

CASO CONGA: CABEZA FRIA Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.

A Propósito de la STC N°001-2012-AI/TC.

Bruno A. Novoa Campos¹

SUMARIO: I. PALABRAS PREVIAS. II. ANÁLISIS Y PROPUESTAS POLÍTICO-SOCIAL: 1.- ¿Es un derecho del Presidente Regional el convocar paros a favor de la defensa del agua y del medio ambiente?; 2.- ¿Es un derecho del Presidente Regional el convocar *paros indefinidos* a favor de la defensa del agua y del medio ambiente?; 3.- ¿Es necesario contar con recursos básicos al convocar un paro indefinido?; 4.- ¿Es necesario un paro regional?; 5.- ¿Debe cerrarse Conga?; 6.- ¿Hasta qué punto debemos contar con una política de dialogo?.7.- Informe N°001-2011del Ministerio del Ambiente y Peritaje Internacional. 8.- Aportes concluyentes. III. ANÁLISIS Y PROPUESTAS JURÌDICO-CONSTITUCIONAL: 1.- Sentencia del Tribunal Constitucional; 2.- ¿Cuánto ayuda una Sentencia astuta a nivel constitucional?; 3.- Aportes concluyentes. IV. PALABRAS FINALES.

I. PALABRAS PREVIAS.

Todo estudio jurídico suscita mayor interés al estar inmerso en un contexto social; más aún, al ser actual y de interés para todos. Sin embargo, desde la tribuna académica y como profesores de derecho constitucional, nos vemos obligados a poner paños fríos ante un contexto social que convulsionó hace poco menos de un año y que aún se encuentra en camino de hacerlo; así mismo, nos obliga a brindar soluciones concretas que resuelvan la dicotomía que se presenta entre aquellos que apoyan el proyecto minero Conga y aquellos que no lo hacen, sobre una base objetiva y con propuestas político sociales y, cómo no, jurídico-constitucionales.

II. ANÁLISIS Y PROPUESTASPOLÍTICO-SOCIAL.

¹ Docente investigador de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada “Antonio Guillermo Urrello” (UPAGU).

Por una parte, el Presidente Regional de Cajamarca, Segundo Santos Guerrero, ha convocado un paro indefinido por segunda oportunidad, en donde, busca lograr que el proyecto minero Conga sea inviable. Sin embargo, debemos reconocer que su posición sigue firme y que no la ha cambiado a pesar de los diversos temblores en los cuales se ha visto envuelto; entre ellos: **i)** el que haya salido a la luz que uno de los principales dirigentes (Saavedra Marreros) -quien lo ha apoyado desde el inicio de las manifestaciones- ha sido sentenciado tiempo atrás con pena privativa de la libertad por el delito de terrorismo; **ii)** el que Contraloría de la Nación se encuentre investigando la forma que el Gobierno Regional de Cajamarca *ha financiado* el primer paro indefinido convocado; **iii)** el que la Cámara de Comercio de Cajamarca conjuntamente con otras entidades privadas y sectores de la sociedad civil cajamarquina hayan realizado una Marcha por la Paz a fin de quitarle piso y negar las continuas protestas y paros; y, finalmente, **iv)** el que las encuestas de las últimas semanas le hayan quitado cierta credibilidad apuntando un “supuesto protagonismo electoral”².

Sea como fuere, recalcamos el hecho que el Presidente Regional mantenga su posición a pesar de los temblores citados. Sin embargo, es necesario responder ciertas preguntas:

1.- ¿Es un derecho del Presidente Regional el convocar paros a favor de la defensa del agua y del medio ambiente?

Claro que sí. En principio la Constitución peruana en su artículo 2º inciso 4, considera que toda persona (incluso el Presidente Regional) tiene derecho a ejercer su libertad de opinión. Esta libertad que le reconoce la Constitución “garantiza el derecho de toda persona *a tener y mantener sus ideas y*

² FICHA TÉCNICA

Encuesta de Datum Internacional para “Perú.21”.

Cobertura: Nivel Nacional.

Tamaño muestral: 1216 entrevistas efectivas.

Margen de error: +/- 2,9% con un nivel de confianza de 95%.

Fecha de campo: 8 al 11 de junio de 2012.

convicciones, y a poderlas manifestar libremente” (STC N°003-2005-PI/TC, f.j.230) sobre la base de dos dimensiones, una interna, que “garantiza el derecho de toda persona de adoptar libremente su concepción del hombre, la sociedad y el mundo, ya sea en términos políticos, filosóficos o morales” (STC N° 003-2005-PI/TC, f.j.230, 231), la cual tiene relación intrínseca con el derecho a la libertad de conciencia; por la cual nadie puede ser perseguido ni tampoco motivo de delito alguno. (Constitución peruana, artículo 2º inciso 3).

La segunda dimensión, es la dimensión externa, la cual se encuentra relacionada a la libertad de expresión, “las cuales se asientan (sobre) una sociedad democrática fundada en el respeto de las minorías, así como en el principio del pluralismo, que comporta la tolerancia con las ideas, pensamientos y convicciones de grupos minoritarios” (STC N° 003-2005-PI/TC, f.j.230, 232)

Es decir, las ideas y convicciones que manifiesta el Presidente Regional de Cajamarca, sus dirigentes, sector civil y, la población que lo apoya, debe respetarse al reconocerle la propia Constitución su derecho fundamental a la libertad de opinión (interna y externa; en relación con la libertad de conciencia y de expresión respectivamente).

2.- ¿Es un derecho del Presidente Regional el convocar *paros indefinidos* a favor de la defensa del agua y del medio ambiente?

No, “al igual que otras libertades, tanto la dimensión externa de la libertad de opinión como el ejercicio de la libertad de expresión, no pueden considerarse como absolutas. (...) Pueden limitarse cuando su ejercicio pretenda exteriorizar pensamientos u opiniones que abalen, elogien o exalten comportamientos calificados como ilícitos, y cuya finalidad sea la de afectar la vida y destruir los cimientos en los que se asienta una sociedad democrática” (STC N° 003-2005-PI/TC, f.j.232).

En consecuencia, el paro convocado no puede ser “*indefinido*” ya que colisiona con el ejercicio de las libertades de otras personas que desean transitar libremente, competir libremente, educarse libremente, realizar actividades

culturales libremente, etc.; poniendo en riesgo posibles comportamientos ilícitos que pudieran afectar la vida de niños, jóvenes y la sociedad civil en su conjunto; entonces, el paro convocado como expresión del derecho a la opinión, en su vertiente externa es lícito, el *paro indefinido* convocado, no.

3.- ¿Es necesario contar con recursos básicos al convocar un paro indefinido?

Por supuesto, el paro que vivimos actualmente en Cajamarca ciudad no ha sido convocado por personas naturales, lo ha sido por el Presidente Regional, funcionario público peruano que tiene que considerar que sus actos tienen ciertas consecuencias, entre ellas: **i)** no puede dejar de funcionar el Gobierno Regional en otras materias que le compete; **ii)** no puede obligar a los servidores públicos del Gobierno Regional hacer un alto en sus actividades para asistir a las marchas y manifestaciones, ello ameritaría descuentos y procedimientos administrativos a iniciar; **iii)** no puede convocar campesinos y pobladores de bajos recursos -venidos muchos de ellos desde lejos- para no ofrecerles alimentación y mantas, dejándolos a la intemperie y al azar. Debe, en consecuencia, actuar con una *debida diligencia convocante* que no merme derechos fundamentales y/o constitucionales distintos a los cuales buscan proteger.

Por otro lado, aún quedan algunas interrogantes por responder.

4.-¿Es necesario un paro regional?

Creemos que no. Fíjese usted estimado lector, los paros convocados en el Perú Republicano durante el transcurso del siglo pasado y de lo que va de éste (s. XXI) han sido básicamente convocados a raíz de un motivo netamente político-económico (partidos políticos al margen o proscritos de la ley, manejos turbios de las arcas nacionales, etc.) y/o sociales (mejoras laborales, elecciones viciadas, etc.); por ejemplo, durante el gobierno de Billinghurst -inicios del siglo pasado- fue convocado por la lucha de las ocho horas de trabajo; al finalizar su gobierno Augusto B. Leguía se citó a un gran paro por la apremiante crisis económica que Leguía nos había llevado por su política de empréstitos a USA y que con el crack

del '29 se vino en picada; por su parte, los paros sucesivos por diversos Golpes de Estado también tenían un matiz político-económico y/o social (Sánchez Cerro, Odría o Velazco Alvarado, después); incluso, en el primer gobierno de Alan García se vivieron momentos críticos por la pésima política económica que se llevó a cabo entonces; y como no, el paro convocado por Alejandro Toledo (Los Cuatro Suyos) para derrocar definitivamente a Fujimori; finalmente, nos tocó vivir el llamado “baguazo” y tantos otros tantos conflictos sociales y políticos-económicos que me disculpo no recordar pero a decir de la Defensoría del Pueblo hasta el mes de mayo de 2012 se da cuenta de 173 conflictos activos y 72 conflictos latentes³.

El punto es, ¿por qué no creemos que el caso Conga haya convocado un paro regional?. Básicamente, porque Conga no amerita un caso político-económico u otro de naturaleza social; es sin duda, un caso netamente técnico; que concita, que conlleva, que aterriza, a un tema político-económico, socio-ambiental sí, pero netamente técnico.

Es decir, el Presidente Regional de Cajamarca y las demás autoridades de Cajamarca (que dicho sea de paso la están pasando “*piola*”) ante el peligro de ver transformadas las lagunas naturales en artificiales debió contratar especialistas en Medio Ambiente, hidrología, ecología y demás ciencias afines, a fin de solicitar una cita con los representantes de Minera Yanacocha y el Gobierno a fin de que se den las explicaciones técnicas de cómo se va a realizar la explotación minera a tajo abierto sin que sean afectadas las lagunas involucradas; los pro y contras, y la explicación de un mínimo de diligencia ambiental en el tema, solicitando en un primer momento la opinión de técnicos, estudiosos y académicos cajamarquinos (“*por las puras*” no contamos con una Universidad Nacional y un

³ La mayor cantidad de conflictos sociales se ubica en el departamento de Ancash (28 casos) y Puno (22 casos); le siguen los departamentos de Cajamarca (16 casos), Cusco (15 casos) y Lima provincias (15 casos).

- Continúan siendo tratados 76 casos mediante procesos de diálogo.
- Asimismo, se registraron 159 acciones colectivas de protesta.

(Fuente: Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo. Reporte de Conflictos Sociales N°99, mayo de 2012)

Colegio de Ingenieros -que dicho sea de paso ya emitió un Informe-), y en segundo término una segunda opinión internacional.

Si a pesar de ello continuaba el descontento podían haber viajado a Lima con su staff de asesores especializados a fin tener reuniones con el Ministro del Ambiente, de Energía y Minas y de Justicia (recordemos que hoy el Ministerio de Justicia también lleve el nombre de “Derechos Humanos”) y, cómo no, con el Presidente del Perú a fin de tener reuniones con exposiciones de sus técnicos a fin de buscar una salida técnico-minera que buscara la mejor solución.

Si luego de las reuniones aún sentían pisoteados sus derechos podrían haber coordinado acciones a fin de que se realicen mesas de dialogo entre especialistas del Gobierno Regional de Cajamarca y del Estado, con participación de la Empresa Yanacocha a fin de buscar viabilidad a un proyecto insistimos, netamente técnico.

En fin, *después de la batalla todos somos generales*; sin embargo, lo importante es rescatar que el Presidente Regional de Cajamarca no es más un dirigente, no es más un “asusador” de masas, menos pues, continúa en campaña electoral indefinida; es, ante todo, un funcionario público que debe solicitar apoyo especializado y consultorías especializadas a fin de solucionar problemas que encuentre en la Región Cajamarca; más aún, al ser problemas técnicos-mineros.

Por ello, creemos que el paro regional convocado no era necesario ni lo será en tanto se traten de problemas técnico ambientales, técnico mineros, técnicos hídricos, etc. y que puedan evitar movilizaciones y fallecimientos innecesarios.

5.- ¿Debe cerrarse Conga?

Este es un tema espinoso, especialmente porque bajo los lemas: “*Conga no va*” o “*Conga no se va*”, es fácil polarizarse por un lado o por el otro; es fácil ponerse del lado de todos aquellos que defienden el agua porque en fin, el agua es un líquido elemento consustancial al ser humano y ninguna extracción minera o intercambio que el ser humano realice por su trabajo debe quitárnosla; es parte esencial del

cuerpo humano, es parte esencial de la biodiversidad, es parte esencial de los microorganismos y de toda aquella flora y fauna que exista en el planeta. Es decir, el agua es sobre todas las cosas, un elemento vital para todos nosotros.

Por otro lado, aquella persona que vive en Cajamarca o que pasó de visita por esta hermosa ciudad luego de algún tiempo habrá de fijarse en un tema crucial: *¡Cuánto ha crecido y cambiado Cajamarca!*. Es cierto, Cajamarca ha crecido básicamente por los familiares de las personas recluidas en el penal de “alta peligrosidad” de Huacaríz que se han asentados en la ciudad y que actualmente el penal se encuentra el *casco urbano* de la ciudad; y, en mayor medida, por los trabajadores inmigrantes connacionales y extranjeros que se han instalado en la ciudad por labores relacionadas al ámbito minero; no sólo de Yanacocha, sino de otros proyectos mineros presentes en toda la Región. Así, encontramos automóviles de lujo y del año, casas hermosas, buenos locales, familias con nivel de vida importante, etc., pero también, encontramos prostitutas por doquier, nights clubs -baratos y caros-, ladronzuelos, matones; incluso, secuestradores y como no, “bricheros”.

Bueno, y ¿todos ellos que dirán? que Conga, Yanacocha y todos los proyectos mineros vayan si o si, han traído cosas buenas y cosas malas pero también nos da trabajo, ha crecido la cadena de producción y directa o, indirectamente, nos beneficiamos de la minería y deseamos seguir teniendo un nivel de vida óptimo para nuestras vidas y el de nuestras familias.

¿Como entonces, sintonizar dos tendencias antagónicas?, ¿Es fácil cerrar un proyecto minero en Cajamarca?, ¿Si se cierra Conga se deberían cerrar las demás minas?. Respuestas todas, que se vuelven difíciles en un escenario democrático y plural como el que nuestra Constitución prescribe.

Y es que claro, ¿quien en un Estado de Derecho tiene razón sobre todos los demás?, ¿Quién prima en un espacio donde la libertad de opinión es plural?.

Simplemente, se están buscando tres pies al gato, se espera que todos nos pongamos de acuerdo sobre un tema que es polarizado por su propia naturaleza y

que nunca llegará a un punto en común; si se cierra Conga ganará solo una parte de la población, si, tal vez la mayoritaria, pero una parte al fin y al cabo; los cajamarquinos y no cajamarquinos, sus familias, sus contratados, subcontratados y demás cadena productiva quedará sin trabajo; por otro lado, si Conga continúa y se dañan las lagunas y demás biodiversidad aledaña perderemos todos; perdemos un hermoso hábitat tal vez no repetido en ninguna parte del mundo.

¿Qué hacer?, el Derecho ya respondió esta pregunta. Al encontrarnos en un Estado Constitucional de Derecho, donde los derechos de uno son tan importantes que los de otros, el Estado a través del gobernante de turno debe brindar POLÍTICAS DE ESTADO. Políticas de Estado que aunque no gusten a todos ayuden a gobernar un país que ante una crisis y diferencias ideológicas y/o de intereses diferentes guíen, marquen un derrotero a seguir y sean fieles a las Políticas de Estado que el gobernante de turno señaló en campaña presidencial.

6.- ¿Hasta qué punto debemos contar con una política de dialogo?.

Aun no respondimos si Conga debe cerrar o no; por lo pronto, queda claro que en un Estado Constitucional de Derecho donde las opiniones diversas se respetan y las opiniones antagónicas valen para todos, el Gobierno debe orientar al país a través de Políticas de Estado que marquen el derrotero sobre el cual se manejarán los temas más importantes del país; derrotero que debe ser fiel al presentado en campaña electoral.

Así las cosas, creemos que el Estado se equivoca cuando deja todo en manos del diálogo. Sí, no se asuste estimado lector, el dialogo debe ser utilizado para ajustar, modelar, afianzar ciertos temas no para que la población tome decisiones de Estado, no para tomar decisiones propias del Gobernante de turno, no para hacerle la tarea de “tanteo” a las autoridades “*haber que hay*”. El dialogo o las mesas de diálogo como se las suele llamar están siendo mal utilizadas por el Gobierno en el caso Conga; el Gobierno debe llevar a cabo su Política de Estado. ¿Cuál es la política de Estado frente a la extracción minera en cabecera de

cuenca?, ESA ES LA POLÍTICA ESTATAL a cual deberemos luego ajustarnos, debatirla, criticarla o mejorarla.

7.- Informe N°001-2011 del Ministerio del Ambiente y Peritaje Internacional.

No somos las personas idóneas para realizar un análisis técnico del caso, sin embargo, no debemos dejar pasar el Informe N°001-2011 emitido por el Ministerio del Ambiente así como las recomendaciones finales del Peritaje Internacional solicitado por el Estado peruano.

De este modo, el Informe en mención considera en su página 4:

“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 (...) 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 afectado de manera irreversible”⁴ .

Por su parte, el peritaje internacional solicitado por el Estado, concluye:

i) Optimizar las condiciones de conservación de los suelos orgánicos, para preservar mejor las semillas; **ii)** conservar adecuadamente los materiales procedentes de los bofedales; **iii)** evaluar la reubicación de los desmontes del tajo Perol; **iv)** mejorar la disponibilidad del agua; **v)** encapsular los rechazos de la planta de aguas ácidas; **vi)** emplear técnicas de tratamiento y refino de aguas ácidas; **vii)** ampliar la capacidad de los reservorios de agua.

Entonces, si se supone que los estudios técnicos son objetivos al basarse en ciencias exactas, ¿Cómo es que dos estudios técnicos del caso son diametralmente distintos?. Es decir, ¿Cómo puede ser posible que uno afirme

⁴ Ruiz Molleda, Juan Carlos. “Análisis de la sentencia en el caso conga: lo que el Tribunal Constitucional no quiso ver”. En Gaceta Constitucional, Mayo de 2012, pp. 272-286.

tajantemente el *daño irreversible* a un ecosistema definido y otro realice *recomendaciones, evaluaciones y exhortaciones* de mejoramiento?.

8.- Aportes concluyentes.

- Las manifestaciones y protestas no pueden ser indefinidas, deben respetar el continuo y pacífico desenvolvimiento del derecho a la educación, comercio, cultura, libre tránsito, entre otros. (tanto de los que se encuentran en contra de la minería como de los que no lo están)
- El Gobierno Regional conjuntamente con las demás autoridades cajamarquinas (que como indicamos la están pasando “*piola*” hasta ahora) deben organizar mesas informativas objetivas -indicando fecha y hora y currículum vitae de destacados profesionales cajamarquinos, nacionales e internacionales- en plazas y parques centrales a Cajamarca ciudad y provincias, así como en colegios, universidades, institutos, etc. a fin que la población conozca técnicamente- pero con palabras sencillas, para lo cual deberán contratar pedagogos(as)- el mapa minero de la Región Cajamarca. El cual deberá indicar por los menos: **i)** datos generales: minas asentadas en la Región, número de proyectos por cada mina, recurso(s) y/o mineral(es) que extraen, email y direcciones, tiempo en que estarán presentes, principales socios, costo general concesionado y costo proyectado (tanto de recursos logísticos como humanos), etc.; **ii)** tipo de minería que utilizan (recordemos que la mina a tajo es la más utilizada en la Región); **iii)** convenios intergubernamentales e interinstitucionales con empresas mineras en la Región; **iv)** Proyectos realizados y por realizar, así como, beneficios obtenidos y/o por obtener con el apoyo de las empresas mineras; **v)** utilización del canon minero en el periodo de su(s) gestión(es), entre otros.
- Por su parte, las empresas mineras asentadas en la Región Cajamarca deberán: **i)** ofrecer mesas redondas con autoridades locales (de la influencia o no) a fin de informarles objetivamente sus datos generales, minería a utilizar, convenios que pueden firmar, los proyectos realizados y por realizar, entre otros.

- Del mismo modo, el Estado deberá crear: **i)** la Comisión Regional del Medio Ambiente, la cual estará adscrita al Gobierno Regional y deberá: **a)** programar reuniones semanales entre todos los empresarios mineros asentados en la Región, **b)** realizar seguimiento de los convenios y estrategias trazadas y **c)** enviar informes concluyentes al Ministerio del Medio Ambiente y de Energía y Minas quienes deberán designar un funcionario a cada reunión convocada (aunque la colocación de una oficina sectorial de ambos Ministerios sería lo óptimo).
- Por otra parte el Estado Peruano deberá: **i)** Emitir un Decreto Supremo⁵ en el que establezca la Política de Estado en materia ambiental, indicando asimismo el tiempo en el que será revisable; **ii)** introducir un curso de medio ambiente en la currícula de los colegios, universidades e institutos estatales; **iii)** Realizar talleres mensuales en las distintas zonas de influencia minera donde indique la Política del Estado en la materia, capacitando asimismo a profesores, activistas y personas involucradas en la defensa del medio ambiente, abordando temas como el procedimiento para la dación de un EIA (Estudio de Impacto Ambiental); **iv)** Organizar y crear *Comités de Defensa Ambiental* (a nivel local, regional y nacional) que informen periódicamente de los avances, reuniones y coordinaciones con las empresas mineras (para lo cual el Estado les proveerá de una resolución que los reconozca como tal a través del Ministerio del Ambiente) el cual estará adscrito al Comité Regional del Medio Ambiente; así como, **v)** Apoyar con los recursos necesarios (humanos y logísticos) las reuniones semanales entre miembros del Comité Regional del Medio Ambiente, Comités de Defensa Ambiental (adscritos, insístitos, al Comité Regional del Medio Ambiente), funcionarios del Ministerio del Ambiente y de Energía y Minas y, representantes de las mineras de la Región; teniendo como observador del buen diálogo a un representante de la Defensoría del Pueblo.

⁵“El Decreto Supremo es, en lo formal, la norma de mayor jerarquía que dicta el órgano ejecutivo, llevando la firma del Presidente de la República y de uno o más ministros (...)” (Rubio Correa, Marcial. “El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho”. Editorial Católica, 2006, pág. 151)

- Finalmente, deberá practicarse UNA CONFRONTACIÓN PERICIAL, entre los peritos del Ministerio del Medio Ambiente y los peritos internacionales a fin de concertar conclusiones últimas y científicas que posteriormente sean informadas a toda la población a fin de tomar medidas prudentes y correctas respecto al caso Conga.

III. ANALISIS Y PROPUESTAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAL.

1.- Sentencia del Tribunal Constitucional.

El Gobierno Regional de Cajamarca emitió con fecha 28 de diciembre de 2012 la Ordenanza Regional N°036-2011-GR.CAJ-CR, la cual establece: **i)** declarar la protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la Región Cajamarca; **ii)** Declarar inviable el Proyecto Minero “Conga”, perteneciente a la Empresa Minera Yanacocha, al encontrarse en una cabecera de cuenca; **iii)** Delegar al Presidente Regional realice sus buenos oficios ante el Congreso de la República a fin de que investigue las circunstancias en que fue aprobado el proyecto minero “Conga”; y, **iv)** Dejar sin efecto cualquier disposición legal que se oponga a la Ordenanza emitida; por su parte, el Fiscal de la Nación *¡dio el grito al cielo!* y presentó inmediatamente un proceso de inconstitucionalidad contra dicha Ordenanza ante el Tribunal Constitucional.

En el fondo, la Fiscalía de la Nación considera que la Ordenanza emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca declara la nulidad de un acto administrativo; como lo es el EIA (Estudio de Impacto Ambiental) aprobado por el Ministerio de Energía y Minas en su momento; asimismo, vulnera el espacio del Gobierno Nacional ya que es éste es el único que diseña, dirige y aplica la política nacional relativa a la explotación minera.

En seguida, y sin mayor preámbulo, el Tribunal en su fundamento ocho considera que el proceso instaurado es en esencia un conflicto de competencias acorde al artículo 110 del Código Procesal Constitucional, por lo que no evaluará la legalidad o constitucionalidad del EIA referido.

En las páginas siguientes, evalúa la constitucionalidad de la Ordenanza acorde al *test de competencia* ya desarrollada en una sentencia anterior (STC 0020-2005-PI/TC), la cual analiza: **i)** el principio de unidad (compuesto por el principio de cooperación, lealtad regional, taxatividad, residualidad y control y tutela), **ii)** principio de competencia (conformado por el principio de competencias y el bloque de constitucionalidad), **iii)** principio de efecto útil y poderes implícitos y, **iv)** el principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos.

Cita así, **i)** Leyes: Ley de Bases para la Descentralización, la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, la Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales; **ii)** Decretos: dos Decretos Supremos (N°052-2005-PCM y N°036-2007-PCM) referentes a la transferencia de competencias sectoriales; y, **iii)** Jurisprudencia: Caso Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo y Gobierno Regional del Cusco (ambos que prohibían la extracción minera por protección de recursos hídricos uno y, por ser una región turística y agropecuaria, otra) para poder argumentar su sentencia.

De este modo, considera que a pesar de establecer la Constitución en su artículo 192° la facultad de los Gobiernos Regionales para promover y regular entre otros, los temas relativos a la minería, ésta, debe realizarse acorde a la Ley de Bases de Descentralización y a la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales que establece básicamente dos cuestiones de fondo: **i)** los Gobiernos Regionales tienen facultad para promover y regular temas relativos a la minería *pero de forma compartida* -LBD, art. 36° c)- y, **ii)** sólo le corresponde a los Gobiernos Regionales la promoción y regulación de temas relativos a la pequeña minería y minería artesanal. –LOGR, art. 59, f-.

Finalmente -declarando inconstitucional la Ordenanza-, cita como entidad competente al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero como el indicado para otorgar las concesiones mineras y a la Autoridad Nacional del Agua como protectora de los recursos hídricos; especialmente, en cabeceras de cuenca. No sin antes, rescatar el valor de la inversión privada para el país.

2.- ¿Cuánto ayuda una Sentencia astuta a nivel constitucional?

Sin duda, la Sentencia del Tribunal Constitucional que nos convoca es *una de las más astutas de sus entregas*. Decimos ello bajo los siguientes argumentos: **i) el falso telonero**: el Presidente actual del TC entusiasmó falsamente a la comunidad académica en una entrevista realizada no hace mucho, considerando que la sentencia debería estar lista para inicios de junio ya que el TC no va a emitir una sentencia formal al estar en juego temas conexos que no se encontraban en anteriores causas vistas por el Colegiado⁶. Mentira!, el TC emitió su fallo mucho antes y el primero en firmarlo sin tener en cuenta lo dicho fue justamente su Presidente; nos dejó pasmados y, de paso, en el *limbo* a todo el staff de académicos cajamarquinos que estábamos preparando un *amicus curiae* con las conclusiones de la jornada de un evento anterior⁷ que sume a dicha sentencia; **ii) una salida formal**: claro que todos los que nos dedicamos seriamente al derecho constitucional sabíamos que en el fondo se encontraba de relieve un conflicto de competencias, sin embargo, esperábamos que el TC se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir, que analice el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado en respeto con el derecho a una comunidad distinta a la cultura occidental (recordemos que en Cajamarca -y en otros departamentos del Perú- el derecho también se enmarca dentro de una cultura más bien, andina)⁸; en todo

⁶“En el tema de la hoja de coca era una cuestión de política estatal en torno al tráfico ilícito de drogas. Allí no había medio ambiente, ni derechos fundamentales de las comunidades, ni preservación de lo que podría denominarse un derecho al agua. Conga sí tiene esos elementos, por tanto la solución no es meramente formal”. Agencia Andina. Lunes 02 de abril de 2012 - 08:19 am.

⁷“I Seminario de Derecho Ambiental”, realizado con fecha 26 y 27 de abril de 2012 en la ciudad de Cajamarca-Perú.

⁸Un claro ejemplo: En la década de los 70’s del siglo pasado, en el caserío de Cuyumalca, distrito y provincia de Chota, departamento de Cajamarca, nacieron las denominadas -y famosas- “rondas campesinas” -aunque algunos estudiosos sitúan su nacimiento a épocas anteriores, podemos decir que en esta época nacieron contemporáneamente y con todos los elementos que las caracterizan- las mismas que acorde a la actual Constitución cuentan con cierta autonomía jurisdiccional -en coordinación con sus Comunidades- en asuntos que competen a su cosmovisión y cultura; lo cual

caso, si deseaban realizar un *test*, no hubieran realizado un *test de competencia* sino, uno de *proporcionalidad*, el cual hubiera sido mucho más interesante y de mayor análisis, el mismo que hubiera determinado: **a)** la idoneidad de la medida, ¿qué tan idónea es la medida tomada por el Gobierno Regional, cumple con las expectativas de los pobladores o solo sigue una intención política?; **b)** ¿fue necesaria la medida, la medida satisface una necesidad, la medida busca la satisfacción social, comunal o regional? y, finalmente, **c)** ¿la puesta en marcha de la Ordenanza es proporcional a una Política de Estado?; **iii)** el giro teórico: sorprende que el colegiado haya resuelto el caso Conga en base a la *teoría de la legalidad* en lugar de la *teoría contemporánea de constitucionalidad*; es decir, cita a diversas leyes, reglamentos y decretos para resolver un conflicto que debería haber sentado un precedente y no haberse consumado como cualquier otro *caso fácil*. Ello nos sorprende ya que en el último decenio la jurisprudencia del Tribunal se ha pulido en asentar teorías de tendencias modernas (especialmente las alemanas -Peter Haberle y Robert Alexy por ejemplo-)y otras cercanas a la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales sobre una base neo-constitucionalista, cuyo punto de referencia y norte siempre es la Constitución y no la ley, el reglamento o los decretos; en otras palabras, cuando les conviene dar una salida astuta se olvidan de sus propios parámetros y las normas infra-constitucionales se vuelven bastante útiles; **iv)** demasiada coordinación: finalmente, sorprende la coordinación tan escrupulosa entre los miembros del TC para emitir su sentencia, los peritos internacionales para emitir el Informe Técnico y el primer discurso del Presidente Humala que coincidentemente se emitieron todos al mismo tiempo; ¿existía una especie de concertación previa?. *Nunca lo sabremos*.

ha sido corroborado por ciertas licencias brindadas por el actual Código Penal, especialmente cuando su cultura sea diametralmente distinta a la penalizada occidentalmente; también, por el mismísimo Poder Judicial de Cajamarca quien realiza seminarios, foros, reuniones y demás relacionadas a la interculturalidad y entendimiento mutuo y, cómo no, también ha sido corroborado por las Universidades locales -la Universidad Privada “Antonio Guillermo Urrelo”, por ejemplo, ha iniciado con gran éxito el novísimo curso denominado: “Pluralismo Jurídico”-.

3.- Aportes concluyentes.

Aunque dejamos en el tintero el estudio comparado y el derecho internacional regional (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el caso)⁹

- Presentar un proceso de amparo en defensa de un medio ambiente sano y equilibrado¹⁰(a fin de buscar una vía distinta al del derecho competencial y forzar así una posible sentencia del TC desde una nueva óptica).
- Presentar un proyecto de ley (contando con los congresistas cajamarquinos como mediadores) que modifique el reglamento para otorgar licencias mineras donde figure previamente: **i)** la obligatoriedad de la aprobación de la Ley de consulta previa; **ii)** el acta final que conste que todos los pobladores han sido capacitados por el Estado y los Comités Regionales del Ambiente y Comités de Defensa Ambiental; **iii)** el acta firmada donde conste la aprobación de talleres referidos al EIA del proyecto minero.
- Presentar un proyecto de ley (a través del Colegio de Abogado de Cajamarca sería ideal) que motive correctamente un *Proceso de Amparo ambiental* donde: **i)** citemos a constitucionalistas de talla nacional e internacional; **ii)** realicemos mesas de reuniones académicas, foros, seminarios en distintas universidades; y **iii)** se modifique el Código Procesal Constitucional en la parte pertinente.
- Buscar el mecanismo jurídico-internacional adecuado a fin de elevar a consulta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la posible inserción de las Comunidades Campesinas peruanas dentro de los derechos concernientes a los pueblos indígenas (recordemos que la Corte IDH tiene dos funciones: jurisdiccionales y *consultiva de derechos*).

V. PALABRAS FINALES.

⁹ Un texto completo en: Gaceta Constitucional, julio de 2012.

¹⁰ Ruiz Molleda comparte el mismo criterio. En: “Análisis de la sentencia en el caso Conga: lo que el Tribunal Constitucional no quiso ver”. Gaceta Constitucional Mayo de 2012, pp. 272-286.

Si el Estado -que estoy seguro no se esperaba un suceso así de grande, durante prácticamente toda su gestión- tiene una verdadera política de estado ambiental, tomará partido. Si es un gobierno de avanzada se unirá a los países más desarrollados en temas medio ambientalistas y decretará que está terminante prohibido realizar extracciones (mineras u otras), en humedales, cabeceras de cuenca, parques nacionales, parques arqueológicos, etc. Es decir, donde la mano del hombre deberá respetar nuestro pasado y lo que la madre naturaleza nos heredó.

Lo más importante de un gobernante son sus decisiones. Debe tener el Gobierno y su Gabinete decisiones claras, no diálogos, no “pasadas de pelota”, no comunicados desde el lujoso Palacio de Gobierno.

Que las decisiones no nos gusten después, es democrático; que podamos rechazarlas; también.

Desde esta humilde tribuna guardamos dos grandes temores para el caso Conga: por un lado, el manejo de casos netamente técnicos con marchas y paros indefinidos que ponen en riesgo nuestros mercados, hospitales (desabastecidos y sin medicinas) y la vida de los cajamarquinos (que hasta ahora ya suman cinco fallecidos); y, por otro, la falta de decisión de nuestros gobernantes, sus “mesidas”, “cambios de orientación”, “pasadas de pelota” o, su invocación a un “diálogo, que no nos compete”, como por ejemplo, el dialogo referente a Políticas de Estado propias del Poder Ejecutivo y no, de los campesinos humildes de Conga.