-PI)*

A través de la Ordenanza Municipal N° 04-2008-MPF-H/A, la Municipalidad Provincial de Fajardo, Departamento de Ayacucho, declaró como zona intangible toda la jurisdicción territorial de la Provincia de Fajardo y, en consecuencia, prohibió las licencias para la exploración y explotación minera en la zona.

Frente a ello, el Poder Ejecutivo, por medio de su demanda cuestionó la norma mencionada puesto que al declarar como zona intangible toda la jurisdicción territorial de la Provincia de Fajardo, y en consecuencia, prohibir las licencias para la exploración y explotación minera en la zona, contravenían diversas normas que conforman el marco normativo de competencias.

La Municipalidad Provincial de Fajardo contestó la demanda precisando que la ordenanza cuestionada fue expedida:

- Con el fin de preservar el medio ambiente y proteger la salud de los pobladores.
- Porque las autoridades, organizaciones sociales de base, comunidades y centros poblados desarrollaron un fórum provincial de defensa del medio ambiente, acordándose el rechazo total de las actividades de exploración y explotación minera en el territorio de la Provincia de Fajardo puesto que, entre otros motivos, (i) la explotación minera produce serios perjuicios a la población, (ii) ocasiona contaminación ambiental como resultado del uso intensivo de mercurio y cianuro, tóxicos de baja degradación que dañan irreparablemente los cursos de agua y las aguas subterráneas. Asimismo, la municipalidad provincial alegó que conforme al artículo 75° de la Ley Orgánica de Municipalidades, ninguna persona o autoridad puede ejercer funciones que son de competencia municipal exclusiva.

Tomando en cuenta los argumentos de las partes, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza de la Municipalidad Provincial de Fajardo, por los siguientes motivos:

- La norma contiene disposiciones referidas a la declaración de zonas intangibles, que reconocen al agua como un recurso natural limitado y como un derecho humano de todos, entre otros. En ese sentido, del texto de la disposición cuestionada, es evidente que, en esencia, regula el otorgamiento y la nulidad del otorgamiento de concesiones mineras, lo cual afectaría las competencias del Ministerio de Energía y Minas.
- Tomando en cuenta lo indicado, resulta indispensable acudir al principio de competencia, siendo el marco del mismo, en materia de minería, (i) la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, (ii) la Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades; (iii) la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, así como (iv) el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante el Decreto Supremo

N° 014-92-EM, normas que conforman el bloque de constitucionalidad de la presente controversia.

- Conforme a las mencionadas normas, la competencia para proteger el derecho al medio ambiente es una compartida entre el Gobierno Nacional y los Gobierno Regionales y Locales.
- La Municipalidad Provincial de Fajardo ha ejercido una competencia que no le compete, por lo que la ordenanza cuestionada, resulta contraria a lo dispuesto en el bloque de constitucionalidad, y que la define como una competencia exclusiva del Ministerio de Energía y Minas, y en particular, del Instituto Geológico Minero Metalúrgico, según lo disponen el artículo 105°, incisos f) y h) del Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, así como el numeral 3.14° del Decreto Supremo N.º 035-2007-EM, Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Geológico Minero Metalúrgico.
- Finalmente, de los fundamentos de la sentencia materia del presente apartado se evidencia que el Tribunal Constitucional reconoce expresamente la preocupación por parte de la Municipalidad Provincial de Sechura para proteger el derecho al medio ambiente en los casos que precisaba la ordenanza objeto de cuestionamiento, aunque posteriormente se afirma que tal labor de protección debe ser realizado conforme al principio de competencia.

Conforme a lo expuesto, el Tribunal Constitucional -en la sentencia objeto de valoración- apeló al principio de garantía del derecho al medio ambiente pero el mismo no tuvo ninguna repercusión para analizar la validez de la ordenanza cuestionada, como sí lo fue el principio de competencia.

En ese sentido, resulta particularmente interesante que el Tribunal Constitucional determine que la ordenanza que declara inconstitucional, en efecto, es resultado de una intención legítima de proteger el derecho al medio ambiente.

Por otro lado, el pronunciamiento final del máximo intérprete de la Constitución fue la declaración de la inconstitucionalidad de la totalidad de la ordenanza viciada de incompetencia, sin que haya algún pronunciamiento adicional frente al reconocimiento de la legitimidad de la intención que tenía la ordenanza al ser expedida.

### C. Caso Actividades Mineras en Cusco (Expediente N° 9-2010-PI)

El proceso de inconstitucionalidad se inició contra la Ordenanza Regional N° 065-2009-CR/GRC.CUSCO, que declaró como área de no admisión de denuncias mineras a toda la Región del Cusco. En ese sentido, tal medida era una encaminada a restringir el desarrollo de proyectos mineros en el territorio del Gobierno Regional de Cusco, siendo la justificación de la norma -según los términos de sus considerandos- la protección del derecho al medio ambiente.



El fundamento principal del Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas, en el respectivo escrito de demanda, cuya defensa posteriormente fue continuada por el Procurador Público Especializado Constitucional, radicaba en alegar que la norma cuestionada excedía las competencias reconocidas a favor del Gobierno Regional de Cusco, en perjuicio del Ministerio de Energía y Minas (contenidas en el inciso 7 del artículo 192° de la Constitución) al declarar como área de no admisión de denuncias mineras a todo el territorio de la Región Cusco. En ese sentido, la argumentación por parte del Poder Ejecutivo se sustentaba en que el Gobierno Regional había ido en contra del principio de competencia.

Frente a ello, los principales argumentos del Gobierno Regional demandado se centraron en sustentar que la ordenanza cuestionada se fundamentaba en (i) el principio de autonomía que poseen los gobiernos regionales en sus respectivas circunscripciones territoriales y que (ii) se había expedido para una gestión favorable a la sostenibilidad de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental en su región. Conforme a lo precisado, el sentido argumentativo por parte de la defensa del Gobierno Regional de Cusco radicaba en acreditar que la ordenanza cuestionada había sido expedida en ejercicio de su autonomía y para proteger el derecho al medio ambiente.

Luego del análisis del contenido de la norma cuestionada y de los argumentos de las partes, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N° 065-2009-CR/GRC.CUSCO, por los siguientes motivos:

- Primero porque es indispensable acudir al principio de competencia, estando conformado el marco de concreción en materia de minería (precisándose que ello también se hizo en el proceso de inconstitucionalidad seguido con el Expediente N° 8-2010-PI/TC) por las siguientes normas: (i) La Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; (ii) la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; (iii) la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización y (iv) el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 014-92-EM.
- Tomando en cuenta ello, conforme al inciso 7 del artículo 192° de la Constitución Política del Perú, el artículo 59° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y el artículo 36° de la Ley de Bases de la Descentralización, el ejercicio de las competencias por parte de los Gobiernos Regionales en materia de minería debe realizarse conforme a ley y a las políticas nacionales, las cuales son elaboradas por el Gobierno Nacional.
- Conforme a las políticas expresadas normativamente por el Gobierno Nacional y las leyes en materia de minería, en la sentencia se identificó que el artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería,

establece como atribuciones de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas el evaluar y dictaminar respecto de las solicitudes de Área de No Admisión de denuncias. Asimismo, el artículo 105° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, precisa que entre las funciones y atribuciones de la Dirección de Promoción Minera, se encuentra el evaluar y opinar sobre la autorización de áreas de no admisión de denuncias.

- Por lo indicado, el Gobierno Regional de Cusco al ejercer sus competencias compartidas en materia de minería de forma contraria a la ley y a las políticas nacionales, violó indirectamente el inciso 7) del artículo 192° de la Constitución.

Por lo mencionado, el Tribunal Constitucional para resolver la presente controversia apeló exclusivamente al principio de competencia, sin hacer referencia alguna al de garantía del derecho al medio ambiente. Por otro lado, el pronunciamiento final del máximo intérprete de la Constitución fue la declaración de la inconstitucionalidad de la totalidad de la ordenanza viciada de incompetencia.

#### *D. Caso Conga (Expediente N° 1-2012-PI)*

Por medio de la Ordenanza Regional de Cajamarca N° 036-2011-GR.CAJ-CR, el Gobierno Regional de Cajamarca declaró de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en todo Cajamarca y la inviabilidad del Proyecto Minero Conga en razón a las inconsistencias técnico - legales del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por medio de la Resolución Directoral N° 351-2010-MEM/AAM.

Frente a la referida norma, el Fiscal de la Nación interpuso la respectiva demanda de inconstitucionalidad argumentando que, en aplicación del Test de Competencia, el Gobierno Regional de Cajamarca actuó fuera del ámbito de sus competencias.

Por otro lado, en el escrito de contestación se precisaron los argumentos de defensa del Gobierno Regional de Cajamarca, precisando que:

- El Gobierno Regional de Cajamarca ejerció adecuadamente sus competencias específicas establecidas en la Constitución. Situación contraria se da en el caso del Gobierno Nacional, el cual no tiene competencia específica alguna en materia de minería reconocida por la Constitución.
- No obstante, lo señalado la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales reconoce que estos tienen competencias respecto al control de contratos y proyectos relativos al uso racional de recursos naturales.
- La parte demandante no puede alegar como fuente de sus competencias al artículo 66° de la Constitución puesto que el mismo no ha sido reglamentado. Asimismo,

debe considerar que se debe respetar el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas reconocidas en las Constituciones de 1920 y 1933.

Tomando en cuenta lo precisado en el ordenamiento, lo mencionado por las partes y su propia jurisprudencia, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la integridad de la norma cuestionada por los siguientes motivos:

- Para el Tribunal Constitucional es indispensable aplicar el Test de Competencia para resolver un conflicto de competencias en lo referente a materias compartidas entre un Gobierno Regional y el Gobierno Nacional.
- En las sentencias recaídas en los Expedientes N° 8-2010-PI (Municipalidad Provincial Víctor Fajardo) y 9-2010-PI (Gobierno Regional del Cusco), se determinó que el Gobierno Nacional era el competente para regular la actividad de la gran y mediana minería. Por consiguiente, prohibir el otorgamiento de concesiones mineras o declarar la no admisión de denuncios mineros en cierta jurisdicción sobre tales actividades, contraviene las competencias del Gobierno Nacional.
- Al declarar la inviabilidad del Proyecto Minero Conga, el Gobierno Regional de Cajamarca fue en contra de las competencias del Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros, para evaluar y aprobar o desaprobado los EIA para el desarrollo de las actividades de exploración de la gran y la mediana minería, de acuerdo a lo establecido por el artículo 3° Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, normas que desarrolla las competencias reconocidas en la Constitución y las normas de rango legal.
- Asimismo, aplicándose los principios de taxatividad y de subsidiariedad, al declararse la intangibilidad de las cabeceras de cuenca de la región Cajamarca, el Gobierno Regional contravino las competencias de la Autoridad Nacional del Agua para determinar la intangibilidad de una zona de cabecera de cuenca, como lo dispone el artículo 4° de la Ley de Recursos Hídricos.
- Finalmente, resulta bastante atendible el pronunciamiento que realiza el Tribunal Constitucional por medio de los fundamentos jurídicos 42 al 66 de su sentencia, toda vez que aborda ampliamente la problemática referida al ejercicio del derecho a la libertad de empresa por parte de las empresas mineras y su colisión con el derecho al medio ambiente y el desarrollo de conflictos socio-ambientales, bajo los siguientes términos:

44. Tomando ello en consideración, este Tribunal estima relevante desarrollar el siguiente planteamiento [...] sobre qué tipo de inversión privada, en materia de extracción de recursos naturales, es la que se encontrará protegida por la Constitución. Así, debe considerarse cuatro puntos esenciales que deben ser evaluados al realizarse un análisis de este tipo: i) aspectos relativos a la prevención de conflictos y de posibles daños que puedan generar determinada inversión en recursos naturales, ii) fiscalización estatal de la actividad privada

a fin de determinar si cumple con los estándares nacionales de protección, iii) Reparaciones integrales en caso de afectación a la población, y; iv) concretización del principio de co-participación de la riqueza.

45. Respecto el punto i), es de resaltarse el deber de las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales de establecer mecanismos a fin de prevenir daños ambientales y conflictos sociales. Ello es parte de la responsabilidad social de la empresa, lo que permitiría desarrollar su actividad empresarial en armonía con la comunidad. [...]

49. Así, interesa resaltar que la finalidad de lucro de la empresa debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental, y así prevenir conflictos sociales. [...] De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales o sociales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no estará dispuesta a soportar.

50. Para ello, las empresas deben de internalizar ciertos costos que le permitan prevenir el origen o escalamiento de conflictos sociales. Ello, recae en principio en la esfera de la empresa, la que debido a su experiencia debe tomar en consideración posibles tensiones con la población de las áreas aledañas. En tal sentido, estas deberían tratar de evitar medidas aisladas y optar por medidas dirigidas a solucionar y prevenir los verdaderos problemas o de la comunidad. Lo que no implica imponer soluciones sino, plantear un primer nivel de consenso con los pobladores de la zona a fin de apreciar sus preocupaciones. (Expediente N° 1-2012-PI)

- Por otro lado, la sentencia aborda los aspectos contextuales y se hace referencia a la tensión entre los que la opinión pública denomina pro-mineros contra los anti-mineros (Sentencia recaída en el Expediente N° 1-2012-PI, fundamento 66). Frente a ello, el Tribunal Constitucional determina su competencia ante el desarrollo de los conflictos socio - ambientales, bajo los siguientes términos:

63. Determinar cuál de estas posiciones del debate es la posición “correcta” no es el deber de este Tribunal. Es deber de este Tribunal, en cambio, supervisar que se garantice el acceso de todas las partes interesadas al dialogo institucionalizado. De igual forma, este Tribunal debe garantizar que los acuerdos tomados en tales espacios no vulneren o contravengan los valores básicos de la Constitución. El debate democrático, debe precisamente por ello encausarse dentro de las vías institucionales; no es sencillo y muchas veces puede tener la apariencia de no ser ordenado o inclusive efectivo; pero lo opuesto, la ausencia de consensos, la imposición de medidas en virtud de una principio de autoridad que no haya tomado en cuenta demandas de la sociedad, sin que ello signifique el sometimiento a populismos cortoplacistas, no soluciona los conflictos sociales, sino que por el contrario puede agudizarlos, generando situaciones de mayor polarización. Una sistema político sin diálogo, sin un amplio y vigoroso debate, y sin consensos, es una sistema sospechoso de toma de decisiones, y por lo tanto, con serios riesgos de deslegitimización frente a la sociedad.

Conforme a lo expuesto, considero que la controversia materia de análisis, a diferencia de los otros tres (3) procesos analizados, tiene las siguientes particularidades:

- El proceso de inconstitucionalidad materia del presente apartado, iniciado para la defensa de las competencias de las competencias del Poder Ejecutivo, no fue iniciado por este, sino por el Ministerio Público.
- Si bien la controversia se resuelve apelando al principio de competencia, para llegar al resultado de la sentencia se aplicó el Test de Competencia.
- Si bien se apela al principio de garantía del derecho al medio ambiente y ello no es suficiente para validar la constitucionalidad de la ordenanza cuestionada, es importante tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional hace un extenso desarrollo del tipo de inversión privada que protege la Constitución, así como el desarrollo de un contexto sobre el cual se desarrolla la controversia.

*E. Caso Cuenca de Huayabamba (Expediente N° 3-2012-PI)*

La demanda de inconstitucionalidad fue presentada contra la Ordenanza Regional N° 032-2010-GRSM/CR, la cual fue modificada por la Ordenanza Regional N° 10-2012-GRSM/CR, que declaró de interés regional y necesidad pública la protección, conservación y recuperación de la cuenca del Huayabamba (San Martín), como zona restringida para la actividad minera y petrolera y la ocupación de asentamientos humanos. Luego de la modificatoria de tal norma (por medio de la Ordenanza Regional N° 10-2012-GRSM/CR), también se proscribió la realización de actividades antrópicas. En ese sentido, tal medida era una encaminada a restringir el desarrollo de proyectos mineros en parte del territorio del Gobierno Regional de San Martín, siendo la justificación de la norma -según lo indicado por la defensa del gobierno regional en mención- la protección del derecho al medio ambiente.

El fundamento principal del Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, al interponer la correspondiente demanda, radicaba en alegar que la norma cuestionada excedía las competencias reconocidas a favor del Gobierno Regional de San Martín, en perjuicio del Ministerio de Energía y Minas (contenidas en el inciso 7 del artículo 192° de la Constitución), en materia de minería e hidrocarburos. En específico, tal ordenanza estaría interfiriendo con las competencias del Gobierno Nacional para otorgar concesiones y derechos de exploración, extracción, transporte, entre otros; y afectaría indebidamente los intereses de los particulares que ostentan derechos para desarrollar actividades económicas en la cuenca del río Huayabamba, que guarda relación con la minería y los hidrocarburos. En ese sentido, la argumentación por parte del Poder Ejecutivo se sustentaba en que el Gobierno Regional había ido en contra del principio de competencia.

Frente a ello, los principales argumentos del Gobierno Regional demandado se centraron

en sustentar que la ordenanza cuestionada buscaba establecer medidas de protección a favor del medio ambiente de la población, indicando a su vez que (i) con el proceso de Zonificación Ecológica Económica se determinó que en el área de la cuenca de Huayabamba se requería de acciones por parte de las autoridades para la conservación y recuperación de áreas que no tuvieron un uso adecuado; ello dotaría al Gobierno Regional de mecanismos para garantizar el ordenamiento de diversas actividades en la región, permitiendo el desarrollo sostenible. Asimismo se precisó que (ii) era justificable que el Estado restrinja ciertas actividades que puedan perjudicar el medio ambiente y, atendiendo a ello, (iii) la norma cuestionada buscaba brindar efectividad a los principios de prevención y sostenibilidad que configuran el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado. Conforme a lo precisado, el sentido argumentativo por parte de la defensa del Gobierno Regional de San Martín radicaba en acreditar que la ordenanza cuestionada había sido expedida para proteger el derecho al medio ambiente, teniendo ello sustento en la Zonificación Ecológica Económica del Gobierno Regional de San Martín.

Luego del análisis del contenido de la norma cuestionada y de los argumentos de las partes, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 2° de la Ordenanza Regional N° 032-2010-GRSM/CR, la cual fue modificada por la Ordenanza Regional N° 10-2012-GRSM/CR, precisando la validez de sus demás dispositivos, por los siguientes motivos:

- La controversia debía ser resuelta aplicando el Test de Competencia.
- La Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad establecen que la realización de acciones y la regulación de actividades en materias de minería e hidrocarburos son competencias compartidas entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Regionales.
- Acudiendo a las normas específicas sobre competencias, se determinó que el Gobierno Regional de San Martín actuó conforme a sus competencias respecto a las siguientes disposiciones:
  - El artículo 6° de la ordenanza cuestionada, al disponer la prioridad de la "[...] fiscalización de las actividades de Pequeña Minería, Minería Artesanal e Informal en el ámbito de la cuenca, así como su incorporación en el Plan de Formalización minera a través de la entidad regional correspondiente", fue expedido conforme al marco competencial, lo cual representa un compromiso con la fiscalización del correcto desarrollo de las actividades económicas referidas al aprovechamiento de recursos naturales.
  - El artículo 1°, que declaró de interés regional y necesidad pública la protección, conservación y recuperación de la cuenca de Huayabamba, también respeta el marco competencial, siempre y cuando tal declaratoria no vaya en contra de las competencias del Gobierno Nacional.

- El artículo 2° de la ordenanza cuestionada al hacer referencia a la Zonificación Ecológica y Económica aprobada por Ordenanza Regional 012-2006- GRSM-CR, publicada el 20 de agosto de 2006 en el diario oficial El Peruano, actúa no solo conforme a sus competencias sino en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales nacionales.
- El artículo 5° de la ordenanza cuestionada al establecer que el Gobierno Regional de San Martín adopte como política pública la protección, conservación, recuperación y puesta en valor del medio ambiente dentro de su jurisdicción, resulta constitucional siempre y cuando tal fin se encauce y efectivice a través de los mecanismos constitucionales y legales establecidos, en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales sobre la materia.
- Asimismo, los artículos 3° y 4° de la norma impugnada resulta conforme a la Constitución toda vez que la fiscalización del cumplimiento de lo establecido en la ordenanza, la solicitud de apoyo para tal fin a otros órganos del Estado y la aplicación de sanciones en caso de infracción a lo dispuesto en ella constituyen un ejercicio legítimo de las competencias del Gobierno Regional de San Martín.
- El artículo 2° modificado de la ordenanza cuestionada declaró “[...] como zona restringida para actividades antrópicas como asentamiento de Nuevos Grupos Poblacionales, construcción de infraestructura no planificada con enfoque sistémico y territorial u otras que sean incompatibles de acuerdo a los resultados de la Zonificación Ecológica Económica San Martín”, siendo el mismo (en tal extremo) inconstitucional. Ello, toda vez que el término “actividades antrópicas” otorga un gran margen de acción al Gobierno Regional de San Martín para determinar qué actividades pueden ser realizadas en dicha zona y cuáles no, lo cual podría interferir ilegítimamente en las competencias del Poder Ejecutivo, permitiendo restringir la actividad minera y petrolera en la cuenca de Huayabamba prescindiendo de las políticas nacionales sobre la materia. Por lo señalado, se declaró la inconstitucionalidad de tal extremo de la norma cuestionada, dejando a la emplazada la potestad para que, si lo considera pertinente, regule las distintas actividades que los particulares puedan realizar en la zona, de acuerdo a las competencias que expresamente se le han encomendado.

Por lo mencionado, para resolver la presente controversia, el Tribunal Constitucional apeló al principio de competencia (valiéndose, como en el Caso Conga, a la aplicación del correspondiente Test), tomando consideraciones a favor de la protección del derecho al medio ambiente. No obstante, el pronunciamiento final del máximo intérprete de la Constitución fue la declaración de la inconstitucionalidad de una parte de una disposición

de la ordenanza cuestionada.

Sin perjuicio de lo anotado, es importante tomar en cuenta que, entre la emisión de las sentencias de los cuatro (4) casos anteriormente señalados y de aquella que es materia del presente apartado, trascurrieron casi cinco (5) años, teniendo todas ellas muchos puntos en común, como que el criterio fundamental para declarar la invalidez de las normas cuestionadas fue el principio de competencia y que la referencia al principio de protección al derecho al medio ambiente –en caso se haya alegado- no fue tan relevante como el primero. En ese sentido, de existir una tendencia jurisprudencial la misma consistiría en lo precisado por el presente párrafo.

Finalmente, hay que tomar en cuenta que –salvo la presencia del magistrado Óscar Urviola Hani- la conformación del Tribunal Constitucional que emitió las sentencias anteriores a la presente, resulta casi totalmente distinta a la que expidió la sentencia del Caso Cuenca de Huayabamba, por lo que se puede afirmar que tal cambio no ha tenido mayor repercusión en la forma cómo el Tribunal Constitucional viene resolviendo las controversias referidas a ordenanzas que buscan proteger el derecho al medio ambiente, pero que se encuentran viciadas de incompetencia. No obstante, tal reflexión también debe tomar en cuenta que esta última sentencia ha sido la única<sup>45</sup> emitida por la nueva conformación del Tribunal Constitucional, por lo que correspondería hacerle seguimiento a las futuras sentencias que puede emitir el colegiado y que guarden similitud con aquellas que han sido abordados en el presente Trabajo.

#### **2.4.2. Conclusiones referidas a la tendencia en la actuación del Tribunal Constitucional y puntos controvertidos a evaluar en futuros pronunciamientos**

De las cinco (5) sentencias analizadas en el apartado anterior, cuatro (4) declararon fundada la demanda, determinando la inconstitucionalidad de las ordenanzas cuestionadas y una (1) la declaró fundada en parte. Para llegar a tal decisión se acudió a una argumentación referida a la aplicación del principio de competencia (en una de las cuales se aplicó el Test de Competencia).

Asimismo, es de observar que en cuatro (4) sentencias se hizo referencia a la protección del derecho al medio ambiente y a la finalidad lícita que, en principio, tenía la autoridad correspondiente para expedir las ordenanzas cuestionadas, las cuales se encontraban vinculadas a la protección al derecho al medio ambiente<sup>46</sup>. De estos pronunciamientos, fue la sentencia del Caso Conga la que se pronunció con mayor amplitud sobre lo que se debe tener en cuenta al momento de desarrollar una actividad minera.

<sup>45</sup> Debe entenderse como la única que declaró la inconstitucionalidad de parte de una ordenanza que fue expedida para proteger el derecho al medio ambiente pero que se encontraba viciada de incompetencia.

<sup>46</sup> En el Caso de las Actividades Mineras en la Provincia de Fajardo (Expediente N° 8-2010-PI) y el Caso Actividades Mineras en Sechura (Expediente N° 7-2010-PI), el Tribunal Constitucional solo hizo referencia a la preocupación legítima de la autoridad que expidió la norma, respecto a la protección del derecho al medio ambiente. En el Caso Cuenca de Huayabamba (Expediente N° 3-2012-PI), hubo referencias a la existencia de medidas legítimas a favor del medio ambiente, pero en el Caso Conga (Expediente N° 1-2012-PI), el Tribunal Constitucional realizó un desarrollo extenso respecto a la protección del derecho al medio ambiente.



En ese sentido, la tendencia<sup>47</sup> en la actuación del Tribunal Constitucional respecto a los procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas que buscan proteger el derecho al medio ambiente ha sido el resolver las controversias apelando principalmente al principio de competencia, aunque también ha expuesto consideraciones referidas a la garantía del derecho al medio ambiente ya sea para expresar la existencia de una preocupación legítima o para establecer directrices sobre la forma adecuada en que se deben llevar las actividades de explotación minera (caso Conga), a la luz de lo establecido en la Constitución Política del Perú.

Tal tendencia resulta distinta a la práctica que ha tenido el Tribunal Constitucional, respecto a los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas que buscan proteger derechos humanos. En los mencionados casos, el deber de protección de los derechos humanos tuvo tanta importancia que en algunos casos el mismo dejó de lado al principio de competencia o implicó la expedición de sentencias exhortativas a favor de la protección del derecho humano en la controversia específica.

Considero que todo lo indicado nos lleva a identificar algunos puntos controvertidos, los cuales serían importantes tomar en cuenta en el siguiente capítulo a propósito de evaluar el adecuado desenvolvimiento de las competencias por parte del Tribunal Constitucional. Estos puntos controvertidos serían los siguientes:

- Evaluar si el hecho que el Tribunal Constitucional haya apelado al principio de competencia al analizar la validez de las ordenanzas regionales y locales que buscan proteger el derecho al medio ambiente tiene tanto una justificación jurídica como también una explicación política.
- Evaluar si resulta correcto que el Tribunal Constitucional no deje de aplicar el principio de competencia, por más que la norma viciada de incompetencia busque proteger el derecho al medio ambiente.
- Evaluar si la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado diversos criterios que permiten hacer compatible el principio de garantía de los derechos humanos con el principio de competencia tanto a nivel argumentativo como a nivel decisorio. Sobre esto último, se analizará si existe alguna posibilidad para que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ordenanza regional o local también puedan proteger el derecho al medio ambiente.

No obstante, previamente a la evaluación de la corrección jurídica de lo indicado, es importante que se haga el análisis de tales puntos desde una perspectiva de las relaciones de poder entre los actores del conflicto socio - ambiental que se encuentran detrás de la controversia, centrándonos en las relaciones que tienen como punto la emisión de una sentencia –en el marco de un proceso de inconstitucionalidad- por parte del Tribunal Constitucional, toda vez que ello nos permitirá comprender mejor el transfondo de su

---

<sup>47</sup> Prefiero usar el término tendencia y no jurisprudencia, patrón o conducta institucionalizada porque los casos de procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas que fueron expedidas para tutelar el derecho al medio ambiente y se encuentran vinculadas a la explotación de recursos minerales, solo son cuatro (4).

emisión. En el siguiente apartado se realizarán algunas reflexiones con relación a ello y que nos permitirá abordar mejor los tres puntos mencionados en el párrafo precedente.

### **2.4.3. La dimensión política en la argumentación realizada por el Tribunal Constitucional**

Como se expuso al inicio de la presente Tesis, el Objetivo Específico 3 busca demostrar que el hecho que el Tribunal Constitucional haya apelado al principio de competencia al analizar la validez de las ordenanzas regionales y locales que buscan proteger el derecho al medio ambiente tiene tanto una justificación jurídica como también una explicación política.

Al respecto, es del caso precisar que en el Primer Capítulo del presente trabajo se ha abordado los alcances teóricos de los conceptos de poder y política. Asimismo, se ha expuesto cómo se desarrollan las relaciones de poder frente a la posible o la implementación de un proyecto minero, lo que muchas veces devienen en un conflicto socio - ambiental, en el que -entre los actores- se encuentran inmersos los funcionarios y las entidades del Estado, ubicándose en este último sub grupo, al Tribunal Constitucional.

Este último ente señalado (conforme al artículo 1° de su Ley Orgánica) es el supremo intérprete de la Constitución Política del Perú, la cual no solo es una norma jurídica sino que también tiene una naturaleza política, al ser creada por actores políticos que buscaron insertar diversos valores en la norma suprema para el funcionamiento del Estado y la protección de sus derechos fundamentales y humanos.

Sobre lo indicado, como se verá en el siguiente Capítulo del presente trabajo, la Constitución Política del Perú recoge una serie de normas que regulan las competencias de los Poderes del Estado muchas de las cuales buscan garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran dentro del territorio nacional. No obstante ello, la norma suprema también tiene disposiciones que establecen la forma del Estado (unitario y descentralizado, según el artículo 43° de la Constitución), así como las competencias de los distintos niveles de gobierno, aunque parte de los mismos se remitan a lo establecido en la normativa legal correspondiente, como por ejemplo el inciso 10 del artículo 192° de la Constitución; el cual, luego de establecer las materias respecto a las cuales los Gobiernos Regionales son competentes, precisa que también es competente para “[e]jercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley”. En ese sentido, será la ley y la interpretación que realizan los operadores jurídicos -principalmente el Tribunal Constitucional- sobre lo establecido en la normativa competencial que tiene como fuente principal la Constitución Política, el parámetro que servirá para determinar las competencias de los niveles de Gobierno.

Tomando en cuenta lo desarrollado en el anterior apartado y el presente, se puede decir que el Tribunal Constitucional, en los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas que buscaron proteger el derecho al medio ambiente, acudió a una argumentación referida a la aplicación del principio de competencia, la cual benefició – finalmente- al ejercicio de las competencias del Poder Ejecutivo (Gobierno Nacional), en

perjuicio de los intereses de los Gobiernos Regionales y Locales, involucrados en los procesos de inconstitucionalidad reseñados, que a nivel discursivo buscaron proteger el derecho al medio ambiente de su población. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, como actor de un conflicto socio - ambiental ha venido reforzando la idea de que los Gobiernos Regionales y Locales no tienen competencia respecto a diversos aspectos referidos a denuncios mineros, nulidad de concesiones, declaración de interés regional la intangibilidad de una determinada zona, no siendo tan relevante la garantía de tutela del derecho del medio ambiente alegado los Gobiernos Regionales o Locales, para resolver a su favor.

Ante ello, la pregunta que resulta válida hacerse es si el ordenamiento nacional permitía que el Tribunal Constitucional pueda realizar una interpretación distinta en los casos abordados. Sobre ello, independientemente de lo que diga el ordenamiento competencial aplicable al Gobierno Nacional y los Gobiernos Regionales y Locales, lo cierto es que toda vez que el artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le da el estatus de “órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”, y el inciso 1) del artículo 200° de la Constitución Política del Perú le otorga la competencia exclusiva de conocer en instancia única los procesos de inconstitucionalidad, si se lo propone, el Tribunal Constitucional puede determinar que la Constitución habilita a los Gobiernos Regionales y Locales todas las competencias referidas a actividades mineras cuando se evidencie una vulneración (o amenaza) de estas al derecho al medio ambiente, por más cuestionable que ello parezca, yendo en contra de diversas normas e incluso, de su jurisprudencia.

Esta afirmación, si bien puede parecer polémica a primera vista, lo cierto es que ello es lo que tales normas –interpretadas aisladamente- le permiten al supremo intérprete de la Constitución, otra cosa es si tal actuación resulta correcta y si puede ser objeto de control por parte de otras entidades del Estado (como por ejemplo, el Congreso de la República por infracción a la Constitución, conforme a lo establecido por el artículo 99° de la Constitución Política del Perú), siendo una actuación similar de carácter político y no jurídico<sup>48</sup>. En conclusión, el hecho que el Tribunal Constitucional realice una interpretación del ordenamiento competencial contraria al tenor literal aplicable y a su propia jurisprudencia para proteger el derecho al medio ambiente, es posible aunque cuestionable, y de hacerlo será una clara muestra de que tal ente trata de tener una incidencia intensa respecto a las competencias de las entidades del Estado, inmersas en un conflicto socio - ambiental e inclusive, en el conflicto en sí mismo; siendo tal actuar de características políticas.

Definitivamente, el Tribunal Constitucional no debería realizar una interpretación antojadiza de la Constitución Política del Perú. Hacer ello le deslegitima y destruye el orden constitucional -siendo ello contrario a sus intereses-, por lo que resulta correcto hacer un análisis desde el ordenamiento competencial para ver si es posible que el supremo intérprete de la Constitución, válidamente, emita pronunciamientos en los que otorgue competencias a favor de los Gobiernos Regionales y Locales en perjuicio del

---

<sup>48</sup> Ello tomando en cuenta que un actuar político, sustentando en la interpretación de ciertas normas y no de todas las que recoge el ordenamiento y puedan ser aplicables, no puede ser considerado justificable jurídicamente.

Gobierno Nacional, en el supuesto mencionado.

Como, se podrá ver en el Capítulo III, el tema de competencias es uno que no ha sido debatido con suficiencia a nivel jurídico nacional, existiendo un amplio margen de interpretación de principios aplicables a las normas que establecen competencias. Si resulta válida la alternativa mencionada anteriormente (que el Tribunal Constitucional determine que la Constitución habilita a los Gobiernos Regionales y Locales el ejercicio de todas las competencias referidas a proyectos mineros cuando se evidencia una vulneración de estos al derecho al medio ambiente), la explicación para que el Tribunal Constitucional resuelva favorablemente a la validez de la normas cuestionada no pasaría tanto por una perspectiva jurídica sino por una concepción primordialmente política de los conflictos de competencia, salvo que se determine lo siguiente:

- Que las normas de competencia (incluyendo los principios sobre la materia) permiten tal atribución de competencias a favor de los Gobiernos Regionales y Locales.
- Que es posible que en el marco de los procesos de inconstitucionalidad, se pueda dejar de lado el principio de competencia (y, por ello, las normas de competencia) para centrarse exclusivamente en el de garantía de derechos fundamentales. Es decir si es posible afirmar válidamente que una norma -que en principio se encontraría- viciada de incompetencia puede ser válida por el solo hecho de buscar resguardar el derecho al medio ambiente.

En el caso hipotético planteado, de comprobarse alguno de los dos supuestos anteriormente señalados, entonces podemos decir que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional tiene sustento jurídico, independientemente del carácter político que puede tener su decisión.

Por otro lado, en el apartado inmediatamente anterior al presente, se afirmó que en cuatro (4) de las cinco (5) sentencias se hizo referencia y se planteó la argumentación relacionada a la protección del derecho al medio ambiente y a la finalidad lícita que, en principio, tenía la autoridad correspondiente para expedir las ordenanzas cuestionadas, la cual estaba vinculada a la protección de tal derecho, aunque sin que ello se haya traducido en un pronunciamiento a favor de las competencias normativas ejercidas por los Gobiernos Regionales. Sobre ello, resulta particularmente interesante preguntarse por qué el Tribunal Constitucional hizo la referida mención sin que ello se haya traducido en un pronunciamiento adicional en el sentido de la sentencia.

Si bien no existen elementos suficientes para afirmar categóricamente cuál fue la finalidad de que el máximo intérprete de la Constitución haya hecho referencia a tal punto, toda vez que fue reiterado este sentido en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ello podría obedecer a que al analizar los elementos a su disposición, tal ente evidenció que existían problemas vinculados a la protección al medio ambiente, considerando que era indispensable advertir ello, y que toda vez que el proceso de inconstitucionalidad no le permitía analizar la conformidad de los proyectos mineros implicados con el derecho al ambiente (puesto que lo que se encontraba en cuestionamiento era una ordenanza regional

o local), entonces solo podía pronunciarse sobre la racionalidad de la norma cuestionada y del fin constitucional del mismo.

Por otro lado, considero que tales pronunciamientos del Tribunal Constitucional –el cual es un actor del conflicto socio ambiental- también llevan mensajes implícitos tanto al Gobierno Nacional como a los otros niveles de gobierno, así como a las empresas mineras inmersas en un conflicto socio - ambiental.

Sobre ello, el mensaje al Gobierno Nacional es claro, el mismo radica en advertir que seguirán expidiéndose más normas contrarias a sus competencias mientras no tenga la capacidad suficiente para garantizar el derecho al medio ambiente.

El mensaje a las empresas radica en precisar que su derecho a la libertad de empresa tiene límites no solo vinculados a las normas procedimentales sino que incluso a la consideración de la toma de medidas relacionadas a la responsabilidad social empresarial. En ese sentido, el Tribunal Constitucional por medio de tales pronunciamientos advierte que la defensa del medio ambiente es un límite válido y que –por medio de otros mecanismos ejecutados por entes competentes- puede llevar a paralizar los proyectos mineros.

Asimismo, los fundamentos referidos al derecho al medio ambiente –que no tuvieron repercusión alguna a favor de las normas cuestionadas- también son un respaldo a la intención de los Gobiernos Regionales y Locales, lo legitiman frente a la población, puesto que reconoce la intención de estos de proteger tal derecho y, en el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 1-2012-PI hace un desarrollo pormenorizado respecto al adecuado rol que deben cumplir el Estado y las empresas mineras, resaltando el contexto de la existencia de conflictos socio - ambientales. No obstante, las sentencias en mención, también tienen repercusiones en el campo político de tales gobiernos, toda vez que reafirman la idea de que ningún actuar político está exento de considerar al principio de competencia y, por lo tanto, cierra la posibilidad de que se emitan válidamente ordenanzas regionales y locales que no consideren a tal principio.

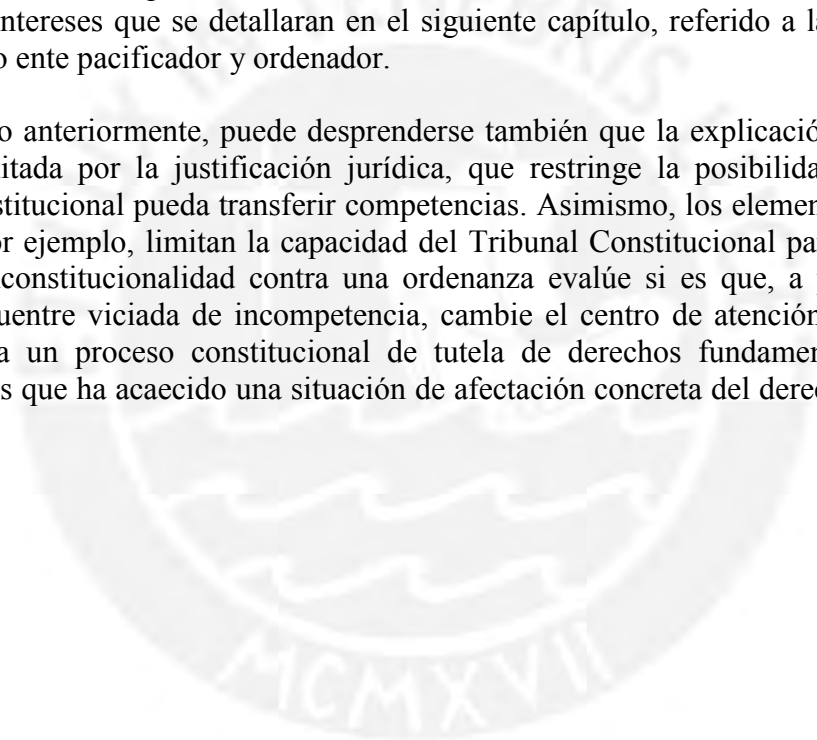
Finalmente, si bien es difícil predecir cuál será el devenir en la tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional en el marco de los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas que buscan proteger el derecho al medio ambiente frente al desarrollo de actividades mineras, los escándalos referidos a actos corrupción<sup>49</sup> que en los últimos años se han ventilado respecto a gobernadores regionales y alcaldes, pueden influir de forma tal que, en el futuro próximo, no haya algún pronunciamiento sustancialmente distinto a los cinco (5) objeto de estudio, a favor del ejercicio de una competencia por parte de un Gobierno Regional o Local. En ese sentido, desde una perspectiva política, resulta difícil que el Tribunal Constitucional determine la constitucionalidad de una ordenanza que no respetó el principio de competencia pero que buscaba proteger el

<sup>49</sup> Es el caso del señor Gregorio Santos, cuyo proceso penal se encuentra vinculado a actos de corrupción respecto a su gestión como Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca. Lo propio respecto al señor Roberto Torres Gonzales, respecto al cual se encuentra en trámite un proceso penal en su contra, vinculado a su gestión como alcalde de Chiclayo. Asimismo, es el caso del señor César Álvarez, respecto al cual se encuentra en trámite un proceso penal por presuntos actos cometidos durante su gestión como Presidente del Gobierno Regional de Ancash.

derecho al medio ambiente, puesto que ello implicará otorgar más poder a funcionarios cuya idoneidad ha sido cuestionada.

En conclusión, la forma cómo ha venido resolviendo el Tribunal Constitucional tiene una explicación política puesto que tal ente es un actor del conflicto socio – ambiental y en el mismo busca hacer prevalecer sus intereses los cuales están vinculados al aseguramiento de la supremacía de la Constitución y el respeto del principio de competencia. Asimismo, dentro de las limitaciones de los procesos de inconstitucionalidad materia del presente trabajo (en donde la controversia no se circunscribe al análisis de la vulneración del derecho al medio ambiente por parte de un particular o el Estado, sino en la evaluación de la validez de una ordenanza) el Tribunal Constitucional ha hecho referencia –en algunos casos- a la vinculación de la controversia con el derecho al medio ambiente y a su contenido, lo cual se encuentra vinculado –con ciertas limitaciones- a su interés para garantizar derechos humanos, lo cual lo legitima frente a la población. Se suma a la explicación para emitir pronunciamientos referidos al derecho al medio ambiente, la búsqueda de intereses que se detallaran en el siguiente capítulo, referido a la concreción de su rol como ente pacificador y ordenador.

De lo indicado anteriormente, puede desprenderse también que la explicación política se encuentra limitada por la justificación jurídica, que restringe la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda transferir competencias. Asimismo, los elementos jurídicos procesales, por ejemplo, limitan la capacidad del Tribunal Constitucional para que en un proceso de inconstitucionalidad contra una ordenanza evalúe si es que, a pesar que la norma se encuentre viciada de incompetencia, cambie el centro de atención y analice – como si fuera un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales o uno ordinario- si es que ha acaecido una situación de afectación concreta del derecho al medio ambiente.



### **Capítulo 3.-Los principios de competencia y de garantía de los derechos humanos en el marco de los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra ordenanzas regionales y/o locales expedidas para proteger el derecho al medio ambiente**

En el Capítulo 2 de la presente tesis ha quedado claro que las sentencias del Tribunal Constitucional tienen repercusiones en el desarrollo de conflictos socio - ambientales, independiente del grado de tal impacto. Asimismo, el Tribunal Constitucional es consciente de ello y lo ha expresado en uno de sus pronunciamientos (sentencia recaída en el Expediente N° 1-2012-PI), en el cual, si bien apeló a una argumentación con un sentido fuerte de la importancia del principio de competencia, también acotó la relevancia del derecho al medio ambiente sobre el desarrollo de las relaciones entre los actores de los conflictos socio - ambientales.

En las siguientes líneas se abordarán los siguientes puntos, que constituyen los dos últimos objetivos de la presente tesis:

- Demostrar que resulta correcto que el Tribunal Constitucional no deje de aplicar el principio de competencia, por más que la norma viciada de incompetencia busque proteger el derecho al medio ambiente.
- Demostrar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado diversos criterios que permiten hacer compatible el principio de garantía de los derechos humanos con el principio de competencia tanto a nivel argumentativo como a nivel decisorio. Sobre esto último, se busca demostrar que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ordenanza regional o local también podrán proteger el derecho al medio ambiente si es que se exhorta a los entes a cumplir con sus competencias sobre la materia.

Asimismo, como se ha señalado anteriormente, tal análisis que tiene una incidencia eminentemente jurídica, será contrastado con una perspectiva política de la actuaciones de los actores de un conflicto socio ambiental, lo cual será abordado a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Para ello, resulta importante abordar previamente algunos puntos base, como el rol del Tribunal Constitucional, el derecho y el deber de protección de los derechos humanos, así como el contenido del principio de competencia.

### 3.1. Los roles del Tribunal Constitucional según la Constitución y su jurisprudencia frente a las controversias sobre conflicto de competencias

Según el artículo 201° Constitución Política del Perú, el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Asimismo, el artículo 1° la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo califica como el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución.

Si bien resulta evidente que la labor de control de la Constitución Política del Perú que realiza el Tribunal Constitucional se hace por medio de los procesos constitucionales que toma conocimiento (procesos de amparo, hábeas data, hábeas corpus, cumplimiento, inconstitucionalidad y competencial); no obstante, como bien ha advertido el profesor Victorhugo Montoya al sistematizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el proceso de inconstitucionalidad se convierte en un muy importante instrumento utilizado para realizar su rol como órgano de control de la Constitución, siendo cumplido de las siguientes formas:

- Al valorar la norma sometida a control constitucional, vela por la preeminencia de la Norma Suprema sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado.
- Al pacificar a través de pronunciamientos con efectos modulados, procura conseguir certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, son sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias.
- Al ordenar mediante sentencias con efecto vinculante sobre los aplicadores del Derecho y sobre los ciudadanos en general.
- Al racionalizar el ejercicio del poder. (Montoya 2015: 58)

Respecto a las formas antes mencionadas, resulta de particular atención el rol de control de la Constitución al pacificar las controversias que tiene su supremo intérprete; tal ente ha mencionado también en su sentencia recaída en el Expediente N° 5-2005-CC/TC, que:

59. La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional tiene como función el pacificar controversias. Por ello, según los propios términos de la sentencia precitada ninguna argumentación técnica-jurídica será suficiente para justificar una sentencia si de ella se origina el caos



social. Asimismo, si la sentencia del Tribunal Constitucional lejos de apaciguar un conflicto socio - ambiental, lo agudiza, entonces puede quedar meridianamente claro que la función pacificadora puede no haberse cumplido y, por ello, tampoco con el rol de control de la Constitución.

Sin perjuicio de lo señalado, si bien las sentencias del Tribunal Constitucional en el marco de los procesos materia de la presente tesis pueden contribuir a la pacificación de los conflictos socio - ambientales, una inadecuada argumentación o toma de decisión puede traer mayores problemas a largo plazo. Así por ejemplo, si el Tribunal Constitucional determinase que un Gobierno Regional o Local expidió una ordenanza válida que impedía el desarrollo de un proyecto minero de gran minería (a pesar que estaba viciada de incompetencia) podría incidir positivamente para la pacificación de un conflicto socio - ambiental en un determinado territorio. No obstante, el referido pronunciamiento -a largo plazo- podría traer problemas relacionados a la imposibilidad material del Gobierno Nacional para establecer políticas de alcance nacional en materia de minería, así como lo relacionado a la idoneidad de un Gobierno Regional o Local para ejercer las competencias que, en la práctica, el Tribunal Constitucional le estaría transfiriendo jurisprudencialmente, sin la realización previa de una evaluación de la capacidad de tal gobierno para ejercer la competencia asignada.

Por otro lado, al hacer el ejercicio de corroborar si la función de pacificación ha tenido algún impacto en el corto plazo, es importante tomar en cuenta que a diferencia de otros conflictos (como se precisó en el Capítulo 1), los socio - ambientales suelen ser complejos tanto por el número de actores (donde no solo se encuentra la sociedad civil y empresas extractivas, sino que también se pueden encontrar funcionarios y autoridades que incluso pueden estar enfrentados entre ellos) así como por las materias.

En ese sentido (como se ha podido evidenciar al desarrollar el Capítulo 2), si bien no resulta suficiente analizar la sola actuación del Tribunal Constitucional para determinar que la misma ha contribuido con su rol de ente pacificador, resulta lógico que si el supremo intérprete de la Constitución Política del Perú emite un pronunciamiento tomando en juego los derechos humanos implicados (como el derecho al medio ambiente), tiene que emitir un pronunciamiento buscando su tutela, obedeciendo a las formas del proceso constitucional por medio del cual se canaliza las demandas de las partes.

No obstante ello, de existir otros aspectos ajenos a la protección de los derechos humanos en un conflicto, es algo que escapará de la competencia del propio Tribunal Constitucional y, por ello, de la toma de decisiones a favor del orden social y la pacificación del denominado conflicto socio-ambiental.

Sin perjuicio de lo señalado, el rol de pacificación no es el único rol que ejerce el Tribunal Constitucional. En efecto, el referido ente también tiene como roles el de salvaguarda de la primacía de la Constitución, ordenación y racionalización del poder (Montoya 2015: 58).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional al expedir una sentencia de inconstitucionalidad de una ordenanza viciada de incompetencia debe realizar una labor ordenadora puesto que determina si el Gobierno Regional o Local que expidió la referida norma tiene o no

competencia para ello o, en otros términos, determina qué ente es el titular de una competencia. Tal resolución es vinculante para todos los operadores jurídicos quienes al momento de realizar su labor deben tomar en cuenta que el titular de una competencia ha sido identificado por el Tribunal Constitucional.

Por tomar dos ejemplos, en los casos mencionados en el Capítulo 2 respecto al Proyecto Minero Catalina y al Proyecto Minero Chinchinga, luego que el Tribunal Constitucional expidiera la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la Ordenanza de la Municipalidad Provincial de Fajardo, resulta claro que las empresas mineras interesadas en ejecutar los referidos proyectos mineros tienen la certeza de que, mientras no cambie el ordenamiento en materia de competencia de la referida municipalidad provincial, no tendrán problema alguno similar para buscar la concreción de sus pretensiones vinculadas a la ejecución de los respectivos proyectos mineros. Asimismo, la población que se considera afectada por tales proyectos y el gobierno regional o local correspondiente, tendrá en claro que no es posible de que por medio de una ordenanza se pueda prohibir el desarrollo de tales actividades por lo que se buscará acudir a otros mecanismos como en el caso del Proyecto Conga, en el cual se tomó como medida para que se determine la inviabilidad del proyecto en mención, el realizar diligencias dirigidas al Gobierno Nacional.

Asimismo, junto al rol ordenador y pacificador, el Tribunal Constitucional detenta los roles de guardián de la supremacía de la Constitución y racionalizador del poder. Sobre ello, considero –como lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional (Caso Hoja de Coca, Expedientes Acumulados N°s 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC: Fundamento Jurídico 15)- que el principio de competencia es una forma por medio de la cual se concreta el principio de supremacía de la Constitución y, por otro lado, racionaliza el uso del poder - que en este caso sería- de un Gobierno Regional o Local, al expedir una ordenanza, frente al Gobierno Nacional.

### 3.2.La justificación de la actuación realizada por el Tribunal Constitucional según el ordenamiento

Para que el Tribunal Constitucional resuelva las controversias en el marco del proceso de inconstitucionalidad contra ordenanzas que presuntamente se encuentran viciadas de incompetencia, debe considerar dos principios al momento de ejercer sus roles (pacificación, ordenación, racionalización y de salvaguarda de la supremacía de la Constitución). Por un lado el principio de competencia y, por otro lado, el principio de garantía de los derechos humanos.

Para tener claridad sobre los criterios que ha usado el Tribunal Constitucional, resulta pertinente que desarrollemos las implicancias de ambos principios.

#### **3.2.1. El deber de garantía de los derechos humanos y del derecho al medio ambiente**

Para dicha labor, primero realizaré un desarrollo teórico sobre lo que entiendo sobre el Derecho y los derechos humanos para que –posteriormente- desarrolle todos los puntos

relacionados al conflicto que podría darse entre el principio de competencia y el deber de garantía y promoción del ejercicio de derechos humanos.

### *A. El concepto de Derecho*

Para abordar este punto he creído conveniente dar un concepto preliminar de lo que entiendo por Derecho, para ello apelaré a lo desarrollado por Gregorio Peces – Barba. Luego de ello, realizaré mayores precisiones a mi idea de Derecho para lo cual necesariamente tendré que abordar su relación con la moral y la justicia.

#### A.1. Concepto preliminar

La concepción de lo que se entiende por Derecho desarrollada por Gregorio Peces–Barba, debe ser comprendida desde dos perspectivas complementarias: desde la idea del Derecho Objetivo y a partir de lo que identifica como Derecho Subjetivo (2010: 289-323).

Para el profesor en mención, el Derecho Objetivo es sinónimo de la producción del soberano, la cual se concreta con la expedición de normas y de la existencia de su conjunto: el ordenamiento. Desde tal concepción, para hablar de Derecho, resulta indispensable comprender cómo se puede identificar al ordenamiento, concluyendo que el mismo tiene las características de unidad, coherencia y plenitud (2010: 292-302).

En lo que concierne a la unidad, para el autor referido, tal elemento “[...] es expresión de la dependencia del conjunto de normas de una norma básica a la que reconducen todas las demás, si vemos el tema de abajo a arriba, o que autoriza y ampara a todas las demás, si vemos el tema de arriba hacia abajo [...]” (2010: 293); siendo el debate la identificación de la denominada “norma básica de identificación de normas”, la misma que tiene una dimensión formal (competencia y procedimiento para expedir la norma) y otra material (normas, principios y derechos de la ética pública) (2010: 293-295).

Respecto a la coherencia, es factible que el ordenamiento presente contradicciones, es decir que exista una norma que prohíba algo y otra que la permita, situación en la que se da una antinomia, la misma que puede resolverse por diferentes medios como la aplicación de los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad (2010: 295).

El tercer elemento, la plenitud, parte de la idea de que “[...] la ley abarca todos los casos posibles y que no existen vacíos normativos, tradicionalmente denominados lagunas [...]” (2010: 296), frente a lo cual resulta de vital importancia -para su resolución- el proceso de creación, interpretación y aplicación del Derecho, el mismo que se vale de distintos materiales para resolver las controversias como la aplicación de principios y valores políticos y jurídicos, bienes e intereses a proteger, necesidades a satisfacer, por nombrar algunos.

Asimismo, aparte de la dimensión objetiva del Derecho, existe una dimensión subjetiva, conformada por los derechos subjetivos, complementados con posterioridad con su respectiva corrección social (2010: 302-306).

Aunado con lo señalado, para Peces - Barba, existe una moralidad en el Derecho, la cual tiene una vinculación directa con la ética pública, la misma que está conformada por los principios de seguridad, libertad, igualdad y solidaridad, siendo los mismos los valores del ordenamiento jurídico (2010: 151-181).

En ese sentido, en el texto *Ética, Poder y Derecho*, el autor referido ha precisado que “[...] el poder y el Derecho se consideran dos caras de la misma realidad. El poder es una fuerza institucionalizada, es decir abierta a valores, los valores morales de la libertad, la seguridad, la igualdad y la solidaridad que impulsa y apoya la existencia del Derecho, y que al mismo tiempo, es limitado y organizado por el Derecho.” (2004:78)

Conforme a lo indicado, sobre lo desarrollado por Peces –Barba, como bien señala Reynaldo Bustamante, la idea de derecho es de tipo prescriptivo sustentado en cuatro valores o principios (libertad, igualdad, seguridad y solidaridad) (Bustamante 2005: 121). Sin embargo, para dicho desarrollo, Gregorio Peces-Barba -como punto de partida- define al Derecho como:

[...] un ordenamiento jurídico estructurado por el Estado o poder político bajo la idea de sistema. En un plano teórico, este Derecho suele ser definido como un conjunto de normas jurídicas que, en alguna medida, resultan siendo públicas, generales, claras, estables, de cumplimiento posible, irretroactivas y no contradictorias, que poseen rasgos de unidad, coherencia y plenitud, aunque en el modelo de Peces-Barba presenta algunos matices que el autor se encarga de señalar. Así por ejemplo, en este modelo la unidad del sistema jurídico está dada por lo que denomina ‘norma básica de identificación de normas’; mientras que la plenitud y coherencia del sistema jurídico son de naturaleza formal, al parecer, debido a su concepción positivista abierta a valores: ‘La plenitud es una plenitud formal, puesto que siempre hay un operador jurídico competente para resolver y pronunciarse sobre los hechos. En muchos casos tendrá que resolver desde una norma concreta o desde un grupo de éstas, pero en otros lo hará partiendo de valores, principios de organización y derechos, es decir, desde lo que yo llamo normas principales –principios–, con lo que éstas proporcionarían criterios para resolver el caso concreto [...]. Esa es la plenitud y la coherencia derivada de que siempre hay una respuesta a cada caso que se presente, pero no porque la suministre necesariamente el Derecho en sus regulaciones, sino porque debe proporcionarla un operador competente’. (Bustamante 2005: 143-144).

De lo señalado, de manera preliminar, considero que el Derecho es un conjunto de normas jurídicas (que contiene reglas, principios y directrices) que gozan de las características de unidad y que siempre coadyuvarán a llegar a una respuesta en cada caso porque siempre existirá un operador competente para dar solución a las controversias jurídicas.

## A.2. ¿Es el Derecho igual a la moral?

Del concepto que he citado líneas arriba, se habrá podido advertir que existe una cierta carga moral en el Derecho, ello si tomamos en cuenta que el ente que resolverá una controversia no solo puede valerse de normas reglas sino que también de principios, lugar

ideal para argumentar desde una perspectiva moral. Pero ello no nos lleva a afirmar -necesariamente- que existe una identidad necesaria entre el Derecho y la moral. Es decir, hasta aquí no se puede afirmar que el Derecho que no es moral deja de ser tal<sup>50</sup>.

Al respecto, existen autores que descartan como prioridad el identificar la identidad entre Derecho y moral. Así por ejemplo, Hans Kelsen, al proponer la Teoría Pura del Derecho, señaló que la misma “[p]rocura responder a las preguntas sobre qué es y cómo es el Derecho, pero no a la cuestión de cómo debe ser o como debe elaborárselo.” (Kelsen 2003: 17)

Asimismo, Kelsen parece estar de acuerdo con la posibilidad de la existencia de un Derecho moral, entendido como un Derecho bueno; no obstante el referido autor señala más adelante:

[...] Importa aquí, ante todo, desligar el Derecho de aquel contacto en que desde antiguo fue puesto con la Moral. Naturalmente, en manera alguna se niega por esto la exigencia de que el Derecho debe ser moral, es decir bueno. [...] Solamente se rechaza la concepción de que el Derecho sea, como tal, parte integrante de la Moral; de que todo Derecho, por tanto, sea en cuanto Derecho, en algún sentido y en algún grado moral. (Kelsen 2003: 38)

En ese sentido, Kelsen pareciera sugerir que es deseable que el Derecho sea moral, pero descarta totalmente que el Derecho sea necesariamente moral. En ese sentido, podría existir un Derecho que no sea moral, claro está si consideramos únicamente lo señalado por Kelsen en su libro “La Teoría Pura del Derecho”.

Conforme a tal particular punto del desarrollo kelseniano, considero que no existe una desvinculación total entre el Derecho y la moral, aunque si descarto que todo el Derecho sea equivalente a la moral.

Para comprender mejor los alcances de la afirmación realizada en el párrafo precedente, considero que resulta importante la inclusión del desarrollo doctrinario de dos autores que, sin afirmar que existe una relación necesaria entre Derecho y moral, sí consideran que la inclusión de aspectos morales resulta importante para concebir al Derecho. Me refiero a los desarrollos doctrinales de H.L.A Hart y Gregorio Peces – Barba.

En lo que concierne al profesor H.L.A. Hart, al abordar la relación entre Derecho y moral, ha afirmado:

“Sostengo en este libro que aunque hay muchas diferentes conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el

---

<sup>50</sup> Lo señalado está vinculado a una de las preguntas que se pueden desprender de la relación entre el Derecho y la moral: ¿las normas jurídicas no morales dejan de ser Derecho? Otras de las preguntas de la relación indicada –y que no buscan ser respondidas en el presente trabajo- la ha precisado H.L.A. Hart, como: “¿ha estado el desarrollo del Derecho influido por la moral?” (Hart 1967: 97) Siendo una respuesta positiva para el referido autor (Hart 1967: 97). Además de la cuestión en mención, el autor precitado también plantea las siguientes interrogantes “¿Deben ciertas referencias a la moralidad formar parte de una definición adecuada del Derecho o del sistema legal? ¿Es sólo un hecho contingente que el Derecho y la moral a menudo se solapen (como en su común proscripción de ciertas formas de violencia y deshonestidad) y que compartan un vocabulario común (derechos, obligaciones y deberes)?” (Hart 1967: 98).

contenido del derecho y la moral; y, por tanto, disposiciones perversas pueden ser válida como reglas o principios jurídicos” (Hart 2000: 49)

Asimismo, haciendo una observación a una afirmación que identifica del profesor Ronald Dworkin, H.L.A. Hart también precisa:

“[...] Los derechos y las obligaciones jurídicas constituyen el punto en el cual el derecho protege, con sus medios coactivos, respectivamente, la libertad individual y la restringe, o confiere a los individuos, o les niega, la facultad de hacer uso, por ellos mismos, de la maquinaria coactiva del derecho. De esta manera, si las normas son moralmente buenas o malas, justas o injustas, los derechos y las obligaciones demandan atención como puntos focales en las operaciones del derecho, los cuales son de importancia suprema para los seres humanos, con independencia del mérito moral de las normas. Por tanto, es falso que enunciados de derechos y obligaciones jurídicas puedan tener sentido en el mundo real únicamente si hay algún fundamento moral para afirmar su existencia.” (Hart 2000: 50)

Finalmente, para el autor en mención, la existencia y el contenido del Derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (legislación, resoluciones judiciales, entre otras). Asimismo, ello no descarta que tales fuentes en algunas ocasiones incorpore criterios morales (Hart 2000: 50-54).

De lo afirmado podemos decir que -según Hart- existe una relación entre el Derecho y la moral, solo que ella no es necesaria. En ese sentido, según Hart, puede existir un Derecho perverso y no dejar de ser tal y ello es así toda vez que el Derecho protege con sus medios coactivos la libertad individual o la restringe o niega.

Sobre lo indicado y vinculando el desarrollo doctrinario de H.L.A. Hart con el de Kelsen, en lo que concierne a la relación entre moral y Derecho, el profesor Francisco Ansuátegui precisa:

Es claro, así lo reconocen también los defensores del positivismo, que entre Derecho y moral existen vinculaciones. Estamos frente a dos modelos normativos de ordenación de las conductas humanas, coincidentes por lo tanto en el objeto de regulación y entre otros aspectos, como el referido al carácter coactivo de ambos sistemas. En este sentido, la pureza kelseniana no debe ser entendida como el resultado, o la posibilidad de una desconexión entre el Derecho y la moral, sino como una exigencia de un determinado proyecto metodológico y de comprensión del Derecho. Hart por su parte, reconoce explícitamente la influencia de la moral sobre el Derecho [...]. (Ansuátegui: 611)

Por otro lado, en lo que respecta al desarrollo teórico de Peces – Barba, es indispensable definir qué entendemos por moral; tarea sobre la cual –dicho sea de paso- se ha escrito mucho, pero quisiera enfocarme al desarrollo que realiza el autor en mención, quien hace una separación entre moral privada y moral pública.

Sobre ello, podemos decir que la moral privada es el plan de vida de cada individuo regido por criterios de conducta para lograr la salvación, la virtud, el bien o la felicidad. No

obstante ello, dichos planes también deben ser plausibles de generalización y debe ser una opción que pueda ser tomado por otras personas (Peces-Barba: 75-77)<sup>51</sup>.

Diferente es la moral pública, elemento que es trascendental –según el profesor Peces – Barba- para identificar la relación entre moral y Derecho. Sobre tal moral, precisa que la misma es -a diferencia de la moral privada- de carácter formal y procedimental, toda vez que trata de:

“[...] configurar una organización política y jurídica, donde cada uno pueda establecer libremente sus planes de vida o elegir entre aquellos proyectos de planes de vida institucionalizados, por un grupo social [...]. Quiero así decir que en este punto de vista del paradigma de ética pública de la modernidad, la libertad inicial o de elección tiene una organización política y jurídica, inspirada y fundada en el valor de libertad social, a la que completan y matizan, la seguridad, la igualdad y la solidaridad, que permite llegar a las persona a abordar el ideal de autonomía o libertad moral.”(2004: 73)

Conforme a ello, tal concepción de la moral pública, implica la existencia de un conjunto de fines que se considera que debe lograr el poder político a través de su Derecho para que “[...] los espacios sociales y los ámbitos del poder y del Derecho sean racionales y estén abiertos a la realización de proyectos de humanidad; es decir para que todas las personas puedan determinar y realizar su propia ética privada” (Bustamante 2005: 125). Asimismo, la moral pública también tiene que ser plausible de generalización para todo tiempo y espacio, requiriendo además consenso por medio de la cual todos –o la gran mayoría- están de acuerdo con la moral pública (Bustamante 2005: 126).

Tomando en consideración los conceptos de moral pública y privada, Peces – Barba afirma, respecto a la relación entre Derecho y Moral, lo siguiente:

Para el modelo que defendemos es posible una vinculación entre el hecho fundante básico y la norma fundante básica que tenga en cuenta la triple relación entre ética, poder y Derecho. Eso supone frente al positivismo clásico, la consideración de la moralidad para identificar al Derecho y frente al iusnaturalismo que esa consideración de la moralidad pasa necesariamente por la norma fundante básica.

Conforme a lo indicado, si bien para Hart no hay una identidad necesaria entre Derecho y moral, para Peces – Barba es posible determinar tal identidad, siempre y cuando se considere que la norma fundante reconoce la moral pública.

Sobre lo indicado, y aplicado a la realidad nacional, me parece importante tomar en consideración que la Constitución Política del Perú tiene diferentes normas principios y reconoce a los derechos fundamentales. En ese sentido, sus disposiciones contienen lo que he definido como moral pública al permitir el libre desarrollo de la moral privada de los individuos. Asimismo, la aplicación adecuada de las reglas, principios y directrices que contienen ayudarán a resolver controversias llegando a un resultado justo.

---

<sup>51</sup> Tal interpretación también ha sido realizada por el profesor Reynaldo Bustamante (Bustamante 2005: 124).

En ese sentido, no niego que las normas que contienen la Constitución Política del Perú puede coincidir con aquellas reglas de comportamiento propias de diversas morales privadas y públicas. No obstante ello, no toda la moral pública ni mucho menos la totalidad de una moral privada en particular es Derecho. Para que dichas normas morales sean Derecho, tienen que ser emitidas por las autoridades que tienen competencias para expedir normas o para tener jurisdicción. Sin perjuicio de lo indicado, las normas que han sido expedidas por autoridades competentes pueden dejar de ser Derecho siempre y cuando sean expulsadas del ordenamiento ya sea por contravenir normas procedimentales o materiales (derechos fundamentales) reconocidas en la Constitución Política del Perú, por medio de los procesos correspondientes (por ejemplo el proceso de inconstitucionalidad y el de acción popular).

### A.3. ¿Es el Derecho necesariamente justo?

#### i. *El concepto de Justicia*

Existen diferentes teorías sobre la justicia, entre ellas las desarrolladas por John Rawls, Ronald Dworkin y Amartya Sen. Respecto a los mencionados autores, en el presente apartado solo me enfocaré en parte de la producción académica de Rawls, sobre su Teoría de la Justicia.

Dicho autor entiende a la Justicia como imparcialidad, siendo un elemento relevante el concepto de “posición original” (*statu quo* inicial apropiado como diría Rawls) que se caracteriza por que los sujetos tienen un velo de ignorancia al momento de elegir los principios de justicia (Rawls 2006: 25). Es decir, las personas al momento de escoger los principios de justicia no saben:

- Cuál es su lugar en la sociedad.
- Cuál es su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza, entre otros factores.
- Sus concepciones acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas especiales.

Este velo de la ignorancia, permite que todas las personas de una sociedad determinada se encuentren en una condición semejante, lo que coadyuvará a que la elección de los principios de justicia luego sea resultado de un acuerdo justo (Rawls 2006: 25).

Conforme a lo precisado hasta aquí, no solamente considero que la Justicia implica que aquellos que elijan los principios que regirán a la sociedad (y que están contenidos en la Constitución Política del Perú) deben ser imparciales considerando que pueden estar en cualquier situación imaginable (uno puede ser homosexual, afrodescendiente, por nombrar algunas de las características que históricamente han estado relacionadas con tratos discriminatorios). Sin embargo, dicho mandato también puede ser trasladado a los poderes constituidos reconocidos en la Constitución, quienes **aplicarán las reglas y principio con imparcialidad.**



En ese sentido, para que exista una situación de justicia, los derechos de los empresarios mineros (como la libertad de empresa) como de la población (como el derecho al medio ambiente) deben ser tratados con imparcialidad, atendiendo al caso concreto.

Sin perjuicio de lo señalado, considero que la Justicia -en el marco de la protección de los derechos humanos- implica también el cumplimiento del principio de competencia el cual limita a los entes del Estado en el ejercicio de su poder impidiendo que su actuar no vaya en contra el principio de imparcialidad y de los derechos humanos de la población.

## *ii. La Justicia y el Derecho*

Habiendo precisado lo que entiendo por Justicia, me parece innegable el afirmar que existe una relación entre la Justicia y el Derecho. Sin embargo, ello no era tan obvio para Hans Kelsen, quien negaba la existencia de una identidad necesaria entre la Justicia y Derecho -claro está, desde la perspectiva de la Teoría Pura del Derecho- e incluso llegó a señalar que la Justicia “[...] en ningún caso es asequible al conocimiento racional, como lo prueba la historia del espíritu humano, que desde hace siglos se afana en vano por la solución de este problema.” (Kelsen 2003: 41)

A diferencia de lo que sugiere Kelsen, sí considero que es deseable que se busque que el Derecho sea justo. No obstante ello, reconozco que pueden darse situaciones en las que el Derecho puede llegar a ser injusto pero, no por ello, el Derecho dejaría de ser tal. Ello obedece a que la Justicia es un valor de la moral pública pero que no necesariamente está reconocido en todo el Derecho y más bien se da a propósito de la aplicación de las normas y principios reconocidos en el ordenamiento. En ese sentido, puede haber Derecho injusto.

Sin perjuicio de ello, el derecho debe tener una vocación de justicia solo que dicho valor es incorporado al derecho por medio de las vías institucionales a través del legislador o los entes con jurisdicción.

### A.4. Definición final del concepto de Derecho

Habiendo expuesto una definición preliminar de Derecho -y relacionarlo con la moral y la Justicia, considero que el Derecho es el conjunto de normas jurídicas (que contiene reglas, principios y directrices) que gozan de las características de unidad y que siempre coadyuvarán a llegar a una respuesta en cada caso porque siempre existirá un operador competente para dar solución a las controversias jurídicas. Dichas normas no necesariamente tienen contenido moral. Asimismo, el Derecho tenderá a ser justo puesto que las normas jurídicas buscan aplicarse con imparcialidad.

### ***B. El concepto de derechos humanos y el contenido del derecho al medio ambiente***

Como he señalado líneas arriba, considero que el Derecho, al contener principios, tiene cierta carga moral aunque no toda la moral está reconocida en el Derecho. En ese sentido, entre las normas que dan lugar a la inserción de la moral pública encontramos a los derechos humanos.

Sobre esto último, para Carlos Santiago Nino, los derechos humanos tienen una fundamentación eminentemente moral. Asimismo, dicha fundamentación se da en el plano del discurso moral cuya justificación permite llegar a consensos y, como señala Robert Alexy (respecto a lo desarrollado por Nino):

Los consensos producidos discursivamente tienen una función social esencial: evitan o eliminan conflictos y posibilitan o facilitan la cooperación [...]. Entonces, se podría pensar en justificar los discursos, primero, por ser el medio para el fin de la solución pacífica de conflictos y de la cooperación, y segundo, porque la solución pacífica de conflictos hasta evitar la guerra civil, así como la cooperación social, representan valores morales. (Alexy 1989: 18).

Por otro lado, Carlos Santiago Nino parte de la idea que los derechos humanos son derechos morales aunque no todos ellos son derechos humanos. En otras palabras, los derechos humanos son un tipo de derechos morales (Nino 1989: 40). Asimismo, los derechos humanos “[...] son derechos morales que se conceden tomando como única propiedad relevante de sus beneficiarios la de pertenecer a la especie humana” (Nino 1989: 43).

Asimismo, Carlos Santiago Nino señala que son tres los principios de los cuales se desprenden los derechos humanos fundamentales:

Uno es el principio de **inviolabilidad** de la personas, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos; el segundo principio es el de **autonomía** de la persona y él asignan un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia (y, en virtud de un principio complementario, al placer y a la ausencia de dolor); el tercer principio, el de **dignidad de la persona**, prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades. (Nino 1989: 46) [Énfasis agregado].

En el sentido expuesto, los mencionados principios fundamentan los derechos humanos y son criterios a usar para dotar de contenido a cada uno de ellos. En ese sentido, **los derechos humanos son aquellos que tienen reconocimiento en el ordenamiento y contenido moral, permitiendo el resguardo de la inviolabilidad de la persona, su autonomía y dignidad.**

Sin embargo, los referidos principios que dan contenido a los derechos humanos deben tener un límite, sobre ello bien se sabe que la delimitación del contenido de un derecho humano se realiza en cada caso concreto y la protección y garantía de cada uno de dichos derechos por parte de las entidades estatales siempre se realizará bajo el principio de competencia.

La aplicación de la definición sobre los derechos humanos y sus límites, hay que tenerla presente al afirmar que el derecho al medio ambiente es un derecho que tiene reconocimiento en el artículo 22° de la Constitución Política del Perú, teniendo un conjunto de garantías para su resguardo en un capítulo específico (Capítulo II del Título III) de la referida norma fundamental, sin perjuicio del reconocimiento de los procesos constitucionales, en su artículo 200°.

No obstante, como bien lo señala el profesor Luis Alberto Huerta, tal reconocimiento del derecho al medio ambiente no va unido a una precisión a su contenido, existiendo dificultades en su determinación tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario (2012: 39 – 44). Tal dificultad, advierte el profesor mencionado, “[...] podría llevar a que el proceso de amparo sea utilizado para hacer frente a cualquier problema relacionado con el medio ambiente, distorsionándose sus reales alcances y posibilidades de resolución de conflictos [...]” (2012: 40).

En efecto, el derecho al medio ambiente puede ser tutelado por diversos procesos, como los constitucionales. Cada uno de estos procesos tiene un objeto determinado. En el caso del proceso de amparo iniciado por la afectación del derecho al medio ambiente, el órgano jurisdiccional competente (como el Tribunal Constitucional) puede analizar su afectación en el caso concreto, no obstante tal análisis podría implicar la determinación de que la controversia no se refiere a la afectación al derecho al medio ambiente sino a un aspecto no fundamental, aunque referido al medio ambiente.

Diferente es la situación de los procesos de inconstitucionalidad en los que se cuestiona la validez, por afectación al principio de competencia, de ordenanzas que buscan tutelar el derecho al medio ambiente. Sobre ello, en tales procesos no se puede analizar la afectación del derecho al medio ambiente en un caso concreto y sus complejidades (de si una actividad extractiva minera determinada afectaría el derecho al medio ambiente); asimismo, el punto central de la controversia es si la ordenanza afectó o no el principio de competencia. No obstante, si se confirma la competencia del ente para expedir una determinada ordenanza, se pasará a analizar si la misma, en efecto, está de conformidad con el derecho al medio ambiente en caso entre en conflicto con otro derecho fundamental.

No obstante, para una mayor precisión a futuro del desarrollo del contenido del derecho al medio ambiente, resulta indispensable tomar en cuenta que tal derecho tiene un contenido moral, el cual deberá ser determinado por los operadores con competencia para ello, en específico, los jueces.

Tomando en cuenta la importancia y trascendencia del derecho al medio ambiente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha realizado el desarrollo de lo que implica tal derecho, precisando sus manifestaciones como medio ambiente (i) equilibrado y (ii) adecuado, siendo el primero el derecho a la protección del sistema complejo y dinámico en el que se desarrolla la vida y, el segundo, el derecho a que se conserve las condiciones naturales del ambiente para acceder a una vida digna (Fundamentos Jurídicos 8 y 9 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 964-2002-AA/TC).

Frente a tales manifestaciones, el Tribunal Constitucional ha precisado que las obligaciones que tiene el Estado implican:

10. Tal derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales como de los derechos prestacionales. En su faz reaccional, éste se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el medio ambiente equilibrado y adecuado para el

desarrollo de la vida humana.

En su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades, entre las cuales cabe mencionar la de expedir disposiciones legislativas destinadas a que desde diversos sectores se promueva la conservación del ambiente. Desde luego, no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecte a ese ambiente equilibrado. El Tribunal considera que, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, especial relevancia tiene la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que 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, este Tribunal estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no sólo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan. (Sentencia recaída en el Expediente N° 964-2002-AA/TC)

Conforme a lo señalado considero que **el contenido del derecho al medio ambiente podrá determinarse en cada caso concreto, sin poder precisar alguna definición sobre el mismo, salvo el precisar que implica que el medio ambiente debe ser equilibrado en cuanto a sus elementos y adecuado a favor de una vida digna.** Asimismo, es del caso precisar que el ejercicio de tal derecho implicará una serie de garantías por parte del Estado peruano.

### **3.2.2. El principio de competencia**

El Estado es tal porque el pueblo ha determinado su existencia, su funcionamiento así como las normas fundamentales que limitan su acción, las cuales se encuentran reconocidas en la Constitución. Dicha creación, bajo la concepción de un Estado Constitucional de Derecho, obedece a que este tiene el deber de salvaguardar los derechos de su población.

El deber de protección, garantía y promoción de los derechos humanos se hace efectivo por los entes estatales, en el marco de las competencias reconocidas en la Constitución. Para tener más en claro las implicancias de la afirmación referida, resultaría importante determinar qué significa el término competencia.

Para Cassagne, la competencia es un principio de la organización administrativa -junto con los principios de jerarquía, centralización y descentralización (2002: 231, Tomo I). En ese sentido -realizando una breve crítica a las posturas que diferencian lo que implica las competencias y las atribuciones- señala:

El error en que incurren los partidarios de la distinción deriva de definir la competencia como la medida de la potestad de un órgano, siguiendo un criterio similar a la doctrina procesalista que caracteriza a la competencia como la medida de la jurisdicción, mientras que la *competencia consiste en la aptitud legal para ejercer dichas potestades y ser titular de ellas.*

Esa competencia tiene, ante todo, una raíz objetiva, en el sentido de que a partir de la formulación del régimen administrativo napoleónico, ella no surge más de la sola voluntad del monarca o funcionario, sino *que se hallará predeterminada por la norma*. Este principio de objetivación de la competencia no implica, empero, la eliminación de la actuación discrecional en la elección del criterio o de la oportunidad para dictar el pertinente acto administrativo, pero exige que la aptitud legal del ente o del órgano de la Administración se base en una norma objetiva. (Cassagne 2002: 236, Tomo I)

En ese sentido, la competencia es la capacidad que tienen los órganos para ejercer un acto, la misma que se encuentra reconocida por las normas legales.

Similar sentido ha sido recogido por Agustín Gordillo, quien siguiendo a Sayagués Laso, ha señalado:

*La competencia es el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer; el concepto de “competencia” da así la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo: es su aptitud legal de obrar y por ello se ha podido decir que incluso formaría parte esencial e integrante del propio concepto de órgano.* (Gordillo 2004: XII-5, Tomo I)

Sin perjuicio del ello, este autor resalta que mientras en el derecho de los sujetos privados la capacidad es la regla, en el caso de las entidades del estado la incapacidad es la regla y tiene que estar legitimado para ejercer un acto por medio de una competencia reconocida por normas de rango legal o infra legal<sup>52</sup>.

De cierta forma, el Tribunal Constitucional ha acogido el criterio señalado, al precisar en su jurisprudencia que:

“[...] La competencia es la asignación de sus funciones a un determinado órgano-institución. La competencia no constituye un derecho subjetivo del órgano. Como, en principio, el Estado no es titular de derechos, la competencia de sus órganos de poder tampoco ha de ser considerada como un derecho. [German J. Bidart Campos. Manual de la Constitución Reformada, Tomo III. Ediar, Argentina, 2001, pp. 11-12]”. (Fundamento N° 11 de la sentencia recaída en el expediente N° 10-2003-PI)

Asimismo, el ejercicio de las competencias tienen ciertos límites; en ese sentido “[l]a competencia de los titulares de los órganos u organismos estatales, para realizar actos estatales válidos, se manifiesta en los ámbitos personal, material, temporal, territorial y procesal.” (Fundamento 10.5 de la Sentencia recaída en el expediente N° 13-2003-CC).

Además de lo referido, el Tribunal Constitucional ha precisado que las competencias pueden ser exclusivas, compartidas y delegadas (Fundamento 10.3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 13-2003-CC).

---

<sup>52</sup> Más adelante, el autor señalaría que el ordenamiento de la República Argentina permitiría realizar la regulación de las competencias de los órganos constitucionales no solo por ley en sentido estricto sino también por medio de reglamentos.

Como conclusión, podemos señalar que la competencia es la habilitación que se brinda a un ente del Estado para que pueda actuar. Si realiza una actuación sin la referida habilitación, entonces podemos decir que el acto se encuentra viciado de incompetencia y, previo seguimiento del procedimiento específico, puede determinarse su invalidez. Ello inclusive si el acto se realiza bajo el discurso de protección de un bien relevante como lo es un derecho humano.

#### *A. El conflicto entre el principio de competencia y el deber de proteger derechos humanos*

Líneas arriba del presente trabajo, se ha abordado lo que se entiende por Derecho, derechos humanos y el principio de competencia.

Al respecto, se ha mencionado que el Derecho es el conjunto de normas jurídicas que contiene reglas, principios y directrices, que gozan de las características de unidad y que siempre coadyuvarán a llegar a una respuesta en cada caso porque siempre existirá un operador competente para dar solución a las controversias jurídicas. Dichas normas se sustentan en principios fundantes, con contenido moral (entendido como moral pública). Asimismo, el Derecho tenderá a ser justo puesto que las normas jurídicas buscan aplicarse con imparcialidad.

Junto a tales normas que conforman la idea de derecho se encuentran los derechos humanos y el principio de competencia, los cuales tienen un sustento moral y buscarán ser justos porque se irradian de la garantía de imparcialidad, toda vez que se deben aplicar en condiciones de igualdad, sin que exista un grupo privilegiado.

Teniendo presente ello, los derechos humanos pueden ser entendidos como normas que se irradian a su vez de los principios de inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona, buscando optimizarse de la mayor manera posible en beneficio de esta.

Pero el Derecho no solo se compone de derechos humanos. Tomando en cuenta que según el artículo 1° de la Constitución Política del Perú establece que la persona humana es el fin de la sociedad y el Estado, entonces queda claro que el Estado existe para resguardar y garantizar los derechos humanos, como lo es el derecho al medio ambiente. Pero como hemos visto, la libertad no es el principio que rige el actuar del Estado, sino el principio de competencia. Una entidad del Estado solo podrá actuar –de una manera específica- a favor de la tutela de un derecho humano si es que una norma le habilita para ello, siendo un acto realizado por una entidad del Estado, sin competencia reconocida por el ordenamiento, un acto arbitrario e –de ser cuestionado por los procesos correspondientes- inválido.

Hecha la precisión, como se ha podido evidenciar de las críticas realizadas a la forma cómo el Tribunal Constitucional se encuentra resolviendo los procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas regionales y locales que buscan proteger el derecho al ambiente (y según los críticos, en clara contravención a los intereses de la población); existen una tensión entre el principio de competencia y el principio de garantías del derecho al medio ambiente; toda vez que, si bien en parte de los cinco (5) procesos identificados, al

expedirse la norma cuestionada se apeló al principio de garantía del derecho al medio ambiente, el mismo fue dejado de lado al resolverse la controversia en aplicación del principio de competencia. Tal tensión será abordada en las siguientes líneas.

### ***B. El principio de competencia y los derechos humanos***

Si bien se ha afirmado -en el presente trabajo- que no existe una vinculación necesaria entre la moral y el Derecho, se ha reconocido también que existen principios morales reconocidos en la Constitución, como lo son los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política del Perú. Atendiendo a ello, corresponde preguntarnos si es que existe una dimensión moral en el principio de competencia, el cual tiene reconocimiento en la Constitución. Al respecto, para Gregorio Peces - Barba existe una moralidad del poder (i) limitado y (ii) organizado por el Derecho, la cual conforma la moralidad procedimental.

En lo que concierne a la (i) limitación, “[...] representa una garantía externa de barrera frente a la extensión incesante del poder. Es el problema del poder contemplado desde el gobernado, desde el súbdito y es un rasgo distintivo respecto de los anteriores donde éste era sólo un súbdito que soportaba las normas de las que era destinatario” (Peces – Barba 2004: 84).

Al respecto, el autor en mención precisa que ello se puede ver con el reconocimiento de derechos humanos positivizados en el ordenamiento, teniendo ellos un ámbito de protección a favor de la persona humana impidiendo la no interferencia en la libre acción de sus titulares, su promoción de la participación en el poder y las acciones positivas a favor de la satisfacción de necesidades básicas (Peces – Barba 2004: 84). Respecto a ello, también afirma el autor señalado que: “[...] [e]l objetivo de esta dimensión de limitación es realizar a través de los derechos los valores morales, de libertad, seguridad, igualdad y solidaridad que permiten el ejercicio individual de la moralidad privada. [...]” (Peces – Barba 2004: 86).

Por otro lado, (ii) en lo que respecta a la dimensión de organización, que forma parte de la llamada moral procedimental, para Gregorio Peces - Barba:

[...] supone la creación de estructuras racionales que aseguren un trato libre e igual para todos y una toma de decisiones objetivas y razonables. Es el problema del poder contemplado desde la perspectiva del gobernante, pero no expresa el gobierno de la voluntad de los hombres sino el gobierno de la voluntad de las leyes, es decir de una voluntad racional. Estas dos facetas se contemplan ya en Montesquieu cuando distingue entre las leyes que forman la libertad política en relación con la Constitución (Primera Parte. Libro XI) que se puede identificar con los principios de organización y la libertad política en relación con el ciudadano, que se pueden identificar con los derechos fundamentales relevantes para su tiempo (Parte Primera Libro XII). Por eso, en un embrión del modelo de la modernidad dirá que la primera «está formada por una cierta distribución de los tres poderes» y la segunda «en la seguridad, o en la opinión que se tiene de su seguridad» aunque para él la seguridad sea sinónimo de garantías procesales, es decir de la bondad de las leyes criminales (presunción de inocencia, condena con pruebas, racionalidad y proporción de las penas, etc). (Peces – Barba 2004: 84)

Complementando lo indicado, para Peces – Barba, la dimensión de organización es la expresión de la racionalización del poder desde las premisas de esa ética pública conformada por: (a) la Constitución y la ley, (b) la separación funcional de poderes, (c) la separación territorial de poderes, (d) el pluralismo jurídico y organizativo (Peces – Barba 2004: 89-92).

De conformidad con lo señalado, y tomando en cuenta que el Estado no se rige por el principio de libertad sino por el principio de competencia, una entidad estatal no podría realizar actuación alguna a favor de la protección, garantía y promoción de los derechos humanos en un caso concreto si es que no tiene competencia para ello. En ese sentido, el principio de competencia y las normas que la desarrollan permiten que las entidades del Estado puedan respetar, garantizar y promover los derechos humanos de forma adecuada. A su vez, el principio de competencia es un límite al ejercicio del poder por parte de las entidades estatales.

En ese sentido, existe cierta moralidad (formal) en el reconocimiento principio de competencia y su aplicación, toda vez que permite que no haya una interferencia injustificada por parte del Estado en los derechos fundamentales de las personas (solo pueden actuar si tiene competencia para ello). Asimismo, permite la acción del Estado de una determinada manera ante hechos iguales vinculados a la protección de derechos humanos. Así por ejemplo, bajo el principio de competencia las personas bajo una misma condición, tienen el derecho a la misma prestación de diversos servicios por parte de las autoridades competentes. En caso no se respete tal trato conforme al principio de competencia (ocasionando un trato discriminatorio o no igualitario) el mismo puede ser judicializado. En ese sentido, el principio de competencia permite la garantía de los derechos humanos.

No obstante lo señalado, a pesar que el principio de competencia permite la optimización del principio de garantía de los derechos humanos, conforme se precisa a lo largo de la presente tesis, existen situaciones en donde ambos principios entran en conflicto, como en los procesos de inconstitucionalidad en los que se cuestiona una ordenanza que busca proteger un derecho humano pero tal norma desconoce el principio de competencia.

### ***C. Protección de los derechos humanos según el principio de competencia en el caso del Estado peruano***

#### ***C.1. Normas y principios que regulan las competencias de los niveles de gobiernos***

Según el artículo 43° de la Constitución Política del Perú, el Estado peruano es unitario y descentralizado. En ese sentido, si bien el Estado peruano es unitario (y por lo tanto no es un Estado Federal conformado por varios Estados Federados) también es descentralizado. Es decir, en el Estado peruano se sigue un proceso por el cual se está transfiriendo -de forma gradual y ordenada- las competencias del Gobierno Nacional a los Gobiernos Regionales y Locales, dicho proceso tiene una regulación legal específica que será abordada con mayor detalle líneas abajo.



Conforme a lo señalado, existe un cuerpo jurídico nacional que regula todo lo relacionado a las competencias, conformado tanto por la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades, Ley de Bases de la Descentralización por nombrar algunas normas) así como por las normas de rango legal e infralegal que reconocen o desarrollan una competencia. Adicionalmente a lo indicado, es importante tener presente que el conjunto de normas jurídicas sobre competencias que está en todo el ordenamiento jurídico también está conformado por normas reglas y principios.

Por ejemplo, entre las normas reglas que recogen competencias (algunas de las cuales también están reconocidas en la Constitución) se encuentra el artículo 11° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo que reconoce la competencia del referido Poder para emitir decretos legislativos, decretos de urgencia, decretos supremos y resoluciones supremas.

No obstante lo señalado, la normas reglas que reconocen competencias no regulan todas las situaciones en las que una entidad estatal puede actuar con la finalidad de proteger derechos humanos. Ante tales limitaciones normativas, también existen normas principios que permiten determinar al titular de una competencia referida a la protección de los derechos humanos.

Tomando en cuenta que las preguntas que intentamos responder en el presente apartado están referidas directamente a un conflicto subyacente (entre el principio de competencia y el deber de respeto, garantía y protección de los derechos humanos) al ejercicio de competencias entre Gobiernos Regionales y Locales frente al Gobierno Nacional, corresponde considerar los principios que contiene las normas que regulan las competencias y que se aplican de forma especializadas a los conflictos de competencias entre los gobiernos señalados.

Para ello, hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de una serie de principios aplicables a los conflictos de competencias entre Gobiernos Regionales y Locales contra el Gobierno Nacional, considerados en lo que ha denominado el Test de Competencia<sup>53</sup>.

Es decir, ante la inexistencia de una clara determinación de competencias por parte de la Constitución Política del Perú, por medio de la aplicación de los referidos principios se puede identificar si es un Gobierno Regional o Local o el Gobierno Nacional quien tiene una competencia para garantizar y promover el ejercicio de un derecho humano.

### *C.2. Los principios reconocidos en el Test de Competencia*

El término Test de la Competencia puede verse incorporado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con la expedición de la sentencia recaída en el Expediente N° 13-2003-CC, referida a un conflicto de competencia, aunque no se hace una precisión expresa

<sup>53</sup> El profesor Omar Sar hace una crítica al uso de tal término puesto que, a su parecer, antes de calificarlo como un test sería preferible hablar de una mera estrategia argumentativa, puesto que no tiene niveles secuenciales de análisis ni parámetros concretos de decisión (SAR SUÁREZ 2012: 269-270).

de aquello que implica el referido Test. No obstante, pareciera que el mismo contiene una serie de consideraciones como la competencia personal, material, temporal, territorial y procesal, así como otras condicionantes como la indegabilidad, la taxatividad, la razonabilidad y la proporcionalidad.

Con posterioridad, por medio de las sentencias recaídas en los Expedientes N°s 2-2005-AI y Acumulados N° s 20 y 21-2005-AI (Caso Hoja de Coca I), el Tribunal Constitucional precisó de forma expresa los alcances del Test de Competencia, tal cual se entiende en la actualidad, precisando en su fundamento jurídico 32 que el mismo es aplicable en aquellos casos en los cuales deba definirse competencias que (i) cuenten con desarrollo constitucional, pero que generen confusión al momento de interpretar y definir titularidad, (ii) sobre todo cuando, por la naturaleza de los órganos y funciones, se reconozcan competencias compartidas.

No obstante, este último criterio no ha sido cumplido con uniformidad por parte del Tribunal Constitucional toda vez que en algunas controversias con las características señaladas muchas veces ha resuelto aplicando únicamente las normas de competencia, sin aplicar el referido Test. Así por ejemplo, de los cinco (5) casos analizados en la presente Tesis, solo en dos (2)<sup>54</sup> se aplicó el Test de Competencia.

No obstante ello, independientemente de si el Test de Competencia es aplicado uniformemente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es importante tomar en consideración los principios que la conforman, puesto que nos podrán dar luces de cómo resolver una controversia competencial cuya complejidad no puede ser resuelta con la sola consideración de normas reglas.

Tomando en consideración lo señalado, en las siguientes líneas se desarrollará cómo el Tribunal Constitucional ha incorporado el mencionado Test y qué implica su consideración para resolver controversias de inconstitucionalidad en las que, materialmente, se resuelve un conflicto de competencias.

#### *(i) Principio de unidad:*

El artículo 43° de la Constitución señala que “[...] El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.”

En razón de lo precisado, el Estado peruano y su gobierno, no es solo unitario, sino que también es descentralizado. Asimismo, el artículo 189° de la Constitución establece:

El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones 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 y de la Nación.

---

<sup>54</sup> Me refiero a los casos Conga y cuenca de Huayabamba.

Sumado a ello, los artículos 191° y 194° de la Constitución recogen el contenido de la autonomía de los Gobiernos Regionales y Locales. En el mencionado sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que:

Un análisis conjunto de las referidas disposiciones permite sostener que el Estado peruano no es 'unitario descentralizado', sino 'unitario y descentralizado'. [...] Encierra profundas diferencias en lo que a la distribución horizontal del poder respecta.

Un Estado 'unitario descentralizado' es meramente un Estado unitario complejo, es decir, aquel en el que la descentralización solamente se presenta en un ámbito administrativo, más no en un ámbito político. En dichos Estados, las entidades descentralizadas no gozan de verdadera autonomía, pues si bien tienen importantes potestades reglamentarias y ejecutivas, éstas, finalmente, reducen su cometido a la ejecución de las leyes estatales.

Sin embargo, *nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política.* Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191° de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículo 192°6 y 200°4 de la Constitución). (Fundamento Jurídico N° 38 de la sentencia recaída en los expedientes acumulados N°s 20-2005-PI y 21-2005-PI)

En razón de lo expuesto, cuando se trate de determinar a qué órgano corresponde una competencia, necesariamente se debe considerar que el Estado peruano es unitario y descentralizado.

Habiendo precisado las implicancias del principio de unidad, podemos desarrollar a continuación a los principios que determinan su cumplimiento o su mejor desarrollo.

#### (i.a.) Cooperación y lealtad regional

El fundamento constitucional del presente principio: “[...] se deriva implícitamente de los artículos 189°, 191° y 192° de la Constitución. Opera como una garantía institucional, pues asegura que el proceso de descentralización no degenera en uno de desintegración en el que los gobiernos regionales puedan confundir el principio de autonomía que le ha sido reconocido constitucionalmente (artículo 191°) con los de autarquía o soberanía interna.”(Fundamento Jurídico N° 44 de la Sentencia recaída en los Expedientes Acumulados N°s 20-2005-PI y 21-2005-PI)

Asimismo, por medio del presente principio se debe considerar que si bien el Estado es descentralizado, y que tanto los Gobiernos Regionales y Locales tienen autonomía, la misma debe ser ejercida en el marco de lo que establece la Constitución y las leyes que determinan las competencias. (Fundamento N° 39 de la Sentencia recaída en los Expedientes Acumulados N°s 20-2005-PI y 21-2005-PI).

En el mencionado sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

42. Los gobiernos regionales, al tener un deber de cooperación leal, o de lealtad regional, en la consecución de los fines estatales, no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales. Asimismo, tienen la obligación de facilitar el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al Gobierno Nacional así como a los gobiernos municipales. También la de abstenerse de realizar toda medida que pueda comprometer o poner en peligro el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a tales instancias de poder estatal y vecinal.

43. Por ello, los gobiernos regionales tienen la obligación genérica de respetar la Constitución y las leyes que por encargo de ella limitan su actuación competencial. Y la obligación específica de cooperar con el Gobierno Nacional y los gobiernos locales, cuando éstas precisen de la asistencia regional para el cumplimiento de sus fines. (Fundamentos N° 42 y 43° de la Sentencia recaída en los Expedientes Acumulados N°s 20-2005-PI y 21-2005-PI)

En conclusión, los Gobiernos Regionales y Locales tienen las siguientes obligaciones frente al Gobierno Nacional:

- Respetar la Constitución y las leyes que determinan las competencias tanto del Gobierno Nacional como de los Gobiernos Regionales.
- No interferir en las competencias del Gobierno Nacional establecidas en las normas referidas.
- Facilitar por medio de sus competencias la misión otorgada al Gobierno Nacional.

#### (i.b) Taxatividad y cláusula de residualidad

El Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de taxatividad se desprende del segundo párrafo del artículo 192°, reforzado por su inciso 10) el cual precisa algunas de las competencias de los gobiernos regionales y señala que las demás inherentes a su función se realizan conforme ley (Fundamento Jurídico N°49 de la Sentencia recaída en los Expedientes Acumulados N°s 20-2005-PI y 21-2005-PI).

En ese sentido, un ente no puede ser titular de una competencia si es que una norma no lo establece así de forma expresa.

Un matiz a tal principio lo representa la cláusula de residualidad, respecto a la cual el Tribunal Constitucional ha señalado que:

Bajo tal perspectiva, a tal como ha tenido oportunidad de reseñar este Tribunal, 'Por más que la cláusula de residualidad no está expresamente reconocida en la Constitución, a diferencia de lo que sucede en ordenamientos comparados (...), a partir del principio de unidad [...] cabe señalar que las competencias regionales sólo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes

de desarrollo de descentralización, de modo que lo que no esté señalado en ellas, corresponde a la competencia exclusiva del Gobierno Central.'

Los gobiernos regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. En otras palabras, los gobiernos regionales se encuentran sometidos al principio de taxatividad, de modo tal que aquellas competencias que no les han sido conferidas expresamente, corresponden al Gobierno Nacional (cláusula de residualidad). (Fundamento N° 49 de la Sentencia recaída en los Expedientes Acumulados N°s 20-2005-PI y 21-2005-PI)

En conclusión, el Principio de Taxatividad consiste en que los Gobiernos Regionales solo tienen las competencias que la Constitución y las leyes les hayan otorgado. Por otro lado, la cláusula de residualidad consiste en que si no hay una competencia reconocida expresamente en la Constitución y las normas legales, a favor de los Gobiernos Regionales y Locales, automáticamente deberá considerarse como una competencia del Gobierno Nacional.

#### (i.c.) Control y tutela

Puesto que la regionalización se realiza dentro del marco del proceso de descentralización, los gobiernos regionales se encuentran sujetos al control y la tutela de los órganos nacionales. (Fundamento Jurídico N° 53 de la Sentencia recaída en los Expedientes Acumulados N°s 20-2005-PI y 21-2005-PI)

Acorde con ello, el artículo 199° de la Constitución señala que:

**Artículo 199.-** Los gobiernos regionales y locales son fiscalizados por sus propios órganos de fiscalización y por los organismos que tengan tal atribución por mandato constitucional o legal, y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que organiza un sistema de control descentralizado y permanente. Los mencionados gobiernos formulan sus presupuestos con la participación de la población y rinden cuenta de su ejecución, anualmente, bajo responsabilidad, conforme a ley.

Asimismo, el mencionado principio se ha desarrollado por el artículo 21° de la Ley de Bases de la Descentralización, el cual establece los mecanismos de control y tutela de los actos de los gobiernos regionales, entre los que se especifica cuáles son los órganos nacionales que realizan la mencionada función.

Por lo tanto al momento de precisar la titularidad de una competencia respecto a un Gobierno Regional no se debe perder de vista que sus actividades ejercidas en el marco de sus competencias no están exentas de control y fiscalización, sino por el contrario por medio la fiscalización hecho por otros órganos se busca su mejor ejercicio.

#### (ii) Principio de competencia:

### (ii.a.) Distribución de competencias

La autonomía política-normativa de los Gobiernos Regionales y Locales se concretizan en su capacidad para expedir normas de rango de ley. En ese sentido los Gobiernos Regionales y Locales -al igual que el Gobierno Nacional- pueden expedir normas con rango de ley, en ese sentido resulta difícil su articulación normativa con el Gobierno Nacional, considerando únicamente el principio de jerarquía -entendido en su versión clásica-, por lo tanto resulta de suma importancia analizar la validez de las normas cuestionadas a la luz del principio de competencia (Fundamentos 57 al 64 de la de la Sentencia recaída en los Expedientes Acumulados N°s 20-2005-PI y 21-2005-PI).

En razón de lo señalado, y considerando que las normas que establecen competencias están reconocidas en la Constitución y las leyes, para determinar si una norma de rango legal no contravino el marco de competencias del órgano emisor no solo se considerará el principio de jerarquía normativa sino que también se supedita su validez a las normas legales que conforman el bloque de constitucionalidad. (Fundamento N° 64 de la de la Sentencia recaída en los Expedientes Acumulados N°s 20-2005-PI y 21-2005-PI).

### (ii.b.) Bloque de constitucionalidad

Las competencias de los gobiernos regionales se encuentran en diversos artículos de la Constitución. Así, por ejemplo, en el artículo 192° de la Constitución, en cuyo inciso 7) establece que los Gobiernos Regionales son competentes para “Promover y regular actividades y/o servicios en materia de *agricultura*, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, *minería*, vialidad, comunicaciones, educación, salud y *medio ambiente, conforme a ley.*” (Subrayados agregados); asimismo el inciso 10) establece que las demás competencias inherentes a la función de los GR se ejercen en concordancia a las leyes.

En ese sentido, y conforme a lo establecido al artículo 106° de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha señalado que el término “ley” referido anteriormente referencia se circunscribe a la Ley Orgánica. En ese sentido, el parámetro natural de constitucionalidad para determinar las competencias de los Gobiernos Regionales son la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. (Fundamentos Jurídicos N° 65-68 de la sentencia recaída en los expedientes acumulados N°s 20-2005-PI y 21-2005-PI).

Sin desmedro de lo señalado, para determinar las atribuciones de cada órgano en el caso de competencias compartidas, tenemos que remitirnos a las normas del Gobierno Nacional que regulan las materias que son de competencia compartida. En el mismo sentido el artículo 79° de Código Procesal Constitucional ha señalado que: “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.” En razón de lo acotado, el bloque de constitucionalidad sobre las competencias de los Gobiernos Regionales no solo se encuentra conformado por la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de los

Gobiernos Regionales sino que incluso por otras leyes nacionales, siendo “parámetros eventuales de Constitucionalidad”.

Conviene hacer una precisión sobre este punto, que si bien las normas que se deben considerar para determinar competencias son las normas de rango constitucional y legal que regulan competencias, ello no es óbice para incluir en el análisis a normas de rango infralegal toda vez que su pertinencia es validada por mandato de diversas normas legales que al precisar competencias, muchas veces se remiten a normas infralegales para determinar; por ejemplo, si se ha transferido o no una competencia a favor de un Gobierno Local o Regional.

### (iii) Otros principios

Por otro lado, hay otros principios que se incluyen en el Test de Competencia y que no se encuentran dentro de los principios de Unidad y Competencia y que han sido identificados como los principios de efecto útil y poderes implícitos y de progresividad en la transferencia de competencias y recursos.

#### (iii.a.) Principio de efecto útil y poderes implícitos

Sobre este principio, el Tribunal Constitucional ha señalado:

75. A juicio del Tribunal, cada vez que una norma (constitucional o legal) confiere una *competencia a los gobiernos regionales, debe entenderse como que ésta contiene normas implícitas de sub-competencia para reglamentar la norma legal*, sin las cuales el ejercicio de la competencia conferida a los gobiernos regionales carecería de eficacia práctica o utilidad.

76. El principio del efecto útil, así, pretende flexibilizar la rigidez del principio de taxatividad, de modo que la predeterminación difusa en torno a los alcances de una competencia por la ley orgánica o la Constitución, no termine por entorpecer un proceso que, en principio, se ha previsto como progresivo y ordenado conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias (artículo 188° de la Constitución).

Así, el principio de taxatividad de competencias no es incompatible con el reconocimiento de que los gobiernos regionales también pueden realizar aquellas competencias reglamentarias no previstas legal ni constitucionalmente, pero que sin embargo son consustanciales al ejercicio de las previstas expresamente (poderes implícitos), o constituyan una directa manifestación y exteriorización de los principios que rigen a los gobiernos regionales dentro de un Estado unitario y descentralizado. (Fundamentos jurídicos N° 75 y 76 de la sentencia recaída en los expedientes acumulados N°s 20-2005-PI y 21-2005-PI)

Por lo señalado, este principio trata de contrarrestar los efectos de la aplicación del principio de taxatividad, asignando una sub competencia específica a un órgano constitucional que no vaya en contra de la competencia de otro órgano constitucional y que sea implícito a sus competencias.

### (iii.b.) Principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos

En concordancia con el artículo 188° de la Constitución Política del Perú, la descentralización no es un proceso concluido. En ese sentido, la asignación de competencias a los Gobiernos Regionales, así como la asignación de recursos es un proceso abierto y que la misma se determina por medio de las leyes orgánicas e incluso por acuerdos entre el Gobiernos Central y Gobiernos Regionales, en caso de competencias delegadas (Fundamento Jurídico N° 77 de la sentencia recaída en los expedientes acumulados N°s 20-2005-PI y 21-2005-PI).

Por lo tanto no se pueden tener medidas regresivas siempre y cuando no haya justificación en el presupuesto y el gasto público.

### *C.3. Otros principios reconocidos en las normas que establecen competencias*

Sin embargo, los principios señalados no son todos los que pueden desprenderse del ordenamiento; existen otros que no están expresamente recogidos en el Test de Competencia pero pueden ser aplicados por medio del principio de bloque de constitucionalidad.

Así por ejemplo, el artículo 8° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales establece una serie de principios que pueden ser aplicados en el marco de asignación de competencias. Especial atención hay que darle al principio de subsidiariedad el cual señala:

#### **Artículo 8.- Principios rectores de las políticas y la gestión regional**

La gestión de los gobiernos regionales se rige por los siguientes principios:

[...]

**10. Subsidiariedad.-** El gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer las distintas funciones que le competen al Estado. Por consiguiente, el Gobierno Nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas eficientemente por los Gobiernos Regionales y éstos, a su vez, no deben involucrarse en realizar acciones que pueden ser ejecutadas eficientemente por los gobiernos locales, evitando la duplicidad de funciones.

[...].

Es del caso precisar que la disposición señalada está íntimamente ligada al deber de garantía y promoción de los derechos humanos puesto que el principio de subsidiariedad establece que la mencionada competencia (para proteger derechos humanos) debe ser asignada (i) al gobierno más cercano a la población y (ii) que pueda ser cumplida eficientemente.



De los criterios señalados, resulta relativamente fácil establecer qué gobierno es más cercano a una población. Sobre ello, podemos decir que un Gobierno Local es más cercano a cierta población frente a un Gobierno Regional; lo propio respecto al Gobierno Regional respecto al nacional. Sin embargo, el principio de subsidiariedad no solo establece el criterio de cercanía para identificar una competencia sino también el criterio de eficiencia, el cual merece un pronunciamiento primordialmente técnico en el marco de un proceso especializado que, como veremos, no es el proceso de inconstitucionalidad sino el procedimiento de asignación y transferencia de competencias.

Resulta oportuno mencionar que el referido principio también está reconocido en el artículo 14° de la Ley de Bases de la Descentralización (aplicable para los Gobiernos Regionales y Locales) el cual es un criterio para la asignación y transferencia de competencias. De ello podemos desprender que una norma puede reconocer una competencia pero el ente competente no necesariamente puede estar ejerciendo la referida competencia mientras que la misma –luego de un proceso técnico- no haya sido transferida.

#### ***D. El proceso de transferencia de competencias como mecanismos para una distribución racional de atribuciones***

En el presente apartado se realizará un breve desarrollo del proceso de transferencia de competencias, lo cual nos podrá ayudar a determinar su grado de complejidad y si tal labor puede ser asumida por el Tribunal Constitucional, por medio de un proceso de inconstitucionalidad.

##### **D.1. Precisión sobre las principales normas que regulan el proceso de transferencia de competencias**

Según el artículo 188<sup>55</sup> de la Constitución Política del Perú, la descentralización busca el desarrollo integral del país, la misma que se desarrolla por etapas, en forma progresiva y ordenada. En ese sentido, tomando en cuenta que el desarrollo de la población se encuentra íntimamente ligado con la garantía y la promoción de los derechos humanos, se puede afirmar que la descentralización de competencias para la protección de derechos humanos del Gobierno Nacional hacia los Gobiernos Regionales y Locales también deberá ser realizada por etapas, de forma progresiva y ordenada.

Es importante indicar también que, tanto la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, como la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley de Bases de Descentralización –que al ser leyes orgánicas son a su vez normas del bloque de constitucionalidad- establecen principios que se aplicarán al procedimiento de transferencia de competencias, algunos de los cuales – los principales- han sido precisados en apartados anteriores.

---

<sup>55</sup> **Artículo 188.-** La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.

Sin embargo, los mencionados principios siempre se concretarán en el marco del proceso de transferencias de competencias, cuya regulación está contenida en diversas normas; entre las que podemos encontrar a la Ley N° 28273, Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales( en adelante, Ley de Acreditación), y su reglamento (en adelante, Reglamento de la Ley de Acreditación), aprobado por el Decreto Supremo N° 80-2004-PCM, los cuales establecen diversos pasos y estudios que se deben realizar con la finalidad de analizar la viabilidad de realizar la transferencia de competencias.

Tomando en cuenta las normas antes indicadas, en las siguientes líneas se realizará un breve desarrollo del procedimiento de acreditación, lo cual nos permitirá evidenciar la magnitud de la complejidad que implica la ejecución del referido procedimiento.

## **D.2. Proceso de acreditación o transferencia de competencias**

De la sola consideración de la finalidad de la acreditación (artículo 3° del Reglamento de la Ley de Acreditación), podemos ver que la transferencia de funciones se encuentra ligada a la existencia de recursos como el personal, el acervo documentario, los recursos naturales y los bienes muebles e inmuebles, lo cual implicará que, al realizar la transferencia de una competencia del Gobierno Nacional a un Gobierno Regional o Local, se haga también de todo aquello que servirá de sustento material para que tal competencia sea efectivamente ejercida.

Por otro lado, conforme al artículo 5° del Reglamento de la Ley de Acreditación, tanto los sectores, como los Gobiernos Regionales y Locales como la Secretaría de Descentralización son los integrantes del Sistema Nacional de Acreditación<sup>56</sup>. Con lo cual se evidencia que son diversos los entes estatales los que intervienen en el proceso de acreditación.

En lo que corresponde al procedimiento (artículo 6° del Reglamento de la Ley de Acreditación), este se inicia anualmente con la aprobación y publicación de los correspondientes Planes Anuales, los cuales contienen la identificación de funciones sectoriales que se propone transferir, el establecimiento de un cronograma de ejecución, la especificación de las funciones, los requisitos e indicadores de gestión que los Gobiernos Regionales y Locales deberán cumplir para acceder a la acreditación.

Asimismo, se debe aprobar el Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales, el cual (conforme al artículo 7°, inciso 2) sigue un procedimiento de elaboración, aprobación y publicación. El referido Plan, debe contener diversas especificaciones referidas al proceso de transferencia de competencias.

---

<sup>56</sup> De tales actores, los Sectores, son los responsables de transferir funciones, que como se señaló líneas arriba, incluye el personal, acervo documentario, recursos presupuestales y bienes muebles e inmuebles vinculados a éstas, a los Gobiernos Regionales y Locales.

Por otro lado los Gobiernos Regionales y Locales son los responsables de asegurar una adecuada gestión que garantice la continuación y mejora en la calidad de los servicios públicos que les corresponde prestar.

Finalmente, la Secretaría de Descentralización, conduce, ejecuta y monitorea la transferencia de funciones sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales, con arreglo a las funciones que le asigna la Ley de Bases.

Asimismo, conforme al artículo 9° del Reglamento de la Ley de Acreditación, aprobado el Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales, el ciclo (o proceso) de acreditación comprende la presentación de la solicitud de transferencia que formulan los Gobiernos Regionales y Locales, la capacitación y asistencia técnica y la certificación por parte de la Secretaría de Descentralización o de las entidades certificadoras.

Adicionalmente a lo indicado, es del caso precisar que la evaluación de la capacidad de un Gobierno Regional o Local para asumir una competencia, parte de la consideración del cumplimiento de diversos requisitos que han sido precisados en los artículos 20°, 21° y 22° del Reglamento de la Ley de Acreditación, referidos al estándar mínimo de capacidad y la capacidad de gestión, por nombrar solo dos de diversas variables.

No obstante, es probable que un Gobierno Regional o Local no esté conforme con el resultado del proceso de acreditación, frente a lo cual el Reglamento regula un procedimiento de resolución de controversias, ante la Secretaría de Descentralización.

Con todo lo indicado lo que trato de probar es que la asignación y transferencia de competencias son labores eminentemente técnicas (o al menos así debe ser) que buscan evaluar que los Gobiernos Regionales y Locales a quienes se pretende asignar y transferir competencias estén en la capacidad (tanto de personal, como de recurso, por mencionar algunos factores) de poder asumirlas adecuadamente a favor de la protección de los derechos humanos de la población.

### **D.3. Estado actual de la transferencia de competencias**

En lo que concierne al estado de la transferencia de competencias del Gobierno Nacional a los Gobiernos Regionales y Locales, por medio de su último Informe de Adjuntía sobre la materia (2011d), la Defensoría del Pueblo no ha brindado información sobre el porcentaje o el detalle de la totalidad de las competencias transferidas a favor de los Gobiernos Regionales. No obstante, en la Sexta Conclusión hace referencia al Informe Defensorial N° 141, del año 2009, señalando:

6. En el Informe Defensorial N° 141 Hacia una descentralización al servicio de las personas: recomendaciones en torno al proceso de transferencia de competencias a los gobiernos regionales, se advirtieron algunas debilidades en el desarrollo del proceso. Entre ellas que la Secretaría de Descentralización de la PCM flexibilizó el proceso de acreditación, permitiendo que algunos gobiernos regionales que no cumplieran con los requisitos mínimos, para la transferencia de funciones, lograsen su acreditación con la sola suscripción de Convenios Marco Intergubernamentales (CMI), que comprendían acciones de colaboración, coordinación y cooperación. Bajo esta modalidad, el 39% de las funciones fue transferido a los gobiernos regionales. (2011d: 78)

Al respecto, si bien de la lectura del Informe de Adjuntía del año 2011 –que se remite a lo precisado en un Informe Defensorial de 2009- no se ha podido evidenciar el estado actual de la transferencia de competencias, sí puede identificarse diversos datos cualitativos, referidos a los problemas que ha tenido tal proceso (como la aceleración del proceso de transferencia de competencias sin la debida evaluación de las condiciones de los Gobiernos Regionales y Locales).

Sin perjuicio de lo señalado, el Presidente del Consejo de Ministros -por medio del Informe elaborado por la Secretaría de Descentralización- señaló, a fines del año 2012, lo siguiente:

Estado actual de las transferencias a diciembre del 2012, el Gobierno Nacional había transferido el 92.6% de las 185 funciones que les corresponden a cada uno de los 25 gobiernos regionales y a la Municipalidad Metropolitana de Lima que cuenta con régimen especial. Sin embargo, aún queda pendiente la transferencia del 7.4% de funciones pertenecientes a 11 sectores del Gobierno Nacional, en donde el mayor porcentaje pendiente por transferir corresponde a la Municipalidad Metropolitana de Lima (Secretaría de Descentralización 2012:18).

De lo expuesto no existe información alguna que permita brindar certeza sobre el estado actual del proceso de descentralización. No obstante, al año 2012, puede evidenciarse que una gran parte de las competencias que el ordenamiento permite transferir del Gobierno Nacional a los Gobiernos Regionales y a Lima Metropolitana, fueron transferidas.

### **3.2.3. El proceso de inconstitucionalidad ¿puede ser un proceso adecuado para transferir competencias relacionadas a derechos humanos?**

El Objeto Específico 4 consiste en evaluar si resulta correcto que el Tribunal Constitucional no deje de aplicar el principio de competencia, por más que la norma haya sido expedida para proteger derechos humanos.

Sobre lo indicado, como se ha precisado líneas arriba, el principio de competencia es una forma de limitación del poder y, a su vez, de protección de los derechos humanos. No obstante, en caso no exista claridad respecto al ente estatal que es competente para una materia específica, resulta importante aplicar los principios sobre competencias, algunos de los cuales han sido precisados expresamente en el Test de Competencia. Dejar de lado tales principios o aplicarlos inadecuadamente por parte del Tribunal Constitucional en el marco de los procesos de inconstitucionalidad para determinar la validez de ordenanzas expedidas para proteger derechos humanos, implica transferir competencias a favor de los Gobiernos Regionales o Locales. He de ahí la pertinencia de la pregunta motivo del presente apartado, lo cual nos permitirá abordar el Objetivo Específico 4.

Al respecto, hay que precisar que el proceso de inconstitucionalidad –según el inciso 4 del artículo 200° de la Constitución Política del Perú- tiene como finalidad analizar la validez de las normas de rango legal tomando como parámetro a las normas de rango constitucional (sin perjuicio de las normas que son parte del bloque de constitucionalidad).

Por otro lado, el artículo 202° de la Constitución Política del Perú reconoce la atribución del Tribunal Constitucional para conocer los conflictos de competencia. Asimismo, el artículo 110° del Código Procesal Constitucional establece que si el conflicto de competencia se da por la emisión de una norma con rango de ley, la vía adecuada será el proceso de inconstitucionalidad.

Por lo tanto, resulta totalmente válido que, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad -donde se analiza la validez de una norma-, el Tribunal Constitucional pueda identificar qué ente constitucional es competente para regular la materia abordada por la norma que es objeto de cuestionamiento en el proceso de inconstitucionalidad.

Conforme a lo mencionado, el Tribunal Constitucional solo identifica -no crea ni transfiere- una competencia a favor de un Gobierno Regional y Local y ello obedece, entre otros motivos, a las limitaciones de los procesos constitucionales como el de inconstitucionalidad. Sobre ello, es importante tomar en cuenta que el artículo 9° del Código Procesal Constitucional establece que una de las características de todos los procesos constitucionales es que no tienen etapa probatoria. Ello no implica, claro está, que no puedan presentarse *amicus curiae* e información técnica emitida por el ente que expidió la norma. Pero ello no implica que temas eminentemente técnicos, vistos en el proceso de transferencia de competencias, pueda ser suplantado por un proceso de inconstitucionalidad, por ello considero que este proceso no es adecuado para establecer competencias ni mucho menos transferirlas.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante tomar en cuenta que la no existencia de una norma que determine expresamente al titular de una competencia pueda ser considerada como una situación que justifique que el Tribunal Constitucional transfiera una competencia del Gobierno Nacional a los Gobiernos Regionales y Locales, toda vez que – en el mencionado supuesto- resulta de aplicación los principios contenidos en el Test de Competencia como el de taxatividad y cláusula de residualidad, el cual parte de entender que cualquier competencia referida a derechos humanos que no ha sido expresamente establecida a favor de los Gobiernos Regionales y Locales se entiende que es de titularidad del Gobierno Nacional.

Por otro lado, una eventual transferencia de competencias por parte del Tribunal Constitucional en el marco de los procesos de inconstitucionalidad, como se ha señalado líneas arriba (al hacer referencia a otros principios no reconocidos en el Test de Competencia), no puede encontrar justificación en la consideración del principio de subsidiariedad, toda vez que tal principio no solo implica que el gobierno más idóneo para ejercer una competencia es aquel que se encuentra más cercano a la población, sino que este –en el caso de Gobiernos Regionales o Locales- cumpla con las exigencias de eficiencia, lo cual se determinará en un proceso específico, de transferencia de competencias.

En ese sentido, los cinco (5) casos materia de la presente Tesis, sin que todos hayan aplicado el Test de Competencia como tal, sí consideraron las normas competenciales aplicables y, de forma adecuada, se precisaron a los titulares de las competencias, sin

transferir competencias, por lo que la actuación realizadas en las mismas cumplen con los parámetros de constitucionalidad.

Conforme a lo señalado, considero que existen diferentes razones para negar la posibilidad que el Tribunal Constitucional asigne competencias a favor de los Gobiernos Regionales y Locales los cuales están referidos (i) a las limitaciones del proceso de inconstitucionalidad, al no tener una etapa probatoria, (ii) a las limitaciones del Tribunal Constitucional que no se encuentra calificado para brindar pronunciamientos técnicos sobre la asignación y transferencia de competencias (así por ejemplo el Tribunal Constitucional no tiene la capacidad para determinar si un Gobierno Regional y Local es idóneo en cuanto a recursos humanos y físicos para asumir adecuadamente una competencia relacionada a derechos humanos), (iii) que el Tribunal Constitucional invadiría las competencias de diferentes entes del Estado que participan en el proceso de transferencia de competencias, pero sobre todo (iv) porque existe un procedimiento especializado para realizar la asignación y la transferencia de competencias, el cual ha sido expuesto líneas arriba.

Por lo señalado, no considero que pueda ser viable que en el marco de un proceso de inconstitucionalidad se pueda transferir una competencia a un Gobierno Regional y Local so pretexto de garantizar derechos humanos como el derecho al medio ambiente.

#### **3.2.4. ¿Es justificable que en algunos procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas que buscan proteger derechos humanos se pueda dejar de lado el principio de competencia para salvaguardar los derechos humanos?**

Considero que, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad contra ordenanzas expedidas para proteger el derecho ambiente pero cuya validez competencial es cuestionada, no puede dejarse de lado el principio de competencia porque por medio de tal principio, aparte de evitar un actuar arbitrario del Estado, se cumple con la obligación de garantizar y promover el ejercicio de los derechos humanos como el derecho al medio ambiente.

Asimismo, hay que indicar además que el dejar de lado las normas y principios que regulan las competencias implica -entre otras cosas- establecer una competencia no solo aplicable en un caso concreto sino para casos futuros, me explico.

En el Caso Conga se cuestionaba –por medio de un proceso de inconstitucionalidad- que una ordenanza emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca pudiera declarar la inviabilidad del Proyecto Minero Conga que es un proyecto de gran minería puesto que ello va en contra de la competencia del Ministerio de Energía y Minas. Si se hubiera dejado de lado las normas y principios para determinar competencias podríamos haber entrado a analizar los considerandos<sup>57</sup> de la ordenanza regional cuestionada para evaluar si de la

<sup>57</sup> Creo que los considerandos de la Ordenanza Regional N° 36-2011-GRCAJ.CR es el único instrumento que intenta justificar la supuesta afectación al derecho al medio ambiente porque en el desarrollo del proceso de inconstitucionalidad seguido en el Expediente N° 1-2012-PI ni en la demanda ni en las piezas procesales figura estudio alguno que pretenda acreditar la potencial afectación al derecho al medio ambiente. Asimismo, en los considerandos de la ordenanza cuestionada se afirma que existiría una potencial afectación al medio

misma se desprendían elementos suficientes para determinar que la norma se justificaba en la protección del derecho al medio ambiente, al establecer medidas a su favor. No obstante ello, el referido pronunciamiento implicaría reconocer que el Gobierno Regional de Cajamarca tiene los recursos humanos y la infraestructura adecuada para poder determinar técnicamente que un proyecto de gran minería vulnera el derecho al medio ambiente. Es decir, con un pronunciamiento que deje de lado las normas que establecen competencias, en el caso señalado se estarían determinando que el Gobierno Regional se encuentra más capacitado y tiene los recursos adecuados para precisar que un proyecto de gran minería viola intensamente el derecho al medio ambiente, desconociendo la capacidad y la existencia -en la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros- de profesionales especializados para la evaluación de los Estudios de Impacto Ambiental de los proyectos de gran minería.

Sin perjuicio de lo mencionado, en el caso indicado, el Gobierno Regional de Cajamarca jamás presentó los informes que sustentaba la afirmación central de los considerandos de la ordenanza que expidió: que el Proyecto Minero Conga era incompatible con el derecho humano a gozar de un ambiente saludable.

Asimismo, considero que no es correcto que se deje de lado el principio de competencia –so pretexto de proteger un derecho humano- porque la emisión de diversas sentencias con el sentido señalado incentivaría que los Gobiernos Regionales y Locales emitan normas -so pretexto de buscar la protección de los derechos humanos- que desconozcan las competencias otorgadas a favor del Gobierno Nacional.

El caso en cual se identificó que el Tribunal Constitucional dejó de lado el principio de competencia para salvaguardar derechos humanos lo constituye la Sentencia recaída en el Expediente N° 24-2007-PI(Caso Programa de Apoyo Regional Alimentario en Moquegua).

En el referido caso se cuestionaba una ordenanza del Gobierno Regional de Moquegua por medio del cual se aprobó el Programa de Apoyo Alimentario Regional (en adelante, el PAAR), el cual se buscaba promover el consumo humano directo de anchoveta a favor de las personas más pobres dentro del ámbito territorial del Gobierno Regional de Moquegua, garantizando y promoviendo el derecho humano a la igualdad. El hilo argumentativo para declarar infundada la demanda –y con ello determinar la validez de la ordenanza- fue el siguiente:

- La materia recogida en la norma (la actividad pesquera) es una competencia compartida entre el Gobierno Regional de Moquegua y el Gobierno Nacional, pero el contenido de la norma cuestionada (y su modificatoria) no necesariamente es inconstitucional si se interpreta conforme a lo establecido en la Constitución (fundamento jurídico 22).

---

ambiente en función a los estudios contenidos en diversos informes. No obstante lo señalado, en el expediente del proceso el Gobierno Regional de Cajamarca jamás adjuntó alguno de los informes señalados, con lo que hace cuestionables la existencia de los mismos o, en todo caso, una pésima estrategia del abogado patrocinante para asumir adecuadamente la defensa de los intereses del gobierno regional señalado.

- Por ejemplo el artículo 1° de la norma (que aprobó el PAAR) resulta constitucional puesto que es compatible con el artículo 44° de la Constitución que establece que es el deber del Estado promover el bienestar de la nación que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral de la Nación (fundamento jurídico 23).
- Asimismo, el reconocimiento de la referida competencia no obsta para que el desarrollo del PAAR sea coordinado entre el Gobierno Regional de Moquegua y el Gobierno Nacional al ser una competencia compartida (fundamento jurídico 24).
- Finalmente el Tribunal Constitucional reconoce la legítima preocupación del Gobierno Regional de Moquegua frente a la pobreza y la búsqueda del desarrollo económico de la población, por lo que se afirma que deben realizarse labores coordinadas entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Regionales y Locales (fundamentos jurídicos del 26 al 29).

Como se evidencia, el Tribunal Constitucional reconoce que la competencia en materia pesquera es compartida entre el Gobierno Regional y el Gobierno Nacional pero no hay una norma expresa que reconozca la competencia exclusiva a favor del Gobierno Regional de Moquegua para regular la actividad pesquera artesanal para la mejor alimentación de la población más necesitada. En ese sentido, aplicando el principio de taxatividad y cláusula de residualidad que forma parte del Test de Competencia del Tribunal Constitucional debió determinarse que la referida competencia era del Gobierno Nacional.

Sin embargo, al no aplicar el referido criterio, el Tribunal Constitucional deja de lado el principio de competencia y más bien sustenta la validez de la norma cuestionada apelando a los principios de justicia y desarrollo integral los cuales están íntimamente ligados al derecho humano a la igualdad.

Considero que dicho pronunciamiento no resulta correcto por los siguientes motivos:

- En el referido pronunciamiento no se aplicaron los principios del Test de Competencia a pesar de identificar que existe un conflicto entre diversos niveles de gobierno. En ese sentido se realiza un trato contrario al derecho a la igualdad, sin justificar ello.
- Al no aplicarse el principio de competencia y atribuir una competencia a favor del Gobierno Regional de Moquegua, el Tribunal Constitucional se irrogó competencias que pertenecen a diferentes entidades del Estado. Asimismo, desconoce que la asignación y transferencia de competencia es resultado de un proceso eminentemente técnico que escapa de las posibilidades de un proceso de inconstitucionalidad, el cual ni siquiera tiene etapa probatoria.

Asimismo, es importante indicar que el referido caso, al ser el único identificado en el intervalo de doce (12) años no representa un incentivo para que los Gobiernos Regionales emitan normas en similar sentido desconociendo el principio de competencia a favor del Gobierno Nacional.



### **3.2.5. ¿El Tribunal Constitucional actuó de forma adecuada en los cinco (5) procesos de inconstitucionalidad analizados?**

Si bien en la última parte del Capítulo 2, se desarrolló la explicación política y justificación de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en cinco (5) casos, corresponde abordar en el presente apartado si ello resulta suficiente y si la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado diversos criterios que permiten hacer compatible el principio de garantía de los derechos humanos con el principio de competencia tanto a nivel argumentativo como a nivel decisorio. Sobre esto último, se analizará si existe alguna posibilidad para que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ordenanza regional o local también puedan proteger el derecho al medio ambiente.

Conforme a lo desarrollado en el presente Capítulo, toda vez que las ordenanzas cuestionadas se encontraban viciadas de incompetencia, resulta correcto que las mismas hayan sido declaradas inconstitucionales. No obstante, llama la atención que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado en cuatro (4) casos sobre el deber de garantía de los derechos humanos, pero que tal pronunciamiento no haya tenido incidencia alguna en el pronunciamiento final. Ello, podría representar que el Tribunal Constitucional ha identificado un problema referido al derecho al medio ambiente pero que, por las limitaciones que tiene el propio proceso de inconstitucionalidad no realiza pronunciamiento alguno.

Ello resulta más evidente en el caso de la sentencia del Caso Conga, en la que el supremo intérprete de la Constitución Política del Perú hizo un desarrollo extenso del contenido del derecho a libertad de empresa en concordancia con el derecho al medio ambiente y la realización de medidas para evitar el desarrollo de conflictos socio - ambientales. Incluso en tal sentencia se hizo precisión al contexto en el cual se desarrollaba la controversia, pero todo ello (a pesar del valor jurisprudencial que pueda tener) no tuvo incidencia alguna en el pronunciamiento final del Tribunal Constitucional, no contribuyendo a la pacificación inmediata del conflicto socio - ambiental, continuando el mismo hasta que se dio un peritaje internacional sobre el Estudio de Impacto Ambiental por un lado y porque en la actualidad la no se ha podido explotar el referido proyecto minero se encuentra suspendido por propia decisión de la empresa minera Yanacocha, cuyo representante incluso habría indicado que el proyecto es inviable.

En ese sentido podríamos preguntarnos si el Tribunal Constitucional pudo hacer algo más sin ir en contra del marco procedimental aplicable al proceso de inconstitucionalidad. En el siguiente apartado se desarrollará las implicancias de la emisión de sentencias exhortativas y si los mismos pueden ser considerados como medios adecuados para salvaguardar el derecho al medio ambiente frente a la declaratoria de inconstitucionalidad de una ordenanza que fue expedida para proteger el derecho al medio ambiente.

### **3.2.6. Las sentencias exhortativas como el medio para una mayor protección del derecho al medio ambiente**

Las sentencias típicas y ordinarias son aquellas que declaran la inconstitucionalidad de una norma o aquellas que no, declarando infundada la respectiva demanda de inconstitucionalidad.

No obstante, las particularidades de las controversias que los órganos jurisdiccionales han tomado conocimiento en diversos países, ha sido un factor a tomar en cuenta para expedir nuevos tipos de pronunciamientos, los cuales –jurisprudencialmente- se les ha venido denominado sentencias atípicas, respecto de las cuales no existe acuerdo sobre sus subdivisiones y denominaciones (Sagüés 2006 : 190 – 201).

Es del caso precisar que entre las referidas sentencias se encuentran las diversas sentencias manipulativas, entre las cuales -según Sagüés- podemos ubicar a las sentencias exhortativas (2006:192-193).

Sobre la operatividad de tal tipo de sentencias, el autor en mención hace referencia a distintos tipos de sentencias exhortativas, entre las cuales podemos encontrar:

- a) Sentencia exhortativa “de delegación”. Declara inconstitucional a una norma, y advierte al Poder Legislativo qué pautas debería satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución. Al decir de Predieri, se asemeja a una ley de delegación legislativa (ley de bases) esta última en favor del Poder Ejecutivo, cuando enuncia las directrices a que debe someterse éste al emitir la ley delegada. En el caso de la sentencia exhortativa, ella operaría como una especie de “norma de base” de la legislación que tendrá que sancionar el Poder Legislativo.
- b) Sentencia exhortativa de “inconstitucionalidad simple”. En esta variable, el Tribunal Constitucional constata que una norma es inconstitucional, pero no la invalida (por los efectos desastrosos que podría producir esa nulificación), pero impone al Poder Legislativo el deber de suprimir la situación de inconstitucionalidad, por lo que deberá modificar el régimen legal vigente para amoldarlo a la Constitución. La ley reputada inconstitucional se continúa aplicando hasta que se apruebe la nueva norma que esté conforme con la Constitución.
- c) Sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria. Aquí la jurisdicción constitucional estima que una norma es “todavía” constitucional, pero que puede pronto dejar de serlo; o que no resulta del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que insta al legislador a que produzca una nueva regulación plenamente constitucional, para lo cual puede darle también pautas de contenido. Se trataría de situaciones que denominamos de constitucionalidad endeble o precaria. (2006:194-195)

Como bien se puede advertir, la emisión de tal tipo de sentencia -en la doctrina- ha partido de la concepción de que la exhortación que puede realizar el órgano de control de constitucionalidad se refiere al legislador, sin hacer mención a los entes del Estado que realizan acciones distintas a la aprobación de leyes. No obstante, como se verá más

adelante, la práctica demuestra que el Tribunal Constitucional se han valido de las sentencias exhortativas para diversas medidas que van más allá de la labor legislativa.

Tomando en cuenta lo indicado, considero que un mecanismo complementario para que el Tribunal Constitucional proteja el derecho al medio ambiente, a pesar de declarar la inconstitucionalidad de ordenanzas que buscaban protegerlas, podemos encontrarlo en la evaluación de la posibilidad de emitir sentencias exhortativas.

Sobre ello, es del caso precisar que el Tribunal Constitucional ha usado tal mecanismo al evaluar la inconstitucionalidad de ordenanzas que buscaban proteger derechos diferentes al medio ambiente. Es el supuesto de los Casos Hoja de Coca 1 (Sentencia recaída en los Expedientes Acumulados N°s 20 y 21-2005-PI ) y 2 (Sentencia recaída en el Expediente N° 6-2008-PI).

Al respecto, el Caso Hoja de Coca 1 se inició con la interposición de una demanda de inconstitucionalidad contra tres ordenanzas de dos Gobiernos Regionales, las cuales declaraban a la planta de la hoja de coca como patrimonio natural de sus respectivas regiones. Tales normas fueron cuestionadas por el Poder Ejecutivo por contravenir el principio de competencia. Frente a ello, el Tribunal Constitucional realizó diversas consideraciones referidas tanto al principio de competencia así como al deber de garantía del derecho a la identidad cultural.

Las consideraciones referidas a la aplicación del principio de competencia, sirvió para que el Tribunal Constitucional identificara que las ordenanzas cuestionadas estaban viciadas de incompetencia y, por ello, las declaró inconstitucionales.

No obstante ello, el desarrollo del derecho a la identidad cultural permitió que el Tribunal Constitucional precisara en su fundamento jurídico 111 de su sentencia que:

111. Todo lo dicho, evidencia que desde hace siglos el uso tradicional (chaccheo, mágico religioso, ceremonial y medicinal) de la planta de la hoja de coca, forma parte de la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú. Por ello, este Colegiado comparte la preocupación de los demandados por el ocio del legislador nacional al no haber reconocido expresamente al uso tradicional de la planta como patrimonio cultural inmaterial de la nación. En tanto dicha inercia legislativa persista se corre el riesgo de generar una inconstitucionalidad por omisión, no sólo por afectar el derecho a la identidad cultural de muchos peruanos (artículo 2° 19 de la Constitución), sino también por afectar el derecho a la igualdad (artículo 2° 2 de la Constitución). (Expedientes Acumulados 20 y 21-2005-PI)

Por ello, aparte de declarar la inconstitucionalidad de las ordenanzas que buscaron proteger el derecho a la identidad cultural, el Tribunal Constitucional dispuso medidas a favor de la protección de tal derecho, precisando:

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

### HA RESUELTO

[...]

3. Exhortar al Presidente de la República a reevaluar la política nacional e internacional antinarcóticos, de conformidad con los incisos 3 y 11 del artículo 118° de la Constitución, a efectos de que sea más eficiente y acorde al derecho y a la realidad nacional y regional, de conformidad con los Fundamentos 135 a 142., *supra*.

4. Exhortar al Congreso de la República, de conformidad con el Fundamento 111, *supra*, a incluir, en el más breve plazo posible, a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N.º 28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional.

5. Exhortar al Poder Ejecutivo, y, en particular, a DEVIDA, a adoptar todas las medidas necesarias para implementar, en el más breve plazo posible, el Programa de Desarrollo Alternativo previsto en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, aprobada por Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM, de conformidad con el Fundamento 146, *supra*.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional identificó la existencia de un problema de relevancia constitucional, vinculado a la vulneración –en abstracto- del derecho a la identidad cultural, por lo que –conforme al ordenamiento competencial- identificó a los entes competentes que podían intervenir y coadyuvar a la solución de tal problema. En ese sentido, considero que el Tribunal Constitucional actuó de manera adecuada en tal caso, buscando una mayor protección a un derecho humano, sin desconocer el principio de competencia.

No obstante, es importante tener en cuenta las limitaciones que presentan las sentencias exhortativas, más aún en el marco de un proceso de inconstitucionalidad el cual, en estricto -a diferencia de los procesos de tutela de derechos fundamentales-, no tiene una etapa de ejecución de sentencia. He de ahí que existe parte de los problemas para que se dé el debido cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, por medio de una sentencia exhortativa.

Así por ejemplo, en el caso del Caso Hoja de Coca I, como mencioné líneas arriba, el supremo intérprete de la Constitución dio mandatos exhortativos tanto al Poder Ejecutivo como Legislativo, no obstante transcurrió un considerable periodo de tiempo sin que lo dispuesto por el Tribunal Constitucional sea cumplido<sup>58</sup>. Frente a ello, el supremo intérprete

---

<sup>58</sup> El Fundamento 35 de la sentencia del caso de Hoja de Coca 2, precisa que transcurrió poco más de dos años desde la emisión de la Sentencia del Caso de Hoja de Coca 1.

aprovechó el cuestionamiento que se estaba realizando a normas con contenido similar al del Caso Hoja de Coca 1, para precisar en el caso Hoja de Coca 2:

46. Con base en este precedente jurisprudencial este Tribunal está en condiciones de establecer que dado el tiempo transcurrido desde entonces (más de dos legislaturas ordinarias), se ha configurado un supuesto de omisión legislativa por delimitación jurisprudencial del derecho a la identidad cultural previamente desarrollado por este Colegiado y que incluye entre sus supuestos normativas, la necesidad de que el Estado actúe reconociendo legislativamente las diversas manifestaciones culturales y tradicionales, entre ellas, la relevancia cultural milenaria del cultivo y utilización tradicional de la hoja de coca en las diferentes comunidades y espacios geográficos de nuestro país.

47. En este sentido, el Tribunal considera que el legislador está obligado a actuar en la próxima legislatura emitiendo una ley que recoja las aspiraciones de los pueblos andinos y amazónicas que ven reflejada parte de su identidad constitucionalmente reconocida, en el cultivo, uso y tratamiento en general de la planta de la hoja de coca. Esto además en la necesidad de prevenir permanentes conflictos frente a la frustración que genera la inactividad de los poderes públicos con relación al reconocimiento de este tipo de derechos tan profundamente arraigados en la cosmovisión de las diferentes nacionalidades y culturas que habitan en nuestro territorio nacional. (Sentencia recaída en el Expediente N° 6-2008-PI).

Conforme a lo señalado, existen dificultades para que las exhortaciones del Tribunal Constitucional dirigidas a los entes del Estado sean cumplidas. Frente a los problemas que tiene el supremo intérprete de la Constitución para que sus sentencias exhortativas sean cumplidas, resulta de especial atención lo desarrollado en los Casos Hoja de Coca 1 (Fundamento Jurídico 159 de la sentencia recaída en los Expedientes Acumulados N°s 20 y 21-2005-PI ) y Hoja de Coca 2 (Fundamento Jurídico 92 de la sentencia recaída en el Expediente N° 6-2008-PI), por medio de las cuales el Tribunal Constitucional dispuso que, en el caso de que alguna autoridad o persona, desconozca los efectos vinculantes de tales resoluciones, será plausible la aplicación de multas fijas acumulativas, dispuestas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, disposición que es aplicable supletoriamente al proceso de inconstitucionalidad en virtud del artículo IX del Título Preliminar del mismo.

Sin perjuicio de lo señalado, y más allá de la viabilidad de establecer sanciones frente al incumplimiento de un mandato exhortativo, tomando en cuenta la importancia de la actuación del Tribunal Constitucional a favor de la pacificación de los conflictos socio – ambientales, resulta impostergable que tome todas las medidas a su alcance con la finalidad de que se busque proteger el derecho al medio ambiente, el cual es uno de los intereses (tal vez el más relevante para el inicio del conflicto socio - ambiental) en juego y cuya forma de tratamiento podría marcar la diferencia a favor de su pacificación.

En ese sentido, en las cuatro (4) sentencias que han sido objeto de análisis en el presente trabajo, el Tribunal Constitucional, luego de declarar la inconstitucionalidad de las ordenanzas objeto de cuestionamiento, pudo exhortar a los entes del Estado con

competencia para que brinden una especial atención a la situación de la población cuyo derecho al medio ambiente pudo haberse vulnerado.

Frente a ello, una interrogante a contestar estaría vinculada al sentido de la exhortación en el marco de los procesos donde se declara la inconstitucionalidad, por vicios de incompetencia, de una ordenanza que fue expedida para resguardar el derecho al medio ambiente.

Sobre ello, considero que la invocación de la garantía del derecho al medio ambiente en cuatro (4) de las cinco (5) sentencias de inconstitucionalidad materia de estudio puede implicar la identificación de un problema de relevancia constitucional el mismo que no puede ser objeto de un análisis detallado por parte del Tribunal Constitucional en el marco de los procesos de inconstitucionalidad, por lo que debería expedir un mandato exhortativo dirigido al ente competente respecto al problema identificado y cuya pertinencia constitucional ha sido identificada previamente.

En ese sentido, por tomar un ejemplo, si en el Caso Conga (Expediente N° 1-2012-PI) se identifica como problema la ejecución del Proyecto Minero en mención, por la existencia de indicios que evidencien deficiencias graves en las medidas de protección del derecho al medio ambiente, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ordenanza cuestionada puede exhortar a los entes que considere competentes en la materia objeto del problema -como podrían ser, el Ministerio de Ambiente, el Ministerio de Energía y Minas, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental y la Defensoría del Pueblo, entre otros entes- para que tomen medidas, conforme a sus competencias, a favor del resguardo del derecho al medio ambiente de la población. Asimismo, junto con el referido mandato exhortativo debería brindarse un plazo con la finalidad que cada una de las entidades exhortadas informe sobre las medidas adoptadas.

En ese sentido, la redacción del mandato exhortativo dirigido por el Tribunal Constitucional a los entes competentes, podría estar consignado en la parte resolutive de la sentencia, de la siguiente forma:

Exhorta a las entidades A, B, C y D para que, conforme a sus competencias, dispongan medidas a favor de la garantía del derecho al medio ambiente de la población asentada en el territorio X, frente la situación Y. Tales medidas deberán ser informadas al Tribunal Constitucional en un plazo de Z.

Otra pregunta razonable, estaría vinculada a las acciones que deberían tomar cada uno de los entes exhortados para cumplir con la sentencia exhortativa. Al respecto, toda vez que el mandato consiste en la realización de acciones –conforme a sus competencias- a favor del derecho al medio ambiente de una determinada población, su cumplimiento no necesariamente –en el caso del Proyecto Minero Conga- implicará la tomas de medidas como la declaratoria de inviabilidad de un proyecto minero, o la intangibilidad de un determinado territorio. Sobre ello, correspondería al ente exhortado:

- (i) Explicar la situación del derecho al medio ambiente de la población beneficiaria, identificando los problemas encontrados, en caso lo advierta.

- (ii) Determinar sus competencias y su relación con los problemas alegados y/o advertidos.
- (iii) Precisar si la situación concreta amerita su intervención, conforme a sus competencias.
- (iv) En caso lo amerite, que explique – y acredite- las medidas adoptadas a favor de la protección del derecho al medio ambiente.

Considero que tales diligencias de ser debidamente fundamentadas, serían suficientes para que el Tribunal Constitucional tenga por cumplida su exhortación.

Sin perjuicio de lo señalado, atendiendo a la posibilidad de incumplimiento de lo dispuesto en la sentencia exhortativa, correspondería al supremo intérprete de la Constitución el evaluar la posibilidad de establecer multas a los entes que incumplieron con su sentencia atendiendo a diversos criterios, como la reiterancia en el incumplimiento.



#### 4. CONCLUSIONES

1. Ante la potencial o efectiva ejecución de un proyecto minero, se desarrollan relaciones de poder en las cuales los actores políticos (tanto de la sociedad civil como del Estado) buscan imponer sus intereses y valores. Estas relaciones son complejas por la existencia de una multiplicidad de actores, intereses y medios para salvaguardarlos, sumado a la interacción que existe entre tales elementos. Al entrar en conflicto los mencionados intereses, los mismos pueden devenir en el desarrollo de un conflicto - socio ambiental, siendo también de carácter complejo y caracterizado por la existencia de una situación de potencial uso de la violencia, lo cual repercute negativamente en diversos derechos de la población como la vida y la integridad personal.
2. Con la finalidad de identificar la forma cómo el conflicto socio – ambiental puede pacificarse y no afecte los derechos de la población, resulta importante analizar el rol que cumple cada uno de los actores inmersos en el conflicto socio - ambiental. Frente a ello, dentro de las complejidades de las relaciones de poder, se ha evidenciado que el conflicto en mención se origina por el descontento de la población que considera afectado su derecho al medio ambiente por la potencial o la efectiva ejecución de proyectos mineros. Para resguardar sus intereses, la población opositora al desarrollo de actividades mineras se valen de diversos medios que forman parte de su estrategia, como lo es la coordinación directa con los Gobiernos Regionales y Locales, antes que emiten ordenanzas a favor del derecho al medio ambiente de la población, afectando -en algunas ocasiones- las competencias del Gobierno Nacional; frente a tal situación este último toma medidas para salvaguardar sus intereses, como la interposición de demandas de inconstitucionalidad contra las referidas ordenanzas.
3. El cuestionamiento a una ordenanza expedida por un Gobierno Regional o Local a favor de la protección de los derechos humanos de la población, implica controvertir un instrumento útil, favorable a algunos de los actores del conflicto socio - ambiental. Por ello, la canalización de tal cuestionamiento a través de un proceso de inconstitucionalidad, que es de conocimiento exclusivo del Tribunal Constitucional, implica incorporar a este ente como un actor del conflicto socio - ambiental, por lo que sus pronunciamientos inciden –en mayor o menor intensidad- en el devenir del conflicto en mención.
4. Por la limitación de la documentación y la complejidad de la dinámica de un conflicto socio ambiental, resulta difícil determinar si la expedición de una sentencia de un proceso de inconstitucionalidad ha sido un factor considerablemente relevante para acrecentar el grado de violencia o pacificar el desarrollo de un conflicto socio – ambiental. No obstante ello, se ha podido identificar que las sentencias de inconstitucionalidad contra ordenanzas expedidas para proteger el



derecho al medio ambiente frente a la ejecución de actividades mineras han tenido repercusiones en el desarrollo de tales conflictos, ya sea como un factor adicional para crear uno nuevo o para el cambio de la estrategia a seguir por parte de sus actores. He de ahí que resulta importante evaluar la corrección de la forma cómo el Tribunal Constitucional ha estado resolviendo los procesos de inconstitucionalidad contra ordenanzas que fueron expedidas para proteger el derecho al medio ambiente.

5. Al analizar la forma cómo ha venido resolviendo las demandas de inconstitucionalidad contra ordenanzas que buscan proteger derechos humanos, se ha identificado que se emitieron sentencias, por las cuales el Tribunal Constitucional resolvió apelando al principio de competencia o al de garantía de derechos humanos. No obstante lo señalado, en lo que concierne a las sentencias contra ordenanzas regionales o locales que buscaban proteger el derecho al medio ambiente (5 casos entre los años 2005 y 2016), se ha identificado un predominio de una argumentación a favor del principio de competencia, pero con una sustentación débil a favor de la garantía del derecho al medio ambiente, siendo esta una tendencia jurisprudencial (y no un sentido jurisprudencial consolidado).
6. El hecho de que Tribunal Constitucional haya apelado al principio de competencia al analizar la validez de las ordenanzas regionales y locales que buscan proteger el derecho al medio ambiente tiene tanto una explicación política como una justificación jurídica. Para comprender la explicación política, hay tener en consideración los valores e intereses que tiene el Tribunal Constitucional al resolver procesos de inconstitucionalidad (que representa la forma en la que interviene como actor en un conflicto socio – ambiental), algunos de los cuales -como el rol de ordenador y de pacificador junto con el de guardián de la supremacía de la Constitución- tienen especial protagonismo en los procesos de inconstitucionalidad, vinculados a conflictos socio – ambientales. La consideración de los mismos, obligan al Tribunal Constitucional a emitir pronunciamientos revestidos de justificación, la misma que se refleja en la motivación de sus sentencias al considerar tanto el principio de competencia como el de garantía del derecho al medio ambiente, dentro de las limitaciones que presenta el proceso de inconstitucionalidad. En ese sentido, al momento de que el Tribunal Constitucional evalúa la forma cómo impondrá sus valores e intereses por medio de los procesos de inconstitucionalidad, las consideraciones de tipo político se encuentran condicionadas por lo jurídico.
7. De la interacción de los conceptos del Derecho, la Justicia, los derechos humanos y el principio de competencia, se puede concluir que este último principio es un criterio de validez en el marco de los procesos de inconstitucionalidad que a su vez representa un límite a las posibles actuaciones arbitrarias que un Estado pueda realizar en perjuicio de la garantía de los derechos humanos y una forma de optimizar su tutela y promoción. Para resguardar tal principio existen otros que permiten su adecuada concreción, algunos de los cuales están reconocidos expresamente por el Test de Competencia -desarrollado por la jurisprudencia del

Tribunal Constitucional-, el mismo que permite determinar al titular de una competencia.

8. Identificar al titular de una atribución –en el marco de un proceso de inconstitucionalidad- dejando de lado el principio de competencia, implica establecer una excepción a la aplicación del mismo, transfiriendo una competencia del Gobierno Nacional a uno Regional o Local, lo cual no resulta correcto, toda vez que (i) el proceso de inconstitucionalidad no tiene una etapa probatoria, (ii) el Tribunal Constitucional no se encuentra calificado para expedir pronunciamientos técnicos sobre la asignación y la transferencia de competencias, (iii) el Tribunal Constitucional invadiría las competencias de diferentes entes del Estado que participan en el proceso de transferencia de competencias y, principalmente, (iv) porque existe un proceso especializado para realizar la asignación y la transferencia de competencias, el mismo que es complejo y técnico, encaminado a identificar al ente idóneo y eficiente para ejercer una competencia cuyo titular es el Gobierno Nacional. En ese sentido, al resolver procesos de inconstitucionalidad, resulta correcto que el Tribunal Constitucional no deje de aplicar el principio de competencia, a pesar que la ordenanza cuestionada se haya expedido para proteger el derecho al medio ambiente.
9. Sin perjuicio de que resulta correcto que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de ordenanzas que busquen proteger el derecho al medio ambiente pero que se encuentren viciadas de incompetencia, si este ente advierte que existe indicios de la existencia de elementos contrarios al deber de protección del derecho al medio ambiente, corresponde evaluar –dentro de las limitaciones del proceso de inconstitucionalidad- la posibilidad de expedir una sentencia exhortativa, la misma que ha sido usada por el Tribunal Constitucional en diversas controversias de inconstitucionalidad como los casos Hoja de Coca 1 y 2. Conforme a ello, el Tribunal Constitucional, en la situación descrita, deberá exhortar a las entidades competentes del Estado para que tomen medidas a favor de la protección del derecho al medio ambiente de una determinada población. Con la adopción de tal medida el Tribunal Constitucional garantiza el derecho al medio ambiente de una determinada población sin dejar de lado la aplicación del principio de competencia.
10. El uso de las sentencias exhortativas no se ha encontrado exenta de problemas, vinculados principalmente con su ejecución; no obstante, el ordenamiento y la jurisprudencia abren la posibilidad del establecimiento de medidas a favor de su superación (centrados el establecimiento de multas) las cuales, en un futuro pueden ser efectivizadas a favor del cumplimiento de las exhortaciones que buscan resguardar el derecho al medio ambiente de la población.
11. Conforme a lo expuesto, se ha probado la hipótesis del presente trabajo, la cual radica en demostrar que Tribunal Constitucional ejerce un rol de tutela del derecho al medio ambiente, al declarar la invalidez de las ordenanzas regionales y/o locales viciadas de incompetencia que buscan proteger el mencionado derecho cuando – adicionalmente- exhorta a las entidades competentes para actuar a favor del mismo.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

### 5.1. Fuentes bibliográficas y hemerográficas

ALEXY, Robert

1989 “La fundación de los derechos humanos en Carlos S. Nino”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: 1989, Número 26. Consulta: 2 de octubre de 2016.

<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD48936053.pdf>

ANSUÁTEGUI, Francisco

2006 “Positivismo Jurídico y Sistemas Mixtos”. El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto. Universidad de Salamanca: España.

ARENDT, Hannah

1997 *¿Qué es política?* Tercera edición. Barcelona: Ediciones Paidós.

ATIENZA, Manuel

2006 *El Derecho como Argumentación*. Primera Edición. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

CASTELLS, Manuel

2001 *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Volumen II: El poder de la identidad. Tercera edición en español. Argentina: Editorial Siglo XXI.

PECES - BARBA, Gregorio

2010 *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*. Madrid: Dykinson.

2004 *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Primera Reimpresión. México D.F.: Fontamara.

BEBBINGTON, Anthony y Denise HUMPHREYS

2009 “Actores y ambientalismos: conflictos socio – ambientales en Perú”. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*. Quito, 2009, Número 35, pp. 117-128. Consulta: 1º de mayo de 2017.

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiN0uCi6cfTAhWB6yYKHZoVAQ0QFghCMAQ&url=https%3A%2F%2Fdialognet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo>

%2F3318890.pdf&usg=AFQjCNEiDyWQEpZpQNiQBa85LJu1Vt45Ow&sig  
2=Kvf7pZtYnjRpWnFX\_IR5Sw

BUSTAMANTE, Reynaldo

2005 “Un modelo de interrelación entre moral, poder y derecho. El modelo prescriptivo de Gregorio Peces – Barba”. *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*. N°. 2, 2005, págs. 119-153. Consulta: 11 de julio de 2015.

[http://universitas.idhbc.es/n02/02-07\\_bustamante.pdf](http://universitas.idhbc.es/n02/02-07_bustamante.pdf)

CASSAGNE, Juan Carlos

2002 *Derecho Administrativo*. Dos tomos. Séptima edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

COSER, Lewis

1961 *Las Funciones del Conflicto Social*. México: Fondo de Cultura Económica.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2016a “Áreas Temáticas. Conflictos Sociales”. Defensoría del Pueblo. Consulta 11 de setiembre de 2016.

<http://www.defensoria.gob.pe/temas.php?des=3>

2016b Reporte de Conflictos Sociales N° 150. Agosto de 2016. Consulta: 11 de setiembre de 2016.

<http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/objetos/paginas/6/48reporte-mensual-conflictos-sociales-150-agosto-201.pdf>

2012a *Reporte Mensual N° 99. Conflictos Sociales. Mayo de 2012*. Consulta: 2 de octubre de 2016.

<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2012/Reporte-M.-de-Conflictos--Sociales-N-99---May--2012.pdf>

2012b *Reporte Mensual N° 98. Conflictos Sociales. Abril de 2012*. Consulta: 2 de octubre de 2016.

<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2012/Reporte-Mensual-de-Conflictos--Sociales-N-98---Abril-2012.pdf>

2012c *Reporte Mensual N° 97. Conflictos Sociales. Marzo de 2012*. Consulta: 2 de octubre de 2016.

<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2012/Reporte-de-Conflictos-Sociales-N-97---Marzo-2012.pdf>

- 2011a *Reporte Mensual N° 91. Conflictos Sociales. Setiembre de 2011.* Consulta: 2 de octubre de 2016.  
[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2011/reporte\\_91\\_1.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2011/reporte_91_1.pdf)
- 2011b *Reporte Mensual N° 85. Conflictos Sociales. Marzo de 2011.* Consulta: 2 de octubre de 2016.  
[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2011/reporte\\_85.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2011/reporte_85.pdf)
- 2011c *Reporte Mensual N° 84. Conflictos Sociales. Febrero de 2011.* Consulta: 2 de octubre de 2016.  
<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2011/reporte-84.pdf>
- 2011d *Estado actual del proceso de transferencia de competencias a los gobiernos regionales: tareas pendientes.* Informe de Adjuntía N° 17. Consulta: 10 de julio de 2017.  
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/58C03BC4EE445C6805257D00006C3130/\\$FILE/sp\\_20111103\\_645.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/58C03BC4EE445C6805257D00006C3130/$FILE/sp_20111103_645.pdf)
- 2009 *Hacia una descentralización al servicio de las personas: recomendaciones en torno al proceso de transferencia de competencias a los gobiernos regionales.* Informe Defensorial N° 141. Consulta: 2 de octubre de 2016.  
[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe\\_141.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_141.pdf)
- 2008a *Reporte Mensual N° 57. Conflictos Sociales. Noviembre de 2008.* Consulta: 2 de octubre de 2016.  
<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/Conflictos-57.pdf>
- 2008b *Reporte Mensual N° 56. Conflictos Sociales. Octubre de 2008.* Consulta: 2 de octubre de 2016.  
<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/Conflictos-56.pdf>
- 2008c *Reporte Mensual N° 55. Conflictos Sociales. Setiembre de 2008.* Consulta: 2 de octubre de 2016.

<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/reporte-conflictos-55.pdf>

2008d *Reporte Mensual N° 54. Conflictos Sociales. Agosto de 2008.* Consulta: 2 de octubre de 2016.

<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/conflictos-54.pdf>

2008e *Reporte Mensual N° 53. Conflictos Sociales. Julio de 2008.* Consulta: 2 de octubre de 2016.

<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/reporte-conflictos-53.pdf>

2008f *Reporte Mensual N° 52. Conflictos Sociales. Junio de 2008.* De fecha 30 de junio. Consulta: 2 de octubre de 2016.

[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/conflictos\\_sociales52.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/conflictos_sociales52.pdf)

2008g *Reporte Mensual N° 50. Conflictos Sociales. Abril de 2008.* De fecha 30 de abril. Consulta: 2 de octubre de 2016.

[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/conflictos\\_sociales50.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/conflictos_sociales50.pdf)

2008h *Reporte Mensual N° 49. Conflictos Sociales. Marzo de 2008.* De fecha 31 de marzo. Consulta: 2 de octubre de 2016.

[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/conflictos\\_sociales49.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/conflictos_sociales49.pdf)

2008i *Reporte Mensual N° 48. Conflictos Sociales. Febrero de 2008.* De fecha 29 de febrero. Consulta: 2 de octubre de 2016.

[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/conflictos\\_sociales48.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/conflictos_sociales48.pdf)

2008j *Reporte Mensual N° 47. Conflictos Sociales. Enero de 2008.* De fecha 31 de diciembre. Consulta: 2 de octubre de 2016.

[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/conflictos\\_sociales47.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2008/conflictos_sociales47.pdf)

2007a *Reporte Mensual N° 46. Conflictos Sociales. Diciembre de 2007.* De fecha 31 de diciembre. Consulta: 2 de octubre de 2016.

<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2007/Reporte-46---diciembre-2007.pdf>

2007b *Reporte Mensual N° 45. Conflictos Sociales. Noviembre de 2007.* De fecha 30 de noviembre. Consulta: 2 de octubre de 2016.

[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2007/conflictos\\_sociales45.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2007/conflictos_sociales45.pdf)

2001 *Informe Defensorial N° 62, denominado “El caso del derrame de mercurio que afectó a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan, en la Provincia de Cajamarca”.* Lima.

[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe\\_62.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_62.pdf)

DOWSE, Robert E y John HUGHES

1986 *Sociología Política.* Madrid: Alianza Editorial.

#### EL COMERCIO

2016 “Presidente de Buenaventura: ‘Proyecto Conga ya no es viable’”. *El Comercio.* Lima, 26 de abril de 2016. Consulta 11 de setiembre de 2016.

[http://elcomercio.pe/sociedad/cajamarca/presidente-buenaventura-proyecto-conga-ya-no-viable-noticia-1897121?ref=flujo\\_tags\\_322786&ft=nota\\_1&e=titulo](http://elcomercio.pe/sociedad/cajamarca/presidente-buenaventura-proyecto-conga-ya-no-viable-noticia-1897121?ref=flujo_tags_322786&ft=nota_1&e=titulo)

2015a “Islay: 87% de la población pide revisión del EIA de Tía María”. *El Comercio.* Lima, 22 de julio de 2016. Consulta 11 de setiembre de 2016.

[http://elcomercio.pe/sociedad/arequipa/islay-87-poblacion-pide-revision-eia-tia-maria-noticia-1827660?ref=flujo\\_tags\\_132053&ft=nota\\_25&e=titulo](http://elcomercio.pe/sociedad/arequipa/islay-87-poblacion-pide-revision-eia-tia-maria-noticia-1827660?ref=flujo_tags_132053&ft=nota_25&e=titulo)

2015b “Tía María: el impacto ambiental del proyecto [INFORME]”. *El Comercio.* Consulta 25 de enero de 2016.

<http://elcomercio.pe/sociedad/peru/tia-maria-impacto-ambiental-proyecto-informe-noticia-1815159>

2012a “Descarga el informe del peritaje al EIA de Conga”. *El Comercio.* 18 de abril de 2012. Consulta 1° de febrero de 2016.

<http://elcomercio.pe/politica/gobierno/descarga-informe-peritaje-al-eia-conga-noticia-1403356>

2012b “Tribunal Constitucional declaró inconstitucional ordenanza de Cajamarca contra Conga”. *El Comercio*. Consulta, 1° de febrero de 2017.

<http://elcomercio.pe/politica/gobierno/tribunal-constitucional-declaro-inconstitucional-ordenanza-cajamarca-contra-conga-noticia-1402895>

EMPRESA MINERA YANACOCHA

s/f Quiénes somos. Consulta: 25 de setiembre de 2016.

<http://www.yanacocha.com/quienes-somos/>

FERNÁNDEZ, Rafael y otros

2012 Dictamen Pericial Internacional. Componente Hídrico del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Minero Conga (Cajamarca – Perú). Consulta: 1° de febrero de 2017.

<http://elcomercio.e3.pe/66/doc/0/0/4/6/5/465697.pdf>

FOUCAULT, Michel

1988 “El sujeto y el poder”. *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 50, No. 3. (Jul. - Sep., 1988), pp. 3-20.

GORDILLO, Agustín

2003 *Tratado de Derecho Administrativo*. Cuatro tomos. Octava edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

HART, H.L.A.

2000 *Post Scriptum al Concepto del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México: México.

1962 *Derecho, Libertad y Moralidad*. Dykinson: Madrid.

HUERTA, Alberto

2012 *Protección Judicial del Derecho Fundamental al Medio Ambiente a través del Proceso Constitucional de Amparo*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho.

[http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4715/HUERTA\\_GUERRERO\\_LUIS\\_MEDIO\\_AMBIENTE.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4715/HUERTA_GUERRERO_LUIS_MEDIO_AMBIENTE.pdf?sequence=1)

KELSEN, Hans

2003 *La Teoría Pura del Derecho, Introducción a la Problemática Científica del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A.



KNIGHT PIÉSOLD CONSULTORES S.A.

2010 *Resumen Ejecutivo del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Minero Conga*. Lima. Consultado: 1º de mayo de 2017.

<https://es.scribd.com/doc/29504006/Proyecto-Conga-EIA-http-elaguaprimeroblogspot-com>

LANDA, César

2012 “Conga y el perro del hortelano”. *IUS 360º*. Lima. 12 de mayo del 2012. Consulta: 23 de agosto del 2013.

<http://www.ius360.com/articulos/derecho-constitucional/2012/05/conga-y-el-perro-del-hortelano>

2007 *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra.

LA REPÚBLICA

2016 “Volvió a explotar conflicto contra mina Las Bambas”. *La República*. Lima, 15 de octubre de 2016. Consulta 25 de noviembre de 2016.

<http://larepublica.pe/impres/politica/812058-volvio-explotar-conflicto-contra-mina-las-bambas>

2012 “Peritaje de Conga afirma que pérdida de lagunas no tendrá significativo impacto”. *La República*. Lima, 19 de abril de 2012. Consulta 1º de febrero de 2017.

<http://larepublica.pe/19-04-2012/peritaje-de-conga-afirma-que-perdida-de-lagunas-no-tendra-significativo-impacto>

LORENZO, Pedro

2001 *Fundamentos Teóricos del Conflicto Social*. Primera Edición en Castellano. Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A.

MONTBRUN, Alberto

2010 “Notas para una revisión crítica del concepto de ‘poder’ ”. *Revista de la Universidad Bolivariana*. Colombia, volumen 9, número 25, pp. 367-389. Consulta: 30 de agosto de 2016.

<http://www.scielo.cl/pdf/polis/v9n25/art22.pdf>

MONTOYA, Víctorhugo

2015 *El Proceso de Inconstitucionalidad en la Jurisprudencia*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

[http://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/pconstitucional/E1\\_Proceso\\_de\\_Inconstitucionalidad.pdf](http://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/pconstitucional/E1_Proceso_de_Inconstitucionalidad.pdf)

NINO, Carlos  
1989 *Ética y derechos humanos*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.

NOVOA, Bruno  
2012 “Caso Conga: cabeza fría y propuestas de solución”. *Palas Atenea-Blog de Derecho Constitucional*. Consulta: 11 de julio de 2015.

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechoconstitucional/2012/08/03/caso-conga-cabeza-fria-y-propuestas-de-soluci-n/>

RAWLS, John  
2006 *Teoría de la Justicia*. Sexta Edición. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.

RUIZ, Juan Carlos  
2012 “Análisis de la sentencia en el caso Conga: lo que el Tribunal Constitucional no quiso ver”. *Gaceta Jurídica: Gaceta Constitucional*.2012, págs. 272-286.

SAGUES, Néstor  
2006 “Las Sentencias Constitucionales Exhortativas”. *Estudios Constitucionales*. Santiago, 2006, Volumen 4, Número 2, pp.189-202. Consulta: 1º de mayo de 2017.

<http://www.redalyc.org/pdf/820/82040109.pdf>

SAR SUÁREZ, Omar  
2012 “La inconstitucionalidad de la ordenanza de Cajamarca sobre Conga y el test de competencia desarrollado por el Tribunal Constitucional”. *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 53, pp. 266-271.

#### SECRETARÍA DE DESCENTRALIZACIÓN

2012 Informe Anual del Proceso de Descentralización 2011. Informe presentado a la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la gestión del Estado del Congreso de la República. Consulta: 10 de julio de 2017.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/A66DD604AE3CB9D05257BC7006C1C13/\\$FILE/Informe\\_anual\\_2011\\_PCM-Oscar\\_Valdes.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A66DD604AE3CB9D05257BC7006C1C13/$FILE/Informe_anual_2011_PCM-Oscar_Valdes.pdf)

SOLOZÁBAL, Juan

1984 “Una nota sobre el concepto de política”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Año 1984, número 42, pp. 137-162. Consulta: 30 de agosto de 2016.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/26809.pdf>

WILLAX

2012 Técnicos Internacionales presentan Peritaje Conga. Lima: YouTube. Consulta: 18 de mayo de 2017.

<https://www.youtube.com/watch?v=XteIFo5LTak>

## 5.2.Sentencias

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2016 Expediente N° 3-2012 (Caso Cuenca de Huayabamba). Sentencia: 30 de marzo d 2016. Consulta: 16 de mayo de 2017.

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/00003-2012-AI.pdf>

2015 Expediente N° 1-2013. Sentencia: 24 de noviembre de 2015. Consulta: 16 de mayo de 2017.

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00001-2013-AI.pdf>

2013 Expediente N° 2-2013. Sentencia: 11 de octubre de 2013. Consulta: 16 de mayo de 2017.

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00002-2013-AI.pdf>

2012 Expediente N° 5-2012-PI. Sentencia: 23 de octubre de 2012. Consulta: 16 de mayo de 2017.

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00005-2012-AI.pdf>

2012 Expediente N° 1-2012-PI (Caso Conga). Sentencia: 17 de abril de 2012. Consulta: 16 de mayo de 2017.

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00001-2012-AI.pdf>

2011 Expediente N° 9-2010-PI (Caso Actividades Mineras en Cusco). Sentencia: 4 de octubre de 2011. Consulta: 16 de mayo de 2017.

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00009-2010-AI.pdf>

- 2011 Expediente N° 8-2010-PI (Caso Actividades Mineras en la Provincia de Fajardo). Sentencia: 25 de julio 2011. Consulta: 16 de mayo de 2017.  
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00008-2010-AI.pdf>
- 2010 Expediente N° 7-2010-PI (Caso Actividad Minera e Hidrocarburos en Sechura). Sentencia: 25 de octubre de 2010. Consulta: 16 de mayo de 2017.  
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00007-2010-AI.pdf>
- 2010 Expediente N° 4-2009-PI (Caso Venta de Ropa y Calzado Usado en Tacna II). Sentencia: 1° de octubre de 2009. Consulta: 16 de mayo de 2017.  
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00004-2009-AI.pdf>
- 2010 Expediente N° 11-2008-PI (Caso Pesca Artesanal en Tacna). Sentencia: 6 de mayo de 2010. Consulta: 16 de mayo de 2017.  
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00011-2008-AI.pdf>
- 2010 Expediente N° 10-2008-PI (Caso Pesca Artesanal en Ica). Sentencia: 27 de abril de 2010. Consulta: 16 de mayo de 2017.  
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00010-2008-AI.pdf>
- 2009 Expediente N° 21-2007-PI (Caso Pesca Artesanal y de Menor Escala en Tumbes). Sentencia: 10 de junio de 2009. Consulta: 16 de mayo de 2017.  
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00021-2007-AI.pdf>
- 2009 Expediente N° 24-2007-PI (Caso Programa de Apoyo Regional Alimentario en Moquegua). Sentencia: 5 de junio de 2009. Consulta: 16 de mayo de 2017.  
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00024-2007-AI.pdf>
- 2008 Expediente N° 006-2008-PI (Caso Hoja de Coca II). Sentencia; 11 de junio de 2008. Consulta: 16 de mayo de 2017.  
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00006-2008-AI.pdf>
- 2007 Expediente N° 0031-2005-PI/TC (Caso Venta de Ropa y Calzado Usado en Tacna). Sentencia: 20 de marzo de 2007. Consulta: 16 de mayo de 2017.  
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00031-2005-AI.pdf>
- 2005 Expedientes Acumulados N° 20 y 21-2005-PI (Caso Hoja de Coca I). Sentencia: 27 de setiembre de 2005. Consulta: 16 de mayo de 2017.

- <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%2000021-2005-AI.html>
- 2005 Expediente N° 2-2005-PI. Sentencia: 18 de febrero de 2005. Consulta: 16 de mayo de 2017.
- <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00002-2005-AI.html>
- 2005 Expediente N° 5-2005-PI. Sentencia: 18 de noviembre de 2005. Consulta: 16 de mayo de 2017.
- <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00005-2005-CC.html>
- 2004 Expediente N° 13-2003-PI. Sentencia: 4 de mayo de 2004. Consulta: 16 de mayo de 2017.
- <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00013-2003-AI.html>
- 2004 Expediente N° 10-2003-PI. Sentencia: 15 de diciembre de 2004. Consulta: 16 de mayo de 2017.
- <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00010-2003-AI.html>
- 2003 Expediente N° 964-2002-AA. Sentencia: 18 de marzo de 2003. Consulta: 16 de mayo de 2017.
- <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00964-2002-AA.html>

## 6. ANEXO

### Sentencias del Tribunal Constitucional expedidas entre enero de 2015 y octubre de 2016

| NÚMERO | AÑO  | EXPEDIENTE   | NORMAS CUESTIONADAS   | DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA | COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA  | SENTIDO DE LA SENTENCIA          | SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA   | GRADO DE INCIDENCIA DE LA ARGUMENTACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS   |
|--------|------|--|---|--|--|----------------------------------|---|--|
| 1      | 2005 | <u>Acumulados N° 20 y 21-2005-PI (Caso Hoja de Coca I)</u> | <b>A) La Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC,</b> expedida por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco, en los extremos en que:<br><br>-Declara a la planta de la hoja de coca como patrimonio regional natural, biológico, cultural e histórico de Cusco, y como recurso botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales (artículo 1°).<br><br>-Reconoce como zonas de producción tradicional de carácter legal de la | Derecho a la identidad cultural.                 | Competencias del Poder Ejecutivo para combatir el tráfico ilícito de drogas y realizar el control de los cultivos de hoja de coca a través de su regulación. | Fundada con mandato exhortativo. | “82. [...] los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco, al expedir las normas referidas, se han considerado competentes para declarar a la planta de la hoja de coca como patrimonio cultural en sus respectivas regiones. <b>Motivo por el cual su validez o invalidez constitucional de dichas normas, de conformidad con los principios de supremacía constitucional y taxatividad, se encuentra supedita a que la Constitución, la LBD o la LOGR le hayan conferido a los gobiernos regionales dicha competencia, y, en tal supuesto, a que se haya desarrollado en armonía con las políticas nacionales sobre la materia.</b> ” [Énfasis agregado] | El apelar al principio de garantía de los derechos humanos fue igual de relevante que el hacerlo respecto al principio de competencia. |

|  |  |  |  |  |   |
|--|--|--|--|--|---|
|  |  | <p>planta de la hoja de coca los valles de La Convención y Yanatile, de la provincia de Calca, y Qosñipata, de la provincia de Paucartambo, todos integrantes del departamento del Cusco (artículo 2°).</p> <p>-Declara a la planta de la hoja de coca como un bien económico transmisible y sucesorio del campesinado que habita en las zonas mencionadas (artículo 3°).</p> <p><b>B) La Ordenanza Regional N° 015-2004-CR-GRH,</b> promulgada por la Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco, que declara a la hoja de coca como patrimonio cultural y de seguridad alimentaria de la Región Huánuco.</p> <p><b>C) La Ordenanza Regional N° 027-2005-E-CR-GRH,</b> promulgada por la</p> |  |  | <p>“89. El Gobierno Regional de Cusco, implícitamente, ha reconocido la competencia del Gobierno Nacional en la declaración de la planta de la hoja de coca como patrimonio cultural. En efecto, en el escrito de su demanda ha sostenido:</p> <p>‘el hombre vinculado desde sus ancestros de siglos atrás, a la Planta de la Hoja de Coca no puede ser olvidado, como si lo hace la política nacional en esta materia en forma discriminatoria y el Gobierno Regional de Cusco, lo reivindica y reconoce, bajo un concepto declarativo.</p> <p>La Ordenanza Regional busca superar la falta de reconocimiento como Patrimonio Natural a la Planta de la Hoja de Coca, que el mismo Estado a nivel nacional soslaya, como es la dación por el Congreso de la República de la Ley N° 28477 que incluye a 45 cultivos nativos; 3 crianzas nativas y 11 especies de Fauna Silvestre Usufructuadas y en</p> |
|--|--|--|--|--|---|

|  |  |   |  |  |   |
|--|--|---|--|--|---|
|  |  | <p>Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco, que incorpora a la Ordenanza Regional N° 015-2004-CR-GRH un artículo por el cual se declara la legalidad del cultivo de la hoja de coca en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo (en la modalidad de <i>chaccheo</i>), con fines medicinales, ceremoniales y de industrialización lícita.</p> |  |  | <p>dicha relación <u>NO ESTÁ CONSIDERADA LA PLANTA DE LA HOJA DE COCA (...)</u>”</p> <p>En otras palabras, es el vacío legal existente el que, en criterio del demandado, le autoriza a suplir la inercia del Gobierno Nacional en una competencia que no es exclusiva de los gobiernos regionales, sino compartida con aquél.</p> <p>90. Tal argumento, desde luego, no puede ser admitido por este Colegiado. Concebir que las competencias exclusivas o las funciones específicas dentro de las competencias compartidas que han sido asignadas por la Constitución o las leyes orgánicas al Gobierno Nacional, pueden ser ejercidas por los Gobiernos Regionales sólo por el hecho de que éstas aún no han sido realizadas, contraviene los más elementales principios del Estado unitario. En efecto, bajo tal perspectiva, por ejemplo, ante la inercia del Gobierno Nacional</p> |
|--|--|---|--|--|---|



|  |  |  |  |  |  |   |
|--|--|--|--|--|--|---|
|  |  |  |  |  |  | <p>en el ejercicio de una competencia exclusiva, podrían existir tantos modos de ejecución de dicha competencia como gobiernos regionales existen, con la consecuente afectación del equilibrio y el desarrollo integral de la Nación exigido por el artículo 188° de la Constitución.” [Énfasis agregado].</p> <p>Fundamentos 91° y siguientes realiza argumentos del TC sobre la relevancia de la declaración de la hoja de coca como patrimonio natural y cultural de la nación.</p> <p>Asimismo, en el fundamento 111, el TC expuso:</p> <p>“111. Todo lo dicho, evidencia que desde hace siglos el uso tradicional (chacqueo, mágico religioso, ceremonial y medicinal) de la planta de la hoja de coca, forma parte de la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú. Por ello, <b>este Colegiado comparte la preocupación de los demandados por el</b></p> |
|--|--|--|--|--|--|---|

|  |  |  |  |  |  |   |
|--|--|--|--|--|--|---|
|  |  |  |  |  |  | <p><b>ocio del legislador nacional al no haber reconocido expresamente al uso tradicional de la planta como patrimonio cultural inmaterial de la nación.</b> En tanto dicha inercia legislativa persista se corre el riesgo de generar una inconstitucionalidad por omisión, no sólo por afectar el derecho a la identidad cultural de muchos peruanos (artículo 2° 19 de la Constitución), sino también por afectar el derecho a la igualdad (artículo 2° 2 de la Constitución).</p> <p>Por tales motivos se exhorta al Congreso de la República a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N° 28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de</p> |
|--|--|--|--|--|--|---|

|        |      |  |   |   |  |                         | conformidad con el ordenamiento internacional.” [Énfasis agregado].<br><br>Respecto a esta sentencia, no solo se realizó la exhortación al Congreso de la República sino que también se hizo lo propio con el Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Devida).  |       |
|--------|------|--|---|---|--|-------------------------|---|-------|
| NÚMERO | AÑO  | EXPEDIENTE   | NORMAS CUESTIONADAS   | DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA  | COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA                                | SENTIDO DE LA SENTENCIA | SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA   | ----- |
| 2      | 2007 | <b><u>Exp. N.º 0031-2005-PI/TC (Caso Venta de Ropa y Calzado Usado en Tacna)</u></b> | Ordenanza Regional N.º 009-2005-CR/GOB.REG.TACNA, que establece la libre comercialización de ropa y calzado usados. Asimismo establece disposiciones relacionadas con la importación de ropa y calzado usado. | Derecho al Trabajo.<br><br>En la sentencia no se habla expresamente que la norma busca proteger el derecho al trabajo. No obstante ello, hay que tomar en cuenta que, como lo señala el TC en su sentencia, los considerandos de la ordenanza | La competencia del Gobierno Nacional para regular las importaciones de bienes. | Fundada.                | El demandante cuestionaba la norma - entre otras cosas- porque la competencia para regular la importación de bienes es del Gobierno Regional.<br><br>“27. Ciertamente que el artículo 192.7 de la Constitución les reconoce a los Gobiernos Regionales competencia para promover y regular, entre otras materias, las actividades y/o servicios en el ámbito del comercio. No obstante, se debe entender que <b><u>tal competencia se refiere a actividades y servicios</u></b> | ----- |

|  |  |  |  |   |  |   |
|--|--|--|--|---|--|---|
|  |  |  |  | <p>cuestionada hacen referencia a la fuente de trabajo que representa la venta de calzado y ropa usada. Tomando en cuenta ello, se entiende que la norma buscaba proteger el <b>derecho al trabajo.</b></p> |  | <p><b><u>comerciales lícitos internos. No se desprende, sin embargo, de tal disposición la competencia de los Gobiernos Regionales para autorizar la importación de mercancías provenientes del exterior.</u></b></p> <p>28. Por el contrario, el artículo 118.3 de la Constitución reconoce la facultad del Presidente de la República para dirigir la política general del Gobierno, política dentro de la cual está comprendida, como es evidente, la política económica que atañe a la nación. El mismo artículo, en su inciso 11, también prevé la potestad del Presidente de la República de dictar medidas extraordinarias, a través de decretos de urgencia, en materia económica y financiera cuando lo requiere el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso de la República. No obstante, es el inciso 20 de la disposición constitucional mencionada el que expresamente reconoce que</p> |
|--|--|--|--|---|--|---|

|  |  |  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |  | <p>[c]orresponde al Presidente de la República (...) regular las tarifas arancelarias.</p> <p>29. En consecuencia, en la medida en que <b><u>la importación, entendida como régimen jurídico mediante el cual se permite el ingreso legal de mercancías provenientes del exterior para ser destinadas al uso o consumo, tiene una incidencia directa en la economía no sólo de una determinada región, sino más bien en la política arancelaria del Estado, se constituye en un ámbito en el cual el Gobierno Nacional, y no el Gobierno Regional de Tacna, ostenta competencia.</u></b> La Constitución reconoce que el Poder Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 25° de la Ley de Bases de la Descentralización, ejerce el Gobierno Nacional y dirige la economía nacional tanto en situaciones extraordinarias como extraordinarias.” [Énfasis agregado].</p> <p>Los fundamentos 37 al 40 de la sentencia resalta el objetivo que tuvo la</p> |
|--|--|--|--|--|--|--|

| NÚMERO | AÑO  | EXPEDIENTE                                   | NORMAS CUESTIONADAS   | DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA | COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA   | SENTIDO DE LA SENTENCIA          | SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA  | GRADO DE INCIDENCIA DE LA ARGUMENTACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS   |
|--------|------|--|---|--|---|----------------------------------|--|--|
| 3      | 2008 | <u>006-2008-PI</u><br>(Caso Hoja de Coca II) | Los artículos 1º y 2º de la Ordenanza Regional N° 022-2007-GRP, por medio de los cuales se declara a la hoja de coca como patrimonio regional y cultural inmaterial.<br><br>Asimismo, declara diversas zonas como zonas cocaleras de cultivo tradicional. | Derecho a la identidad cultural.                 | Competencia del Gobierno Nacional para declarar a la hoja de coca como patrimonio cultural. | Fundada con mandato exhortativo. | Se establecen argumentos similares al caso Hoja de Coca I, sin embargo resulta particular el fundamento 54 en el cual se hace referencia a la exhortación realizada en el caso Hoja de Coca I y al incumplimiento por parte del Congreso de la República.<br><br>Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que en caso el Congreso de la República no se pronuncie sobre la viabilidad de la declaración de la Hoja de Coca como patrimonio de la Nación, el TC tendría que hacerlo (con la finalidad que no se expidan más ordenanzas regionales que la hagan). | El apelar al principio de garantía de los derechos humanos fue igual de relevante que el hacerlo respecto al principio de competencia. |
| NÚMERO | AÑO  | EXPEDIENTE                                   | NORMAS CUESTIONADAS   | DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA | COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA   | SENTIDO DE LA SENTENCIA          | SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA  | -----  |

|   |      |  |   |  |  |          |   |       |
|---|------|--|---|--|--|----------|---|-------|
| 4 | 2009 | <b><u>21-2007-PI</u></b><br><b><u>(Caso Pesca Artesanal y de Menor Escala en Tumbes)</u></b> | Ordenanza Regional N° 16-2004-GOBIERNO REGIONAL-CR-P, que declara de interés regional la preservación de recursos hidrobiológicos del ámbito costero de la Región Tumbes y establece prohibiciones a operaciones de flotas de mayor y menor escala y artesanales. | <b>ADA</b><br>Protección y aprovechamiento adecuado de los recursos hidrobiológicos. | Competencia para extender la zona de pesca a favor de la pesca artesanal y la competencia para tipificar infracciones y sanciones en materia de pesca. | Fundada. | <p>“17. Como puede apreciarse lo dicho dispositivo legal, en especial de los literales b), c), f), i) y j), la función específica de los gobiernos regionales en materia pesquera es básicamente la de administración, supervisión, fiscalización y sanción que se desarrolla en el ámbito territorial de su competencia. Es decir, corresponde a los gobiernos regionales, como función específica, supervisar el cumplimiento de las políticas sectoriales dispuestas por el Gobierno Nacional.</p> <p>18. En consecuencia, la ordenanza impugnada, cuando modifica unilateralmente la extensión de la zona reservada para la pesca artesanal, y tipifica y establece sanciones para los infractores, excede el marco de sus competencias constitucionales. <b><u>Si bien a los gobiernos regionales se les ha sido asignado las funciones administradora, supervisora,</u></b></p> | ----- |
|---|------|--|---|--|--|----------|---|-------|

|  |  |  |  |  |  |   |
|--|--|--|--|--|--|---|
|  |  |  |  |  |  | <p><b><u>fiscalizadora y sancionadora, éstas no comprenden la facultad de disponer, omitiendo el ámbito de participación del gobierno nacional, la modificación del área reservada para la pesca artesanal, así como el establecimiento de infracciones y sanciones.</u></b></p> <p>Estas funciones específicas no autorizan a un gobierno regional a ejercer su potestad normativa autárquicamente. La previsión constitucional del artículo 192° de la Constitución no presta fundamento para ello, porque, como señala, toda actividad de los gobiernos regionales se realiza '(...) en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.'” [Énfasis agregado].</p> <p>Adicionalmente, es importante precisar que en los fundamentos 19 y siguientes de la sentencia, se habla de la preocupación legítima del Gobierno Regional de Tumbes y de la no respuesta del Gobierno Nacional. En ese sentido, se remarca que no solo</p> |
|--|--|--|--|--|--|---|



| NÚMERO | AÑO  | EXPEDIENTE  | NORMAS CUESTIONADAS   | DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA  | COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA   | SENTIDO DE LA SENTENCIA | SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA  | GRADO DE INCIDENCIA DE LA ARGUMENTACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS    |
|--------|------|---|---|---|---|-------------------------|--|---|
| 5      | 2009 | <u>24-2007-PI</u><br><u>(Caso Programa de Apoyo Regional Alimentario en Moquegua)</u> | La Ordenanza Regional N° 003-2007- CR-GRM, que crea el Programa de Apoyo Alimentario Regional (PAAR) y establece para ello un régimen especial de pesca artesanal sobre el recurso anchoveta, tanto para consumo humano directo e indirecto; en sus artículos 2° a 5°, por la Ordenanza Regional N.° 005-2007-CR/GRM. | Derecho a la igualdad.<br><br>Si bien a lo largo de la sentencia no se habla de la promoción del derecho a la igualdad, el Tribunal Constitucional hace referencia a que la ordenanza cuestionada busca promover el desarrollo de la población, cambiando las condiciones de pobreza y el déficit alimentario, lo cual está relacionado con tal | Creación de un régimen especial de pesca artesanal sin tener en cuenta la política nacional pesquera. | Infundada.              | En la presente sentencia el Tribunal Constitucional hace referencia a los principios de lealtad regional y nacional. También se menciona al desarrollo económico.<br><br>Entre los fundamentos más relevantes para resolver la controversia podemos encontrar:<br><br>“22. Habiéndose determinado entonces que en el caso se está ante una competencia, compartida como lo reconocen también el demandante (folio 15) y el demandado (folio 80 y ss.), debe indicarse que <u>del contenido de las ordenanzas impugnadas se advierte que éstas no necesariamente devienen en inconstitucionales, si es que son interpretadas de</u> | Prevaleció el principio de protección de los derechos humanos frente al principio de competencia. |

|  |  |  |  |          |  |  |  |
|--|--|--|--|----------|--|--|--|
|  |  |  |  | derecho. |  |  | <p><b><u>conformidad con la Constitución.</u></b></p> <p>23. Por ejemplo, el artículo 1° que establece “[c]réase el “PROGRAMA DE APOYO ALIMENTARIO REGIONAL” PAAR como mecanismo de promoción de consumo humano directo de anchoveta, programa destinado prioritariamente a la población de bajos recursos económicos de las zonas urbano marginales y las zonas alto andinas de la Región Moquegua. Este programa se llevará a cabo a través de un convenio entre la Asociación de Armadores Pesqueros Artesanales para Consumo Humano Directo del Puerto de Ilo y el Gobierno Regional de Moquegua”, es compatible con lo dispuesto en el artículo 44° de la Constitución, cuando señala que <b><u>es un deber primordial del Estado “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”</u></b>, con el <b><u>artículo 188° que recoge como</u></b></p> |
|--|--|--|--|----------|--|--|--|

|  |  |  |  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |  |  | <p><b><u>principal objetivo de la descentralización “el desarrollo integral del país”</u></b> y con el artículo 192° según el cual “[l]os gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional (...)”. Así también lo reconoce el propio demandante (folio 10).</p> <p>24. Del mismo modo, lo establecido en los artículos 2° a 5° de la Ordenanza Regional N.° 003-2007-CR-GRM, modificada por la Ordenanza Regional N.° 005-2007-CR/GRM, no deviene necesariamente en inconstitucional si éstas disposiciones de implementación del Programa de Apoyo Alimentario Regional – PARA- se interpretan como la regulación de un régimen especial de pesca de anchoveta <u>únicamente y exclusivamente para el consumo humano directo y dentro del Programa de Apoyo Alimentario Regional-PARA</u>. Ello, como es evidente, no obsta para que dicho Programa pueda ser objeto de coordinación con la participación del Gobierno Nacional y del Gobierno Regional de</p> |
|--|--|--|--|--|--|--|--|

|        |      |  |   |  |   |                         | <p>Moquegua, más aún si, como se ha señalado, se está ante el ejercicio de una competencia compartida.</p> <p>25. Esta posición interpretativa se deriva del principio de interpretación de la ley conforme con la Constitución. Esto es, que una disposición sometida a control abstracto de constitucionalidad sólo será declarada inconstitucional si dicha disposición no puede ser interpretada de conformidad con la Constitución; lo que no se configura precisamente en este caso.” [Énfasis agregado].</p> |       |
|--------|------|--|---|--|---|-------------------------|---|-------|
| NÚMERO | AÑO  | EXPEDIENTE   | NORMAS CUESTIONADAS   | DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA               | COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA | SENTIDO DE LA SENTENCIA | SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA   | ----- |
| 6      | 2010 | <u>4-2009-PI (Caso Venta de Ropa y Calzado Usado en Tacna II).</u> | Ordenanza Regional N° 006-2007-CR/GOB.REG.TACNA, mediante la cual se aprueba la comercialización de ropa y calzado de segundo uso en diversos distritos de la Provincia de Tacna. | Derecho al trabajo.<br><br>Derecho a la salud (fundamento 25). | Competencia para regular la comercialización.   | Fundada.                | “17. Como se puede constatar, el literal h) del inciso 1 de este artículo 26° establece de forma expresa que <u>es una competencia exclusiva del Gobierno Nacional el régimen de comercio y aranceles</u> , precisando en el inciso 2) que estas facultades no son objeto de transferencia ni de  | ----- |

| NÚMERO | AÑO  | EXPEDIENTE                                       | NORMAS CUESTIONADAS  | DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA   | COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA   | SENTIDO DE LA SENTENCIA | SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA   | GRADO DE INCIDENCIA DE LA ARGUMENTACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS |
|--------|------|--|--|--|---|-------------------------|---|--|
|        |      |  |  |  |   |                         | delegación las funciones y atribuciones inherentes a los sectores y materias señaladas.” [Énfasis agregado]<br><br>Entre los fundamentos 22 al 25, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la finalidad de la norma para proteger parte del contenido del derecho a la salud.   |  |
| 7      | 2010 | <u>10-2008-PI (Caso Pesca Artesanal en Ica).</u> | La Ordenanza Regional N° 0017-2005- GORE-ICA, por medio de la cual se declara en emergencia al Sector Pesquería Artesanal y se crea la Comisión Multisectorial de solución a la problemática de la Pesca Artesanal de la Región Ica. | Derecho al trabajo.<br><br>Por medio de la norma cuestionada se busca el desarrollo de la actividad pesquera artesanal.<br><br>Si bien no se dice de forma expresa en la sentencia, el hacer referencia a la | La competencia para legislar en materia pesquera. | Infundada.              | La declaratoria de emergencia no trasgrede las competencias del Gobierno Nacional. (Fundamento 30).<br><br>Se remite, entre otras cosas al Plan Anual de Transferencia de competencias anuales en el cual se precisa que se transfirieron competencias que son ejercidas con la creación de la Comisión Multisectorial. (Fundamentos 31 al 33). | Se apeló exclusivamente al principio de competencia.   |

| NÚMERO | AÑO  | EXPEDIENTE   | NORMAS CUESTIONADAS   | DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA  | COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA  | SENTIDO DE LA SENTENCIA | SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA   | GRADO DE INCIDENCIA DE LA ARGUMENTACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS                   |
|--------|------|--|---|---|--|-------------------------|---|--|
| 8      | 2010 | <u>11-2008-PI (Caso Pesca Artesanal en Tacna).</u> | Ordenanza Regional N° 007-2004-CR/GOB.REG.TACNA, por medio de la cual se ratifica que en las cinco (5) primeras millas del litoral de Tacna solo se realizará actividad pesquera artesanal. Asimismo, se crea un Comité de Vigilancia y Control de la actividad | La norma tiene como finalidad buscar una pesca sostenible. En ese sentido se busca la protección de los recursos hidrobiológicos y –por ello– podría decirse que busca proteger el derecho al | La competencia para ratificar normas del Gobierno Nacional que se ha atribuido el regional, menoscaba las competencias para el establecimiento de regímenes de excepción para que se realice la pesca de menor escala. | Infundada.              | Cuando la ordenanza cuestionada usa el término “ratificar” se entiende como un sometimiento de la ordenanza a las normas del Gobierno Nacional, por lo que no hay contravención al principio de competencia. (Fundamento 32).<br><br>En el fundamento 35 se menciona también que la norma es válida toda vez que busca proteger los | Prevaleció el principio de competencia y la salvaguarda del derecho fundamental fue un argumento complementario. |

|               |            |   |   |   |  |                                |   |       |
|---------------|------------|---|---|---|--|--------------------------------|---|-------|
|               |            |   | pesquera artesanal sobre el uso de los recursos naturales.  | medio ambiente.   |  |                                | recursos naturales.   |       |
| <b>NÚMERO</b> | <b>AÑO</b> | <b>EXPEDIENTE</b>   | <b>NORMAS CUESTIONADAS</b>  | <b>DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA</b> | <b>COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA</b>   | <b>SENTIDO DE LA SENTENCIA</b> | <b>SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA</b>  | ----- |
| 9             | 2011       | <u>9-2010-PI (Caso Actividades Mineras en Cusco)</u>                | Ordenanza Regional N° 065-2009-CR/GRC.CUSCO, que declara como área de no admisión de denuncios mineros toda la Región del Cusco.  | Derecho al medio ambiente.                              | Competencia para declarar como área de no admisión de denuncios mineros.   | Fundada.                       | La competencia es del Poder Ejecutivo y se ejerce por medio de la Dirección de Promoción Minera del Ministerio de Energía y Minas (Fundamento 10).<br><br>No se aplicó el Test de la Competencia.   | ----- |
| <b>NÚMERO</b> | <b>AÑO</b> | <b>EXPEDIENTE</b>   | <b>NORMAS CUESTIONADAS</b>  | <b>DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA</b> | <b>COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA</b>   | <b>SENTIDO DE LA SENTENCIA</b> | <b>SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA</b>  | ----- |
| 10            | 2010       | <u>7-2010-PI (Caso Actividad Minera e Hidrocarburos en Sechura)</u> | Ordenanza Municipal N.º 014-2009-MPS, emitida por la Municipalidad Provincial de Sechura, que prohíbe dentro del ámbito de la Bahía de Sechura y frente a la franja marino costera del macizo de Illescas se desarrollen acciones de exploración y explotación de | Derecho al medio ambiente                               | El demandante invoca la afectación de las competencias que le corresponden: i) para el otorgamiento de contratos de licencia, previa aprobación del Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Economía y Finanzas, en materia de aprobación de las áreas materia de | Fundada.                       | No se aplicó el Test de la Competencia. Siendo uno de los fundamentos más relevantes el siguiente:<br><br>“15. De acuerdo con lo que se desprende de las normas antes glosadas, por un lado se aprecia que <u>la competencia relativa al establecimiento, declaración o creación de zonas exclusivas para el desarrollo de actividades productivas de pesca y maricultura</u> | ----- |

|  |  |  |  |  |  |  |   |
|--|--|--|--|--|--|--|---|
|  |  |  | <p>hidrocarburos y minerales con la finalidad de preservar toda clase de especies hidrobiológicas y marinas.</p> |  | <p>exploración y explotación gasífera y petrolera a nivel nacional, a través de PERUPETRO S.A.; ii) en materia del otorgamiento de concesiones mineras, a través del Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMET); y, iii) en materia del otorgamiento de concesiones en beneficio, labor general y transporte minero a través de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas.</p> |  | <p>(ya sea por el tipo de ecosistema o recursos naturales que se deseen preservar), <b><u>forma parte de la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo y se desarrolla a través del Sector de la Producción</u></b>, pues es a dicho Ministerio a quien le compete establecer las zonas del litoral que deben mantener especial protección por el tipo de recursos hidrobiológicos que en ellos se desarrollan de acuerdo con lo dispuesto por la Ley General de Pesca; <b><u>mientras que, por otro lado se advierte que el ejercicio de las funciones relacionadas a la protección del medio ambiente se constituye en una competencia compartida entre el Gobierno Nacional y la Municipalidad Provincial</u></b>, dado que para la implementación de cualquier proyecto, medida o plan de desarrollo destinado a la protección del ambiente, desarrollado –en el presente caso– por las Municipalidades Provinciales, necesariamente debe verificarse que su diseño se encuentre acorde con la</p> |
|--|--|--|--|--|--|--|---|



|  |  |  |  |  |  |   |
|--|--|--|--|--|--|---|
|  |  |  |  |  |  | <p>política nacional establecida por el gobierno central para dicho sector –que en este caso le corresponde al Ministerio de la Producción–, por lo que en materia de competencias compartidas resulta necesaria la coordinación y cooperación entre ambos sectores, para efectos de no emitir normatividad ni actos administrativos que afecten las competencias de cada estamento, tal y como lo sostiene el propio artículo 73° de la Ley Orgánica de Municipalidades invocado por la emplazada.</p> <p>16. Asimismo y aun cuando en el caso concreto el contenido de la ordenanza impugnada establezca normas de carácter técnico relacionadas al ejercicio de sus funciones compartidas en materia de protección del medio ambiente, se <b><u>aprecia que la prohibición de exploración y explotación de hidrocarburos y minerales en la Bahía de Sechura y frente a la franja marino costera del macizo de Illescas</u></b></p> |
|--|--|--|--|--|--|---|

|  |  |  |  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |  |  | <p><b><u>viene afectando las funciones con las que cuenta el Ministerio de Energía y Minas</u></b> en materia de hidrocarburos y minería, tal como lo establece la Ley Orgánica que regula las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional (Ley N.º 26221), funciones que ejerce a través de sus órganos adscritos como lo son PERUPETRO (Ley N.º 26221), Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMET), la Dirección General de Minería, la Dirección General de Hidrocarburos, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN, Ley N.º 26734); <b><u>y es que tales funciones se han visto anuladas, pues la prohibición introducida por la ordenanza impugnada genera como consecuencia inmediata y directa el dejar sin efecto todas las concesiones mineras y contratos de exploración y explotación aprobados y suscritos por los organismos competentes antes descritos,</u></b> razón por la</p> |
|--|--|--|--|--|--|--|--|

|        |      |               |  |  |   |                         | cual la Ordenanza Municipal N.º 014-2009-MPS resulta inconstitucional por encontrarse afectada por un vicio de incompetencia.” [Énfasis agregado].   |       |
|--------|------|---------------|--|--|---|-------------------------|--|-------|
| Número | Año  | Expediente    | Normas cuestionadas  | Derechos que buscó proteger la norma cuestionada | Competencia que vulneraría la norma cuestionada | Sentido de la sentencia | Sobre los fundamentos determinantes en la sentencia  |       |
| 11     | 2011 | <u>8-2010</u> | Ordenanza Municipal N° 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. | Derecho al medio ambiente.                       | Competencia para otorgar concesiones mineras.   | Fundada.                | <p>Fundamento 40 al 42, el TC reconoce la preocupación del Gobierno Regional para proteger el medio ambiente pero el mismo debe realizarse de conformidad con el proceso de descentralización.</p> <p>No se aplica el Test de Competencia.</p> <p>Asimismo, en la referida sentencia se ha afirmado:</p> <p>“39. [...] d) En consecuencia, al prohibir el otorgamiento de concesiones mineras, y no sólo eso, sino que inclusive las ya existentes deberán ser sometidas a consulta popular, pudiendo ser revocadas, la Municipalidad Provincial de Fajardo, del</p> | ----- |

|               |            |                   |   |   |   |                                |  |       |
|---------------|------------|-------------------|---|---|---|--------------------------------|--|-------|
|               |            |                   |   |   |   |                                | Departamento de Ayacucho, ha ejercido una competencia que no le compete y, por ende, tal ordenanza, y en particular sus artículos 1° y 7°, resultan contrarios a lo dispuesto en la normativa antes señalada, y que la define como una competencia exclusiva del Ministerio de Energía y Minas, y en particular, del órgano adscrito a él, estos, del Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET), según lo disponen el artículo 105°, incisos f) y h) del Decreto Supremo N.° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, así como el numeral 3.14° del Decreto Supremo N.° 035-2007-EM, Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET).” |       |
| <b>NÚMERO</b> | <b>AÑO</b> | <b>EXPEDIENTE</b> | <b>NORMAS CUESTIONADAS</b>  | <b>DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA</b> | <b>COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA</b>  | <b>SENTIDO DE LA SENTENCIA</b> | <b>SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA</b>   | ----- |
| 12            | 2012       | 1-2012-PI         | Ordenanza 36-2011-GRCAJ que declara la intangibilidad de las cabeceras de cuenca y se deja sin efecto la resolución | Derecho al medio ambiente y al agua.                    | Competencia para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca y el dejar sin efecto la aprobación de los | Fundada.                       | Según la sentencia, la norma cuestionada va en contra de la competencias del Poder Ejecutivo. Se habla de la preocupación del  | ----- |

|               |            |                   |   |   |  |   |  |       |
|---------------|------------|-------------------|---|---|--|---|--|-------|
|               |            |                   | por medio de la cual se aprobó el Proyecto Minero Conga.  |   | EIAS de los proyectos de la gran minería.  |   | Gobierno Regional de Cajamarca para proteger el derecho al medio ambiente y se dan algunos lineamientos para establecer la compatibilidad de las actividades empresariales con el derecho al medio ambiente.   |       |
| <b>NÚMERO</b> | <b>AÑO</b> | <b>EXPEDIENTE</b> | <b>NORMAS CUESTIONADAS</b>  | <b>DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA</b> | <b>COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA</b>   | <b>SENTIDO DE LA SENTENCIA</b>  | <b>SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA</b>   | ----- |
| 13            | 2013       | <u>5-2012-PI</u>  | Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ/CR, que declara de interés, utilidad pública y de necesidad regional la inversión privada, estableciendo compromisos para el desarrollo de sus actividades en la Región Junín. | Derecho al trabajo, libertad de empresa y comercio.     | Competencia para el establecimiento de la normativa y la fijación de la política nacional en materia de minería. | Fundada la demanda respecto a la validez del artículo 3° de la ordenanza cuestionada. | Declara inconstitucional la norma respecto a la obligación que da a las empresas privadas a ejecutar la consulta previa:<br><br>“41. A/. En primer lugar, porque desconoce que el régimen jurídico de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la consulta previa, no se puede regular mediante una fuente formal del derecho que solo tenga alcance regional. A estos efectos, el Tribunal recuerda que en el marco de un Estado Unitario, una de las garantías normativas a las cuales se encuentra sometida la regulación de los derechos | ----- |

|  |  |  |  |  |  |  |   |
|--|--|--|--|--|--|--|---|
|  |  |  |  |  |  |  | <p>fundamentales es el principio de legalidad [art. 2.24.”a” de la Constitución]. Por su virtud, se garantiza que tanto el contenido como los límites a los cuales éstos puedan estar sometidos, se realice siempre ya sea mediante una ley en sentido formal o, en su defecto, por una norma que satisfaga la reserva de acto legislativo, de manera que se garantice tanto la generalidad e igualdad de trato a todos los habitantes de la República. Como se recordara en la STC 2235-2004-PA/TC, haciendo referencia a los límites, [...]”.</p> <p>“42. B/. En segundo lugar, el artículo 3 de la Ordenanza Regional es manifiestamente incompatible con el artículo 6 del Convenio N°. 169 de la OIT, y el artículo 2 de la Ley N°. 29785, pues comprende a los particulares entre los sujetos pasivos del derecho a la consulta previa, cuando estos no lo son, sino únicamente el Estado, motivo por el cual debe declararse su inconstitucionalidad.”</p> |
|--|--|--|--|--|--|--|---|

| NÚMERO | AÑO  | EXPEDIENTE    | NORMAS CUESTIONADAS   | DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA | COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA                   | SENTIDO DE LA SENTENCIA   | SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA   | ----- |
|--------|------|---------------|---|--|---|---|---|-------|
| 14     | 2013 | <u>2-2013</u> | Ordenanza Regional 010-2012-GRA/CR, expedida por el Gobierno Regional de Ayacucho. El cual permitía, entre otras cosas, la posibilidad de que la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones de Ayacucho pueda expedir autorizaciones para que vehículos de la categoría M1 presten el servicio de transporte terrestre interprovincial de personas. | Derecho al empleo <sup>59</sup> .                | Competencia en materia de transporte interprovincial de personas. | Fundada la demanda de inconstitucionalidad en el extremo que se cuestionó la validez de la totalidad de la ordenanza. | En la sentencia en mención se ha precisado:<br><br>*12. Estando a lo expuesto, y luego de haber ponderado los argumentos ofrecidos por las partes, este Tribunal llega a la conclusión de que la Ordenanza Regional impugnada no busca complementar o adecuar la normativa vigente en materia de transportes, sino que resulta manifiestamente contraria a las condiciones técnicas mínimas exigidas en los artículos 20.3.1 y 20.3.2 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, ya que tales dispositivos prescriben que el servicio de transporte público de personas en el ámbito regional sólo puede ser ofrecido por vehículos | ----- |

<sup>59</sup> En la sentencia se precisa que la parte demandada alegó que la ordenanza regional cuestionada al establecer la regulación en materia de transporte buscaba la formalización de parte del servicio para promover el empleo.

|  |  |  |  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |  |  | <p>de la categoría M3, clase III, y, excepcionalmente, por vehículos de la categoría M3 con menor tonelaje, o M2 clase III, mas no por vehículos de la categoría M1; condicionando además tales autorizaciones a requisitos como que se trate de rutas en las que no exista transportistas autorizados que presten servicios con vehículos habilitados de la categoría señalada, y que dicho aspecto sea técnicamente sustentado en la ordenanza regional que pretende emitirse, lo cual no ha ocurrido en el caso de autos.</p> <p>13. Bajo esta lógica, en lo que respecta al <i>test de la competencia</i>, se advierte que la Ordenanza Regional 010-2012-GRA/CR contraviene el <i>principio de unidad</i>, al tratarse de una norma con rango de ley contraria a la regulación nacional vigente en materia de transportes, y que desatiende su deber de <i>lealtad nacional</i>, en los términos que han sido explicados en los</p> |
|--|--|--|--|--|--|--|--|



|  |  |  |  |  |  |   |  |
|--|--|--|--|--|--|---|--|
|  |  |  |  |  |  | <p>fundamentos precedentes.</p> <p>14. Con relación a la incertidumbre en la aplicación de la Ley 28972, que establece la formalización del transporte terrestre de pasajeros en automóviles colectivos, alegada por el demandado, cabe indicar que el Decreto Supremo 017-2009-MTC, que derogó el anterior Decreto Supremo 029-2007-MTC, constituye el Reglamento vigente de la precitada ley, por lo que el supuesto vacío normativo generado por dicha derogatoria no se configura en el presente caso; debiendo precisarse además que aun cuando exista un vacío normativo en el ordenamiento jurídico, para que la regulación emitida por cualquier gobierno regional sea constitucionalmente válida, ésta debe ser respetuosa de los <i>principios de unidad, lealtad nacional, taxatividad y cláusula de residualidad</i>, entre</p> |  |
|--|--|--|--|--|--|---|--|

|        |     |            |                     |                    |                               |                         | <p>otros.</p> <p>15. Por otro lado, en cuanto al fin de formalizar la situación actual del servicio de transporte en la Región Ayacucho, tal como lo hizo la Ley 28972 en su momento, cabe precisar que el gobierno regional demandado no adjunta documento alguno que acredite las deficiencias o falencias del servicio que se viene prestando con las condiciones técnicas establecidas en la normativa vigente, advirtiéndose además que el Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte, dispone en su artículo 20.3.4 que para prestar el servicio especial de transporte público de personas en auto colectivo, tales vehículos deberán corresponder a la categoría M2 de la clasificación vehicular establecida en el RNV y cumplir lo señalado en los numerales del presente artículo.</p> |  |
|--------|-----|------------|---------------------|--------------------|-------------------------------|-------------------------|--|--|
| Número | Año | Expediente | Normas cuestionadas | Derechos que buscó | Competencia que vulneraría la | Sentido de la sentencia | Sobre los fundamentos determinantes en la  |  |

|    |      |               |  | proteger la norma cuestionada | norma cuestionada   |                   | sentencia   |  |
|----|------|---------------|--|-------------------------------|---|-------------------|---|--|
| 15 | 2015 | <u>1-2013</u> | Ordenanza Regional 153-Arequipa, que establece disposiciones relativas a la prestación del servicio de transporte regular de personas. | Protección del usuario.       | Competencia en materia de transporte interprovincial de personas. | Fundada en parte. | <p>“24. Sobre la base de lo anterior, es posible afirmar que, si bien el artículo 20.3.1 del Decreto Supremo 017-2009-MTC exige que los vehículos destinados al servicio de transporte público de personas en el ámbito regional deben corresponder a la Categoría M3, Clase III, y tener un peso neto vehicular mínimo de 5.7 toneladas, también lo es que el artículo 20.3.2 del mismo cuerpo normativo establece que los Gobiernos regionales, atendiendo a las características propias de su realidad, pueden mediante ordenanza regional debidamente sustentada autorizar la prestación del servicio regular de transporte de personas: i) en vehículos de las categorías M3, Clase III, de menor tonelaje a 5.7 toneladas; o, ii) en vehículos de la Categoría M2, Clase III. En ambos casos, aunque ello solo ocurre en las rutas en las que no exista transportistas autorizados que presten servicios con vehículos habilitados de</p> |  |

|  |  |  |  |  |  |   |
|--|--|--|--|--|--|---|
|  |  |  |  |  |  | <p>la categoría señalada en el numeral anterior. O, lo que es lo mismo, un Gobierno Regional solo puede hacer uso de esta potestad si cumple con justificar mediante ordenanza que las circunstancias particulares de la región lo amerita y siempre que en aquellas rutas no existan vehículos habilitados de conformidad con lo exigido en el mencionado artículo 20.3.1.</p> <p>25. La exigencia de la dación de una ordenanza regional debidamente sustentada a la que se refiere el artículo 20.3.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC implica, por obvio que parezca, que la fundamentación de la ordenanza regional debe estar sustentada en informes técnicos que den cuenta de manera expresa y detallada de los problemas y necesidades de transporte en la región, de modo que la aplicación de las excepciones previstas en el Reglamento Nacional se encuentre justificada, y sea razonable. Sobre esta base, este Tribunal Constitucional entiende que la expresión</p> |
|--|--|--|--|--|--|---|

|  |  |  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |  | <p>'Ordenanza Regional debidamente sustentada', contenida en el referido artículo 20.3.2, implica que los argumentos derivados del informe técnico se incorporen de manera expresa y resumida en la parte normativa de la ordenanza regional. De lo contrario se habrá generado un vicio de inconstitucionalidad en la producción de esta norma de rango legal.</p> <p>26. En el caso de autos, se advierte que la Ordenanza Regional Impugnada que autorizó la prestación del servicio de transporte público de personas a vehículos de la categoría M2 Clase 111, sin la debida sustentación técnica que lo respalde y en rutas donde la región cuenta con vehículos que cumplen las exigencias técnicas —esto último que, según el Gobierno Regional de Arequipa, sería insuficiente y / deficiente— resulta contraria a la Constitución y al respectivo bloque de constitucionalidad. En efecto, el artículo 3.1.a de la Ordenanza 153-Arequipa, al regular un aspecto que resultó</p> |
|--|--|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |  |  | <p>manifiestamente distinto a lo establecido en el artículo 20.3.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC, se ubica en una posición totalmente contraria a la obligación de complementar o adecuar la normativa vigente sobre el servicio de transporte de personas en armonía con las políticas y los planes nacionales y locales de desarrollo que exige el artículo 192 de la Constitución. 27</p> <p>Asimismo, el Gobierno Regional demandado, a través del artículo 3.1.a de la Ordenanza Regional 153-Arequipa, ha vulnerado los principios de cooperación y lealtad regional y local y de distribución de competencias al haber ejercido sus competencias fuera del marco establecido en la Constitución y en el respectivo bloque de constitucionalidad (artículos 36.c de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización; 4 de la Ley 29370, de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; 9.g, 10.2.c y 56.a de la Ley</p> |
|--|--|--|--|--|--|--|--|

|        |      |               |   |  |  |                                    | 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, y 11, 16, 16-A y 23.d de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre), así como el de taxatividad y cláusula de residualidad, al haberse atribuido una competencia que no le ha sido previamente asignada y que tampoco resulta consustancial al ejercicio de competencias que le fueron asignadas expresamente (poderes implícitos).” |  |
|--------|------|---------------|---|--|--|------------------------------------|--|--|
| NÚMERO | AÑO  | EXPEDIENTE    | NORMAS CUESTIONADAS   | DERECHOS QUE BUSCÓ PROTEGER LA NORMA CUESTIONADA | COMPETENCIA QUE VULNERARÍA LA NORMA CUESTIONADA  | SENTIDO DE LA SENTENCIA            | SOBRE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA  | GRADO DE INCIDENCIA DE LA ARGUMENTACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS |
| 16     | 2016 | <u>3-2012</u> | Ordenanza Regional 032-2010-GRSM/CR, que declara de interés regional y necesidad pública la protección de la cuenca del Huayabamba como zona restringida para la actividad minera y petrolera, así como para la ocupación de asentamientos humanos. | Medio ambiente.                                  | (i) Restringir actividades antrópicas.<br>(ii) La fiscalización de la pequeña minería, artesanal e informal.<br>(iii) La declaratoria de interés regional y necesidad pública la protección, conservación y recuperación de las cuencas y (iv) la determinación de la Zonificación | <b>Fundada en parte la demanda</b> | 31. Si se evalúa la restricción de las "actividades antrópicas", en el marco de la expresión "otras que sean incompatibles de acuerdo a los resultados de la Zonificación Ecológica Económica San Martín", se concluirá que la ordenanza otorga un amplísimo margen de acción al gobierno regional demandado para determinar, motu proprio, qué actividades pueden                           | -----  |

|  |  |  |  |  |                                 |  |
|--|--|--|--|--|---------------------------------|--|
|  |  |  |  |  | <p>Ecológica<br/>Económica.</p> | <p>ser realizadas en dicha zona y cuáles no. 32. Una regulación de esta naturaleza, como resulta obvio, podría conducir a una interferencia ilegítima en las competencias del Poder Ejecutivo permitiendo, en la práctica, restringir la actividad minera y petrolera en la cuenca de Huayabamba con total prescindencia de las políticas nacionales sobre la materia. Por tanto, el artículo 2 de la ordenanza regional sometida a control, tal como está redactado, resulta inconstitucional.</p> <p>33. En tales circunstancias, corresponde declarar su inconstitucionalidad, dejando a salvo la potestad de la emplazada para que, si lo considera pertinente, regule las distintas actividades que los particulares puedan realizar en la zona, de acuerdo a las competencias que expresamente se le han encomendado (Sentencia 00008-2010-AI/TC, 00009-2010-AI/TC y 00001-2012-AI/TC, entre otras).</p> |
|--|--|--|--|--|---------------------------------|--|