

Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición N° 2. Diciembre de 2022

Acerca de la real efectividad constitucional, administrativa y convencional del ámbito ecológico o ambiental en el Perú

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera¹

PRÓLOGO

Por indicación del Jefe de Departamento de Derecho la Pontificia Universidad Católica del Perú, he iniciado y culminado, aunque siempre se puede decir más, una investigación sobre materia ambiental. Vinculado el tema con mis experiencias profesionales y académicas, decidí trabajar sobre la efectividad en el ámbito constitucional, administrativo y convencional de la materia ecológica o ambiental, por lo menos en el Perú.

Inicié el trabajo por el ámbito convencional, tomando como base el estupendo trabajo hecho por la profesora Nadia Iriarte al respecto. Fue una opción premeditada, frente al avance que trae lo resuelto la OC 23-17, recurrir al control de convencionalidad puede significar la salida que tenemos a problemas

¹ Posdoctor en Derecho con la máxima reunión por la Universidad de Bolonia. Doctor en Derecho con mención sobresaliente summa cum laude y Premio Extraordinario y Premio Extraordinario en Madrid. **Ex Vicepresidente y Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.** Profesor Visitante o Conferencista invitado en el Max Planck en Derecho Público, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la sede central de la fundación Konrad Adenauer(Alemania); las universidades de Bolonia, La Sapienza y Pisa, y la Corte Constitucional (Italia); las universidades París-Sorbona y Lorena; (Francia); el Parlamento Europeo y Altas Cortes, universidades, centros de estudio y entidades públicas y privadas en Argentina, España, Suiza, Rusia, Polonia, Bélgica, Andorra, México, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Cuba ,República Dominicana, Puerto Rico, Colombia. Perú. Ecuador, Bolivia, Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil, Marruecos, Qatar y Corea del Sur.

endémicos en el Perú en el ámbito ambiental: un marco institucional que en el papel no tiene que envidiar a lo previsto en otros países , pero que en los hechos naufraga por todos lados por falta de presupuesto suficiente; ausencia de personal debidamente calificado, o que cuente con las garantías para realizar labores como las de fiscalización o de remediación ; falta de gobernanza clara que impulse las acciones a realizar, y de Accountability para asegurar que se está haciendo lo que debe hacerse; conformación de pautas que precisamente no encuentran cómo materializarse justamente en los lugares donde esa debería ser la actividad central; desprotección para defensores y defensoras ambientales, y fortalecimiento de figuras como la de los gestores (con indudable apoyo económico, apoyo político, o de ambos tipos), que se ponen de acuerdo con las empresas (o las presionan para ello) para atender requerimientos puntuales de ciertos pobladores, con soluciones que luego pueden hacer imposible materializar las alternativas que con una visión macro necesitan materializarse. Y además de estos problemas, algunos otros que significarían un largo etcétera.

De allí la relevancia de comenzar a contar los problemas existentes para asegurar un resultado de los niveles administrativo y jurisdiccional, sobre todo al interior de nuestro país, de la mano en este caso de una entrevista hecha a la profesora Verónica Rojas, la cual ha tenido una importante labor dentro de los tribunales administrativos y otros entes de la Administración teóricamente dedicados a asegurar el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado. Rojas no se queda en constataciones, algunas de ellas preocupantes, sino que plantea acciones a tomar y alternativas a explorar para revertir el actualmente preocupante estado de cosas existente.

Ello no quiere decir que nada se pierde al respecto. Investigaciones hechas como las de Ada Alegre u Omar Sar, cuando no se recurre a la misma información que el Tribunal facilita sobre el particular, nos demuestra que hay jurisprudencia tuitiva del derecho a un medio ambiente sano, una Constitución ecológica, y hasta un Amparo ambiental. Lo que a veces soslayan estos esfuerzos es la existencia de pronunciamientos contradictorios al respecto, así también como una perspectiva donde los derechos ambientales parecieran ser, más que derechos por si mismos, (con su propia estructura, funciones o dimensiones, titularidad, contenido y límites), parámetros a los que se recurre solamente como contrapeso al ejercicio de derechos económicos, o la plasmación de actividades extractivas. Y esa es una mirada innecesariamente difundida de un derecho a un ambiente sano y equilibrado, y a la configuración de una consolidada Constitución, mandato de indispensable cumplimiento en el Perú, que tiene la virtud de ser uno de los Estados con mayor biodiversidad, y el riesgo de ser uno de los países más expuestos al cambio climático.

Y es que la preocupación por contar con un medio ambiente sano no es nueva, y una Constitución Ecológica se va fortaleciendo cada vez más. Incluso la última Encíclica papal desarrolla ese tema con detalle. Sobre esta variedad de

alternativas, no todas ellas sustentadas en una perspectiva antropocéntrica como la asumida en el caso peruano. Sobre todas estas variedades de escenarios entro en diálogo con lo escrito con el profesor boliviano Alan Vargas Lima; y paso luego al análisis de lo implicaría una asunción de una postura biocéntrica o biocentrista, donde la naturaleza no está sometida a los requerimientos y el utilitarismo humano, sino que, sería por si, titular de derechos a proteger. Ecuador y Bolivia han desarrollado el tema incluso a nivel constitucional, pero hay más países que se acercan a esa línea de pensamiento, como Nueva Zelanda o Alemania, que reconocen como titulares de derechos a ciertos aspectos de la naturaleza.

Siendo muy interesante el planteamiento, y con mayor razón si se entra en diálogo con el profesor ecuatoriano Damián Armijos, confieso que una visión biocéntrica apela a tratar con justicia a la naturaleza, lo cual es loable, no me resulta claro como materializar la tutela de dichos derechos sin recurrir a abogadas y abogados que terminen haciendo los procesos siguiendo las mismas que se siguen en un proceso concebido desde una perspectiva antropocéntrica, como la que se usa en el caso peruano. Estamos pues a un asunto interesante, pero complejo, que reclama un mayor estudio y análisis que no vamos a soslayar.

Los instrumentos consagrados aquí y en el exterior para tutelar el derecho a un medio ambiente y la configuración de una Constitución Ecológica generan cada vez más interés, y por ello, acercarse a aquello de la mano de un consultor peruano radicado en Costa Rica, Manuel Ruiz. Confieso que hay muchos aspectos a precisar en esos escenarios, máxime si partimos de un escenario donde la normativa no es el problema, sino la falta de recursos para hacer lo que se tiene que hacer, y la falta de calificación del grueso de funcionarios públicos, así como de quien tiene liderazgo dentro de la sociedad civil violentada o amenaza por los riesgos ambientales, en entender a cabalidad lo que pueden enfrentar, y cómo enfrentarlo. Manuel Ruiz, con lo existente, se declara moderadamente optimista. Yo confieso ser bastante más escéptico al respecto.

Es por ello que la presente investigación concluye con una interesante y descarnada entrevista a Pedro Gamio. Pedro me lleva algunos años, pero siempre ha sido mi referente en la discusión de lo ecológico o lo ambiental. Ha sido viceministro de la materia, ha recorrido todo el país detectando las situaciones donde el daño ambiental es inminente o ya está en marcha. Pedro, ante lo que ha encontrado, ha planteado denuncias o propuestas de salida, aunque lamentablemente no siempre han sido acogidas. En mérito a su rigor técnico, su conocimiento detallado de la realidad a regular, y su compromiso con la materia, considero, sin lugar a duda, de que se trata del abogado que más conoce de Derecho Ambiental en el Perú.

La entrevista es valiente y descarnada, tanto por la actitud de quien pregunta, el suscrito, pero sobre todo por la de quien (Pedro). Se analiza, con detalle y sin tapujos, como en el campo los instrumentos de protección que se han desarrollado

más bien en el papel, o que han llegado a generar alguna repuesta institucional, no sirven en el Perú profundo, y sobre todo en la zona Amazónica, más no solamente allí (no hay que salir de Lima para encontrarnos con el problema no resuelto de la contaminación ambiental del Océano Pacífico por el derrame de petróleo en la refinería La Pampilla, administrada hoy por la empresa extranjera Repsol.

Pero Pedro no solamente critica. Hace propuestas como la del tratamiento del río Rímac, la relación con pueblos no contactados, la solución del dispendio de fondos como en el caso de Echarate, y un largo etcétera. Y escuchándolo desde mi experiencia en el sector público y la gestión pública es viable. Se necesita eso si voluntad política; personal calificado, comprometido y lejano a cualquier insinuación de caer en casos de corrupción; información confiable y actualizada, y algunas precisiones más, pero se puede. Y con ello se daría la posible plena efectividad de la normativa dictada sobre el medio ambiente y la Constitución Ecológica en el Perú. Ojalá ello se materialice. Ojalá haya real voluntad de hacerlo.

Ese es pues el trabajo que he realizado. Si bien el medio ambiente y su tutela no está consignado en la lista de las necesidades humanas básicas y las que atienden nuestro desarrollo integral que elaboró Martha Nussbaum², esta misma lista se planteó como tentativa y pasible de extenderse, y creo que el ambiente, antes de ser un derecho fundamental (los cuales son expresores o expresiones que se dan a conocer a terceros de nuestras necesidades humanas básicas) debe ser entendido como una de ellas, con todo lo que aquello involucre³. Y en ese escenario, se constata como en el Perú queda mucho por hacer para asegurar la plena efectividad de la materia ecológica o ambiental, así como la de sus diferentes componentes, pero no se trata de una tarea imposible, a pesar de las limitaciones y dificultades reseñadas en este trabajo.

² NUSSBAUM, Martha. Las fronteras de la justicia. Barcelona, Paidós, 2007, p.88-89.

³ Mi postura sobre la teoría de las capacidades para satisfacer necesidades humanas básicas y nuestro desarrollo integral humano, siguiendo los planteamientos esbozados por Amartya Sen y Martha Nussbaum, está expuesta en diversos trabajos, donde se busca demostrar que hemos dejado el constitucionalismo de los límites y el constitucionalismo del Estado Constitucional. Un texto corto y reciente es ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy-“Derecho a la alimentación: hasta dónde puede llegar la tutela de nuestras necesidades humanas básicas y los retos al respecto”. En: Revista Federal de Derecho N. 11. Buenos Aires, noviembre de 2022

LO SEÑALADO POR LA CORTE INTERAMERICANA EN MATERIA AMBIENTAL

⁴[...] La corte Interamericana ha especificado el ámbito de protección del derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo. Indica que protege los componentes del medio ambiente, tales como ríos, bosques, mares y otros, como intereses jurídicos en si mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Esta protección se da no⁵ solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o su importancia para los demás organismos vivos, sino también por los efectos que degradación podría causar en otros derechos de las personas (opinión consultiva del 15/11/2017 OC – 23/17, párrafo 62).

⁶[...] La Corte entiende que este derecho tiene dos dimensiones, una colectiva y una individual. De acuerdo con el párrafo 59, la dimensión colectiva implica un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. También en el mismo párrafo 59 se habla de la dimensión individual del derecho, que puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas, debido a su conexidad con otros derechos (salud, integridad personal, vida, etc.). En síntesis, la degradación del medio ambiente puede crear daños irreparables con los seres humanos.

Es más, el Grupo de trabajo sobre el protocolo de San Salvador ha establecido que el ejercicio del derecho al medio ambiente sano debe guiarse por los criterios de disponibilidad, accesibilidad, sostenibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad⁷.

En ese sentido van los indicadores de progreso para evaluar el estado del medio ambiente aprobados en la Asamblea General de la OEA de 2014:

- Condiciones Atmosféricas
- Calidad y suficiencia de las fuentes hídricas.
- Calidad del aire
- Calidad del suelo
- Biodiversidad
- La producción de residuos contaminantes y el manejo de éstos.
- Recursos energéticos
- El estado de los recursos forestales

Incluido en OC –
23/17 del 15 de Nov.
de 2017 párrafo 60

El marco normativo del Derecho al Medio Ambiente sano se encuentra establecido en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador (ratificado por el Perú el 04 de junio de 1995)⁸. Allí se establece como obligaciones de los Estados parte de promover la promoción, preservación y mejoramiento del medio ambiente

En el texto de la Convención Americana o en el artículo 29 de la Declaración Americana

⁴ Iriarte Priamo, Nadia Paola – El derecho al medio ambiente sano y de desarrollo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos En: Constitución y Naturaleza, Revista Peruana de Derecho Constitucional N°13. Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2021, p. 81

⁵ Op. Cit., p.82

⁶ Op. Cit., loc. Cit.

⁷ Ibid.

⁸ Op. Cit., p.83.

sobre Derechos y Deberes del Hombre no hay referencia expresa a un medio ambiente sano. Sin embargo, y luego de reiterados votos del entonces juez Roberto Caldas (y sobre todo en el caso “Lagos del Campo versus Perú”) comenzó a apoyarse su sustento en el artículo 26 de la Convención (donde se regulaban los DESC, Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Ahora bien, en sustento de esta posición se recurrió también a los artículos 30,31,33 y 34 de la Carta de la OEA, sobre la Obligación a los Estados para alcanzar “El desarrollo integral de los pueblos”; los ya mencionados votos u opiniones razonadas del juez Roberto Caldas, como el del caso Lagos del Campo versus Perú, el cual habilita la judicialización de los DESC, de conformidad con los artículos 26 de la Convención y las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y, sobre todo su artículo XIX, referido al Derecho a la protección del medio ambiente sano⁹.

En síntesis, la jurisprudencia más importante de la Corte Interamericana incluye a:

- La OC – 23/17, solicitada por Colombia.
- El Caso Pueblo Saramaka versus Surinam
- El Caso Salvador Aniriboga versus Ecuador.
- El Caso Pueblos Kaliña y Lokomo versus Surinam.
- El Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Monhat (Nuestra Tierra) versus Argentina.

Sin embargo, lo más relevante es el contenido de la OC . 23/17, donde se desarrolla:

- La interrelación entre el medio ambiente y los derechos humanos (OC – 23/17 párrafo 47)¹⁰
- Los derechos humanos afectados por la degradación del medio ambiente. Aquí hay que distinguir entre:
 - 64[...] Los derechos cuyo disfrute es particularmente vinculado al medio ambiente (los “derechos sustantivos” – vida, integridad personal, la salud y la propiedad)
 - 64[...] Los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales (los “derechos de procedimiento” – expresión, asociación, información, participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo¹¹).

La Corte, en los párrafos 67 y 68 de la Opinión Consultiva en comento, hablan de que la afectación (violación o amenaza) a derechos puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad [...] ¹² En tal panorama, los Estados están jurídicamente obligados a hacer frente a estas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación. Las obligaciones estatales deben ser evaluadas y abordadas teniendo en cuenta el impacto diferenciado que pudieran tener en varios sectores de la población.

⁹ Op.cit., p.84.

¹⁰ Op. Cit., loc.cit

¹¹ Op. Cit., p.86.

¹² Op. Cit., loc. cit

Y es que los estados deben cumplir una serie de obligaciones:

Las obligaciones estatales frente a posibles daños al medio ambiente, a efectos de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal.¹³ Ello se debe sustentar en el principio de Prevención, el cual, de acuerdo con la OC – 23/17, implica que los estados deben:

1. Regular las actividades que puedan causar un daño significativo al medio ambiente.
2. Supervisar y fiscalizar actividades que puedan producir un daño al medio ambiente.
3. Exigir la realización de un estudio de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente, independientemente que la actividad o proyecto sea realizado por un Estado o por personas privadas.
4. Establecer un plan de contingencia, a efecto de disponer de grandes accidentes ambientales.
5. Mitigas el daño ambiental significativo (Corte Interamericana de Derechos Humanos OC – 23/17, del 15 de noviembre de 2017, párrafos 140 y 174)

También se sustenta en el principio de precaución, que en materia ambiental¹⁴, se refiere a las medidas que se deben adoptar en casos donde no existe certeza científica sobre el impacto de pueda tener una actividad en el medio ambiente [...] ¹⁵Los Estados, según la Corte, deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de proteger los derechos a la vida y a la integridad personal, en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irrelevantes al medio ambiente, aun en ausencia de certeza científica. Así, están obligados a adoptar las medidas que sean eficaces para prevenir un daño grave e irreversible (OC – 23/17 párrafo 180).

Se recurre también al principio de cooperación¹⁶, previsto a nivel interamericano en la Convención Americana (astrado 26) y el Protocolo de San Salvador. En el Derecho Internacional Ambiental, la obligación de cooperación ha sido recogida en las Declaraciones de Estocolmo (Principio 24) y de Río (principio 7). [...] Los Estados tienen la obligación de cooperar para la protección contra daños al medio ambiente, sobre todo en el caso de recursos compartidos [...] ¹⁷. A efectos de cumplir con dicha obligación los Estados deben:

1. Notificar previa y oportunamente a los demás Estados potencialmente afectados cuando tengan conocimiento que una actividad planificada bajo su competencia puede generar un riesgo de rango transfronterizador.
2. Consultar y negociar con los Estados potencialmente afectados por daños transfronterizo significador, de manera oportuna y de buena fe (OC 23/17 párrafos 185, 186 y 210). Además, la Corte también entiende como parte del deber de cooperación a las disposiciones destinadas a facilitar, promover o asegurar el intercambio de información entre Estados sobre conocimientos científicos,

¹³ Op.cit., p.p.87.

¹⁴ Op. Cit., p.88.

¹⁵ Op.cit., p.89

¹⁶ Op. Cit., loc.cit.

¹⁷ Op.cit., p.90

tecnológicos y de otras materias, en la línea del dicho en los Principios 20 de la Declaración de Estocolmo y 9 de la Declaración de Río¹⁸.

Las obligaciones de procedimiento en materia de protección del medio ambiente¹⁹. En ese escenario, los Estados deben garantizar: el acceso a la reformación relacionada con posibles afectaciones al medio ambiental (artículo 13 de la Convención Americana); el derecho a la participación pública de las personas bajo su competencia en la toma de decisiones y políticas que puedan amenazar o vulnerar el medio ambiente (artículo 23.1.a de la Convención Americana); y el acceso a la justicia en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente (artículos 8 y 25 de la Convención Americana). En este punto es claro lo señalado en el párrafo 241 de la Opinión Consultiva OC – 23/17.

Ahora bien, corresponde mencionar, siquiera muy puntualmente, a lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso “Pueblo Saramaka versus Surinam” abordó, en el ámbito del artículo 21 de la Convención Americana, el tema de los estudios de impacto ambiental [...]. Además, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, el derecho a la propiedad comunal del pueblo Saramaka, debe hacer las consultas pertinentes²⁰.

En el caso “Salvador Chiriboga contra Ecuador” la corte busca acotar los alcances de conceptos como los de “orden público” o de “bien común”, derivador del interés general, en cuanto se invoquen como fundamentos de limitaciones a los derechos humanos [...]. Además, y con respecto a la privación del derecho a la propiedad privada, se determinó que un interés legítimo o general baso en la protección del medio ambiente representa una causa de utilidad pública legítima (párrafos 75 y 76)²¹.

En cambio, en el caso “Kawar Fernández contra Honduras”, la Corte Interamericana resaltó que existe una relación innegable entre a protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos; y en ese contenido, reveló la difícil e intimidante situación en que trabajan las y los defensores del medio ambiente en Honduras, que se agrava con la impunidad de las situaciones ocurridas (párrafos 69, 148, 149 t 153²²).

En “Pueblo Indígena Kichar de Sarayaku versus Ecuador”, la Corte vuelve a pronunciarse sobre los estudios de impacto ambiental y reitera la línea jurisprudencial establecida en el caso Saramaka. ²³[...] En el caso en concreto, la Corte cuestionó que el estadio de impacto ambiental: a. fue realizado sin la participación del pueblo Sarayaka; b. fue ejecutado por una entidad privada subcontratada, sin acreditarse una debida fiscalización; c. fue hecho sin tomar en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades realizadas podrían tener sobre el Pueblo Sarayaka (párrafos 205 a 207).

⁹⁸En “Pueblo Kalina y Lokeno versus Surinam”, la Corte se refirió a la necesidad de

¹⁸ Op.cit., loc.cit.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Op.cit., p.93

²¹ Op.cit., p.95

²² Op. Cit., p.96

²³ Op. Cit., p.97-98

compatibilizar la protección de las áreas protegidas con el adecuado uso y goce de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas [...] ⁹⁸ La corte postuló como elementos fundamentales para alcanzar dicha compatibilidad a; la participación efectiva; el acceso y uso de los territorios tradicionales; y recibir beneficios de la conservación. En consecuencia, es indispensable que el ⁹⁹Estado cuente con mecanismos adecuados para la implementación de tales criterios como parte de la garantía de los pueblos indígenas a su vida digna e identidad cultural, en relación con la protección de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios tradicionales (párrafo 173)²⁴.

En ese escenario, la Corte apeló a la Declaración de Río (principio 22) y el Convenio de Diversidad Biológica (artículo 8.j). Finalmente, se pronunció sobre los estudios de impacto ambiental, en la línea de lo dicho en el caso Saramaka (párrafos 215 y 221), para llegar a la conclusión de que en el caso concreto el Estado de Srinam no garantizó la realización de un estudio de manera independiente y frente al inicio de la extracción de bauxita, ni supervisó el estudio que fue realizado con posterioridad (párrafo 226)²⁵.

Por último, y luego de la OC – 23/17, el primer pronunciamiento de la Corte que declaró la violación del derecho a un ambiente sano, como derecho autónomo en el marco de los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, entendido a su vez en la obligación de los Estados de alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA (párrafo 202 de la sentencia de 6 de febrero de 2020)²⁶.

Pero eso no es lo único a que se refiere esta sentencia. Resalta que sobre el derecho al ambiente sano rigen las obligaciones de respeto y garantía, las cuales, entre otras cosas, se observan previniendo violaciones, vengan del Estado como de la esfera privada, o abarquen todas ellas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los Derechos Humanos (párrafo 207). También abordó el principio de prevención de daños ambientales, que forma parte del Derecho Internacional consuetudinario, y supone la obligación de los Estados de tomar previsiones anticipadas ante la producción del daño ambiental (párrafo 208)²⁷.

²⁴ Op. Cit., p. 98

²⁵ Op.cit., p, 99-100

²⁶ Op. Cit., p.100

²⁷ Op. Cit., loc.cit.

NOTAS SOBRE LA INSUFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Ahora bien, el hecho de que exista una protección convencional y otra jurisdiccional al medio ambiente. Reconozco tener una visión crítica de la efectividad de lo consagrado a nivel administrativo y jurisdiccional en el Perú (para ello recomiendo volver al prólogo del libro, y a lo señalado en la entrevista a Pedro Gamio, consignada al final de esta investigación). Sin embargo, reconozco que hay y ha habido esfuerzos y avances cuya relevancia no se puede soslayar. Y para mí nadie mejor para dar un testimonio al respecto que Verónica Rojas, quien ha integrado tribunales administrativos a nivel ambiental. Se grabó la entrevista pertinente, pero por problemas técnicos no se tuvo el valioso texto completo de la misma, por lo cual pido disculpas a la profesora Rojas por el apretado resumen que aquí voy a reseñar sobre su exposición.

Se le comenzó preguntando a la profesora Rojas por qué veía, en el tema del medio ambiente, un limitado uso de las vías administrativas y jurisdiccionales existentes en el Perú para protegerle.

Verónica Rojas advierte una falta de conocimiento especializado de los jueces y juezas, y considera que ello impulsa a recurrir a la respuesta administrativa, al proceso contencioso administrativo, e incluso a coordinaciones entre gestores y las empresas para solucionar conflictos, soluciones que apuntan a respuestas coyunturales, y que pierden la perspectiva de un escenario macro, que en rigor en materia ambiental es lo más importante.

Anota de inmediato de que lo que suele llegar vía amparo son temas vinculados a la forma de tipificación del Aporte por Regulación a OEFA (tipificación con, si cabe el término, una subtipificación muy frondosa. Otra materia vista en sede ambiental suele ser la del cálculo de la multa que OEFA quiere imponer. Aquí, justo es anotarlo, el margen de acción del Tribunal Constitucional peruano tiene un límite: la regulación del aporte por regulación a OEFA fue dada por un Decreto Supremo declarado constitucional por la Corte Suprema mediante Acción Popular. En virtud de que en el ordenamiento jurídico peruano la palabra final sobre Acción Popular, y hay que seguir los parámetros ya establecidos sobre el particular.

El acceso a los escenarios administrativos, y sobre todo, a los judiciales, se ve también recortada, según Rojas, por una insuficiente cobertura para el uso de las TICs, la cual hoy solamente atiende a una parte del país. Verónica Rojas comenta además que se han planteado interesantes iniciativas para la solución de conflictos ambientales. Resalta la búsqueda de construcción de espacios de coordinación entre gobernadores regionales, alcaldes provinciales e incluso representantes de la sociedad civil planteados en el año 2018. Su fortalecimiento, sobre todo a partir del próximo año, puede ser muy útil para la solución de conflictos ambientales, máxime si se encuentra apoyado por el uso de las TICs.

Resalta a continuación la creciente aparición de espacios de información sobre la existencia de conflictos ambientales, como el impulsado por Pablo De la Flor, o el existente

en OEFA.

De otro lado, coincido plenamente con Verónica cuando anota que el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado muy poco sobre la situación de los defensores de las poblaciones afectadas o en riesgo de afectación. Lo ha hecho básicamente en el inaceptable caso donde una empresa rodeó con drones la casa de una defensora ambiente, buscando coactar su margen de acción. El Tribunal votó en contra de ello (ponente Eloy Espinosa-Saldaña Barrera), pero no ha sido suficiente. Distinguiendo a los defensores ambientales de los gestores, concuerdo con Verónica que hay mucho por hacer sobre el particular.

Es en este contexto en el cual donde, con acierto, Verónica Rojas reclama evaluar la introducción de nuevos jueces y fiscales, pues a los riesgos ya aquí reseñados se añade el de lo denomina "presión de contexto": a veces el que jueces y fiscales vivan en zonas de conflicto es un riesgo para ellos mismos y su entorno familiar. En ocasiones su aislamiento los hace más vulnerables a una corrupción en completa impunidad. Por estos factores, y los otros ya mencionados por la profesora Rojas en su entrevista, llevan a lo que ella califica como una sistemática desconfianza en jueces, juezas y fiscales ambientales.

En el escenario de una Administración con un posicionamiento débil en algunas zonas, por falta de una cobertura débil; y con jueces, fiscales y juezas que no generan la confianza suficiente, y generan una decepción en el modelo previsto, Verónica Rojas termina planteando que existen acciones por hacer que pueden ayudar mientras tanto :evitar la sobre regulación en algunos temas (como ya ocurre en lo referida a consulta previa), revisar los cambios recientes a lo que se plantea como calidad regulatoria, tener a mano un mapa de conflictos a nivel o con motivos ambientales, y contar con una estrategia al respecto. Todo ello no acabará con los problemas, pero ayudará significativamente a enfrentarlos.

OMAR SAR Y SU ESFUERZO POR JUSTIFICAR LOS VAIVENES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA EN EL PERÚ

Revisar “Derecho Constitucional ambiental”, conferencia del 2 de febrero de 2022. Verla en <https://www.facebook.com/omar.sar/videos/48362942662454/>

Omar Sar es un académico que ha asumido una labor importante, con cuyos resultados o afirmaciones se puede coincidir, pero que no se puede negar que es de suyo valiosa: la de buscar explicar y justificar el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en diferentes aspectos, y el ambiental no es una excepción. De allí la importancia de analizar sobre todo lo que dice en sus conferencias, las expresiones más actualizadas del esfuerzo que se ha autoimpuesto.

La explicación que da sobre la configuración de la Constitución Ecológica no puede ser muy detallada, pues, justo es decirlo. El Tribunal ha tenido pronunciamientos interesantes al respecto, se han dado en las diferentes composiciones del Tribunal pronunciamientos más bien contrarios a la configuración de una Constitución Ecológica, y al avance en la protección de un medio ambiente sano y equilibrado. Ello ha ocurrido en temas como el de la consulta previa, donde el tratamiento ha sido sumamente cambiante, con una sentencia, con mi voto en contra, donde realmente se hace tabla rasa de lo que debe comprenderse como consulta previa, y se desconocen las responsabilidades establecidas en el Convenio 169 de la OIT, tratado que tiene un claro carácter vinculante en el Perú.

Pero vayamos a Sar y a su explicación sobre la postura del Tribunal Constitucional ante la configuración de una Constitución Ecológica en el Perú. Sar comienza diciéndonos que hay disposiciones desarrolladas por el Tribunal Constitucional, sobre las cuales se quiere plantear una Constitución Ambiental, que parte del artículo 2 inciso 22 de la Constitución, donde se recoge el derecho a gozar de un ambiente adecuado al desarrollo de un ambiente sano.

Estamos entonces ante un derecho subjetivo, un derecho fundamental que puede ser directamente vulnerado, que puede incluir en su ámbito a toda persona. El contenido material de ese derecho es que toda persona tiene derecho a gozar de un medio ambiente que te permita un sano y equilibrado entorno personal.

Efectivamente, el desarrollo de los proyectos de vida y la dignidad de la persona para Sar, o, como considero yo, siguiendo a autores como Amartya Sen o Martha Nussbaum, la teoría de las capacidades para la satisfacción de nuestras necesidades básicas y nuestro desarrollo humano integral, es el escenario en que se desarrollan los derechos fundamentales. Solamente pueden ser considerados horizontes posibles en ese escenario.

Importa el derecho a la vida, que garantiza el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, no solo en determinadas condiciones materiales o jurídicas, sino también en determinadas condiciones ambientales.

El Tribunal Constitucional del Perú ha sostenido que este derecho constitucional al cual estamos haciendo referencia comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en que se desarrollan relaciones de manera natural. La interacción de cada ser humano también debe ser una interacción sustantiva.

En suma, se debe tutelar el ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en su dignidad (o en la satisfacción de sus necesidades humanas básicas y nuestro desarrollo humano integral) de un modo sostenible.

Entonces, queda claro que el desarrollo personal, y el aprovechamiento de los recursos naturales, sobre lo que vamos a volver más adelante, presupone unas intervenciones en el medio ambiente. Naturalmente, toda actividad humana deja una huella en el medio ambiente (me permito precisarle a Omar hay huellas y huellas). Las entidades medioambientales responsables toman en cuenta estos impactos ambientales, y, adoptar medidas para minimizar su impacto, eventualmente para remediar los daños, y mitigar o minimizar las consecuencias de esos impactos ambientales en el desarrollo de la actividad humana.

Por otra parte, y, además, de este derecho subjetivo, La Constitución también alude a los temas ambientales en los artículos 66, 67 y 68. En resumidas cuentas, La Constitución establece que los recursos naturales (renovables y no renovables) son Patrimonio de la Nación, y que el Estado en su aprovechamiento. Entonces queda claro que no hace falta nacionalizar los recursos naturales. Son de propiedad de la Nación, y eventualmente pueden tratarse de recursos renovables o no renovables. Se trata de, sobre todo en los recursos renovables, situaciones que permitan una explotación sostenible. Sar señala que, en el caso de los recursos no renovables, no importa que exista esta perspectiva de conservación, algo con lo cual yo no estoy de acuerdo. Ahora bien, Sar matiza su afirmación anterior señalando que ello no implica que el aprovechamiento de estos recursos pueda llevarse a cabo de cualquier manera.

Naturalmente el aprovechamiento de los recursos que hace referencia el artículo 66 de la Constitución puede llevarse a cabo por el Estado, o por empresas privadas que reciban contratos, básicamente de concesión. Esos contratos de concesión deben generar las condiciones de su viabilidad y las responsabilidades que deben asumir quienes a cabo legítimamente el aprovechamiento de los recursos aprovechados. Y ello en general, para quienes manipulan, transporte o formen parte de la cadena de la producción de bienes y servicios.

Por otra parte, el artículo 67 de la Constitución dispone que el Estado determina la Política Nacional del ambiente, y promueve el uso sostenible de los recursos naturales. Entonces el Estado tiene un deber significativo en esta materia, ya que resulta el responsable de orientar (Yo: conducir) la política nacional del ambiente. Vamos a ver más adelante que estas disposiciones relacionadas con el ambiente se plasman en nuestro modelo Constitucional en el contexto de la Constitución Económica (Yo: ¿Y eso es bueno?) no están aisladas en la Constitución.

Veremos, por un lado, el derecho fundamental a gozar del derecho a un medio ambiente

sano y equilibrado, en los términos que ya hemos mencionado, y por el otro lado, tenemos el contexto económico en el que desenvuelven las actividades extractivas.

Por otra parte, el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. Si alguna ventaja comparativa tenemos en el ámbito global, además de la diversidad de riqueza natural es también parte de la diversidad ecológica la de la enorme riqueza natural que el Perú posee. El Estado tiene una obligación relacionada con la promoción y la conservación de esta riqueza. Se trata de un deber, que apunta al parecer con mirar o garantizar un derecho del que gozamos. Tienen estamos hoy en esta tierra, y que puede ser utilizado por las generaciones futuras.

Estas previsiones, relacionados con lo que podríamos llamarlas “La Constitución ecológica” antes inclusive que “ Constitución ambiental” Se desarrollan, como señalábamos antes, en el marco del título tercero de la Constitución, que se refiere al régimen económico. Luego de fijar el capítulo primero las líneas generales de tal modelo, el constituyente desarrollo en el capítulo segundo lo concerniente al ambiente y los recursos naturales. La Constitución establece un modelo que se basa en el libre mercado y la libre iniciativa pero que garantiza además la consagración del medio ambiente, y el derecho de los consumidores. Este sello económico se sustenta en principios esenciales como la igualdad, la seguridad y la propiedad privada (aunque, insisto, a diferencia de lo que insinúa Sar, los derechos ambientales responden a su propia naturaleza, y no deben ser entendidos como meros límites de los derechos económicos o las actividades extractivas). Pero, de otra parte, se soporta más bien en un proceso de conservación del ambiente (esto es lo que como Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, entiendo como constitucionalmente más adecuado) y el reconocimiento de los derechos fundamentales vinculados a éste.

Según Sar, la Constitución solo excluye dos extremos dentro de las posiciones económicas: excluye las posturas más libertarias (que buscan prescindir de la intervención del Estado, que del Estado no tiene más función que garantizar la seguridad y el cumplimiento de los contratos en un camino que considero ajeno al texto constitucional). El otro camino ajeno al modelo constitucional sería la del colectivismo, que apunta a la desaparición de la propiedad privada, y a la, valga la redundancia, colectivización de los medios de producción.

En el medio, entre ambas opciones extremas, según Sar, puede desenvolverse el constituyente y la Constitución. En ese contrato se puede desarrollar la práctica del reconocimiento de los recursos naturales. Pero, en todo caso, el constituyente fija un parámetro al desarrollo económico: tanto el desarrollo de las empresas, como en el caso de la actividad estatal.

En el caso de la actividad estatal, cabe añadir su deber de adecuar y de protección dentro de los bienes ambientales, sobre todo cuando se trata de ecosistemas frágiles, de la conservación de especies en peligro de extinción, de la conservación de ámbitos con significación especial para la vida de las personas.

La Constitución dice desarrollo económico, desarrollo económico por los particulares,¹⁴

desarrollo económico con iniciativa privada, y eso está muy bien, pero con responsabilidad ambiental, y con garantía de conservación de recursos naturales, entre otros deberes (en este caso, los ambientales). Obviamente allí también se habla del fin social de la propiedad. Existen entonces una serie de supuestos a tomar en cuenta.

Para Sar, eso es lo más relevante del marco ambiental de la Constitución, en su desarrollo de la economía; y los deberes que fija al Estado, del cual no se puede prescindir, declarándole ausente en el desarrollo de la inversión. Y es que el desarrollo de la inversión no se da de cualquier manera. El desarrollo económico tiene que ser un desarrollo económico sostenible. Tiene que ser responsable con la conservación del medio ambiente

De otra parte, hay que tener en cuenta que los recursos naturales son patrimonio de la Nación. es decir, no son propiedad del Estado ni de los particulares. los recursos naturales son de propiedad de la Nación, obviamente responsable de su administración, y el aprovechamiento de esa riqueza de nacional puede ser conseguida, pero la explotación de esos recursos naturales no puede ir separado del interés nacional, por ser parte del patrimonio y afectaciones presentes y futuras.

La atención de estos recursos naturales debe estar con su conservación, su preservación. Este es un equilibrio delicado. Por ejemplo, obviamente el desarrollo de actividad minera supone un nivel de intervención. Para el desarrollo de esa actividad minera tienen que existir estados de impacto ambiental, planes para enfrentar las contingencias que pudieran producirse, programas de adecuación en lo ambiental e inclusive se debe contar con un plan sobre cómo se cierra la actividad extractiva y se restablece el espacio intervenido como consecuencia de la actividad minera.

Lo que no puede suceder es que el desarrollo de la actividad (intervención minera) puede llevar a que se comparta como víctima o que trabaje sin ninguna habilidad, sin ningún programa, un plan sobre qué hacemos con los accidentes, con los desastres. El Estado tiene que contar con previsiones específicas para acabar con la irresponsabilidad de algunos operadores.

Nadie está exento de que se produzca un accidente, pero no es lo mismo un accidente que se produce de un modo impredecible que, por ejemplo, lo generado por el uso de materiales más baratos de los necesarios.

En materia ambiental tenemos unos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que resultan de singular importancia, y en uno de ellos, tal vez el primero de los más notorios, estaba involucrada con la empresa Repsol. Nos estamos refiriendo al caso “Cordillera Escalera”, cuyos alcances ya son muy conocidos.

Se demandaba a Repsol por la violación de la conservación del ámbito de una reserva natural. El Tribunal Constitucional dijo en esa ocasión lo siguiente:

“El uso insostenible de los recursos naturales comporta la mala utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo, y a un ritmo que va a llevar a la disminución a largo

plazo de lo que se cuenta, con lo cual se manifiesta la posibilidad de sacrificar las necesidades actuales y futuras”.

“[...] De igual modo, cuando se explotan recursos no renovables, como los hidrocarburos, debe cuidarse de no comprometer la biodiversidad existente”.

El tribunal tenía clara la importancia, no solo de la preservación del medio ambiente, sino también de la de garantizar el entorno de la inversión económica, la biodiversidad, las zonas especialmente protegidas y la riqueza.

Este pronunciamiento que se acaba de mencionar, es especialmente significativo, porque en ese caso, un proceso de amparo, el órgano de protección paralizó el proyecto de Repsol justamente para prevenir desastres de carácter ambiental. En ese caso, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, y en consecuencia, dispuso que:

“[...] Queda prohibido en la realización de la última etapa de exploración y de la etapa de explotación dentro del área de la zona denominada “Cordillera Escalera” hasta que no se cuente con el plan maestro, pudiendo reiniciarse la actividad una vez que este haya sido elaborado, hiciere establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación, y los objetivos del área de conservación regional “Cordillera Escalera”.

En caso de que ya se encuentre en ejecución la última fase la etapa de exploración o la etapa de explotación, dichas actividades deben quedar inmediatamente suspendidas.”

Entonces, el Tribunal dice: Yo puedo ordenar la suspensión de una actividad económica que pone en riesgo el medio ambiente. en el caso también entraban en cuenta otras variables: el derecho a la consulta a las comunidades campesinas y nativas, obligaciones derivadas del convenio 169 de la OIT. En lo referido al desarrollo de la actividad de hidrocarburos, tenemos jurisprudencia específica del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, y, para ir redondeando ideas, Sar recuerda que hay que tomar en cuenta de que existen leyes de desarrollo de esas obligaciones constitucionales cómo, por ejemplo, La Ley General del ambiente que, en su título preliminar, incorpora una serie de principios de desarrollo de la actividad. Allí se recoge positivamente deberes como los de sostenibilidad, prevención, internalización de costos y responsabilidad ambiental. Queda claro, en ese contexto, que toda persona, natural o jurídica, pública o privada, debe asumir los costos o los riesgos de los daños que puede tenerse sobre el ambiente, y que la gestión ambiental debe tener como objetivo prioritario prevenir, vigilar, evitar claramente la contaminación ambiental.

El artículo sexto del título preliminar añade que las empresas son responsables de adoptar las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación. Entonces, por un lado, Sar reclama libertad económica, libertad de empresa, protección de la propiedad desarrollo de la iniciativa privada; pero en contrapartida responsabilidad

frente a lo ambiental.

Como ya se planteó costos, en la Ley General del Ambiente se incluye la obligación de tener planes de descontaminación y de tratamiento de pasivos ambientales, que justamente están dirigidos a remediar los impactos ambientales, por 1 o por varios métodos de contaminación o actividades maliciosas o ilícitas.

De acuerdo con la Ley General del Ambiente, el plan debe considerar su funcionamiento y las responsabilidades de garantizar el entorno en que la actividad posible gloria de contaminación se realiza, así como a los titulares de las actividades contaminantes cuando el principio de responsabilidad se exija.

Como ustedes imaginarán, coincido con Sar en la idea no es llegar a la debacle o al punto de degradación del ambiente. por ende, la indemnización de los pasivos ambientales es importante. Pero, estoy de acuerdo con el mismo Sar en que, más importante que eso es garantizar la conservación del medio ambiente, y las actividades de prevención que puedan llevar a cabo las entidades responsables. En este momento no solo Sar ha buscado demostrar, respaldado en posturas asumidas por nuestro Tribunal Constitucional, la importancia de la adecuación y el manejo ambiental, o de la elaboración de los estados de impacto ambiental, sino también la relevancia de la organización del servicio sobre cómo se lleva a cabo esta actividad privada para la explotación de los recursos naturales que, insiste (y yo concuerdo), es una necesaria actividad en un país como el nuestro, que tiene importantes recursos mineros, petroleros y gasíferos. Como consecuencia, el aprovechamiento de los recursos naturales en el Perú resulta sumamente significativa.

Nuestra producción depende en muy buena medida de estos productos. No se trata de conseguir la exacción de estos recursos, sino de organizar su uso y explotación. No se trata solo de vivir el presente, sino también de garantizar el futuro. Garantizar el futuro en la medida de lo que los humanos podemos alcanzar.

Aquí, junto a Sar, considero necesario anotar que el reciente vertimiento de petróleo en el mar que se ha producido como consecuencia de lo ocurrido en la refinería La Pampilla constituye claramente una clara violación del medio ambiente que requiere la intervención de un Estado que debe estar presente.

El Estado no puede ponerse de costado, no puede desacatar las obligaciones constitucionales y legales existentes. Debe más bien comprometerse con un “estamos aquí buscando la mejor salvación del aprovechamiento responsable y sostenible, en el nivel de garantizar el medio ambiente”.

Concuerdo con Sar en que en este punto Tienen que jugar en la solución de esta situación el Ministerio del Ambiente, y el Organismo de Evaluación y Fiscalización ambiental (OEFA).

Sar sigue haciendo referencia a jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de proyectos que involucran temas ambientales. En ese sentido, otro caso emblemático respecto del tema ha sido el que emitió el Tribunal Constitucional en el caso del proyecto

minero Conga. En el expediente 1-2012-PI/TC, el Tribunal Constitucional señaló que, si las empresas producen daños, esto no solo debe ser sancionado, sino que se debe generar una reparación directa, justa y proporcionada a las personas directamente afectadas, e implica no solamente esperar a que las demandas de indemnización sean interpuestas, conociendo las dificultades que los ciudadanos involucrados tienen para ello, sino que estos pedidos van de todas maneras para que hagan valer sus derechos en forma idónea.

En la sentencia se lee lo siguiente:

“[...] En tal sentido, es deber del Estado brindar la estructura y presupuesto adecuado para que se brinde la orientación legal adecuada a los ciudadanos para que puedan ejercer sus derechos. Así, pones a disposición del ciudadano solo la información, sino asistencia legal gratuita en los casos donde los bajos ingresos de los pobladores así lo demandan.

Por su parte, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de conciliar los daños provocados de manera integral e indemnizar de manera proporcional a la magnitud del daño ocasionado.”

¿Cuáles son los parámetros por los cuáles debe indemnizarse de manera integral? Coincido con Sar en que no dejando a las personas libradas a las demandas que pudieran plantear, sino que el Estado debe tener un rol de garantía de la eficacia de lo que va a hacerse. Y cuando aquí se dice aquí Estado, se está incluyendo también a los jueces, que tienen una enorme responsabilidad, por ejemplo, a la hora de asegurar que la indemnización reponga a las personas afectadas la situación que les correspondiera. Que esas indemnizaciones sean justas, proporcionadas y que puedan garantizar debidamente.

Este es el marco constitucional según Sar previsto para el tratamiento de la Constitución ambiental en el Perú, sobre todo de la mano de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, y añade que si i se ha producido un grave daño ambiental, hay mucho por hacer.

EL ESFUERZO POR DESARROLLAR LOS CONCEPTOS BÁSICOS Y UNA JURISPRUDENCIA DESDE UNA PERSPECTIVA ANTROPOCÉNTRICA

La primera preocupación desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia ambiental fue la de desarrollar algunas nociones básicas, como las referidas al concepto de derecho Ambiental, sus alcances o su autonomía, entre otros temas. Todo esto desde una perspectiva antropocéntrica, donde se considera a la naturaleza como subordinada a atender los requerimientos de los seres humanos, teniendo presente algunos recaudos.²⁸

Con respecto al contenido del Derecho Ambiental, la autonomía, novedad y complejidad del Derecho Ambiental se aprecian en amplia nitidez a través del derecho fundamental a disfrutar de un ambiente que permita el desarrollo de la vida de las personas y la vida en general, aun cuando respecto de esto último, es decir del alcance de la tutela de este derecho constitucional, se ha escrito y argumentado mucho y en muchos sentidos²⁹.

Se reclamaba en un principio que el Derecho Ambiental es una rama del Derecho que se caracterizaba por ser una disciplina de síntesis, que articula conceptos jurídicos y no jurídicos de diversas áreas del conocimiento para regular las conductas humanas a través del principio que configuran una aproximación a la realidad, desde la perspectiva del interés público y con un alcance que trasciende espacial y temporalmente los enfoques tradicionales del Derecho. Las fronteras en el derecho Ambiental van más allá de lo individual y lo colectivo, e incluso del presente, porque se orienta a tutelar las condiciones que permiten asegurar la vida y la continuidad de esta, pero no simplemente en su sentido físico o natural de pervivencia, sino en el sentido amplio que se asocia a la propia dignidad del ser humano y al valor intrínseco que tiene la vida en sí misma³⁰. Sin embargo, luego se entiende correctamente que el derecho ambiental debe ser entendido como una disciplina jurídica autónoma, con todo el rigor prestado, lógico y técnico que sustenta los sistemas jurídicos contemporáneos que, no en vano, son el resultado de un largo madurar a través de la historia de las civilizaciones. A pesar a lo trascendente y loable del fin último al que se orienta, el Derecho Ambiental no debe ser entendido solamente desde una perspectiva emocional, sino fundamental con la razón y la técnica y, por ende, su actuación y los resultados de su aplicación deben ser concordantes con las reglas y principios generales del derecho. La legalidad, razonabilidad, predictibilidad, y en sí, seguridad jurídica no son solo compatibles con el Derecho Ambiental, sino que una exigencia de ésta³¹.

Acerca del contenido constitucionalmente Protegido del Derecho Ambiental, cabe resaltar que el artículo 2 numeral 22 de la Constitución peruana de 1993 (“toda persona tiene

²⁸ Ver Alegre Chang, Ada – Derecho al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo “de la vida”; en AAVV – Los Derechos Fundamentales. Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p. 469 y ss.

²⁹ Op.cit., p.469.

³⁰ Ibid..

³¹ Op.cit., p.470

derecho[...] a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”) encuentra como uno de sus antecedentes al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, a través del cual se requiere a los Estados “el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo del medio ambiente” (Artículo 12.1), mandato que es posteriormente reafirmado y afirmado a través de las famosas declaración de Estocolmo de 1972 y de Río de 1992, donde si están las bases internacionales de este derecho³².

Asimismo, otros referentes cercanos y más antiguos son – en el ámbito constitucional –, las cartas aprobadas en Grecia, Portugal Y España en la década de los setenta; y en el ámbito nacional, el propio artículo 123 de la Constitución Política del Perú de 1979, que, si bien no reconocía el carácter fundamental de este derecho, si lo enunciaba de una manera más completa que el texto actual del artículo 2 numeral 22, al estipular que “todos tienen el derecho de habitar un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”³³.

Alcance antropocéntrico del artículo 2 numeral 22 de la Constitución

Una primera aproximación nos conduce a afirmar que el artículo dos, numeral 22, parte de una concepción antropocéntrica de este derecho fundamental, la cual es concordante con el principal mandato de la Constitución de 1993, dispuesto en su artículo primero, el cual sirve de guía al sistema jurídico en su conjunto, a través de su orientación a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y del Estado³⁴.

[...] No obstante, este punto de partida antropocéntrico debe ser delimitado con base en los propios elementos materiales del artículo 2 numeral 22 y del propio alcance del Derecho Ambiental. La materialidad de este derecho está asociada a dos objetivos (intermedio): 1. Gozar de un ambiente equilibrado; y 2. Gozar de un ambiente adecuado; así como a un objetivo final: el desarrollo de su vida³⁵.

Definición jurídica de ambiente³⁶

Hay diferentes definiciones jurídicas de ambiente, pero existen dos corrientes principales:

³² Op.cit., p.470.

³³ Op.cit., p.470-471.

³⁴ Op.cit., p, 471

³⁵ Op.cit., p.472.

³⁶ Op.cit., loc.cit.

El ambiente entendido en sentido estricto o natural; concepto asociado en un ámbito fundamentalmente físico que engloba el aire, el agua y los medios de transmisión de estos, cómo elementos naturales de titularidad” que constituirían la base esencial del derecho ambiental. incluso autores como Ramón Martín Mateo, señala que ni siquiera el suelo estaría comprendido dentro de esta concepción del ambiente, en tanto que es objeto de otras áreas del derecho y de otras disciplinas que incluso trascienden lo ambiental (no estoy de acuerdo con suprimir el suelo) (Ramón Martín Mateo, Muñoz Machado, Postiguone, Caravila)

El ambiente entendido en sentido material amplio: compréndelo natural o lo físico y el conjunto de elementos aportados por el hombre y que se relacionan con su calidad de vida, cómo lo cultural, lo social y el propio ordenamiento del territorio. En sentido funcional, esta concepción amplia de lo ambiental incluye adicionalmente, el conjunto de interrelaciones de estos elementos, en tanto que se relacionan con la vida y la calidad de vida (Giannini, Mola de Esteban, Guillermo Cano, Trenzado Ruiz, Postiguone, Ruiz Branes, Jesus Jordano Praga, Pérez Luño, Velasco Caballero, Miguel Perales, Enrique Alonso Garona, Raúl Canosa.

Según Raúl Canosa, citando a su vez a Serrano Moreno”[...] Escoger una u otra acepción de medio ambiente tiene indudables reparaciones metodológicas y prácticas como se comprobará seguidamente. la vía atractiva de lo ambiental favorece la adopción de un concepto amplísimo, inabarcable del medio ambiente; porque si nos atenemos a la realidad, ambiente es todo lo que nos rodea y afecta a nuestra vida. de considerar unitariamente es todo lo que nos circunda en un concepto tan amplio, debilitaríamos su valor jurídico. Tal concepto sería omnicomprendivo y tan complejo que solo con gran dificultad, se protegería el interés así configurado [...] El caso a rocorrer no es, en mi opinión, el descrito. Se trata, por el contrario, de acotar que bienes pueden calificarse de ambientales.

Solo entonces, configurado el bien jurídico medio ambiente, cabría articular para él un sistema de protección y elaborar la doctrina pertinente³⁷”.

Coincido plenamente con Canosa en que debe determinarse cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente, de manera consecuente con la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto. Lo que desde el caso “Goicochea” (STC 0298-2013-AA, ponente Eloy Espinosa Saldaña Barrera) correspondería es la aplicación del análisis sobre la relevancia constitucional del caso involucrado. Ello implica, en primer lugar, verificar que existe o no se tiene una norma constitucional pertinente para aplicar en el caso. Dicho de otra manera, una disposición en principio constitucional (más no necesariamente), que permite una interpretación válida que reconozca derechos constitucionales.

Estamos hablando aquí de la existencia de una disposición (en términos de Guastini, de un enunciado normativo) que reconozca el derecho fundamental invocado. Dicha disposición debe ubicarse en la Constitución, en los tratados de Derechos Humanos (reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano desde el caso “PROFA” como normas con rango constitucional), en la jurisprudencia supranacional vinculante para el estado

³⁷ Canosa, Raúl – Constitución y medio ambiente. Lima, Jurista, 2004, p. 82 y 83,

peruano (aquí me refiero a la jurisprudencia establecida, por ejemplo, tanto en su competencia contenciosa como la consultiva sin importar que el caso haya sido planteado contra el estado peruano a otro estado sometido a la competencia de la Corte), o en la jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional (teniendo aquí en claro que, al poder ser esta variable no es invocable plenamente si hay sobre una misma materia pronunciamientos contradictorios o diferencias entre sí y no se ha establecido prelación alguna sobre la validez de los mismos, importante precisión desarrollada luego de “Gorochea”).

En ese temor, recogiendo lo señalado en SSTC00018-2021-AI/TC, fundamento 6; y 000048-2004-PI/TC, fundamento 17; pero también lo previsto en la ley 25611, Ley General del Ambiental, Ada Alegre, propone asumir una comprensión amplia del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (para algunos(as) demasiado amplio(a)), que incluye a:

- Elementos físicos, químicos y biológicos.
- Elementos de origen natural o antropogénico, de manera individual o asociada.
- Elementos que conforman el medio en el que se desarrolla de la vida.
- Factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.
- Elementos naturales vivientes o inanimadas.
- Elementos sociales y culturales, en un lugar y tiempos determinados, que reflejan en la vida material y psicológica de los seres humanos.
- Son derechos humanos.
- Implican todos los factores que hacen posible la existencia humana y la de los demás seres vivos. }
- Involucran todas las condiciones e influencias del mundo exterior que rodean a los seres vivientes y que permiten de una manera directa o indirecta, Susana existencia y coexistencia.
- El lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven.
- El entorno globalmente considerado.

- Espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza; aire, agua, suelo, flora y fauna.
- El entorno urbano.
- El clima, paisaje, ecosistema, entre otros³⁸.

Concuerdo con la misma Ada Alegre que este su primer y valioso esfuerzo, incluye elementos que en rigor no son en esencia del derecho ambiental, y, conforme a ello, tampoco pueden ser exclusivamente considerados para determinar el alcance del artículo 2 numeral 22 de la Constitución. Es más, ella reconoce que “solo a manera de ejemplo, se hace referencia a los elementos físicos, químicos y biológicos que son también objeto de estudio

³⁸ Alegre-Op.cit., p.474-476.

de las ciencias básicas, las ingenierías y otros ámbitos del conocimiento; igual ocurre con los elementos sociales y culturales; factores que aseguran la salud; el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven, el entorno urbano, entre otros³⁹.

Por eso, Alegre plantea una formulación más acotada

“[...] En este sentido, desde la perspectiva jurídica, el “ambiente” debe ser entendido como el conjunto de elementos, factores y recursos, naturales y generados por el hombre, que, de manera independiente o conjunta, interrelacionada o bajo cualquier condición, conforman el entorno en el que se desarrolla su vida en el más amplio sentido del término y que son susceptibles de afectarla⁴⁰.”

Y añade:

“ Por lo tanto, el ambiente así concebido es de interés público porque trasciende el ámbito individual de cada persona y es transgeneracional, porque está asociado a la vida de las actuales y futuras generaciones. La protección del “ambiente” así concebida, se entendería como una proyección de la vida individual. La protección del “ambiente” es una protección del derecho a la vida, pero también una vida de calidad, adecuada a la dignidad del ser humano.⁴¹”

Sin embargo, conviene tener presente cuando Raúl Canosa señala que

“Según Luis Ortega, no puede hacerse una lista mayor o menor de materias ambientales porque todas las políticas sectoriales, aun cuando poseen sustantividad material y competencial propia, tienen o pueden tener una dimensión ambiental. Estaríamos, pues, ante una norma ambiental, es decir, cuando su principal finalidad fuera la tutela ambiental “el mantenimiento de un alto nivel de protección del ciclo de vida.”⁴²

Cuando una norma jurídica será de naturaleza o carácter ambiental

La pregunta entonces es preguntarse cuándo una norma jurídica será de carácter o naturaleza ambiental. Otra vez Alegre señala que una norma jurídica será ambiental cuando tenga como propósito central regular las conductas humanas asociadas a los elementos, factores y recursos susceptibles de afectar el desarrollo de la vida, desde una perspectiva de tutela del interés público y transgeneracional. Esta idea debería ser mejor acotada.⁴³

Para acotar esta formulación, también es posible recurrir referencialmente a las consideraciones que sobre el particular se han tomado en cuenta en la legislación, jurisprudencia y doctrina de otros países, como España, dada la cercanía entre el anunciado del artículo 2, numeral 22 y el de algunos de sus similares, como el artículo 45 de la

³⁹ Alegre-Op.cit, p-477.

⁴⁰ Op.cit., loc.cit.

⁴¹ Ibid.

⁴² CANOSA, Raúl - Constitución y medio ambiente. Lima, Jurista, 2004, p. 85-86

⁴³ Alegre- Op.cit., p.476.

Constitución española de 1978. Este artículo 45, en su numeral 1, establece que “todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.”⁴⁴

Configuración del Ambiente

El ambiente se configura a partir de su propio reconocimiento como derecho fundamental, lo cual lo asocia a los derechos vinculados con la dignidad humana, cuáles son los derechos a la vida y a la libertad del ser humano protegida por el sistema jurídico⁴⁵. Conforme a ello, toda persona tiene la Facultad de poder usar, disfrutar o simplemente contemplar un ambiente que tenga características tales que permitan su propio desarrollo individual, sin perder de perspectiva que esas características no están asociadas exclusivamente a una esfera no patrimonial o no patrimonial; ni a un disfrute exclusivamente individual, ni colectivo, sino más bien público.

La vulneración o la amenaza de vulneración del contenido Constitucionalmente Protegido del Ambiente

Se dice que afectará el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, toda acción u omisión del Estado o de particulares, que limita el ejercicio de esa libertad⁴⁶, es decir, las características del ambiente o entorno en el que desarrolla su vida o puede desarrollarla, total o parcialmente en algún momento y su capacidad de acceder a gozar de aquél⁴⁷. Se habla de violación cuando hay una afectación clara, directa, negativa y sin justificación razonable de un derecho. Se habla de amenaza si hay un peligro próximo (cierto e inminente) a caer en una situación de vulneración.

Medio Ambiente “Sostenible”

El contenido constitucionalmente del derecho al ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida muchas veces limita otros derechos constitucionales como los derechos a la libertad de empresa, a la libre iniciativa privada, al trabajo y otros. Ahora bien, y a diferencia de lo que apuntala la ubicación constitucional dada a los derechos ambientales, ellos no son solamente límites a la actividad extractiva, o el quehacer de los derechos económicos. Son derechos en sí mismos, exigibles en un escenario donde destaca nítidamente su sostenibilidad (desarrollo y protección).

En similar tenor, Ada Alegre dirá que

[...] consecuentemente, la protección jurídica del ambiente tiene implícita una protección (y yo diría también desarrollo) “sostenible” que articula – como se señala en el principio de

⁴⁴ Alegre op.cit, p.478.

⁴⁵ Alegre-Op.cit. p.478-479. Como he aclarado en otros trabajos, pienso que el sustento de los derechos se encuentra en el desarrollo de la teoría de las capacidades para la satisfacción de nuestras necesidades humanas básicas, y nuestro desarrollo integral humano, en la línea de lo planteado por Amartya Sen y Martha Nussbaum, entre otros.

⁴⁶ Alegre Op.cit., p.475.

⁴⁷ Alegre-Op.cit. p.479.

sostenibilidad - lo ambiental, lo económico y lo social. Una preservación a ultranza de lo ambiental, no solo es utópica, sino que afectaría la libertad del ser humano de lograr el pleno desarrollo de su vida (con las múltiples dimensiones que ésta comprende, incluyendo, por ejemplo, la satisfacción del desarrollo laboral)⁴⁸.

Protección Jurídica Al Derecho A Gozar De Un Ambiente Equilibrado Y Adecuado Para El Desarrollo De La Vida

Cuando en el artículo 2 numeral 22 de la Constitución de 1993 se habla de “gozar”, alude al disfrute, a tener acceso, a poder contar con algo, en este caso, a un ambiente jurídicamente protegido. Se refiere a los elementos, factores y recursos que sustentan directa o indirectamente la vida humana que pueden afectar su continuidad, sino que además permiten el disfrute de esta⁴⁹.

Medio Ambiente Equilibrado y Medio Ambiente Adecuado

Alegre señala con acierto que las referencias a los adjetivos “equilibrado” y “adecuado” también tienen una carga significativa importante [...] El ambiente no debe ser equilibrado o adecuado por el mismo, sino en términos relativos o funcionales al desarrollo de la vida⁵⁰.

Enfoque Antropocentrista del Ambiente, y los matices de sus alcances

Coincido con Alegre cuando señala lo siguiente:

“[...] Si bien el enunciado del artículo 2 numeral 22 tiene un enfoque formal marcadamente antropocentrista, al referirse al derecho de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al “desarrollo de su vida”, refiere también a una dimensión amplia de la vida. El “desarrollo” implica en este caso no solo protección jurídica de la vida del ser humano, de la calidad de vida, sino, además, de todas las condiciones y aspectos que conlleven que su vida tenga una evolución o proceso de mejora o proceso (no desde una perspectiva estrictamente individual, sino fundamentalmente colectiva y pública, y no solo a nivel social, sino de especie dentro del sistema de vida del cual forma parte)”⁵¹.

Una interesante formulación del contenido constitucionalmente protegido del derecho que vengo analizando se encuentra en la STC 000018-2081-AI/TC, donde se señala lo siguiente:

⁴⁸ Op.cit.. p. 478.

⁴⁹ Op.cit., p.480.

⁵⁰ Alegre-Op.cit, p.481.

⁵¹ Op.cit., loc.cit.

- Que en el contenido constitucionalmente protegido de medio ambiente “equilibrado” se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, sus componentes básicos:
- La flora y la fauna
- Componentes abióticos (agua, aire, subsuelo)
- Ecosistemas
- Ecósfera (suma de todos los ecosistemas)⁵².

A todo ello habría que sumar los elementos sociales y culturales aportantes de grupo humano que lo habite.

Tales elementos no deben entenderse desde una perspectiva fragmentaria o atomizada, vale decir, en referencia a cada uno de ellos consideradas individual mente, sino en armonía sistemática y preservada de grandes cambios.⁵³

También es interesante tener presente lo señalado en el fundamento 8 de la STC 00964-2002-AA/TC , importante para entender su vinculación con otros derechos fundamentales, cuando se señala que

“[...] desde una perspectiva constitucional, se tenga que considerar al medio ambiente, equilibrado y adecuado, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la norma suprema y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos”⁵⁴.

Contenido constitucionalmente protegido de un medio ambiente “equilibrado”.

Dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, los componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e incluso, la ecósfera (esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman con red de interacciones de orden biológico, físico o químico). Tales elementos no deben entenderse desde una respectiva fragmentaria o atomizada .Debe entenderse que “La protección comprende al sistema complejo y dinámico en el que se desarrolla la vida”⁵⁵.

Sobre desarrollo Sostenible, la jurisprudencia del Tribunal señala que

“La Perspectiva del desarrollo sostenible busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado. Es una máxima acción de las ganancias o utilidad frente a la calidad del entorno que sufre el desgaste de la actividad económica. En tal sentido, con el principio de sostenibilidad (artículo V de la Ley

⁵² Alegre-Op.cit., p.482

⁵³ Op.cit., loc.cit.

⁵⁴ Ibid

⁵⁵ Ibid

General del ambiente) se pretende modular esta actividad económica a la preservación del ambiente, el mismo que tendrá que servir de soporte vital también para las generaciones venideras. Así, Los derechos de las generaciones no deben ser la ruina de las aspiraciones de las generaciones futuras (STC 3343-2007-PA/LT F14)⁵⁶

En ese mismo tenor se va cuando se anota que

“ Asimismo, debe entenderse que el derecho a un medio ambiente debe enmarcar las normas de protección ambiental, actuando como un parámetro de referencia [...] la legislación ambiental debe establecer los derechos, obligaciones y responsabilidades específicas que se consideran relevantes para asegurar la debida protección del ambiente equilibrado y adecuado para el derecho para el desarrollo de la vida.”⁵⁷

Además, una de las características de este derecho es la de que estamos ante un derecho Subjetivo que debe ir acompañado de una esfera pública para aproximarnos más al rol trascendente del ambiente en la vida de las personas (Oponibilidad a terceros y requerimiento de actuación estatal, sobre todo en su rol prestacional y organizados las condiciones de vida)⁵⁸.

Individualización del ejercicio de este derecho

Alegre dice que su ejercicio individualizado y particular debe ser delimitado en cada caso, a efectos de poner en marcha el ordenamiento jurídico. De otro modo, no podía efectivizarse su tutela⁵⁹. Confieso que la afirmación no me convence del todo, pues, ¿Cómo se entiende esto con lo dicho en los fundamentos 8 y 10 de la STC 00964-2002-AA/TC, que reconocía carácter difuso de este derecho? Lo señalado parece desconocer su ejercicio plural, y sobre todo a nivel difuso, el más importante en función de su propia naturaleza⁶⁰.

En cualquier caso, se reconoce carácter público de la protección jurídica del ambiente, en base a lo señalado en el artículo 67 de la Carta de 1993, donde se señala que el Estado determina la política nacional del ambiente, el elemento orientador en materia ambiental⁶¹.

⁵⁶ Ibid

⁵⁷ Alegre-Op.cit., p.483.

⁵⁸ Alegre-Op.cit., p.485-486

⁵⁹ Alegre-Op.cit, p.486.

⁶⁰ Alegre-Op.cit., p.487-488.

⁶¹ Alegre_Op.cit., p. 488

Otras sentencias del TC , se refieren, por ejemplo, a la necesidad de condiciones mínimas para su ejercicio:

“El derecho a un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la persona supone la exigencia de condiciones mínimas que el Estado debe asegurar a los individuos a fin de permitir su desarrollo, siendo que el Estado no solo está obligado jurídicamente a establecer estas condiciones mínimas de modo técnico, sí no, adicionalmente, a respetarlas y asegurar el respeto de los demás agentes sociales. Para ello, el estado determina una serie de actividades reguladoras imponiendo estándares mínimos, pero, además, se compromete a desplegar una serie de actos tendientes a asegurar estos estándares mínimos y, como resultado evidente, a no vulnerar los mismos ni permitir su vulneración como resultado de la actividad de terceros (STC 03448-2005-PA/TC – Fundamento 4)⁶².

O a estar ante un derecho que puede oponerse no solamente oponerse al estado, sino a particulares

“[...] En el caso de determinar quién es el autor del daño ambiental, la responsabilidad Del Estado la comparte, entre otros, con los particulares que promueven actividades que dañan o pueden el medio ambiente”. (STC 03343-2007-PA, fundamentos 5, 6 y 7)⁶³

Caracterización final de Alegre

“[...] Por el momento, partimos de su reconocimiento como un derecho fundamental y, por ende, asociado a la vida y a la dignidad del ser humano, de su carácter subjetivo, publico, prestacional e incluso reaccional, así como de su estructura abierta que sitúa al legislador en la posibilidad de configurar su alcance a través de las normas legales que desarrollan el mandato constitucional.⁶⁴”

Aparte del desarrollo jurisprudencial interno, ya reseñado inicialmente con textos como el de Ada Alegre, el mismo Tribunal constitucional peruano ha hecho una recopilación de aspectos de algunos principales pronunciamientos sobre materia ambiental. incluso siguiendo el decurso de los artículos que la Carta constitucional de 1993 ha reseñado al respecto. paso entonces, en breve síntesis, a presentar lo que el mismo Tribunal Constitucional considera su jurisprudencia más relevante sobre el particular.

Respecto del ARTÍCULO 66

A. La concesión minera

1. "... considera este Colegiado que previamente debe esclarecerse qué se entiende por concesión minera.

Así, el Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería dispone en el Capítulo I del Título II, denominado Concesiones Mineras, en particular en sus artículos 8° y 9°, que la exploración es la actividad minera tendente a

⁶² Op.cit., loc.cit.

⁶³ ibid

⁶⁴ Alegre_ Op.cit, p.488.

demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales; y la explotación es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento. Asimismo, que la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos.

Por ende, queda claro que la ordenanza cuestionada, al referirse al otorgamiento o retiro de la "licencia social" para las exploraciones y explotaciones mineras, lo que en realidad está haciendo es regular el otorgamiento y retiro de títulos de concesiones mineras.

Hechas tales precisiones, es menester señalar que el artículo 66° de la Constitución dispone que "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real sujeto a dicha norma legal". Vale decir que el legislador, al regular el aprovechamiento de los recursos naturales, necesariamente debe realizarlo a través de una ley orgánica.

Así, el artículo 106° de la Constitución establece que mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución, requiriéndose para su aprobación o modificación más de la mitad del número legal de miembros del Congreso". (Exp. 00008-2010-AI FJ de 18 a 21)

B. Temas de recursos naturales objeto de reserva de la ley orgánica

2. "... en la STC 0003-2006-AI/TC afirmamos que la identificación del objeto de la reserva de Ley Orgánica está sujeta a su conformidad con los: "criterios de taxatividad y residualidad, respectivamente, puesto que para que una materia deba ser regulada por ley orgánica, dicha previsión debe encontrarse expresamente prevista en la Constitución, y debe, además, ser interpretada en sentido restrictivo; mientras que [las regulaciones de] las materias que no han sido inequívocamente confiadas a las leyes orgánicas, corresponden ser reguladas por ley ordinaria" [STC 0003-2006-PI/TC, Fund. Jur. N° 20].

Por lo que se refiere a los alcances de la reserva de Ley Orgánica que contiene el artículo 66 de la Constitución ["Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal"], el Tribunal observa que éste no establece que la regulación in toto de los recursos naturales (renovables o no renovables) deba desarrollarse mediante Ley Orgánica. No son los recursos naturales, como tales, los que están sujetos a dicha reserva. Ésta, en realidad, sólo se proyecta sobre 2 aspectos vinculados con dichos recursos naturales: (a) las condiciones de su utilización y (b) las condiciones de su otorgamiento a particulares. Todo lo que no se refiera a estos 2 aspectos es ajeno al objeto de la reserva y su regulación carece del carácter de Ley Orgánica. Poco importa que la fuente que lo contenga, o lo regule, declare que ella es una Ley Orgánica. También es irrelevante que su aprobación se hubiera efectuado con el voto conforme de más de la mitad del número legal de congresistas. El carácter de Ley Orgánica no se obtiene sólo del hecho que se apruebe con una determinada mayoría, sino fundamentalmente de que la materia que trate se encuentre bajo el ámbito reservado a esta fuente del Derecho". (Exp. 00025-2009-AI FJ 7,8)

C. La explotación de los recursos naturales no puede ser separada del interés nacional

3. "El artículo 66° de la Constitución prescribe que los recursos naturales, in totum, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés

nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribire su exclusivo y particular goce. A partir de ello este Tribunal, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 00048-2004-AI/TC, señaló que los recursos naturales –como expresión de la heredad nacional– reposan jurídicamente en el dominio del Estado, quien tiene la capacidad para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento. Asimismo, en la sentencia de inconstitucionalidad referida este Tribunal precisó que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia es el reconocimiento de que los recursos naturales –especialmente los no renovables–, en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto.

En este contexto, el Estado ejercerá la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y emprenderá las acciones orientadas a propiciar la equidad social. El Estado, impulsado por tal imperativo, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones. A tenor de lo expuesto, este Tribunal estima que el Límite Máximo Total de Captura Permisible y el Límite Máximo de Captura por Embarcación, previstos en el Decreto Legislativo N.º 1084, constituyen medidas adecuadas para tutelar el aprovechamiento razonable y sostenible de los recursos de anchoveta y anchoveta blanca, pues las actividades de captura y extracción de este recurso natural deben sujetarse a límites razonables y objetivos". (Exp. 00028-2008-AI FJ de 29 a 31)

E. La actividad pesquera es de interés nacional

4. "El Tribunal Constitucional considera importante, en primer lugar, hacer referencia a que, aunque en concreto la norma bajo análisis es relativa al aporte de las pesqueras a favor del Fondo Pensionario, no es menos cierto que dichas pesqueras explotan nuestros recursos naturales, lo que genera una situación especial en cuanto a su regulación. En esa línea, el artículo 66º de la Constitución señala que los recursos naturales, in totum, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés general, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribire su exclusivo y particular goce.

El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento. Pero dicha facultad legislativa no solo se limita a las normas relativas a su aprovechamiento, sino también a establecer en las empresas ciertas cargas a cambio del aprovechamiento sostenido de los recursos marinos". (Exp. 01473-2009-AA FJ de 22 a 23)

F. Aplicación del principio constitucional presupuestario de unidad y principio de transparencia

5. "... la previsión normativa contenida en el artículo 13.1 de la Ley N.º 29035 persigue una legítima finalidad constitucional, como es el respeto: a) al principio constitucional

presupuestario de unidad, cuyo objetivo consiste en señalar que la unidad acrecienta la eficiencia y la eficacia para el control del gasto público, y, b) al principio de transparencia en la medida que la previsión normativa impugnada está dirigida a coadyuvar al manejo eficiente y transparente de los recursos públicos. Ello porque los recursos correspondientes del canon, sobrecanon y regalías mineras no son recursos propios de los gobiernos locales sino recursos transferidos del Gobierno Central, debido a que los ingresos y rentas obtenidas son producto de la utilización y explotación de los recursos naturales que según el artículo 66° de la Constitución son patrimonio de la Nación". (Exp. 00028-2007-AI FJ 14)

La concesión es siempre un acto constitutivo de derechos

6. "En una economía social de mercado, la concesión es una técnica reconocida en el derecho administrativo, mediante la cual se atribuyen a privados derechos para el ejercicio de una actividad económica. Es, en sí misma, un título que hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privados derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en ejercicio temporal, de determinadas funciones del Estado, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello es el *ius imperium* de la voluntad estatal el que establece la concesión para un particular. Por lo expuesto, la concesión es siempre un acto constitutivo de derechos, por el que se confiere al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración. Es decir, el particular, antes de que se celebre el acto de concesión, carece absolutamente de dicha capacidad o derecho, que surge *ex novo*". (Exp. 02226-2007-AA FJ 15,16)

G. Deber del estado de promover la libertad de empresa e iniciativa privada en el sector pesquero

7. "... debe precisarse que, conforme al artículo 59° de la Constitución Política, "El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria [...]". Asimismo, el artículo 66° precisa que "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares [...]". En el mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 67° y el artículo 68° disponen, respectivamente, que el Estado "promueve el uso sostenible de sus recursos naturales", y "[...] está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas."

Como es de verse, del propio texto constitucional se desprende la facultad del Estado —a través de sus órganos competentes— de formular mecanismos o políticas destinadas a promover la libertad de empresa y la iniciativa privada en el sector pesquero, en cuanto a la explotación de recursos hidrobiológicos se refiere, pero de manera sostenible, a fin de velar por la conservación de los recursos marinos. En ese sentido, debe entenderse por uso sostenible de los recursos naturales, a "(...) la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras". (Exp. 09884-2005-AA FJ 11,12)

H. Procedencia de los procesos constitucionales en materia ambiental

8. "... el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional (hoy 7.1 del nuevo Código Procesal

Constitucional) señala que no proceden los procesos constitucionales cuando “[1]os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”. En el caso específico, si bien el demandante alega que se afecta su derecho a la tutela procesal efectiva, a juicio de este Colegiado, la previsión normativa del Decreto Supremo N° 166-2004-EF –referida a la obligación de que la Defensoría antes mencionada emita un informe favorable previo a que la Sunat pueda impugnar en la vía contencioso-administrativa– no forma parte del contenido constitucional directamente protegido del derecho invocado, así como tampoco lo forma lo que el demandante considera el “derecho” al canon minero”. (Exp. 00186-2007-AA FJ 3)

El cuidado del medio ambiente para generaciones futuras

9. "Las obligaciones impuestas tanto a particulares como al Estado, destinadas al cuidado y preservación del ambiente, no sólo pretenden conservar el ambiente para el goce inmediato de la ciudadanía, sino que este cuidado se extiende a la protección del disfrute de las generaciones futuras, fundamento del concepto de desarrollo sostenible. Por lo tanto, en estos casos se asume un compromiso de justicia no solo para los ciudadanos que hoy deben aplicar las técnicas de explotación e industria que causen el menor impacto posible al ecosistema, sino también para las futuras generaciones". (Exp. 01206-2005-AA FJ 4)

I. Desnaturalización del régimen de pesca

10. "... los recurrentes no pueden pretender que se limite la atribución del Estado de proteger de los recursos naturales, e invocar un supuesto “derecho de propiedad de nuestros recursos naturales”, pues ello no se condice con lo dispuesto por el artículo 66° de la Norma Fundamental. En este punto conviene enfatizar que los cuestionados Decretos Supremos N.os 008-2004-PRODUCE, 015-2004-PRODUCE y 020-2004- PRODUCE, tienen como objeto que se explote cuidadosamente el recurso de anchoveta a fin de contribuir con su desarrollo sostenido. Así, debe tenerse presente, de un lado, que el régimen especial de pesca resulta una excepción al desarrollo de la pesca industrial en el país, y de otro, que el principio de precaución, recogido en el convenio a que se ha hecho referencia en el fundamento 4, supra, y que sustenta los cuestionados decretos supremos, dispone que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas que eviten o reduzcan al mínimo esa amenaza, por lo que no puede pretenderse desnaturalizar el referido régimen especial de pesca". (Exp. 04516-2005-AA FJ 5)

Protección al espectro radioeléctrico o electromagnético como recurso natural

11. "El espectro radioeléctrico o electromagnético es un recurso natural por medio del cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. Es una franja de espacio a través de la cual se desplazan las ondas electromagnéticas capaces de portar y transportar diversos mensajes sonoros o visuales, a corta y larga distancia. Es un recurso natural de dimensiones limitadas. En tanto tal, de conformidad con el artículo 66° de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento, correspondiéndole a éste su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales del dominio. Dada su condición de bien escaso o limitado, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones debe ser particularmente

eficiente al ejercer las funciones de administración, asignación de frecuencias y control del espectro electromagnético, que le han sido confiadas por el artículo 61° del Decreto Legislativo N° 702. De ahí que resulten sumamente preocupantes las recientes denuncias expuestas en un medio de comunicación escrito, relacionadas con el uso ilegal de las ondas electromagnéticas por parte de determinadas personas y entidades en el norte del país. Es deber del referido Ministerio y demás autoridades competentes, adoptar las medidas de control y sanción que pudieran corresponder.

Como ha precisado este Tribunal, los recursos naturales pueden ser definidos como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el ser humano. Que los recursos naturales, in totum, sean patrimonio de la Nación, implica que su explotación en ningún caso puede ser separada del interés nacional y el bien común, por constituir una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto, por lo que queda proscrita su explotación con fines exclusivamente individualistas o privatísticos.

Los recursos naturales reposan jurídicamente en el dominio del Estado, como expresión jurídico-política de la Nación. Reconocer que el Estado es soberano en su aprovechamiento (artículo 66° de la Constitución), significa que es bajo su ius imperium y supervisión que debe desarrollarse su aprovechamiento y goce".

(Exp. 00003-2006-AI FJ 4,5)

J. El carácter real de la concesión minera

12. "... en el presente caso, y de lo que aparece descrito en la demanda, aparece con toda nitidez que el reclamo de la demandante se circunscribe a la exigencia de un derecho expresamente derivado de la ley, como lo es la concesión minera, el mismo que, como lo establece el segundo párrafo del artículo 66 de la Constitución Política del Perú, tiene carácter real, no formando parte del contenido constitucionalmente protegido de algún derecho constitucional. En tales circunstancias, e independientemente de la legitimidad que pueda tener la demandante para recurrir a las vías judiciales ordinarias, a fin de dilucidar sobre tal tipo de pretensión, el presente proceso deviene en improcedente, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional". (Exp. 03549-2006-AA FJ 2)

K. El uso de los recursos naturales debe de hacerse de manera sostenible

13. "... del propio Texto Constitucional se desprende la facultad del Estado –a través de sus órganos competentes– de formular mecanismos o políticas destinadas a promover la libertad de empresa y la iniciativa privada en el sector pesquero, en cuanto a la explotación de recursos hidrobiológicos se refiere, pero de manera sostenible, a fin de velar por la conservación de los recursos marinos. En ese sentido, debe entenderse por uso sostenible de los recursos naturales, `la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras´ [Último párrafo del Artículo 2° del Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro, de junio de 1992, ratificado mediante la Resolución Legislativa N.º26181, del 12 de mayo de 1993].

Dentro de este marco constitucional, el Estado se encuentra facultado para establecer

políticas tendientes a fomentar el uso sostenible de nuestros recursos ictiológicos –dentro del régimen general y especial de pesca– a fin de promover su explotación de manera racional, sin afectar la diversidad biológica existente en nuestro litoral, implementando mecanismos de control y vigilancia de las actividades extractivas dentro de las zonas restringidas para la pesca industrial. Es en este contexto que se emite el Decreto Supremo N° 026-2003-PRODUCE, que reglamenta el Sistema de Seguimiento Satelital (SISESAT), y se constituye como un mecanismo de control y fiscalización administrado por el Ministerio de la Producción destinado a las empresas dedicadas a la pesca en gran escala, mediante el que se obtienen reportes respecto del posicionamiento y velocidad de marcha de las embarcaciones pesqueras, los cuales son considerados como medios de prueba en los procedimientos administrativos por infracciones a las normas de pesca”. (Exp. 05719-2005-AA FJ 12,13

El aprovechamiento de los recursos naturales debe de ser a favor de la colectividad

14. “... de una interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 22) y de los artículos 66° y 67° de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia, es el reconocimiento de que los recursos naturales -especialmente los no renovables- en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto”. (Exp. 00048-2004-AI FJ 33)

L. Condiciones para el otorgamiento de los recursos naturales a particulares

15. “... El artículo 1° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, N° 26821, establece las condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 66° y 67° de la Constitución. Asimismo, el artículo 19° dispone que los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que se establecen en las leyes especiales para cada recurso natural... Las áreas naturales protegidas son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional que se encuentran reconocidos, establecidos y protegidos legalmente por el Estado. Dicha condición surge por su importancia para la conservación de la diversidad biológica y demás valores asociados con el interés cultural, paisajístico y científico, amén de su contribución al desarrollo sostenible del país. La declaración de área natural protegida implica su constitución como patrimonio de la nación y que sea objeto de dominio público, lo que genera que la propiedad no puede ser transferida a particulares...”. (Exp. 00769-2002-AA FJ 4,7)

ARTÍCULO 67

M. Elementos del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado

1. “[el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana] está determinado por los siguientes elementos: el derecho a gozar del medio ambiente y, el derecho a que ese medio ambiente se preserve. En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre

intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

En relación con el segundo elemento del contenido esencial (contenido constitucionalmente protegido) se establece que el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

En razón de ello, cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de todas las especies". (Exp. 05387-2008-AA FJ de 8 a 11)

N. Contenido constitucional del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona

2. "Este Tribunal ha manifestado, en la sentencia emitida en el expediente N° 0048-2004-PI/TC, que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve. Dice la sentencia que este es su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado. Dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. Y con relación al segundo acápite dice la sentencia que el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

De ahí que el artículo 67° de la Constitución establece la obligación perentoria del Estado de instituir la política nacional del ambiente. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional -entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente- debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia. Esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en

el artículo 2º, inciso 22) de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de toda persona “a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”. En concordancia, el artículo I del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente enuncia:

“Toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente equilibrado, saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y asimismo, a la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente (...). Le corresponde –al Estado- determinar la política nacional del ambiente”. (Exp. 01757-2007-AA FJ 6)

O. Constitución Ecológica

3. "Desarrollando los alcances de los artículos constitucionales referidos, el artículo 9º de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, establece:

“La Política Nacional del Ambiente tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona”.

El enunciado legal materializa lo determinado en la llamada Constitución Ecológica. Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales, in totum, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras. En segundo lugar, los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscriben su exclusivo y particular goce. Una perspectiva que no debe ser soslayada es la relativa a la consideración de los servicios ambientales que prestan ciertas áreas del territorio de la Nación. Recursos que, en algunos casos, benefician no sólo al país, sino también a la región e inclusive a todo el planeta; por ejemplo, la captura de carbono realizada por la selva amazónica. Por ello, la relevancia de que el Estado asuma la protección de esta riqueza mediante la exhaustiva fiscalización de la explotación de las riquezas ubicada en estas zonas. Una de las formas de proteger estas riquezas, que además suelen ser ecosistemas frágiles, es la implantación de áreas especialmente protegidas. Con ello se deberá evitar la afectación o disminución de la calidad de los servicios ambientales, como puede ser el caso de captación y almacenamiento de agua". (Exp. 03343-2007- AA FJ de 10 a 12)

P. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos y particulares

4. "... el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos; a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve. En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica y, en el caso de que el hombre intervenga, ello no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1º de la Constitución), de lo contrario su

goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Y con relación a la segunda manifestación, el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en condiciones adecuadas para su disfrute. Tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente". (Exp. 03778-2006-AA FJ 9)

Q. Alcances del derecho irrenunciable a gozar de un ambiente equilibrado, saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida

5. "El artículo 67° de la Constitución establece la obligación perentoria del Estado de instituir la política nacional del ambiente. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional -entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente- debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia. Esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en el artículo 2°, inciso 22), de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de toda persona 'a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida'. En concordancia, el artículo I del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente enuncia: 'Toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente equilibrado, saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y asimismo, a la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente (...). Le corresponde –al Estado– prevenir y controlar la contaminación ambiental'". (Exp. 09340-2006-AA FJ 2)

R. Deber negativo y positivo por parte del Estado, respecto al derecho al ambiente equilibrado y adecuado

6. "El derecho al ambiente equilibrado y adecuado comporta un deber negativo y positivo frente al Estado. Su dimensión negativa se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la salud humana. En su dimensión positiva le impone deberes y obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Claro está que ello no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención (STC 04223-2006-AA/TC).

El Tribunal considera que, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, tiene especial relevancia 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, el Tribunal Constitucional estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan". (Exp. 02268-207-AA FJ 5)

S. Restricciones en materia del derecho a un medio ambiente equilibrado

7. "... el objetivo de la restricción es evitar la contaminación acústica de la zona aledaña a la de la restricción. Tal objetivo tiene como fin o se justifica en el deber de protección del poder público, en este caso de la Municipalidad, con respecto a los derechos al medio ambiente (entorno acústicamente sano) y a la tranquilidad y el derecho a la salud de los vecinos que residen en las zonas aledañas donde opera la restricción. En conclusión, siendo el fin de la restricción la protección de estos derechos, hay un fin constitucional legítimo que ampara su adopción". (Exp. 00007-2006-AI FJ 36)

T. Relación entre las actividades económicas y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado

8. "En cuanto al vínculo existente entre las actividades económicas y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, la jurisprudencia de este Colegiado ha considerado que éste se materializa en función de los siguiente principios: (1) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (que merecerá luego un análisis), (2) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; (3) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar a su existencia; (4) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados, (4) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano, (5) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente, y (6) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables (STC 0048-2004-PI/TC).

El artículo 67° de la Constitución establece la obligación ineludible del Estado de instituir la política nacional del ambiente. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional –entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente– debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia.

Esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en el artículo 2°, inciso 22), de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de toda persona "a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida". En concordancia, el artículo I del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente prevé que "[t]oda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente equilibrado, saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y asimismo, a la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente (...). Le corresponde –al Estado– prevenir y controlar la contaminación ambiental".

De otro lado, el principio precautorio ha sido recogido primero por el Derecho Internacional del Medio Ambiente, y adoptado posteriormente por nuestro Derecho interno. En efecto, el principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) establece que

"Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el

criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Este principio se encuentra enunciado en el inciso 3 del artículo 3 del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, que ha sido aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26185. Además, forma parte de los lineamientos que conforman la Política Nacional de Salud, como lo establece el artículo 10, inciso f), del Decreto Supremo 022-2001-PCM, el cual señala que

“La aplicación del criterio de precaución, de modo que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente”.

Dicho principio ha sido recogido por diversas normas nacionales relacionadas con cambio climático, diversidad biológica, recursos naturales, y, en general, en todas las áreas relacionadas con el medio ambiente y su protección. El principio precautorio se encuentra estrechamente ligado al principio de prevención. El primero se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. La falta de certeza científica no es óbice para que se adopten acciones tendentes a tutelar el derecho al medio ambiente y a la salud de las personas. El segundo exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca, realmente, el deterioro al medio ambiente.

Al respecto, en cada ocasión en la que se vean involucrados en una controversia derechos como los que aquí se reclaman, y que evidentemente requieren de una adecuada delimitación respecto de sus alcances o contenidos, es obligación del juzgador constitucional prestar una atención preferente a su dilucidación, la que muchas veces depende, no solo de apreciar lo que las partes puedan alegar en un sentido u otro, sino de lo que se pueda actuar en favor de un mejor esclarecimiento de los hechos". (Exp. 04223-2006-AA FJ de 23 a 29)

U. El principio de prevención como defensa del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado

9. "El principio de prevención como defensa del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Este principio garantiza que se tomen las medidas necesarias a fin de evitar que los daños al ambiente se generen o que, en caso se lleguen a producir, la afectación sea mínima. Es decir que, frente a un posible daño ambiental, se deben adoptar las medidas destinadas a prevenir afectaciones al ambiente. Y es que esta es una de las formas a través de las que se plantea preservar el derecho bajo análisis.

De ahí que la “cristalización de este principio se encuentra en la acción que el Estado debe adoptar para prevenir un daño al medio ambiente que, en la actualidad, es potencial (...)”. Por su parte, se puede apreciar concretizaciones de este principio en diversas disposiciones del ordenamiento jurídico nacional referidas al medio ambiente. Así, el ya derogado Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decreto Legislativo N° 613, establecía en su artículo 5°:

“Observar fundamentalmente el principio de la prevención, entendiéndose que la protección ambiental no se limita a la restauración de daños existentes ni a la defensa contra peligros inminentes, sino a la eliminación de posibles daños ambientales”.

Por su parte, la Ley General del Medio Ambiente, Ley N° 28611, de fecha 15 de octubre del 2005 -que derogó el referido código- establece en el artículo VI del Título Preliminar el principio de prevención, indicando lo siguiente:

“La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan”.

Finalmente, el artículo 1° del Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Decreto Supremo N° 014-2001-AG, establece:

“Son principios orientadores de la actividad forestal y de fauna silvestre los siguientes: (...)

g. La prevención de los impactos ambientales de las actividades de aprovechamiento”.

En suma, este principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, lo que ha sido concretizado por el legislador ordinario. En tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente.

Así, en doctrina se ha expuesto lo siguiente;

“La conservación no puede realizarse si no se adoptan medidas protectoras que impidan el deterioro de los bienes ambientales cuya conservación se pretende. Son necesarios medios técnicos específicos que, generalmente, van asociados con limitaciones o con otras más específicas, como la prohibición de la caza y del comercio de especies de animales protegidas o la evaluación del impacto ambiental” (subrayado agregado)". (Exp. 01206-2005-AA FJ de 6 a 10)

V. El silencio administrativo y los recursos naturales

10. "... el silencio administrativo no constituye una franquicia del administrado para optar por uno u otro sentido (positivo o negativo); pues el artículo 34.1.1 de la Ley N° 27444, de Procedimiento Administrativo General, dispone que se sujetan a los procedimientos de evaluación previa con silencio administrativos, entre otros, aquellos casos en los que la solicitud versa sobre asunto de interés público, medio ambiente y recursos naturales. En tal sentido, tratándose la solicitud de una cuestión relacionada con recursos naturales, el silencio administrativo que habría operado es el negativo, por lo que sería contrario a ley, asumir, como lo hace el accionante, que contaba con la autorización correspondiente para realizar las actividades extractivas mencionadas. En consecuencia, la demanda debe ser desestimada". (Exp. 02106- 2006-AA FJ 5)

La responsabilidad social en el derecho a un medio ambiente equilibrado

11. “En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la Economía Social de Mercado y del Desarrollo Sostenible, la responsabilidad social se constituye en una conducta exigible a las empresas, de forma ineludible. En el caso del medio ambiente, la responsabilidad social debe implicar el mantenimiento de un enfoque preventivo que favorezca su conservación; el fomento de iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental; el fomento de inversiones en pro de las comunidades afincadas en el área de explotación; la búsqueda del desarrollo y la difusión de tecnologías compatibles con la conservación del ambiente, entre otras”. (Exp. 00048-2004-AI FJ 25,26)

ARTÍCULO 68

A. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona

1. "Por otro lado, la demandante sostiene que la municipalidad emplazada ha vulnerado los derechos fundamentales de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, aduciendo que la clausura de su establecimiento imposibilita la actividad ecológica y ambientalista que realiza, que comprende el mantenimiento de un gran número de plantas, como parte de la implementación de un vivero popular, y el albergue a canes, gatos, tortugas, monos, avestruces y otros animales silvestres. Al respecto, este Colegiado estima pertinente enfatizar que en el ordenamiento constitucional coexisten diversos derechos constitucionales, existiendo circunstancias que legitiman la restricción de unos derechos en salvaguarda de otros, atendiendo a finalidades superiores del mismo ordenamiento constitucional.

Desde esta perspectiva, si el respeto a los derechos invocados en la demanda supone menoscabar los derechos a la salud y a un medio ambiente sano de los vecinos, convirtiéndolos en irreparables, es evidente que deben prevalecer estos últimos, por estar vinculados al principio de protección al ser humano, consagrado en el artículo 1.º de la Constitución Política del Perú, en virtud del cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y sin cuya vigencia carecerían de sentido todos los demás derechos constitucionales.

El Tribunal Constitucional ha manifestado, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0048-2004-PI/TC, que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos; a saber: 1) el derecho a gozar de este medio ambiente, y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve. En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica y, en el caso de que el hombre intervenga, ello no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por lo tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y su dignidad (artículo 1.º de la Constitución); de lo contrario su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Y con relación a la segunda manifestación el derecho en análisis, este se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en condiciones adecuadas para su disfrute. Tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas

inciden directa o indirectamente en el medio ambiente". (Exp. 03341-2010-AA FJ 5 y,6)

B. Responsabilidad del estado de determinar de forma adecuada la política nacional del ambiente

2. "Tal como advirtiéramos en párrafos anteriores, en relación con la problemática abordada el artículo 67° de la Constitución prescribe que el Estado determina la política nacional del ambiente. Dicha política debe promover el uso sostenible de los recursos naturales; ergo, debe auspiciar el goce de sus beneficios resguardando el equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico de la Nación y la protección y conservación de un disfrute permanente. Es dentro de ese contexto que el Estado se encuentra obligado a auspiciar la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68°)". (Exp. 03343-2007-AA FJ 61)

C. La explotación de recursos hidrobiológicos debe de realizarse de manera sostenible

2. "... del propio Texto Constitucional se desprende la facultad del Estado –a través de sus órganos competentes– de formular mecanismos o políticas destinadas a promover la libertad de empresa y la iniciativa privada en el sector pesquero, en cuanto a la explotación de recursos hidrobiológicos se refiere, pero de manera sostenible, a fin de velar por la conservación de los recursos marinos. En ese sentido, debe entenderse por uso sostenible de los recursos naturales, a (...) la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras´ [Último párrafo del artículo 2° del Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro, de junio de 1992, ratificado mediante la Resolución Legislativa N° 26181, del 12 de mayo de 1993].

Consecuentemente, este Tribunal estima que los recurrentes no pueden pretender que se limite la atribución del Estado en su rol de protección de los recursos naturales, al exigir que el ejercicio de dicha facultad debe encontrarse respaldada con los informes técnicos especializados emitidos por el IMARPE, cuando, por un lado, el régimen especial de pesca resulta una excepción al desarrollo de la pesca industrial en el país; y, por otro, porque el principio de Precaución recogido en el Convenio a que se ha hecho referencia en el Fundamento N° 3, supra, dispone que "[...] cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza´, por lo que tal argumento carece de sustento y procura desnaturalizar el referido régimen especial". (Exp. 01865- 2005-AA FJ 3,4)

D. La protección de la persona de los ataques del medio ambiente por parte del Estado

3. "En el Estado democrático de derecho de nuestro tiempo ya no solo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su

condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13 de la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, el "derecho a un medio ambiente seguro, sano, [es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo". (Exp. 03510-2003-AA FJ 2)

E. La protección a las áreas naturales protegidas

5. "... el artículo 68 de la Constitución refiere que el Estado, está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas; en el presente caso no se ha declarado, por la autoridad competente, que la superficie sobre la que se está realizando la proyectada remodelación haya sido declarado como área natural protegida; en el presente proceso el emplazado no es el Estado sino una entidad autónoma como es el gobierno local del Distrito de Miraflores...". (Exp. 00437-1997-AA FJ 4)

LA VISIÓN BIOCENTRISTA

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución ecuatoriana ha despertado cierto interés, escepticismo y temas de reflexión. De acuerdo con Armijos, Ecuador no se ha quedado aislado en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, países como Nueva Zelanda, India y Colombia han dado algunos pasos significativos en este propósito. Sin embargo, el camino ha sido diferente, a través de la justicia y no de la norma⁶⁵.

Se cambia la relación naturaleza – ser humano (de diosa a sirvienta) "La Naturaleza es la casa común en la que millones de géneros y especies desarrollan su vida animal y vegetal. Dentro de la vida animal está el ser humano, el significado real de la palabra humano "es un animal que pertenece al género homo"⁶¹. El humano es el único ser vivo que históricamente ha causado y sigue causando el camino de su propia extinción. Es más, de la variedad de especies del género homo (australopithecus, el homo neandertales, el homo erectus, el homo soloensis, el homo floresinesis, el homo sudolfensis y el homo ergastes), el homo sapiens es el único sobreviviente⁶⁶:

El ser humano es parte de la naturaleza, depende de ella. No obstante, dada la relación dominante del ser humano respecto del texto de seres vivos, se ha posicionado en el mundo animal en una suerte de independización, considerándose el origen, razón y fin de toda la existencia. Esto no fue siempre así, "Las primeras civilizaciones humanas se relacionaban

⁶⁵ Armijos Alvarez, Damián – Derechos de la naturaleza y su exigibilidad jurisdiccional. En Revista Peruana de Derecho Constitucional N° 13. Constitución y Naturaleza. Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, diciembre de 2021 p. 29. *HATARI, Y.N. – De animales a dioses. Breve historia de la humanidad. Bogotá, Penguin Random House Grupo Editorial 2014, p. 17.*

⁶⁶ Armijos, Damián-Op.cit., p.29-30. *HATARI, Y.N. – Op. Cit, p. 28*

con la naturaleza de una forma en que existía respeto y reverencia hacia los bosques, montañas, paramos, volcanes, etc., que el ser humano llegó a considerar deidades, estableciendo una conexión espiritual en cuanto la naturaleza ofrecía el suficiente refugio y elemento⁶⁷.

Con la crecida de los grupos humanos se adaptaron las bondades de la naturaleza a sus necesidades, así, los frutos que recolectaban al ser insuficientes se convirtieron en cultivos, los animales que cazaban al ser insuficientes fueron domesticados, los refugios en los que habilitaban al ser insuficientes fueron abandonados por viviendas construidas con los materiales que le facilitaba la naturaleza⁶⁸.

En ese contexto, el ser humano, al descubrir su capacidad de dominio respecto del resto de seres vivos empezó a desconectarse de su relación metafísica con la naturaleza, haciéndola su sirvienta usándola para sus fines, de manera que buscó en el propio ser humano un fundamento espiritual.

”[...] El aumento de la población humana genera el uso de zonas para su cultivo y crianza de animales domésticos que provoca el desplazamiento de especies endémicas que en virtud de la erosión de la Tierra en que vivían se extinguían ³¹(como sucedió con la rata cola de mosaico que, según la Scientific American fue el primer mamífero en extinguirse por acción humana). La amenaza de las especies obedece también a una serie de acciones humanas, como la introducción de especies invasoras que provoca alteraciones en la cadena alimenticia o enfermedades, la pesca indiscriminada, la casa “deportiva”, o la cotización de partes de animales por considerarlos medicinas milagrosas (sin fundamento científico) [...] A esto se suma la contaminación ambiental que provoca el cambio climático que a su vez repercute en los ecosistemas de las especies que, en caso de no adaptarse, corren peligro de extinción (como el leopardo de las nieves, cuyo hábitat se está degradando)⁶⁹.

El ser humano no solamente amenaza al resto de las especies vivas, su acción [...] repercute en su propia existencia de manera directa, como el caso de ciudades abandonas por la contaminación derivada de la falla del reactor IV de la Central Nuclear de Chernobyl. A esto se suma el desalojo de pueblos para dar paso al desarrollo de actividades mineras o por el fracaso de estas³ pero también esas acciones deliberadas y maliciosamente planificadas que provocan la extinción humana (guerras, omisión para mitigar y evitar las repercusiones de la contaminación y cambio climático)⁷⁰.

La sustentación actual de derechos en evolución humana y su predominio sobre el resto de los seres vivos ha provocado la fundamentación de los sistemas en la dignidad de las personas (en mi caso, creo que se ha pasado de un constitucionalismo de los límites, a un constitucionalismo de los derechos, y luego a un constitucionalismo de las capacidades para

⁶⁷ Op.cit., p.30

⁶⁸ Op.cit., loc.cit.

⁶⁹ Armijos- Op.cit, p. 31

⁷⁰ Op.cit., loc.cit

atender nuestras necesidades humanas básicas y nuestro desarrollo humano integral). Así, toda persona tiene derechos desde que nace (o incluso antes) hasta que muere (o incluso después), tiempo durante el cual es amo y señor de todo aquello que sea susceptible de apropiación. Esto sucede porque el propio ser humano se inventó la ley (yo diría que, en rigor, se inventa el ordenamiento jurídico) como mecanismo de convivencia pacífica, una (normativa) que además le permite ser el amo y señor de seres vivos, que le informa que cualquier exigencia de respeto a otras formas de vida (varios titulares del derecho) resulta irracional. En otras palabras, sus propias construcciones jurídicas lo han convertido en el epicentro de cualquier fundamentación jurídica⁷¹

Así, siguiendo la postura presentada por Armijos, el ser humano, deviene potencialmente en dueño de todo. Esto es posible porque así lo dio el propio ser humano, no porque sea una regla natural. No olvidemos que la esclavitud fue posible porque así lo permitió (la normativa) creada por el propio ser humano⁷². Sucedió lo mismo con la ciudadanía: solo eran ciudadanos quien, según la normativa ley podían serlo. Esto solamente cambió a partir de las revueltas y luchas de esclavos y población que pelearon y alcanzaron esa ciudadanía la incidencia de las personas sobre la naturaleza tienen efectos insospechables.

En ese tenor, la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre el Medio Ambiente Humano, proclama:

“[...] gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuando lo rodea. Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma.”⁷³

En ese escenario, el reconocimiento de la importancia del medio ambiente está asociado a la posibilidad humana de avanzar en su desarrollo tecnológico. El reconocimiento del problema radica en la afectación que el ser humano se ha causado a sí mismo. El discurso de la Declaración de Estocolmo sigue en esa línea, diciendo que:

“[...] A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la Tierra, niveles peligrosos de contaminación del agua, del aire, de la tierra y de los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves diferencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio ambiente por él creado [...]”⁷⁴.

⁷¹ En mi caso, como explicaré luego, el verdadero sustento está en las capacidades para satisfacer nuestras necesidades humanas básicas y nuestro desarrollo integral humano, en la línea de Amartya Sen o Martha Nussbaum. Y en lo referido a Armijos, revisar Op.cit., p.32

⁷² Armijos. Op.cit., p.33-34

⁷³ Armijos. Op.cit., p. 34

⁷⁴ Op.cit., p.34-35.

Y si hubiera alguna duda al respecto, la Declaración proclama que la “Conferencia encarece a los gobiernos y a los pueblos que unen esfuerzos para preservar y mejorar el medio ambiente humano en beneficio del hombre y de su posteridad.⁷⁵”

En esa línea, y como bien sostiene Armijos “Podría decirse que estamos ante una posición donde el ser humano en el ordenamiento jurídico tiene un rol antropológico desconstruido, con cierta moral de conciencia sobre las repercusiones de la acción humana sobre el ambiente, en el entendido que es su propio ambiente y de nadie más⁷⁶.”

Esta idea no ha cambiado sustancialmente cuando en la Declaración de Rio de 1992, donde rotundamente se dice que, aunque con cierto matiz:

“[...] Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derechos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”⁷⁷.

Siguiendo de nuevo a Armijos, la perspectiva utilitaria de la naturaleza es el eje que ha seguido orientando las medidas de acción del ser humano. El antropocentrismo jurídico subsiste desde una desconstrucción que ha limitado el dominio y libertad absoluta sobre la naturaleza, con la característica adicional de protegerla, porque lo contrario es un riesgo para su propio protector.⁷⁸ El ser humano necesita hacer frente a los cambios de su entorno, frenar enfermedades, infecciones⁷⁹

En pocas palabras [...] “Si el problema para la supervivencia está en la imposibilidad de obligar a los estados a tomar acciones concretas, debemos repensar las funciones que sostienen el modelo de convivencia internacional, la ficción de soberanía estatal puede ceder ante una nueva ficción para la integridad de la biósfera e interdependencia de los sistemas ecológicos que permitan la supervivencia global”⁸⁰

El Estado frente a la Naturaleza y los derechos colectivos (en rigor, difusos)

Los instrumentos internacionales de protección ambiental determinan que los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos en aplicación de su propia ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cambio bajo su jurisdicción o

⁷⁵ Op.cit., p.35

⁷⁶ Op.cit., loc.cit.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Armijos. Op.cit., p.35-36

⁷⁹ Ver Portafolio (07 de 08 de 2021) portafolio.com. de <https://www.portafolio.co/tendencias/perdida.biodiversidad-afecta-salud-humanidad-103034>).

⁸⁰ Armijos.Op.cit., p.36

control no perjudiquen el medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional⁸¹.

Si los estados tienen libre albedrío para la adopción de instrumentos internacionales que protegen el medio ambiente y cuando los adoptan siguen sus propias reglas de explotación ¿hay alguna forma de obligarlos a respetar y tomar acciones que favorezcan la integridad de la naturaleza? Si bien los estados son autónomos, tienen obligaciones que cumplir frente a la comunidad internacional, el respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales trasciende la soberanía estatal y no es un asunto de discrecionalidad⁸².

Armijos, consecuente con su planteamiento, y mirando el modelo ecuatoriano, señala lo siguiente:

“[...] Por este motivo, la proclamación de ciertos derechos fundamentales del ser humano, como vivir en un ambiente sano y libre de contaminación, en razón suficiente para exigir del Estado la protección ambiental. Si a esto se agrega que “[...] la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad [...]” (Constitución del Ecuador, 2008), es necesario que se garantice la participación de la ciudadanía en asuntos de interés público y en la toma de decisiones. De ahí que existan disposiciones constitucionales orientadas a la toma de decisiones ambientales con los colectivos potencialmente afectados⁸³.

En ese contexto biocéntrico, Ecuador tiene una fórmula muy tuitiva sobre consulta previa. Como comenta Armijos” [...] toda decisión o autorización estatal que pueda afectar el ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. [...] El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptado por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley (En el Perú, más bien, el resultado de la consulta no es obligatorio)⁸⁴”

Esto es lo que en líneas generales dice el artículo 398 de la Constitución del Ecuador. Estas pautas han tenido mayor éxito con derechos colectivos indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determina el derecho de los indígenas a vivir libremente en sus propios territorios, reconoce la forma comunal de³⁸ la propiedad colectiva de la Tierra y la relación que ésta tiene con la comunidad (Caso de la Comunidad Mayagna (sismo) Awas Tingni VS. Nicaragua 2001)⁸⁵. Por ende, en ese contexto

“ [...] Las comunidades pueden exigir del Estado su reconocimiento y registro, delimitando,

⁸¹ Op.cit., loc.cit.

⁸² Ibid.

⁸³ Op.cit., p.37

⁸⁴ Armijos-Op.cit., p.37

⁸⁵ Armijos-Op.cit., p.37-38.

desmarcando y otorgando títulos colectivos a las comunidades, inclusive en favor de indígenas que por causas ajenas a su voluntad hayan perdido la posesión de sus tierras tradicionales para poderlas recuperar, salvo que hayan sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, en cuyo caso tienen derecho a obtener otras Tierras de igual extensión y calidad⁸⁶

De otro lado, para Armijos, y para quienes comparten su la relación entre derechos colectivos y naturales, cobra especial trascendencia en virtud que la cosmovisión colectiva del uso de la tierra ofrece una perspectiva que se aparta del utilitarismo riguroso del antropocentrismo jurídico, en virtud del cual pueda disponer de la Tierra según las necesidades y exigencias de consumo, no así en las comunidades indígenas que fundamentan sus actividades alimenticias sociales y espirituales en armonía con las condiciones que la naturaleza ofrece, sin forzarla [...] ⁸⁷ Como se observa, hay una relación respetuosa del ser humano hacia la naturaleza, no hay una relación de abstención para la preservación de los ecosistemas, sino que el ser humano actúa conforme a las reglas del ecosistema en que se encuentra⁸⁸.

⁴ Delimitando mejor los alcances del biocentrismo jurídico (naturaleza de objeto a sujeto de derechos).

No es una antítesis del antropocentrismo, pues no niega la importancia del ser humano, sino que lo reconoce como parte fundamental de la vida en el planeta, pero no como su núcleo esencial. A partir del biocentrismo, por ejemplo, se plantea la necesidad de reconocer la protección de toda forma de vida en el planeta⁸⁹.

Y es que, en este escenario, La madre Tierra o Pacha Mama, según la cosmovisión andina está presente en la vida cotidiana, en la que no cabe distinción entre humano y no humano, porque coexisten y se interrelacionan de una forma en que integran un todo, el ser humano (ni siquiera está en la cúspide de la cadena alimenticia)⁹⁰. Y frente a los requerimientos de soporte normativo, desde el biocentrismo se ha dicho que

“[...] La naturaleza ha existido por miles de años sin necesidad de una legislación que la ampare.”⁹¹

Es más, en Ecuador, el preámbulo constitucional señala el reconocimiento social de la naturaleza:

⁸⁶ VARGAS LIMA, Alan-Derechos de pueblos indígenas y en aislamiento voluntario (video). En: Latin Juris de 10 de abril de 2021; Armijos-Op.cit., p.38

⁸⁷ Armijos-Op.cit., p. 38-39.

⁸⁸ Op.cit., p.39

⁸⁹ Ibid

⁹⁰ Armijos-Op.cit., p.40

⁹¹ Op.cit., loc.cit.

“ Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”. Y con mayor fuerza, se reconoce a la naturaleza de derechos: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución (artículo 10). La transición de la naturaleza como objeto de derechos a sujeto de derechos se fundamenta en el reconocimiento de que la humanidad es parte de la naturaleza y está sujeta a sus designios⁹².

Pero este tipo de reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos no es exclusivo del Ecuador. En el año 2010, en Bolivia, el artículo 3 de la Ley de derechos de la Madre Tierra señala que La Madre Tierra es un sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, independientes y complementarias, que comparten un destino común⁹³. En 2011, el gobierno de Nueva Zelanda reconoció personería jurídica al río Whanganui frente a la Tribu Maorí, y el año 2013, al Parque Nacional Te Urewera, a la Tribu Maorí Tahoe⁹⁴.

En el año 2017 , el artículo 13 de la Constitución Política de la Ciudad de México señala que: “[...] El derecho a la preservación y protección de la naturaleza será garantizado por las autoridades de Ciudad de México en el ámbito de su competencia, promoviendo siempre la participación ciudadana en la materia [...] Para el cumplimiento de esta disposición se expedirá una ley secundaria que tendrá por objeto reconocer y regular la protección más amplia de los derechos de la naturaleza conformada por todos sus ecosistemas y ⁴² especies como un arte colectivo sujeto de derechos.”⁹⁵

También ha habido un reconocimiento de los derechos de la naturaleza a nivel jurisprudencial en fallos como los siguientes:

- Sentencia del 30 de marzo de 2011 – Declaró la vulneración de los derechos del Río Vilcabamba (Ecuador).
- Sentencia de 2015 (Sentencia 166-15-SEP-CC-2015) para reconocer que la reserva Ecológica Caypas Matas era un área protegida que habría sido afectadas por la actividad camaronera de un particular.
- Sentencia T-622116, 2016, de 2016, donde la Corte Constitucional de Colombia reconoce al río Atrato como sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Urtas Khand (norte de la India) declaró como seres vivos y con personalidad jurídica a los glaciares Gangorri y Yamuntori en 2017.

⁹² Ibid.

⁹³ Armijos-Op.cit., p.41

⁹⁴ Op.cit., loc.cit.

⁹⁵ Ibid.

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia reconoce a la Amazonía como sujeto de derechos, basado en la idea de solidaridad intraespecie y en el valor de la Naturaleza en si misma, ordenando un plan para 43 reducir la deforestación y un pacto que permita la vida en el Amazonas colombiano de las generaciones futuras (Sentencia 4360/2018, del año 2018).
- Sentencia 282-13-JP/19, de 2019, donde la Corte Constitucional del Ecuador limita inicio de procesos, señalando cuando tienen por objeto la tutela de los derechos de las personas o de la naturaleza (el subrayado es mío).⁹⁶

De otra parte, cuando se pregunta qué derechos tiene la naturaleza, la Constitución del Ecuador establece:

“[...] La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respeten integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (Artículo 71)”⁹⁷

A partir del reconocimiento constitucional de la naturaleza como sujeto de derechos hay varias cuestiones a tener en cuenta⁹⁸:

- a. Que para el biocentrismo la titularidad del derecho recae sobre la naturaleza en si misma, y no en el medio ambiente.
- b. El respeto a la existencia, mantenimiento y regeneración de la naturaleza trasciende las obligaciones estatales hacia todos los individuos. Estado y sociedad son responsables por el respeto a los derechos de la naturaleza [...] Estas tareas recaen sobre: los ciclos vitales (procesos naturales que reciclan elementos en diferentes formas químicas desde el medio ambiente hacia los organismos, y luego a la inversa. Agua, carbón, oxígeno, nitrógeno y otros elementos recorren estos ciclos)⁹⁹; la estructura nacional (la resultante de procesos geológicos, conformados por factores climáticos, de temperatura, de relieve, entre otros factores no humanos); funciones de la naturaleza (las comunes; nutrición, relación (interacción con otros elementos del ambiente), y reproducción)¹⁰⁰; o procesos evolutivos (cambio o evolución de las especies con el tiempo)¹⁰¹.

Otro derecho de la naturaleza es la restauración. Este se daría independientemente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces

⁹⁶ Armijos-Op.cit., p.42-43.

⁹⁷ Op.cit., p,44.

⁹⁸ Ibid

⁹⁹ Fundación Estudio del 14 de junio de 2014. Armijos-Op.cit., p.44.

¹⁰⁰ PRIETO, J. -Derechos de la naturaleza: fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional. Quito, Cuaderno de Difusión del Derecho Constitucional, 2013, p. 258. Armijos-Op.cit., p,45.

¹⁰¹ Armijos-Op.cit, p.45.

para alcanzar o litigar las consecuencias ambientales nocivas, en línea de lo dicho en el artículo 72 de la Constitución del Ecuador de 2008¹⁰².

La restauración puede interpretarse de dos maneras, no excluyentes entre sí: como derecho autónomo cuando se ha determinado (no jurisdiccionalmente) la existencia de una afectación a la existencia, mantenimiento o regeneración de ciclos vitales, estructuras, funciones o procesos evolutivos de la naturaleza. En este caso el Estado como obligado principal, y los ciudadanos como obligados subsidiarios deberían de adoptar las acciones que sean necesarios para hacer efectivo ese derecho, y al mismo tiempo, como medida de reparación integral, que se aplica tras la determinación jurisdiccional de una acción u omisión que ha provocado la vulneración del derecho¹⁰³.

Ahora bien, se reconoce que los derechos de la naturaleza, al igual que cualquier otro derecho, conlleva limitaciones a la actuación del resto de titulares de derechos, de manera que el ejercicio de un derecho como el dominio o la realización de una actividad comercial no puede prevalecer sobre los derechos de la naturaleza; pues, por otro lado, el reconocimiento de un derecho no se hace por el mero ánimo de castigar su vulneración, sino también de asegurar que sus titulares los gocen plenamente¹⁰⁴.

¿Cómo garantizar los derechos de la naturaleza? (exigibilidad jurisdiccional)

En un primer momento en el Ecuador, frente a los primeros intentos de protección ambiental en la tradición procesalista, como en el caso “Sierra Club versus Martin” (de 1972, en los Estados Unidos de Norte América). Una de las principales críticas al reconocimiento de los derechos de la naturaleza fue su falta de capacidad para exigir derechos. Sin embargo, según Armijos, dicho cuestionamiento sería descartado por argumentos como el de que la naturaleza necesitaría de un representante para la exigibilidad y tutela de sus derechos¹⁰⁵.

En ese tenor, hay que hacer notar como el artículo 86 de la Constitución de Ecuador se dice que “[...] cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”; y en el artículo 439, cuando se señala que “[...] Las acciones constitucionales podrán ser cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”. En este escenario, merece especial atención la participación de las comunidades y pueblos indígenas en cuanto han promovido la tutela de la naturaleza, en la línea del artículo 71 de la Constitución ecuatoriana¹⁰⁶.

En una misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional Colombiana habla de derechos bioculturales, que hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a

¹⁰² Armijos- Op.cit., p.45

¹⁰³ Op.cit., p.45-46.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Op.cit., p.47.

¹⁰⁶ Op.cit, p.47-48.

administrar y a ejercer tutela de manera autónoma (sentencia T-622/16, 2016).¹⁰⁷ Aquello muy a despecho de que la Constitución colombiana, no establece derechos propios de la naturaleza, pero llegaron a tal conclusión a partir del reconocimiento de los derechos de las comunidades y su conexión con la naturaleza, sin precisar si las poblaciones urbanas podrían reclamar derechos de la naturaleza propios de la urbanidad, como el pasaje urbano o el aire libre de contaminación.

⁴⁹ Armijos propone una representación legal amplia, donde cualquier persona pueda hacerlo. Eso facilita la presentación de casos como Sarayaku versus Ecuador en tribunales internacionales. Para la judiciabilidad de estos derechos la ley pertinente ha establecido la posibilidad que cualquier juez(a) del lugar en el cual se origina el acto u omisión que origine el acto u omisión que vulnera derechos o dónde produce sus efectos sea el competente para conocer y resolver el caso concreto. Un escenario amplio, sin duda.

⁴⁹ De otro lado, la normativa ecuatoriana establece la carga probatoria cuando se aleguen violaciones a los derechos de la naturaleza, materia importante, pues las amenazas o violaciones a estos derechos suelen provenir del Estado o por personas naturales o jurídicas con poder económico o político, con el desequilibrio e incluso el resultado injusto al cual se podría llegar.

¹⁰⁷ Op.cit., p.48-49.

LAS DIFERENTES PREOCUPACIONES POR CONTAR CON UNA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA

Existen países que buscan resaltar aspectos “biocénticos”, o por lo menos, anteponerlos a una visión “antropocéntrica” de la relación naturaleza- persona. Así, en el primer párrafo del Preámbulo de la Constitución boliviana se señala lo siguiente:

“[...] En tiempos inmemorables se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra Amazonía, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia [...]”¹⁰⁸

Según Vargas Lima, así el constituyente de Bolivia buscó contextualizar el contenido del pacto fundamental que se estaba sometiendo a consideración del soberano (el pueblo), describiendo los rasgos geográficos bolivianos esenciales, y dejando expresa constancia de que los pueblos indígenas que siempre habitaron estas tierras tuvieron que soportar el racismo en carne propia para comprenderlo en su real dimensión y así denunciarlo públicamente en el texto fundamental¹⁰⁹.

Pero la preocupación por una Constitución Ecológica (más que ambiental) trasciende a los bolivianos. La nueva Encíclica del Papa Francisco, dedicada a una visión ecológica del planeta, sienta doctrina, pero también busca y tiene efectos políticos inmediatos [...] No se dirige únicamente a los fieles, sino que pretende alcanzar a la humanidad entera, con independencia de la religión de otras creencias¹¹⁰.

Como bien detecta Vargas Lima, la preocupación por la Constitución Ecológica también está en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú: La Constitución Ecológica y sus dimensiones se ven en la STC 03610-2008-PA/TC, donde se consignan las disposiciones de la Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente (fundamento 33)¹¹¹.

A su vez, Colombia, en su Sentencia T-760/07, se estableció la llamada triple dimensión de la Constitución Ecológica:

- Como principio que irradia todo el ordenamiento jurídico.
- Como derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales.

¹⁰⁸ Vargas Lima, Alan – El diálogo jurisprudencial acerca de la importancia de la Constitución Ecológica en Revista Peruana de Derecho Constitucional N° 13. Constitución y Naturaleza Lima, Centro de Estudios Constitucionales de Tribunal Constitucional del Perú, p. 54

¹⁰⁹ Op.cit., p.54-55.

¹¹⁰ Op.cit., p.55-56

¹¹¹ Op.cit., p.57

- Como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares, en su calidad de contribuyentes sociales.

En ese mismo sentido se ha configurado en el Perú la STC 03343-2007-PA ITC.

Ahora bien, y dentro de los diferentes alcances que buscan reconocerse como parte de una Constitución Ecológica, resulta interesante analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la protección de los animales como componente de la protección al medio ambiente¹¹². Esto, sobre todo, revisando la Sentencia C 032/19 (de 30/01/2019) – Establecimiento de protección a los animales como parte del compromiso de protección al medio ambiente. Los artículos 8, 79 y 95 Superiores establecen los principales mandatos de la llamada “Constitución Ecológica”, que determinan que la defensa del medio ambiente sana es uno de los objetivos del Estado Social de Derecho (Sentencia C-431, del año 2000), que contiene:

- Protección al medio ambiente como principio irradiante.
- Derecho de toda persona a un medio ambiente sano, derecho exigible por vías judiciales.
- Un conjunto de obligaciones exigidas a las autoridades.

Luego, se hace referencia a la sentencia C-259 de 2016 – Los deberes que se imponen la prevención, la mitigación, la indemnización o reparación, y la parición; y se reconoce que diversa jurisprudencia han dado referencias a posturas biocentristas o ecosostenismos, pero que, sin embargo, en Colombia ha primado un antropocentrismo¹¹³.

Se resalta que existe también un deber constitucional de protección de bienestar animal¹¹⁴; y que la jurisprudencia constitucional ha establecido algunas reglas alrededor de la protección de los animales, que guían el entendimiento de los deberes, tanto para el Estado como para los particulares:

1. La protección del medio ambiente incluya la protección de los animales desde dos perspectivas:
 - Fauna protegida para mantenimiento de la biodiversidad y el equilibrio natural de las especies.
 - Fauna protegida del padecimiento, maltrato y crueldad sin justificación alguna.
2. Tenencia de animales domésticos y su transporte en el sistema de transporte siempre que se respeten los deberes de cuidado, conservación y respeto a los animales (seres vivos y sintientes)¹¹⁵

El derecho al agua también se incorpora como parte de la Constitución Ecológica. Incluiría

¹¹² Coincido así con VARGAS LIMA, Alan-Op.cit., p.59

¹¹³ Op.cit., p.61

¹¹⁴ Op.cit., p.62

¹¹⁵ Op.cit., p.63

al derecho fundamental de agua potable como derecho subjetivo o colectivo (y para mí, sobre todo con un carácter difuso)¹¹⁶. Tiene una defensa individual a través del Amparo constitucional, y una defensa colectiva, a través básicamente de políticas públicas¹¹⁷.

Se ha dicho además sobre el derecho de agua que :el Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad; así como el uso y acceso a los recursos hídricos en todos sus estados, superficiales y subterráneos.

Lo cierto es que el derecho al agua es cada vez más un derecho directamente vinculado al derecho al medio ambiente, tal como lo plantea, por ejemplo, el Preámbulo y el artículo 33 de la Constitución boliviana, con pautas como las previstas en el artículo 34 de dicha Constitución, y la Sentencia Constitucional Plurinacional número 0548/2013

Artículo 34 – “Cualquier persona, a título individual, o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar frente a los atentados contra el medio ambiente¹¹⁸.

En la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0548/2013 se marca el contenido de la Constitución Ecológica boliviana, compuesto por aquellas normas que la Constitución ha precisado para proteger el medio ambiente, así como por lo señalado por el Derecho Internacional, que proclama la protección del medio ambiente e implementar medidas destinadas a gestionar los riesgos ambientales¹¹⁹. En esa misma sentencia se hace referencia a normas como la ley 071 (15/10/2012), y sobre todo a su artículo 3, referido al Principio de prevención.

Esto, según Vargas Lima, va de acuerdo con la configuración constitucional de los derechos fundamentales en Bolivia, previsto en su artículo 109, norma Constitucional que habilita el ejercicio de las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente¹²⁰. También se condice con la esencia del reconocimiento de los derechos fundamentales:

- Con igualdad jerárquica de todos los derechos constitucionalmente reclamados.
- Con directa aplicabilidad de todos los derechos.
- Con directa justiciabilidad de todos ellos¹²¹.

Y que estos son elementos de la constitucionalización del Derecho y el constitucionalismo

¹¹⁶ Op.cit. p.68-70

¹¹⁷ Op. Cit., p.69

¹¹⁸ Op. Cit., p.72

¹¹⁹ Op.cit., p.74

¹²⁰ Op.cit., p.75

¹²¹ Op.cit., p.76

contemporáneo¹²².

¹²² Op.cit., p.77-79.

OMAR SAR, O LA PREOCUPACIÓN POR EXPLICAR LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL AMPARO AMBIENTAL

Las anotaciones hechas en “Amparo Ambiental - 2004 - Aspectos relevantes” en: “El constitucional” del 28 de octubre de 2020.

- Existe un derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado ya adecuado para gozar los términos de la vida (Art. 2, inciso. 2 de la Constitución de 1993). Sin embargo, el medio ambiente no solo constituye un derecho individual y subjetivo de toda persona, sino que, además, debe ser considerado un servicio público esencial. Con todo respeto, no resulta claro qué concepto de servicio público se está manejando.
- Está vinculado a la determinación de la política ambiental, la determinación de las áreas naturales, entre otros aspectos.
- El Tribunal Constitucional ha señalado que la tutela del medio ambiente está encuadrada dentro de lo que tituló “Constitución ecológica”.
- Se debe buscar articular mejor la relación entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, que ocupa un lugar medular en nuestro ordenamiento jurídico.
- Adoptando el criterio desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia, se sostiene que esta Constitución ecológica tiene una triple dimensión: 1. Como principio, irradia todo el orden jurídico, pues es principio del Estado el proteger las riquezas naturales de la Nación. 2. Como derecho de las personas a gozar un ambiente sano, que es exigible por diversas vías. 3. Como un conjunto de obligaciones impuestas al Estado y a los particulares en su calidad de contribuyentes.
- Sin embargo, en nuestro sistema hay un primer problema: la regulación de los recursos naturales, y de la Política Ambiental, están reguladas en los artículos 66, 67 y 68 de la Constitución, que se encuentran en el capítulo del Régimen Económico. Yo, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, insisto que constitucionalmente están mal ubicados. Son y tienen una dinámica propia, y no se limitan a ser un límite a la dinámica económica, como trasciende de esa equivocada ubicación, y de, justo es decir, alguna sentencia del Tribunal Constitucional peruano. Indudablemente la degradación del ambiente tiene una consecuencia económica; y el aprovechamiento de los recursos económicos puede ser económicamente apreciable, pero el principal problema es que si un medio ambiente sano no puede desarrollar la vida humana. No es un problema de economía, o de limitación del quehacer económico.
- Sin embargo, no se puede desconocer que existe un círculo entre la Constitución económica y un derecho a un medio ambiente sano y equilibrado. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado que debe observar una serie de principios, como los de desarrollo sostenible y

aprovechamiento razonable y con beneficios a favor de la comunidad en general, sobre todo de los recursos no renovables.

- Luego, existen otros principios: un principio de conservación, que apunta a mantener en el Estado óptimo, o en el mejor posible, los bienes ambientales.
- El principio de prevención, que supone guardar los bienes ambientales del peligro que puedan arriesgar su existencia. Demanda acciones previas al deterioro de los bienes.
- El principio precautorio, de precaución o cautela: Ante la amenaza al medio ambiente, se apunta el estudio de sus causas científicas. En caso de duda, debe tratar de resguardarse el medio ambiente, y ello justifica acciones previas al respecto.
- El principio de restauración, que apunta a la recuperación de los bienes ambientales deteriorados.
- El principio de mejora, con el que se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales.
- El principio de compensación, que implica la reparación por la explotación de los bienes ambientales.
- El Estado debe promover el uso sostenible de los recursos naturales, guardando el equilibrio dinámico entre el desarrollo económico de la Nación, particularmente en un país con abundantes recursos; y la protección de los recursos naturales. Es dentro de ese contexto en que el Estado se encuentra obligado incluso a tutelar las áreas ecológicas protegidas, como establece el artículo 68 de la Constitución.
- De otra parte, la actividad extractiva importa un espacio importante de la actividad económica del Perú. Por ende, hay que resguardar el derecho de tener un ambiente sano, cumpliendo los estándares de protección y garantía, pero aquello no implica impedir el desarrollo de las actividades extractivas.
- El derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado para disfrutar la vida tiene por titular, como es obvio, a cualquier persona. Por ende, la demanda de Amparo puede ser presentada a título individual, por cualquiera de los sujetos interesados en activar tutela de su propio derecho, activado por el acto u omisión que lo amenaza o vulnera. Procede aquí el Amparo por vulneración o por amenaza. Convendría, añadido a lo de Sar, hacer referencia a la protección de intereses difusos, íntimamente ligados a la protección de la materia ambiental.
- Aquí cabría mencionar, tal como se desarrolló estudiando la postura biocéntrica, que el artículo 10 de la Constitución del Ecuador establece que la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca La Constitución; y el artículo 71, respecto de los derechos de la naturaleza, establece lo siguiente: “[...] La naturaleza o Pacha

Mama, donde se reproduce y realiza la diversidad, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia, y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales estructura, condiciones y procesos de evolución. Toda persona, pueblo y comunidad o nacionalidad, podría exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para tramitar e interpretar estos derechos se aplicarán en lo que procede. Se llevará a las personas naturales y jurídicas para que se proteja y se promoverán todos los segmentos que componen sus ecosistemas”.

- Sar discrepa con esta concepción, y yo también, aunque por razones distintas. Para él la “fundamentalidad” de los derechos deriva de la dignidad de la persona humana. Para mí de las capacidades para satisfacer nuestras necesidades humanas básicas y nuestro desarrollo humano integral). En ese escenario la naturaleza no puede ser titular de derechos. Naturalmente requiere protección. Pero una cosa es proteger los recursos naturales, y otra cosa es que los Recursos Humanos sean titulares de derechos.
- El Código procesal constitucional de 2004, en su artículo 39, establecía que la demanda de Amparo debía ser interpuesto por la víctima. Yo, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, he sostenido que esto no es aplicable a intereses difusos como los vinculados a ambiental, máxime cuando el mismo código permitía la legitimidad de intereses difusos mediante amparo.
- Cabe la prescripción en el proceso de amparo. La demanda debe tener ser presentada dentro de un plazo. Debe estar establecido el objeto de la demanda, el derecho ambiental reclamado, el contenido de la Constitución ambiental, los principios de aprovechamiento de los recursos naturales. Y, por otro lado, una sustentación de la demanda sobre quién puede presentarla y que puede presentar.
- La demanda sobre amenaza a estos derechos tiene que acreditar que hay certeza e inminencia (peligro próximo y no remoto). No basta con coyunturas, noticias del periódico o supuestas apreciaciones que podrían ocurrir en un futuro distante.
- Además, se debe tener en cuenta que, como ya se ha dicho, hay un plazo de prescripción del amparo dentro de los sesenta días de conocida o constatada la afectación (amenaza o violación) del derecho. Sin embargo, si la afectación en el tiempo se mantiene con carácter continuado, no corre el plazo de prescripción.
- Si la violación o la amenaza de violación no cesa, no corre la prescripción, y no se contaba con plazo alguno para el cuestionamiento del acto lesivo si no ha cerrado su plazo de ejecución, de acuerdo con la regla establecida en el artículo 43 del anterior Código procesal constitucional de 2004. Además, el artículo 44 inciso 4 de la norma pertinente hablaba de amenaza, y esta corre con plazo. Esto tenía gran importancia en el uso de principios como los reseñados en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley General del Ambiente. Así, por ejemplo, se vincula al principio de prevención, que goza evitar la degradación de los espacios naturales.

“[...]Artículo 6 - Principio de Prevención: El principio de prevención tiene por objeto prevenir, mitigar y acabar con la contaminación ambiental. Cuando no sea remediar las causas que las remedian, se aceptan las pautas de recuperación, restauración, o eventual compensación que corresponda”.

Artículo 7 - Principio Precautorio: Cuando no haya peligro de daño grave e irreversible, se buscarán las medidas escasas y eficientes para evitar la degradación del ambiente.

- De lo expuesto, entonces podemos reiterar una segunda conclusión: la demanda de amparo puede ser presentada por cualquier persona, y en cualquier momento. Incluso cuando se trata de amenaza o de vulneración confirmada. Ello incluso si el acto se consuma el plazo de para inscripción será de sesenta días. Luego de transcurridos, solamente quedaría recurrir al procedimiento ordinario.
- Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en una de sus sentencias, ha señalado que existe un derecho fundamental a la protesta, señalando que: [...] “Con respecto a su contenido constitucionalmente protegido, este derecho comprenda la Facultad de postular, de manera de congregarse de manera excepcional o continua; a través de puntos mediáticos, materiales, mecanismos tecnológicos, la manera de transmitir, reclamos de manera laboral, ambiental, cultural o de cualquier otra índole, sobre los poderes públicos o privados, para así obtener un cambio local, nacional, Internacional o global, siempre que ellos se firmen de la base de un ejercicio constitucional, siempre y cuando de la debida protesta se esté dando sobre cuya base cierta”.
- Entonces, el ejercicio del derecho a la protesta involucra abarcar diferentes ámbitos (y entre ellos, el ambiental). Hay un derecho a protestar en función a reclamos ambientales, aunque no se puede incurrir en hechos de violencia. El tribunal desarrolla los límites de ese derecho a la protesta, un escenario especial de la protesta el que viene dándose por comunidad de nativos, encabezados por miembros de estas comunidades. Y es que la actividad extractiva suele poner en riesgo a comunidades. El Tribunal, frente a estos riesgos, ha apuntado a compensar a los pueblos afectados:
 1. Tratar de evitar afectarlos internamente, por lo menos no más allá de otros sectores de la población, y en la misma medida.
 2. Ayudarlos a organizarse en políticas y programas responsables.
 3. Establecer el pleno desarrollo de las comunidades con los medios necesarios para la obtención de sus necesidades.

Allí también debe incluirse una consulta previa que sea justa y equitativa. No debe ir más allá de lo que tutela en los intereses nacionales. Se debe buscar un debate abierto, claro y transparente en realización del objetivo buscado.

Por otra parte, es importante tener claro que en el ámbito ambiental también resulta procedente la causal de independencia que está vinculada con la residualidad. Si 60

embargo, el reconocimiento de una vía ordinaria como igualmente satisfactoria del amparo (precedente Elgo Ríos, ponente Eloy Espinosa-Saldaña Barrera) deberá demostrar que es adecuada desde la perspectiva objetiva (estructura del proceso) como la subjetiva (tutela de urgencia de derechos). También hay que estar atentos al riesgo de que la vulneración usa o se hace irreparable (sustracción de la materia).

Los jueces, en este escenario, tienen que hacer su mayor esfuerzo para tutelar el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado. De otra parte, deberá agotarse en principio, por mandato constitucional, las vías administrativas. Esta es otra causal de improcedencia del Amparo. Y con respecto a la vía previa, hay tres de cuatro supuestos en que no será exigible, y podrá irse directamente al amparo sí:

4. Una recolección que no sea la última en la vía administrativa, es apelada en las de vencerse el plazo para que quede consentido.
5. Por el agotamiento de la vía previa, el daño serie irreparable.
6. si se resuelve vía previa en plazos dados para su solución.

Debe tenerse presente que, si los demás órganos públicos quieren mantener vigentes sus tareas de mitigación, o de fiscalización de actividades, en esos casos la vía adecuada sería la vía del proceso de cumplimiento. En el expediente 2002-2006-PC/TC, el tribunal reclamó que el Ministerio de salud tenga un sistema para atender a las personas afectadas de enfermedades con origen ambiental en la Oroya.

¿CÓMO EVALUAR LAS ACCIONES QUE SE ESTÁN PROMOVRIENDO DESDE EL ESTADO Y EL PAPEL QUE ESTÁ CUMPLIENDO EL MINISTERIO DEL AMBIENTE FRENTE A UN RETO TAN GRANDE COMO EL DE CAMPO CLIMÁTICO?

Manuel Ruiz¹²³ se preocupa en resaltar cambios reveladores en términos de:

- Institucionalidad ambiental.
- Marcos normativos sobre medio ambiente y recursos naturales
- La conservación de la biodiversidad y el cambio climático son parte de la agenda principal del Ministerio del Ambiente.

Para él, todos estos temas no estaban en la agenda del Estado, eran invisibilizados por éste, en los hechos y la realidad que tienen lugar en el campo, donde se siente la pérdida de la biodiversidad y los efectos del cambio climático. Su conexión o reflejo en políticas públicas y normas era muy marginal. Hoy eso para Ruiz ha cambiado, pues el Perú cuenta con una serie de instrumentos, herramientas, estrategias, etcétera, que nos pone en una situación muy interesante para enfrentar los retos de la conversación y el cambio climático¹²⁴.

Ciertamente el problema en el Perú está en como materializamos las políticas y las normas, y ahí es donde encontramos dificultades. Sin embargo, en términos de la estructura institucional ambiental relacionada a la diversidad y cambio climático, tenemos casi todas las piezas ya colocadas y ahora, según Ruiz, hay que hacer que funcionen¹²⁵. En ese escenario, el suscrito le resalta lo que encuentra como limitaciones del modelo peruano: necesidad de vencer resistencias, hacernos fuertes ante alianzas estratégicas, falta de acuerdos entre dependencias, etc., independientemente a que la estructura del Medio Ambiente se ha configurado muy bien en torno a sus dos objetivos básicos, cambio climático y conservación de la biodiversidad.

Ruiz reconoce mis críticas, y dice que he descrito muy bien la situación actual, pero, nuevamente, viendo las cosas con perspectiva, insiste en que hay avances. Y es que, sin duda, entre otros temas, la sectorialización de los temas ambientales todavía constituye un problema que el Perú arrastra¹²⁶.

Y es que en el Perú la agenda ambiental, como bien reconoce Ruiz, tiende a chocar con otras tales como la de promoción de los hidrocarburos o la explotación minera. Por eso, con miras al Bicentenario, y en marco de esta crisis sistemática que ha develado el COVID-19 en el país, reclama planearnos la posibilidad de concretar un cambio radical respecto a cómo entiende el Estado el tratamiento de los temas ambientales y así pasar

¹²³Ruiz, Manuel – Derecho ambiental. Entrevista realizada por Espinosa- Saldaña Barrera, Eloy. En Retos del Bicentenario, Puno, Lima, Eloy Espinosa, Saldaña Barrera / Asociación “Derecho y Sociedad”, Abril 2021, p. 259 y ss.

¹²⁴ Op.cit., loc.cit.

¹²⁵ Op.cit., p.260

¹²⁶ Ibid.

de una mirada sectorial a una integradora dentro de las agendas de los ministerios productivos, los vinculados a la extracción, comercio, etc¹²⁷.

Esto que sugiere, requiere liderazgo y políticas públicas claves y de largo aliento, en donde lo ambiental, que, además, es una de las ventajas competitivas que tiene el Perú debido a la biodiversidad de la que gozamos, debe ser cuidado, entendido y respetado en todas las decisiones. Además, debe existir cierta organicidad respecto a cómo tomamos decisiones vinculados a la explotación minera, la explotación de hidrocarburos, el ingreso a reservas comunales, la afectación de territorios indígenas, etc. Nuevamente, reconoce que esto pasa por un cambio en los liderazgos y en la manera como los dirigentes empiezan a ver el tema¹²⁸.

Le pregunto por si considera que hay un uso adecuado de instrumentos internacionales como la consulta previa, ante lo cual, como hemos manifestado aquí, tengo varios reparos. Como muchos lo critico por contar con un registro meramente referencial y que permite niveles de participación de las más diversas (y con una legitimidad en algunos casos cuestionable) : y su carácter reglamentaria y procedimentalista, que no facilita apuntalar algún contenido que incluya en la decisión final. Ciertamente es que otros quieren que tenga mayor incidencia en la decisión a tomar, pero no brindan precisiones al respecto. Le pregunto cómo cree que he sido el manejo de la consulta previa dirigida a pueblos indígenas en el Perú.¹²⁹

Ruiz parte de aceptar que toda consulta previa es válida, y que las comunidades indígenas tienen todo el derecho de que se les consulte si están de acuerdo con las actividades realizadas cerca o dentro de su territorio. O, por otro lado, si es que alguna normal va a incidir en su forma de vida¹³⁰. Pero luego añade que

“[...] El gran tema es como se implementa la consulta previa de manera que sea operativa y satisfaga intereses continuamente contrapuestos. En este caso, por ejemplo, necesitamos, además de un rol activo e inteligente del Estado, de un esfuerzo mayor de sinceramente y mejoramiento de los procedimientos dentro de las propias comunidades. Me refiero a la representatividad comunal para efectos de contar con líderes debida y legítimamente elegidos”.¹³¹

Para luego cuestionarse sobre

“[...] La legitimidad y la representación de las comunidades en un área en la que se debe trabajar para poder llegar a acuerdos firmes [...] Las comunidades deberán ser aliadas del desarrollo y, eventualmente, de la inversión sostenible. No tendría que haber necesariamente una incompatibilidad [...] En el marco de un diálogo intercultural debidamente llevado, se les brinda buena información a las comunidades, se ofrecen

¹²⁷ Op.cit., p.261

¹²⁸ Op.cit., loc.cit.

¹²⁹ Ibid,

¹³⁰ Op.cit., p.262

¹³¹ Op.cit., loc.cit.

alternativas para promover el desarrollo local, se utilizar nuevas tecnologías, se importan los mejores proyectos para el desarrollo de la infraestructura, se proponen mejoras en servicios, oportunidades laborales, etc., creo que podríamos tener mayores resultados”¹³².

Para luego reconocer que

“[...]Tercero, hay un problema político importante. Lamentablemente, hay elementos grises y oscuros que alborotan y “contaminan” estos procesos donde ideologías y posiciones muchas veces extremas, y que es nombre de “lo tradicional” pretenden postrar las expectativas de desarrollo local sostenible de algunas de las comunidades más pobres del país”¹³³.

[...] Si se trabajan estos tres frentes: legitimidad de las autoridades, uso de tecnologías de punta y buenos procesos compensatorios y alternativas “top”, así como un proceso de desideologización por uno de mirada positiva al futuro, sin grises u oscuros, podemos tener situación en las que conviven perfectamente las inversiones entre el mundo indígena, andino o amazónico. Sinceramente no creo que el asunto sea tan sencillo, máxime si se toma en cuenta lo que el mismo Ruiz menciona a continuación¹³⁴.

Ruiz parte de las comunidades desean mantener su cultura y mantener su cultura y tener mejores condiciones de vida, pero hay cosas que también legítimamente exigen. Asume, confieso que sin convencerme plenamente, que puede haber una compatibilidad entre lo que la modernidad puede darles a estos grupos y el mantenimiento del respeto absoluto por estos patrones culturales, conservando sus prácticas consuetudinarias. Añade que

“[...]Yo no creo que sea imposible de hacer. Ciertamente tampoco hay que ser ilusos, pues las tensiones entre lo tradicional y “moderno” [...] existen. Sin embargo, es importante la presencia y trabajo del Estado para estudiar, viabilizar, mitigar riesgos, y asegurar que esa modernidad y lo tradicional generen un círculo virtuoso más que incompatibilidades¹³⁵.

Hago notar como en el Perú hay políticas públicas sin gobernanza (y, como luego resaltaré Pedro Gamio, sin Accountability); lo cual conspira en contra de un rápido trabajo de información, y eso fomenta la aparición de sectores distractores de consensos, precisamente por ese mal manejo de la información.¹³⁶ Y en ese escenario, pregunto ¿Cómo manejar el escenario de la exportación / explotación frente a los productos de la agroexportación masiva? O ¿Cómo establecer una relación entre la agricultura de exportación, sin que termine de aplastar el circuito tradicional de las comunidades, o sin

¹³² Ibid

¹³³ Op. Cit., p.263

¹³⁴ Op.cit., loc.cit

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid

llevar a estos últimos a ser ilegales?¹³⁷

Ruiz resalta que la información es lo que debería priorizarse en la situación actual peruano. Debe además adelantarse a las circunstancias: no debe esperar a que estalle el conflicto, sino que debe tener presencia en las comunidades, y que debe tenerse incluso en las zonas alejadas para que el poblador sienta que tiene un aliado confiable¹³⁸.

Añade además que

“[...] Lo segundo muy interesante está vinculado al tema de agricultura, y claro, en el caso del Perú dentro de esas características formidables que tiene no puede hablarse de agricultura, sino de “agriculturas” (desde las formas más tradicionales hasta las más modernas). No solamente se debe apostar por las que generen más divisas para el Perú, como la agroexportación, sin negar la necesidad de invertir, promocionar e incentivar”¹³⁹.

Le planteo entonces que, en términos de ocupación de la Población Económicamente Activa(PEA), el grueso de la población ocupada en el campo de esa pequeña agricultura que están en un espacio básicamente rural andino y amazónico donde no se enfatizan inversiones sostenibles, sino más bien son sociedades fragmentadas, marginales, que viven en situación de pobreza. Y no se hace lo suficiente por ellos, y se pierde de vista a un actor vital en el Perú, que sostiene alimentariamente el grueso de un país tan megadiverso. Es más. Y como parte de una convicción que tengo al respecto, le planteo que considero que el Estado debe poner agenda para propiciar concertación.¹⁴⁰

Ante lo señalado, Ruiz reconoce que el COVID ha desnudado problemas estructurales que más o menos ya sabíamos que existían. Con ello parece reconocer que las cosas en realidad están más graves de lo que formalmente quiere aceptar. Luego, habla de propiciar ponerse de acuerdo en algunas cosas mínimas, donde tratemos de encontrar consensos y todos rememos en la misma dirección. Uno de esos consensos sería el del apoyo y promoción real de las pequeñas agriculturas, y que la inversión pública apunte a mejorar las condiciones de vida. Esto último, digo, puede, si no se maneja adecuadamente, implicar con un sacrificio enorme para que muchos alcancen cosas cuando la mayoría de ellos simplemente ni sabe que existen, o si van a ser compatibles con su modo de comprender la vida y el mundo¹⁴¹. A ello se me retruca que un país, para ser viable, requiere dos cosas mínimas: por un lado, justicia; y de otro, una economía que elimine desigualdades y mejore las condiciones de vida de esta porción crítica de la población¹⁴². Confieso que se me presenta como una respuesta insuficiente.

Ingreso entonces a preguntar sobre nuestro nivel de cumplimiento del Convenio sobre diversidad biológica, convenio que entró en vigor en 1993. De acuerdo con Manuel Ruiz, ha avalado avances bien importantes, no solamente en términos de políticas públicas,

¹³⁷ Op.cit., p.263-264

¹³⁸ Op.cit., p.264

¹³⁹ Op.cit., p.264

¹⁴⁰ Op. Cit., p.265-266

¹⁴¹ Op.cit., p.266-267.

¹⁴² Op.cit., p.267

institucionalidad o de marco normativo, sino con resultados tangibles (ejemplos: reglamento sobre zonas de agrobiodiversidad de 2016; ley de saberes ancestrales de los pueblos indígenas del año 2000; o la ley 27811)¹⁴³. Sin negar esos avances, considero que habría que repotenciar el alcance de los mismos, o por lo menos, de algunos de ellos.

De otro lado, el riesgo de biopiratería, o de la apropiación de recursos genéticos que se originaron en alguna región peruana, de lo que las comunidades se enteran por terceros, se hace más patente en el Perú. Ruiz anota la necesidad de cuidar la cobertura de lo producido en las áreas naturales protegidas en el país, para tenerlas mejor delimitadas, monitoreadas y crecientemente más cuidadas¹⁴⁴, pero no profundiza sobre cómo y con qué recursos asumir esa tarea en el Perú.

Ruiz en cambio es muy crítico con el trabajo que se ha hecho en el Perú sobre energías renovables, a lo cual califica de incipiente, insuficiente, en esfuerzos aislados y sin estrategia concreta¹⁴⁵. Señala además que en este rubro la normativa es contradictoria con los esfuerzos de las instituciones por abordar el tema ambientado de materia seria, y donde se manejan visiones muy cortoplacistas¹⁴⁶.

Confieso que la evaluación de Ruiz me deja una visión agrídulce de las cosas, que tiende, con todo respeto, a sobredimensionar el supuesto éxito de avances que en el Perú han tenido un reconocimiento y vigencia más formal que real. Ve al Perú en materia ambiental de manera moderadamente optimista. Considera que tenemos oportunidades para convertir el medio ambiental, nuestro patrimonio natural y la biodiversidad en un activo realmente válido y que actúe como motor del desarrollo sostenible, aunque reconoce que, para que este escenario moderadamente optimista logre alcanzarse, se necesitan indefectiblemente muchos cambios, incluyendo en la clase política y dirigente¹⁴⁷. No precisa siquiera cuáles serían algunos de esos cambios. A lo más, remata su reflexión diciendo que

“[...] Para alcanzar estas metas y hacer realidad estas oportunidades hay condiciones inmediatas que hay que enfrentar [...] Lo ambiental, la biodiversidad y nuestro patrimonio natural deben valorarse como un activo y son la condición sine qua non para la toma de decisiones hacia el desarrollo sostenible”.¹⁴⁸

¹⁴³ Op.cit., loc.cit.

¹⁴⁴ Op.cit., p.267-268.

¹⁴⁵ Op.cit., p.268

¹⁴⁶ Op.cit., loc.cit.

¹⁴⁷ Op.cit., p.269

¹⁴⁸ Op.cit., p.270

ENTREVISTA A PEDRO GAMIO: CUANDO LA EFECTIVIDAD DE LO PREVISTO A NIVEL AMBIENTAL EN EL PERÚ NO SE MATERIALIZA, Y LAS REPERCUSIONES QUE AQUELLO PUEDE TENER

Por ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Eloy: Yo he hecho una investigación, que me pidió el Jefe de Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sobre la efectividad del Derecho Ambiental en el Perú. Ello inicialmente proyectado en un espacio muy pequeño, que partía de la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, pero, al profundizar en algunos temas, me ha salido un trabajo que me ha generado muchas más preocupaciones, las cuales quiero compartirlas con la gente que sabe de la materia como tú. Entonces, yo lo que quiero es hacerte una serie de preguntas. Entremos en los que de repente coincidimos o no, o quizás como producto de la conversación aparecen nuevas materias.

Mi percepción es que el Tribunal Constitucional peruano no ha tenido una versión muy amplia del tema. Se ha manejado desde una perspectiva claramente antropocéntrica, centrada en definir conceptos muy básicos, y no se ha metido a los problemas de fondo. Y cuando se ha metido los problemas de fondo, muchas veces se ha pronunciado de manera contradictoria. Sin querer con esta presentación condicionas tu manera de ver las cosas, yo te voy a hacer una serie de preguntas; y si tú quieres tocar otros temas, bienvenidos sean. Quiero hacerlo aprovechando tu conocimiento y experiencia, sin que termines exhausto el día de hoy.

Una primera pregunta que te suelto, y es una pregunta desde el escenario procesal constitucional, es la de qué protege mejor. Y que protege mejor desde un escenario como el nuestro, cuando tienes problemas ambientales dónde parece más eficiente un gestor, y hay gestores y gestores. Donde parece que la administración puede ser más eficiente, dónde el contencioso administrativo no es eficiente, y sobre el amparo, veremos. Obviamente esta pregunta podría desglosarse en muchos temas, porque no es lo mismo hidrocarburos que otros aspectos que inciden en el medio ambiente.

Ahora bien, parece que en ideas generales en el Perú se recurre tanto a gestores (no estoy hablando, por si acaso, de comprometidos defensores ambientales). Y es que, por presentarse como eficientes para resolver problemas concretos, por ganar el árbol con alguna empresa y absolver problemas puntuales, se destruye el bosque; y porque los sistemas formales no funcionan, cuando si funciona en otras partes.

Pedro: Allí Hay una pregunta muy compleja, que tiene que ver con un drama nacional. Hace poco una periodista detectó maltrato terrible a perritos, y entró, con la ley en la mano, a la comisaría para que la atendieran...

EESB: Y en la comisaría la mandaron al diablo...

Pedro: La respuesta fue impresionante: una ignorancia completa de las leyes y la dejaron como una tonta. Le dijeron sobre qué venía hablarnos de perros acá. Una violación enorme de derechos de los animales admitido por la ley, La Constitución y parámetros convencionales. Dicho de otra forma, es el ejemplo de la necesidad de una reingeniería del Estado Constitucional en el Perú, de la administración pública hoy. No hay un natural cumplimiento del deber que se espera que funcione. La ley del menor esfuerzo no solo existe en materia ambiental.

Pedro: De otro lado, todos los días hay gente que va en un estado grave a un hospital, y finalmente no se les atiende. Para empezar, se le pide el DNI a alguien que agoniza como una práctica normal. Entrar a esas emergencias es una situación muy dura. Y, bueno, si eso ves en salud, piensa en medio ambiente. Hace poco, por ejemplo, me hablaban que por menores razones se ha hecho una lucha para consolidar una política nacional en medio ambiente, y en el Perú tenemos ministerio del ambiente, Sistema Nacional de fiscalización ambiental, Sistema Nacional de evaluación ambiental. Tenemos un esquema más o menos similar a lo de los países más avanzados...

Eloy: Pero tenemos, realmente, ¿una política nacional del ambiente?

Pedro: En el papel, pero el esquema no funciona. En pocas palabras, somos expertos en maquillar las cosas, y eso es dramático.

Eloy: Si, gatopardismo puro.

Pedro: La reingeniería no es solamente la lógica del deber ser, si no es recuperar un mínimo de gobernabilidad que nos dé la sensación de contar con un Estado con nosotros y para nosotros. Y allí empieza el trabajo pendiente que debería ser el trabajo que debería emprenderse, ya que hoy que el gobierno ha caído y existe una nueva oportunidad, pero ahora se están discutiendo cuáles son los nombres y no las ideas.

Tu pregunta es general, y te digo, el estado de la cuestión en general no es el mejor. En pocas palabras, la administración pública no es meritocrática, sino que está llena que solamente se fija en la quincena. Se aferran a sus puestos donde muy cómodos están. Hay necesidad de una profunda reforma del Estado peruano. De lo contrario, la crisis se va a agudizar...

Eloy: Y la ineficiencia que eso significa, va a llegar a niveles realmente preocupantes.

Pedro: La tomamos como normal, ¿y que habría que hacer?

Yo lo estoy pensando ahora. He asumido el curso de clínicas desde hace dos ciclos, y me ha sorprendido el potencial de lo que se puede hacer. En el tema del agua, la contaminación del agua, me gustaría tener tu consejo sobre cuál es el camino más adecuado, pues el nivel de la contaminación lleva una pronta decisión que involucra al Estado...

Eloy: ... donde ya no puedes estar sin hacer esto, e ir por este camino, duela lo que le duela.

Pedro: Porque demasiado es el daño. En pocas palabras, tenemos 3% de agua no contaminada. Lo que ha reducido Estados Unidos de personas con cáncer estomacal es lo que aquí ha subido. Fuera de Lima, que diluye de alguna manera los índices de agua contaminada en el resto del país.

Eloy: Te matas tomando un agua mala.

Pedro: Las empresas están técnicamente quebradas e intervenidas por OTASS. El estándar se va al suelo, no hay capacidad de control, y tenemos un satélite que está subutilizado. No tenemos estaciones de monitoreo en cada región.

Eloy: Trabajo para jóvenes que enfrentan el problema y estén dispuestos a resolverlo.

Pedro: Y se puede enfrentar con cinco instituciones que están recibiendo en tiempo real la evidencia de que se viene contaminando los principales ríos del Perú.

Bueno, es un drama. Es como el caso visible de Petroperú, que tiene un viejo oleoducto, que tenía algunos problemas porque las costuras se van venciendo, pero ahora la mayor parte del desastre ambiental en volumen y en gravedad es por sabotaje.

Eloy: Así es.

Pedro: Se ha consagrado como normal algo que sucede en Tabasco (México) hace varias décadas, donde la gente rompe el sistema de transporte para reclamar indemnizaciones. Aquí, porque un inteligente funcionario de Petroperú autorizó que se pagaran doscientos soles diarios, ha hecho que los colonos y nativos de la zona de influencia del oleoducto estén ahora con una contradicción bárbara. Se ha llegado al extremo de impedir que las brigadas cumplan su labor, y lo que pudo haber sido dañado en uno ha dañado en cien.

Y es un drama porque el Estado, si no funciona en Lima, no funciona en esas zonas: no existe. No están los fiscales, no sirve el procedimiento. Encuentras una incapacidad tremenda. Y estamos hablando del cumplimiento de los tratados internacionales que protegen la Amazonía y biodiversidad. Papeles que nos comprometen ya tenemos, y de gran valor jurídico...

Eloy: Pero, qué es lo que falta; ¿gobernanza?

Pedro: Accountability, que va de la mano con democracia.

Eloy: Claro, porque tú no puedes pedirle cuentas a quienes no tienes como exigirle el rendirlas.

Pedro: Pero en seis meses una comisión...

Eloy: Te prepara a gente que pueda hacer el trabajo más o menos decoroso.

Pedro: En seis meses puedes tener algo distinto. En seis meses te das cuenta que el quiosco se cae, pero que no es tan difícil arreglar la casa.

Eloy: De acuerdo.

Pedro: Es como el cuento de los informales. Yo siempre a los alumnos le cito este ejemplo. No hay en el Perú alguien completamente informal: que no tenga celular inteligente; que no tenga un contrato con una concesionaria del Estado para recibir un servicio de internet; que no tenga contrato con una conexión eléctrica, cuyo consumo marca. Si tiene contrato de servicio público telefónico y contrato de internet, ya no es informal. Entonces, en el fondo, todos estamos consistiendo con lo ilegal.

Eloy: Y es que a muchas cosas no les queremos decir ilegal, y les decimos informal.

Pedro: Parte importante de los informales son “Pepes el vivo”. Recurseros. Gente que incluso hace mucho dinero sin darle al país lo que en un sentido de responsabilidad le toca, y el Estado no hace nada para fiscalizar. Con un gobierno electrónico, en pocas horas, esto se podría revertir...

Eloy: ¿Y porque no hay una apuesta por mejorar?

Pedro: Es como lo que pasa con el río Rímac. Desde Matucana hasta Lima o Callao, o hasta el mar, tienes detectados más de mil puntos de vertimiento. Fotos y vídeos sobre como todos los días la gente arroja basura al río Rímac. Funcionarios competentes iniciaron dos o tres veces el procedimiento administrativo sancionador correspondiente, pero como los quisieron linchar, nunca volvieron.

Eloy: ¿Se asustan de asumir su labor sancionadora?

Pedro: Y en tercio de peruanos depende de lo que en lo que en los últimos puntos de las alturas de Lima. Allí el Rímac ya no es un río. Un ingeniero del ANA me dijo lo siguiente, “Si requiere resolver el problema, encapsulemos el agua del río Rímac y así garantizamos que nos llegue el limpia, y encima podemos hacer hidroeléctricas con esas pequeñas caídas de agua”. Al no haberse hecho eso, todo el sueño de recuperar el valle y el ecosistema que otorgaba alimentos a Lima se acabó.

Y es que hay que soñar que la gente deje de contaminar, que la gente deje de destruir los valles, que volvamos a recuperar una visión de sostenibilidad y ordenamiento territorial que no existe. Mira como durante la COB, que fue el año 2014 en Lima, teniendo en el cargo a un ministro comprometido con lo ambiental, se dio el “paquetazo ambiental.”El “paquetazo ambiental” consistió en quitarle el carácter vinculante al ordenamiento territorial.

Eloy: Una locura, con todo respeto...

Pedro: Y al quitarle el carácter vinculante al ordenamiento territorial se hizo un gran daño a la regulación ambiental, porque se dijo que la calificación de la calidad de un terreno no genera compromiso alguno.

Eloy: Insisto en que eso es una locura, con todo respeto...

Pedro: Por ello hoy, salvo en áreas naturales protegidas, en el resto de temas puedes hacer lo que quieras.

Eloy: Bueno, esa es la consecuencia de la decisión tomada... Y en ese tema, obviamente hoy es muy difícil proteger. Y es muy difícil incluso proteger a los protectores.

Uno de los temas que me preocupan, porque no suele llegar al Tribunal, y el caso que llegó al tribunal fue un caso patético (el de una empresa poniéndole drones a una señora para poder registrar todas sus actividades en su casa), es el de los defensores ambientales. El Perú, corrígeme si me equivoco, tiene un índice de ataque a defensores ambientales que iguala o se acerca a situaciones de grave riesgo de otros países. ¿Cómo defender a los defensores, en un contexto como el que planteas, donde prácticamente se ha liberalizado todo, y dónde es más negocio para una persona que está al lado del oleoducto hacerle huecos que cuidarlo?

Pedro: Es que hay una sensación de que reina la impunidad. Y en el tema que me has preguntado, Perú tiene una característica poco común al respecto. En todas las cumbres de cambio climático, la mayor parte de países dijo que su mayor factor de preocupación era la energía, o la energía que contamina. El Perú no: es uno de los pocos países que tiene como factor más controvertido el del cambio de uso de suelos.

Qué significa eso: que el Perú está perdiendo 150,000 hectáreas por año en bosques primarios, principalmente amazónicos. Eso significa que el Estado peruano hace muy poco, y que es absolutamente mínimo el esfuerzo. No hace nada para evitarlo.

Eloy: Se podría decir, casi coloquialmente, que "¿carga lo que puede cargar para asegurarse "el paso de lo inmediato?"".

Pedro: Con la tala ilegal, la minería ilegal. El patrimonio natural que se está perdiendo todos los días es el equivalente al de 93 estadios en el tiempo de un partido de fútbol. Tú debes haber escuchado del caso de Lambayeque, dónde, en la costa, la siembra desmedida ha reducido el espacio de cultivo existente. Y eso no es nada en función al daño causado a la Amazonia.

El daño a la Amazonía es gigantesco. El bochorno ha llegado a que en tres casos en que autoridades norteamericanas le han comunicado al gobierno peruano que no estaba honrando el capítulo medioambiental del Tratado de Libre Comercio entre ambos países,

con evidencias irrefutables que maderas que intentan ingresarse a los Estados Unidos tienen origen ilegal.

Eloy: ¿Para que existe OEFA entonces?

Pedro: Es mejor que exista a que no exista. Ayuda, pero no en el nivel de lo que debe hacer. ¿Por qué?

Porque llega un momento en el cual el funcionario comienza a calibrar hasta donde puede cumplir con su deber, y hay un mensaje muy cuestionable; si quieres conservar tu quincena...

Eloy: ¿Me estás diciendo que primaría el “no te exijas, no te espongas”?

Pedro: Y como no hay sistema de Accountability, y esa es la reforma que está pendiente, pues la Contraloría requiere un replanteamiento de su evaluación por resultados... Y hacer ese gran cambio, de la mano de un Servir potenciado, con ingreso, ascenso y carrera meritocrática.

Eloy: ...Donde tú sepas que tienes un proyecto de vida claro, se hacen las cosas bien y se hacen los deberes bien, vas a llegar al jefe(a) de una entidad para la cual te has pasado toda tu vida...

Pedro: Solo el 3% de los funcionarios públicos pasaron por Servir.

Eloy: Eso significa que Servir, a pesar de esfuerzos internos al respecto, es todavía muy pequeño, y no veo que haya claridad de miras para apoyar su crecimiento.

Pedro: Y a la Contraloría le han aumentado varias veces su presupuesto, pero la Contraloría no entiende para que tiene la plata que tiene. Seguir con la escuela de evaluación de procesos y procedimientos es equivocado.

Eloy: Yo, frente a esa manera de actuar de la Contraloría, con todo respeto tenía una discrepancia con su forma de actuar, pues desde allí me decían que las cosas están haciendo bien, y lamentablemente no se están haciendo bien. Lo que se vienen cumpliendo son ciertos trámites, pero no aseguran indicadores ni resultados.

Tenemos entonces problemas de Accountability. ¿Tenemos problemas de información? Y si tenemos problemas de información, ¿Tendríamos problemas de data confiable, por el momento?

Pedro: No tenemos en rigor problemas de data confiable, porque si vas a la embajada norteamericana te va a dar información con detalle. En el caso de USAID se han preparado programas para combatir casos de minería ilegal.

Eloy: Con lo cual, si se quiere se puede...

Pedro: Estamos siendo tolerantes, permisivos, ciegos y sordos con prácticas como la del oro ilegal, que llega a ser el 30% de lo que se produce...

Eloy: Eso es gravísimo.

Pedro: Y mucha gente de cuello y corbata se está uniendo a esa dinámica, y no estamos reaccionando como se debe. En síntesis, el desarrollar el Accountability pasa por una reingeniería de la Contraloría, un repotenciamiento de Servir, entre otras acciones; y a partir de ese replanteo, quedará claro el rol de todos: OEFA, ANA y al propio SENACE, para exigirle a todos metas, seguimiento.

Eloy: Pero, ¿quién en ese esquema (porque para mí siempre la gobernanza, la dirección y la buena administración son temas vitales) dirige el sistema que estás planteando?

Pedro: Es que debe contarse con un sistema muy transparente, dónde cada trimestre o semestre haya una reunión asegure el Accountability.

Eloy: Si, pero, ¿quién es el que levanta la mano y toma la última decisión? Alguien tiene que hacerlo.

Pedro: Sería una coordinación donde la Contraloría asumiera el nivel técnico y la presidencia del Consejo de Ministros el nivel político. Y La convocatoria de todas las entidades involucradas en la materia, pues hay metas con variables verificables o modificables.

Si así lo hacemos de manera periódica, podemos pasar de veinte años en retardo en la comunicación a cinco en tres años.

Eloy: Y se podría.

Pedro: Si, y, además, pagamos la mitad de lo que estamos pagando al respecto. Se protegería a la gente que se mata y muere con la contaminación, sacrificio que ninguna sociedad debería pasar, y qué va contra la capacidad de garantizar los derechos fundamentales de la persona.

Eloy: Seguimos con botaderos, incluso en ciudades como Trujillo, con un millón de habitantes.

Pedro: Con un gran botadero, que es una vergüenza. Ello porque no hemos sido capaces siquiera de reformar los gobiernos locales. Y hoy se puede hacer a través de un mecanismo de cumplimiento tan eficiente (92% de eficacia), sustentado en el cobro del servicio de luz. El arbitrio, la limpieza pública y el relleno sanitario van a tener más recursos para ser enfrentados. El riesgo es que también haya más corrupción.

Eloy: Allí viene tu reclamo nuevamente al Accountability para que nadie se “te dispare”. Pero, insisto, ¿algo de gobernanza no sería también relevante?

Pedro: Y la razón por la cual no hay rellenos sanitarios está vinculado a lo que deja de hacer el Estado. Esto tiene que resolverse sin dar la posibilidad de que nadie le saque la vuelta a lo planteado.

Eloy: Así es.

Pedro: Es como lo que ocurrió en Echarate, que se convirtió en un distrito con manifestaciones de delincuencia, con todos los cárteles del gas. Se crea una fracción de Echarate para que lo tengan los machiguengas, pero ellos la abandonaron. Los primeros funcionarios de esta fracción de Echarate son perseguidos por la justicia. Y es que partiendo Echarate no se resolvía el tema: lo que necesitaba es que por lo menos en los cinco primeros años, El Ministerio de Economía y Finanzas se involucre en todo el manejo del dinero: cómo se determinan y aprueban las posibilidades; y así, cómo se manejaba la zona como ejemplo de distritos de adecuada gestión del campo y el canon del gas.

Y no, se les ha dejado a su suerte. En estos últimos años. Medio Cuzco andino ha cambiado de domicilio. Ahora ya la zona es un distrito colono, y ya no es machiguenga o si pues, es pepe el vivo otra vez.

Eloy: ¿Cómo hacemos para ayudar a estas comunidades, sobre todo cuando algunas se encuentran con el billete de la suerte como Echarate y otras no hay cómo mantenerlas?

Pedro: Hasta el año 2019, según informes de la Contraloría, solo el 20% del gasto del canon ha tenido sentido. En otras palabras, 80% se ha perdido por corrupción, malos manejos equivocados y otros problemas. Más de un millón de dólares diarios. Y no hay agua potable en todos los centros de estas comunidades machiguengas...

Eloy: ...Quienes deberían tener todas sus necesidades básicas satisfechas.

Pedro: Es un verdadero drama, qué me recuerda el ejemplo de una comunidad en la selva, donde una empresa aceptó pagar el alquiler de un terreno para un helipuerto. La empresa aceptó pagar 5000 dólares mensuales. Esta comunidad nunca habría visto tanto dinero. La fiesta patronal, que era una semana al año, se extendió. La cirrosis campeaba.

Eloy: Como se dice vulgarmente, se tomaron hasta el agua de los floreros fermentada.

Pedro: Era una vergüenza. Peor aún, cuando se convocó a los dirigentes de la zona a reunión más amplia, dijeron: aceptamos ir, pero cuánto se nos va a pagar. Se había monetizado mucho la relación. Yo he trabajado en la zona, y no estaba así la relación. Yo cuando trabajé allí años antes se manejaba el trueque.

Eloy: Pero Pedro, ¿Quién monetiza? ¿Monetizan las empresas? ¿Monetiza el gestor qué le

dice te resuelvo el problema inmediato, pero dame plata? ¿Quién es el que ha monetizado esto?

Pedro: Cuando yo trabajé con las comunidades del Valle del Urubamba, el problema era Schell, porque Schell se había retirado del Perú dejando un estándar muy alto. Schell invirtió cinco millones de dólares en general, otorgó una serie de beneficios, no en dinero, sino en funcionamiento de atenciones médicos, capacidad en las escuelas rurales. Ahora bien, Schell no cerró acuerdo con el Perú, pero dejó la valla muy alta. La única manera que entendieron de corregir ese desnivel fue...

Eloy: ...que yo te pongo, tú me pones y vamos cubriendo.

Pedro: En lugar de consolidar el esfuerzo que Schell consiguió en tres años, se llevó el tema por el lado de “cómo arreglarnos mejor”.

Eloy: Y finalmente te ahorras, desde esta perspectiva, el tener que ir a un juez, el tener que ir ante una autoridad administrativa, el tener que plantear un amparo; y, viene la negociación inmediata: tú me resuelves esto, me sacas el árbol, pero tiene el agravante que pierdes la visión de bosque.

Pedro: Y esto tuvo un efecto muy grave. En el contrato de Camisea se llegó al acuerdo de pagar un fideicomiso asumido en favor de un pueblo indígena, no contactado. En los últimos años han salido reportes donde los habitantes de ese pueblo indígena no contactado han tenido tres veces más mercurio en la sangre que lo necesario para una vida normal.

Eloy: Los dañaron...

Pedro: Se supone que con ese dinero el Ministerio de Cultura debió crear un domo (un espacio de protección). Desde el Gobierno de Humala, y en adelante, en vez de hacer un domo, y llamar a los antropólogos más calificados del mundo, para que el Perú sea uno de los cinco países con pueblos no contactados del mundo diera un ejemplo de tratamiento del tema, le dio con todo respeto la administración del domo a una organización religiosa. Yo soy Cristiano y católico, pero esa no era la solución a seguir.

Hoy se verifica con los subcontratistas de Camisea y se han llegado a encontrar unos cien obreros de origen del pueblo no contactado, que ya no es tal. Ese pueblo es una víctima de la monetización del espacio. El tema, si es judicializado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos puede tener gran éxito, pues estamos hablando sobre el mismo pueblo que estudios antropológicos demuestran como no menos de cien miembros de ese pueblo no contactado murieron por el uso de una simple vacuna para el resfrío, vacuna para la cual no estaban preparados.

El contacto con personal de la petrolera provocó una mortandad en la población del pueblo no contactado que no está registrada.

Eloy: ¿Y no hay litigios estratégicos?

Pedro: Para limpiar esa mala imagen que existía, en el año 1995, es decir, once años después, Schell hizo un programa bastante avanzado para los habitantes de la zona. Después, el consorcio ganador, tratando de sortear el alto nivel generado allí, pidió prestado un fideicomiso para apoyar a lo que quedaba del pueblo inicialmente no contactado. El daño fue muy grave.

Eloy: Insisto: ¿Y nadie piensa en litigios estratégicos?

Pedro: Lo que te estoy contando podría llevar a una acción judicial...

Eloy: Es que es eso: esto puede ser llevado a espacios con los que yo he trabajado, espacios de cooperación en litigio estratégico. Hay instituciones que hacen litigios estratégicos en todo el mundo que estarían dispuestas a ver este caso.

Pedro: Mi única razón por lo que no he hecho más es porque no estoy seguro que eso ayudaría al pueblo no contactado. Dicho de otra forma, si tú me dices Eloy que se ayude verdaderamente a los niños del pueblo no contactado...

Eloy: Concordemos en que no sería una tarea fácil, porque en realidad, estos esfuerzos de litigio estratégico tienen que cubrir una serie de riesgos y gastos...

Pedro: Mi pregunta es cuánto del beneficio que se obtenga se va a quedar en el camino...

Eloy: Negociación. Te lo digo con toda franqueza: negociación. Un litigio estratégico significa presentar un problema, y ellos (los que asuman el litigio) tienen que hacer una evaluación de la progresión para conseguir un resultado adecuado en los diferentes espacios que haya que pelear.

Pedro: Aquí hay dos temas importantes: el tema antropológico, el domo que no se implementó; pero también hay otro problema, difícil de someter a prueba. En estos temas cómo en este caso, debo completarte la información: una vinculada a la minera ilegal, y otro relacionado a las nieves que han perdido sus nevados, con lo que se estarían disolviendo sustancias tóxicas acumuladas hace miles de años. Entonces, hay que terminar el trabajo científico para determinar cuál de las dos causas es la que está matando al pueblo no contactado.

Eloy: Depende, y te respondo. Los responsables de estos litigios estratégicos podrían decirte que asumen los costos del estudio, pero eso va a significar que, cuando termine esto, su porcentaje en la ganancia va a ser mayor, para poder cubrir los mayores gastos asumidos.

Pedro: Aquí yo veo un caso grande, y si tú estás de acuerdo...

Eloy: Lo conversamos con todo gusto, y me ofrezco como nexos con quienes trabajan estos temas.

Pedro: Me parece muy injusto que esto se genere. Yo he sido presidente (lo soy declarativamente) del fondo del monitoreo de Camisea. EXIMBANK, para prestar dinero para Camisea, decidió un sistema de monitoreo, y tenemos la documentación. Eso fue muy bonito. Finalmente, el consorcio decidió pagar su deuda.

Eloy: Es que no tenía pretexto para no pagar...

Pedro: Pero mientras existió, conocí a un antropólogo que conoce la zona y sus problemas, y armamos un panel. El asunto es que incomodamos al establishment. Lo que decíamos que ya no era un problema de no tener recursos: el domo está fallando.

Eloy: Lo que se decía entonces es: “aquí no es que nos falte, sino que no sabemos organizarnos distinto”.

Pedro: Estamos ante un tema crucial, pues es testimonial que no se resuelva quitándole al Gobierno central parte de sus ingresos, sino que el domo no garantiza el manejo eficiente para que los pobres y olvidados dejen de ser pobres y olvidados.

Eloy: Y te pregunto este punto porque la excusa de algunas empresas es que no se pueden meter a hacer más cosas porque había una situación de sobrerregulación en algunos temas...

Pedro: No, la empresa en este caso te dice que ellos han pagado, han cumplido; y que la responsabilidad del domo era del Estado...

Eloy: ...y ellos no tienen más que hacer.

Pedro: De todas maneras, salen manchados de alguna forma porque han dejado una planilla donde rompen la unidad de un pueblo no contactado, pero, por otro lado, captan nueva población a la cual le dan algo con qué comer, con lo cual la operación ha sido tan abrumadora en la movilización de personas y recursos...

Eloy: ... que teniendo a los no contactados al costado no podías mantenerlos al margen: algo les tenías que dejar.

Pedro: Y también los cachineros. Cuando hay dinero, cuando hay mil personas trabajando... los cachineros son esas embarcaciones que en medio de la selva te llevan plástico. Es bien difícil mantener el preconcepto de la situación ambiental: hacer del proyecto una isla. Eso no funcionó completamente.

Eloy: Pasando a otro tema, ¿Cómo se sostiene un desarrollo sostenible Pedro?

Pedro: El desarrollo sostenible no es un discurso, ni una palabra bonita, ni un papel declarativo. El desarrollo sostenible es la capacidad de aprovechar racionalmente los recursos, manejar con responsabilidad los recursos renovables y no renovables. Ello de tal

manera que no mate la fuente productora de bienestar, lograr un equilibrio y un aprovechamiento moderado de los recursos para que las siguientes generaciones puedan aprovecharlos.

Eloy: Puedan seguir teniéndolos a la mano...

Pedro: ...Y usando de ellos, garantizando una seguridad alimentaria, seguridad hídrica y seguridad en el empleo. Estas tres líneas van a su vez justificando para adelante la labor de la sociedad para eso.

Eloy: Y también ajuste del Estado para eso, ajuste de consorcios empresariales para eso.

Pedro: Ahora bien, el primer ministro de China nos ha contestado hace pocas horas en el último congreso sobre la materia, frente a su prioridad de convertirse en el país más poderoso. Ha contestado que no está dispuesto a poner tanto esfuerzo en lo ambiental. Equivocado, dice que no quiere sacrificar el objetivo político estratégico del Partido Comunista chino. En el fondo, eso es una media verdad. Apostar por lo ambiental tiene un costo mayor, pero te hace menos débil. Tu objetivo de ser líder en el mundo puede ser mucho más vigoroso si haces las cosas bien. Si apuestas a hacer las cosas a medias...

Eloy: Máximo cuando nuestro entorno no se va a sostener todo el tiempo.

Pedro: El desastre natural va a ser que el primer puesto esté más gravemente amenazado.

Eloy: Por eso, por eso.

Pedro: Lo que han hecho el postergar al año 2050 lo que debieron resolver el año 2030. Patear hacia adelante una papa caliente que no se puede patear. Estamos jugando con fuego en el problema marco. Y volviendo al Perú...

Eloy: ¿Aprovecho para preguntarte si hemos hecho lo adecuado con el convenio 169 o podríamos aprovecharlo mejor?

Pedro: No, podríamos hecho más. Vía reglamento hemos creado inseguridad jurídica. El ejemplo más claro está aye. Fui asesor de una tesis sobre el tema. No es posible renunciar a determinar quién es un pueblo indígena. Allí les ha creado un problema enorme a la inversión, pues le dices a alguien que venga a invertir en el Perú, pero pasa que tu proyecto camino completo tienes que informar al pueblo indígena. Pero señor, ¿Quién me dice quién es pueblo indígena?

Eloy: Así es. Y es que yo tengo un registro, y ese registro es referencial. ¿Qué tan confiable es?

Pedro: Segundo, la OIT te decía mantén tus costumbres y tus reglas sobre cómo le has dado forma política los pueblos indígenas. Y viene el gobierno militar y les impone una fórmula

de unas asociaciones, con una directiva que hicieron algunos lúcidos intelectuales.

Además, crearon distintas formas de capacidad de representación. Eso vale, pero así vale la Asociación Nacional, la Asociación Regional...

Eloy: Con lo cual cualquiera, de cualquier manera, puede buscar legitimidad...

Pedro: Y gente que no tiene vínculo ni con el pueblo indígena de la zona de influencia, te reclama, con igualdad el título o la representatividad, y hacen que haya sien partes en una negociación con reclamos absolutamente contradictorios.

Eloy: Es que allí sí hay un ejemplo de sobrerregulación...

Pedro: Anarquía total.

Eloy: Así es.

Pedro: El lote 192, el antiguo IAB, de occidental, fracasó tres años en las negociaciones de consulta previa. La firmaron, la han vuelto a rehacer; y en el fondo, es una torre de Babel.

Eloy: Y el Tribunal Constitucional no ha ayudado mucho con sus cambios de criterio al respecto...

Pedro: El Tribunal, hasta donde la memoria me acompaña, ha dictado 9 sentencias. De las 9 sentencias, son más o menos 3 criterios en contradicción: han ido en avanzada, han retrocedido, han contradicho y en la última...

Eloy: No, la última, con todo respeto a mis colegas... Yo voté en contra de eso.

Pedro: El Tribunal, por ello, no ha ayudado a dar seguridad jurídica al respecto.

Eloy: No, lamentablemente.

Pedro: El tema es caótico con los bonos de la Reforma Agraria, con tres fallos que están en las antípodas entre ellos.

Eloy: Pero bueno, allí sí tenemos una disculpa: fueron fallos anteriores a nuestra gestión. Que explique su participación quien participó en la ejecución de una sentencia cuando antes profesionalmente estuvo vinculado a una entidad tenedora de bonos a nivel nacional.

Pedro: Habría un último pronunciamiento que le diría al accionante que vuelva a iniciar la Reforma Agraria...

Eloy: No conozco ese caso. En cualquier caso, yo sí estoy muy preocupado por el tema de la consulta previa.

Pedro: ¿Qué condiciones tiene la lista técnica? ¿Qué condiciones de agua, suelo y aire tiene la lista social? También hay ausencia de protocolo sobre el tema de estudio de impacto social. No es lo sólido que debería ser.

Eloy: Parece que existe todo un mito sobre el convenio, y existen muchas cosas que se han dejado de hacer.

Pedro: Pero no solamente se han dejado de hacer, sino que si ves los reportes de la Defensoría del Pueblo y de la Presidencia del Consejo de Ministros sobre la alta conflictividad de la industria extractiva, y uno de los aspectos que se resaltan con resultados es que no se han generado los mecanismos de diálogo y acuerdo dentro del estudio de impacto ambiental a desarrollar.

Eloy: Y allí va un punto que yo quería plantearte, y lo puedes contestar o no: ¿Hasta qué punto la Defensoría ha cumplido un papel para poder ayudar de alguna manera en el enfrentamiento de los problemas ambientales? Porque tú hablas de Accountability. Obviamente es una entidad que no tiene una capacidad de pronunciamiento vinculante, pero ¿ha sido vehículo de diálogo y persuasión?? ¿O solamente va, mira, encuentra que todo es un caos, te cuenta en un informe que encontró un caos y allí termina su trabajo?

Pedro: Cuando pude comprobar que el personal de Defensoría y la planilla de Defensoría está en nivel B, estamos ante un personal que no tiene la prioridad dentro de los recursos del Estado.

Eloy: Creo entender tu razonamiento.

Pedro: La Defensoría tiene un problema de un presupuesto exiguo. Ha respondido a la gravedad de los problemas como ha podido. Muchas veces no ha cumplido su trabajo, porque sobreviven con un presupuesto exiguo.

Eloy: Probablemente con el presupuesto adecuado, podrían contar con medios más calificados, hacer más acciones, podrían hacerse sentir más, podrían tener más margen de negociación...

Pedro: Pero no justifica que el Defensor del Pueblo no sea incómodo al establishment del país...

Eloy: No no, es que el Defensor es en realidad una autoridad de persuasión. Es el Pepe Grillo que debe estar en la oreja de los otros funcionarios, si tiene ganas de hacerlo.

Pedro: Yo siento que también el establishment lo ha mediatizado en gran parte. Ello porque cada vez que sale un tema va al espacio mediático, pero yo esperarí más bien que haga visible a nivel mediático ciertos temas sin esperar la iniciativa de otros...

Si me dieran el título de Defensor, yo ni siquiera tendría vacaciones, pues tendría consagrado la vida a ser ese Pepe Grillo que siga cada funcionario del Estado, porque siento que el gran drama del Perú es que el Estado no cumple su razón de ser.

Eloy: Exacto.

Pedro: Me da la impresión de que se rinde ante el establishment.

Eloy: Y sin necesariamente coincidir contigo, lo cierto es que cuando sale la Defensoría, debe hacerlo con un discurso que necesariamente la gente entienda. Yo les daba a mis alumnos un informe defensorial y les preguntaba qué entendían del informe. Y la respuesta no siempre era clara, pues muchas veces la defensoría comienza a hacer acopio, acopio, fijación de posición, y fijación de posición, pero me parece que hay temas que no le explica suficientemente al que debería comprender, que es al ciudadano común y corriente.

Eloy: No te quiero quitar más tiempo, pero una pregunta que se me va de la boca todo el rato...

Pedro: ¿Por qué hemos demorado tanto tiempo en hablar sobre estos temas?

Eloy: Porque a veces las cosas importantes no se hacen en los momentos importantes, por diferentes cosas.

Pedro: Te agradezco este espacio para poder decir tan rebeldemente estas cosas. Y todo puede mejorar sustancialmente entregándole a nuestros sucesores algo mejor que lo que nos entregaron nuestros antepasados. No puede ser que haya ese nivel de indolencia con cosas elementales.

Tú lo debes haber conocido. Por allí tengo un cuestionario, que es de los primeros del sistema de Naciones Unidas sobre cómo hacer que un país construya su estado constitucional.

Eloy: Lo recuerdo.

Pedro: Me quedé impresionado encontrando un cuestionario de prácticamente setenta años, cuando se formaba la cultura jurídica a nivel global.

Eloy: Exactamente.

Pedro: Y es un cuestionario de cincuenta preguntas para determinar qué tan consolidado está el estado constitucional en un país. Y yo lo he usado con mis alumnos.

Eloy: ¿Y, con todo respeto, no te dieron pena algunas respuestas?

Pedro: Si, pero lo que quiero llegar es que el gran problema del Perú es que podemos sacar

entre comillas las leyes de mayor avanzada, pero como no hay accountability, todo se vuelve maquillaje.

Eloy: Así es. A mi más que hablar de maquillaje, me gusta hablar del gatopardismo, pues lo que muchas veces lo que hacemos con ese maquillaje es que parece que todo avanza y nada avanza. Tú ves el esquema y parece que esto es Suecia, o esto es Canadá, y tu misma gente te está haciendo huecos en el oleoducto.

Pedro: Y Cuando haces el reclamo, tienes dos escenarios: te dicen, ya ha ido el fiscal, pero el fiscal no quiere ir más allá.

Eloy: No, claro. El fiscal ambiental sabe que corre riesgos, salvo honrosas excepciones.

Pedro: Dos: vienen los supuestos abogados de pueblos indígenas ambientalistas, tratando de cambiarte la imagen real de las cosas, y diciéndote que veas el problema humano. Nadie enfrenta la realidad, te dicen: “tú no puedes hacer chivos expiatorios de esta gente”. Y les respondes: “no son chivos expiatorios”.

Eloy: Cuando yo distingo entre defensores ambientales y “gestores”, estoy distinguiendo como “gestores” a los que viven de las comunidades ofreciéndoles “beneficios inmediatos”. Donde, repito la expresión, “están dándole el arbolito” sin reportarles el objetivo de que consigan el bosque, para ellos mantenerse económicamente, políticamente, o de las dos maneras.

Y aprovecharse de la gente. Y eso hay a montones.

Mi última pregunta: ¿Escazú?

Pedro: Escazú es una iniciativa interesante, que ha sido muy denostada. Me Ha impresionado como cancillería, la parte de cancillería que se involucró en esto se expresara en contra. El argumento que dió de la soberanía era “jalado de los pelos”. Violarían la soberanía todos los acuerdos internacionales que se firman con cláusula arbitral; los acuerdos de gobierno a gobierno, los cuales no solamente no aceptan acuerdos internacionales, sino únicamente leyes británicas.

Se ha hecho mucha demagogia con el tema, y nos resta posibilidad de control, como lo existe en el acuerdo de Comercio que tenemos con los Estados Unidos, y que eneste.es extraordinario; que exista la oportunidad de que funcionarios de otro país te llamen la atención porque estás engañando, porque estás haciendo mal las cosas.

Eso me hace pensar en el valor estratégico que tiene el seguir insistiendo ser miembros de la OCDE, que le hace codearte con los mejores sistemas de otros países.

Eloy: Y a ese nivel no hay cuentos.

Pedro: A ese nivel no hay cuentos.

Eloy: Pedro. Un lujo. Infinitas gracias.