



[Imprimir artículo](#) [Exportar a PDF](#)
[Volver](#)

Perú: El caso Conga: regresando al tema de fondo

¿A largo plazo, qué es más conveniente para el interés nacional, la existencia de bienes por regalías, canon, impuestos y demás contribuciones, o la existencia y protección de dichos recursos naturales para las generaciones presentes y futuras?

Por Juan Carlos Ruiz Molleda*

19 de enero, 2012.- Parecería que algunos sectores quieren reducir el debate sobre la viabilidad del proyecto de Conga al problema de si el Gobierno Regional de Cajamarca tenía o no competencia para “declarar inviable la ejecución del Proyecto Conga en las cabeceras de cuenca” a través de esta de la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ-CR (1). Sin embargo, independientemente que jurídicamente este gobierno sub nacional no tenía competencia para ello, no debemos de perder de perspectiva que el tema es otro.

Cuatro preguntas nos pueden ayudar a regresar al fondo del asunto:

- 1) ¿En qué medida se afecta el contenido constitucional protegido del derecho a gozar un medio ambiente equilibrado y adecuado, la desaparición de 4 lagunas y la alteración sustantiva e irreversible de ecosistemas frágiles como son humedales?;
- 2) ¿La necesidad de recursos para solventar las políticas sociales por el actual gobierno, son criterio “jurídico constitucional” suficiente para definir la prevalencia del proyecto Conga sobre el medio ambiente?;
- 3) ¿A largo plazo, qué es más conveniente para el interés nacional, la existencia de bienes por regalías, canon, impuestos y demás contribuciones derivados de la explotación de los recursos naturales, o la existencia y



protección de dichos recursos naturales para las generaciones presentes y futuras?

4) Debe el Tribunal Constitucional (TC) ir al fondo en el proceso de inconstitucionalidad planteado por el Ministerio Público contra la ordenanza antes mencionada, abordando las anteriores preguntas, o debe limitar su análisis al tema de incompetencia para declarar la referida ordenanza;

Es relevante también tener como referencia el Informe N° 001 -2011 elaborado por el Ministerio del Ambiente —durante la gestión anterior— donde evalúa el Estudio de Impacto Ambiental del caso Conga proporcionado por Yanacocha. Dicho informe contiene dos observaciones que son fundamentales:

(i) el proyecto Conga afectará ecosistemas frágiles y que esa afectación será muy significativa e irreversible. Efectivamente, primero señala que

“El impacto ambiental del Proyecto será sobre ecosistemas definidos, llámese lagunas, bofedales, complejo de humedales, pastizales, bosques relictos, etc., así como sobre las interacciones existentes entre ellos y su relación con la parte baja de la cabecera de cuenca”.

Y, (ii) precisa que

“el referido Proyecto transformará de manera muy significativa e irreversible la cabecera de cuenca, desapareciendo varios ecosistemas y fragmentando los restantes de tal manera que los procesos, funciones, interacciones y servicios ambientales serán afectados de manera irreversible” (pág. 4). (subrayado nuestro).

El derecho constitucional a disfrutar un medio ambiente adecuado y equilibrado

Nuestra Constitución vigente ha reconocido a las personas el derecho “a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida” en el artículo 2.22, el cual además está ampliamente reconocido en el derecho comparado (2). Asimismo, nuestra Constitución reconoce en forma clara e inequívoca, la obligación del Estado de proteger el medio ambiente y la riqueza natural del país. Dichas obligaciones están establecidas en los artículos 59, 66, 67, 68 y 69 (3).

Este derecho ha sido desarrollado por el TC en diferentes sentencias vinculantes, planteándole al Estado dos obligaciones (4). Primero, no atentar contra este derecho, es decir, el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos de afecten el medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana (5).

En segundo lugar, el Estado tiene la obligación de promover y favorecer una real y más plena vigencia del derecho constitucional al medio ambiente (6). Ciertamente, el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado tiene una dimensión prestacional, que no puede interpretarse al margen de lo dispuesto en el artículo 67° de la Constitución, el cual establece la obligación estatal de determinar la política nacional del ambiente (7). Para el TC esto “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” (Exp. N° 03343-2007-PA/TC, f.j. 9).

Finalmente, el TC, luego de reconocer que 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” (8) precisa que “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” (9). (subrayado nuestro). Esta precisión del TC es clave sobre la base de lo advertido por el Informe del Ministerio de Ambiente antes mencionado, donde precisa que el proyecto Conga ocasionará cambios significativos irreversibles en ecosistemas frágiles en Cajamarca.

Pero, además, la jurisprudencia del TC establece un conjunto de principios a los cuales debe sujetarse toda actividad productiva (actividad minera) que quiera realizarse sin violar el contenido constitucional del derecho a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado (10).



El Estado peruano está obligado a darles cumplimiento, en todas las decisiones que involucren el ambiente: principio de desarrollo sostenible o sustentable (11), principio de conservación, principio de prevención, principio de restauración, principio de mejora, principio precautorio, principio de compensación (12).

Importancia ecológica de los recursos naturales afectados por el proyecto Conga

El derecho constitucional a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado ha sido desarrollado y concretado por la legislación infraconstitucional, destacando tres conceptos respecto de los humedales y de los demás bienes jurídicos que afectaría el proyecto Conga: 1) su importancia y relevancia ambiental, 2) la extrema fragilidad y vulnerabilidad ambiental, 3) la obligación estatal de proteger, 4) su intangibilidad, y 4) la prohibición de realizar actividades mineras en ellas.

En efecto, en el artículo 99.3 de la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611), se establece que

“El Estado reconoce la importancia de los humedales como hábitat de especies de flora y fauna, en particular de aves migratorias, priorizando su conservación en relación con otros usos” (subrayado nuestro).

Luego tenemos el artículo 75 de la Ley de Recursos Hídricos (Ley N° 29338), la cual precisa que **“El Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan las aguas”** (resaltado nuestro). Esta fragilidad ha sido reconocida también en el artículo 99.2 de la Ley del Ambiente (Ley N° 28611) cuando señala que

“Los ecosistemas frágiles comprenden, entre otros, desiertos, tierras semiáridas, montañas, pantanos, bofedales, bahías, islas pequeñas, humedales, lagunas alto andinas, lomas costeras, bosques de neblina y bosques relicto” (subrayado nuestro).

En razón de esta fragilidad es que la mencionada Ley de Ambiente ha establecido en el artículo 99.1 que

“En el ejercicio de sus funciones, las autoridades públicas adoptan medidas de protección especial para los ecosistemas frágiles, tomando en cuenta sus características y recursos singulares; y su relación con condiciones climáticas especiales y con los desastres naturales”.

A consecuencia de ello se establece la intangibilidad de los humedales en el art. 75 de Ley 29338, precisando que

“La Autoridad Nacional, con opinión del Ministerio del Ambiente, puede declarar zonas intangibles en las que no se otorga ningún derecho para uso, disposición o vertimiento de agua”.

Finalmente, en atención a estos argumentos, el artículo 11 del Decreto Supremo 020-2008-EM, que aprobó el Reglamento ambiental para las actividades de exploración minera, titulado “Protección de bofedales o humedales” estableció que

“Ninguna actividad de exploración podrá atravesar bofedales o humedales (13) con caminos de acceso u originar la colocación de materiales, residuos o cualquier otra materia o sustancia sobre ellos” (resaltado nuestro).

No solo debe proteger la libertad económica de las empresas mineras y el interés del Estado de generar recursos para los programas sociales

Las actividades extractivas son importantes para solventar los programas sociales del Gobierno que benefician a todos los peruanos, y es importante mantener el interés de la inversión extranjera en nuestros proyectos. Sin embargo, este no es el único criterio que hay que tener en cuenta, toda vez que existen otros bienes jurídicos constitucionales comprometidos.



Debemos de tener mucha claridad que la última palabra si es que esta decisión está ajustada a la Constitución, en caso contrario, la última palabra no la tendrá el poder político (el Gobierno) sino la Constitución Política, a través de una sentencia del TC en un proceso constitucional, en su condición de máximo intérprete de la Constitución.

La libertad económica (art. 59) y la promoción del desarrollo (art. 44) son bienes jurídicos constitucionales tan dignos de protección constitucional como el derecho a la protección del medio ambiente (art. 2.22). Se debe realizar una adecuada ponderación y compulsión en el caso concreto (Conga) y se debe hacer un esfuerzo de armonización de ambos, y solo en el caso de ser imposible su compatibilización, optar por aquellos bienes jurídicos de mayor entidad constitucional. Es así como se resuelven los conflictos en los Estados Constitucionales.

En el caso de Cordillera Escalera resuelto por el TC por ejemplo (exp. N° 03343-2007-AA/TC), ante un conflicto entre una actividad de explotación de hidrocarburos y una área naturales protegida, este Tribunal ordenó en el fallo la suspensión del primero hasta que no se asegure la “compatibilidad” entre ambos, es decir el respeto del medio ambiente (ver el fallo). No se trata entonces, de la imposición de unos intereses sobre otros, como lo pretende el Gobierno cuando dice que ¡Conga va!

Es más, esta es la posición expresa asumida por el máximo intérprete de la Constitución cuando precisa que

*“interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsor del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. **De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán**”.* (Exp. 03343-2007-PA/TC, f.j. 24)

La conclusión es evidente, la disposición y explotación de recursos naturales no puede traducirse en daño y deterioro grave y significativo que atente contra la diversidad y la integridad del medio ambiente como un todo. Los principios constitucionales de desarrollo sostenible, de prevención, y de conservación son parte de las garantías constitucionales para que el bienestar productivo económico del ser humano se efectúe en armonía y no a costa o en perjuicio de la naturaleza (14).

Finalmente, estimamos que el TC debe ir al fondo en el proceso de inconstitucionalidad planteado contra la ordenanza. Es decir, no debe contentarse y quedarse en el tema de incompetencia para declarar la referida norma, pues estamos ante derechos constitucionales afectados como es el derecho al medio ambiente adecuado, y debe hacerlo incluso si este tema no ha sido levantando por las partes, en virtud del principio de *jura novit curia*, que obliga al Estado a suplir las falencias argumentativas, en atención a la importancia de los bienes jurídicos comprometidos. No hacerlo supondría incumplir su mandato: *“Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”* (15) ¿Cambiaría el Caso Conga la línea jurisprudencial del TC vigente en consonancia con las normas constitucionales protectoras del medio ambiente?.

Notas:

(1) Ver la editorial de El Comercio, 18/01/2012.

(2) Raúl Canosa Usera, ¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, vol. 7, Tomo I, 2006, págs. 151-215. En realidad se trata de una revisión de su libro titulado Constitución y Medio Ambiente, Jurista Editores, Lima, 2004.

(3) El TC denomina Constitución Ecológica al conjunto de normas que regulan el tema ambiental y que constituye un criterio obligatorio de interpretación constitucional. Ver sentencia 03610-2008-PA/TC, f.j. 31-34.

(4) Un resumen del desarrollo de este derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, lo puede encontrar en la sentencia T-129, 3 de marzo del 2011.

(5) Sentencia del TC recaída en el caso 0018-2001-AI/TC, f.j. 10.

(6) Sentencia del TC recaída en el caso 0018-2001-AI/TC, f.j. 10. Ver también Exp. N° 3330-2004-AA/ f. j. 5, 9; Exp. N° 2050-2002-AA/TC, f. j. 25; Exp. N° 1091-2002-HC, f. j. 4.



(7) Castillo Córdova, Luis. "Comentarios al Código Procesal Constitucional". Tomo II. Lima: Palestra Editores, 2006, pág. 854.

(8) Sentencia del TC recaída en el caso 3510-2003-AA/TC, f.j. 2.d.

(9) *Ibidem*.

(10) Ver sentencias: N° 3510-2003-AA/TC, f.j. 2.e; 0048-2004-PI/TC, f.j. 18.

(11) Sentencia del TC recaída en el exp. N° 00048-2004-AI/TC, f.j. 19.

(12) Sentencia del TC recaída en el exp. N° 03510-2003-AA, f.j. 2.e.

(139) La obligación de proteger humedales también viene exigida por el derecho internacional. Esta exigencia se desprende de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, conocida en forma abreviada como Convenio de Ramsar, la misma que ha sido ratificada por el Estado peruano. En ella se reconoce la "vulnerabilidad y fragilidad de los humedales altoandinos frente al cambio climático y a la presión generada por actividades tales como la agricultura y sobrepastoreo intensivos, quemas incontroladas, minería, actividades forestales, extracción excesiva de agua de cuencas endorreicas, introducción de especies exóticas e invasoras y un turismo no regulados". Por ello Perú como estado parte la Convención está en la obligación jurídica de crear reservas naturales en los humedales, estén o no incluidos en la Lista de Ramsar; tomar las medidas adecuadas para su custodia y elaborar y planificar de forma que favorezca, en la medida de lo posible, el uso racional de los humedales de su territorio, incluidos los páramos.

(14) Ver: Corte Constitucional Colombiana, sentencia T-129, 3 de marzo del 2011.

(15) Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

—

* Juan Carlos Ruiz Molleda es abogado con especialidad en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, con experiencia de trabajo en Derecho Parlamentario, Derechos Humanos y Acceso a la Justicia. Pertenece al Instituto de Defensa Legal (IDL) desde el año 2005 a la fecha. Se tituló en Derecho con la Tesis: "Control Parlamentario de los Decretos de Urgencia en el Perú".

—

Fuente: Publicado el 19 de enero de 2012 en el Portal informativo Justicia

Viva: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=710> [1]

Tags relacionados: [conga](#) [2]

[derecho ambiental](#) [3]

[Minas Conga](#) [4]

[Yanacocha](#) [5]

Valoración: 0

Sin votos (todavía)

Source URL: <https://www.servindi.org/actualidad/57708>

Links



[1] <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=710> [2] <https://www.servindi.org/etiqueta/conga>
[3] <https://www.servindi.org/etiqueta/derecho-ambiental> [4] <https://www.servindi.org/etiqueta/minas-conga> [5]
<https://www.servindi.org/etiqueta/yanacocha>