

**LA TUTELA DEL DERECHO A UN AMBIENTE
EQUILIBRADO: PERSONAS, COMUNIDADES
NATIVAS Y EMPRESAS.**
**Un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal
Constitucional**

Por **Andrea Lostaunau Barbieri**

Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

325

Sumario:

Introducción. I. Actividad empresarial e impacto ambiental. II. Generación de riqueza y protección del ambiente ¿un dilema? III. La extracción de recursos naturales y el respeto del derecho a la consulta. IV. Las comunidades en su posición de ciudadanos: ¿siempre se les da un trato diferenciado?

INTRODUCCIÓN

El derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida ha sido materia de tutela en diversos contextos. Desde las molestias por el impacto ambiental que generan determinadas actividades empresariales, hasta la invasión desproporcionada en la vida de las comunidades campesinas y nativas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú (TC) muestra una compleja gama de posibilidades en los grados de realización de los derechos de las partes involucradas.

I. ACTIVIDAD EMPRESARIAL E IMPACTO AMBIENTAL

Las actividades empresariales generan, en diversa medida, un impacto en el ambiente. Frente a esto, el Estado prevé una normativa regulatoria que controla las condiciones en las que se ejerce la actividad. Los casos que se presentan a continuación se agrupan en función a los presuntos actos lesivos, con lo cual se podrá observar correlativamente las respuestas del TC dadas a una problemática constante.

I.1. La instalación y funcionamiento de plantas industriales

La instalación y funcionamiento de plantas industriales que generan la emisión de ondas electromagnéticas, gases y/o ruido, ha generado preocupación sobre su impacto a la vida, la salud y el ambiente. Los demandantes perciben las molestias, pero no en todos los casos el TC ha estimado la demanda. A medida que va conociendo los casos, se va haciendo manifiesto el criterio rector del TC en la solución de este tipo de casos.

En el caso Cortez Gómez de Nano (Exp. N°0964-2002-AA/TC), la demandante exigió que se retire la antena de la empresa Nextel del Perú (Nextel) que había sido construida sin una autorización municipal. Aunque la empresa demandada instaló la antena para brindar el servicio público de comunicación, el problema central está en asegurar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Sobre este derecho, el TC reconoce que su contenido comprende tanto la abstención de injerencias como la prestación de acciones que aseguren la plena satisfacción del derecho, que vincula el aseguramiento pleno de la vida y la salud que se desarrolla en él (fundamento 10). Antes de entrar a una controversia de carácter científico, referida a los efectos de la propagación de las ondas electromagnéticas, el TC reconoce que es a través de la legislación regulatoria del servicio público de telecomunicaciones, además de las reglas urbanísticas, que se establecen las medidas que satisfacen el principio de precaución (fundamento 11). Una de estas previsiones es que las antenas deben colocarse en zonas distantes a las viviendas, lo cual no se cumplía en el caso examinado, pues las antenas se encontraban colindantes a las viviendas (fundamento 12). Por lo que el TC declara fundada la demanda y ordena retirar las antenas de la empresa Nextel, exigiéndole abstenerse de ejercer obras sin contar con las autorizaciones correspondientes en todos los niveles regulatorios y de gobierno.

Los dos casos que siguen, pese ser desestimatorios, contienen advertencias del TC. Aunque prima la confianza en la corrección de las opiniones técnicas, el TC advierte



que cualquier amenaza a los derechos a la vida, la salud y al ambiente determinará un pronunciamiento que paralice las actividades que producen el acto lesivo.

En el caso Chalco Huamán y otros (Exp. N°0921-2003-AA), se exige paralizar las actividades de la empresa Depósitos Químicos Mineros SA. Los demandantes cuestionaron la calidad del Estudio de Impacto Ambiental, frente a lo cual el TC considera que no tiene la competencia de evaluar este extremo. De tal forma que establece como criterio que se seguirá en casos posteriores: *“Fundamento 5. Cuando una dependencia del Estado emite una opinión técnica acerca de un asunto propio de su competencia, no vulnera ni amenaza per se derechos constitucionales”*, pero sí podría cuestionarse cuando *“se hubiese obrado de una forma absolutamente incompatible con los objetivos propios de la función que se ejerce, u omitido el cumplimiento de normas preestablecidas que regulan su ejercicio”*⁵⁷⁰.

En el caso, las autoridades del sector salud, transportes y defensa habían emitido opiniones favorables al Estudio de Impacto Ambiental; sin embargo, al momento no se contaba con la autorización de la Dirección General de Protección Ambiental de la comuna, lo cual se considera determinante para tramitar la licencia de funcionamiento (fundamento 6). Debido al estado de los trámites y a que la empresa no estaba en funcionamiento, el TC declara infundada la demanda. Sin embargo, hace dos observaciones: primero, que cualquier lesión o amenaza a los derechos a la vida, la salud o el ambiente determinará la paralización de la actividad (fundamento 7); y segundo, que la autorización pendiente debe considerar la participación vecinal (fundamento 8).

En el caso Huayllasco Montalva (Exp. N°3510-2003-AA/TC), se demandó por la paralización de las actividades industriales de la empresa Praxair. Las molestias que el demandante alegaba, producidas por el enrarecimiento del aire y el ruido permanente, fueron constatadas en visitas de campo realizadas por varias instituciones, entre ellas, la Dirección General de Salud Ambiental. Sin embargo, estas conclusiones no eran científicamente concluyentes con respecto a la incidencia de la actividad empresarial en la afectación a la salud de los vecinos (fundamentos 9 y 10). En cambio, los informes sobre diagnósticos, monitoreos y recomendaciones sobre la actividad empresarial concluían que no se trasgredían los estándares nacionales e internacionales, e incluso, se advierte la posibilidad de reducir el impacto paulatinamente (fundamento 11). En cuanto a la contaminación sonora, pese a que los ruidos superaban los estándares, la reglamentación da un plazo de adecuación que se extiende hasta los cinco años (fundamento 17). El TC basa su decisión en los informes de las autoridades, al asumir que las opiniones técnicas sólo violan derechos fundamentales cuando son incompatibles con los objetivos propios de su función u omiten el cumplimiento de la normativa preestablecida (fundamento 12). Pese a que se declara infundada la demanda, se enfatizan los alcances del mandato del principio precautorio para que se verifique el cumplimiento de la reducción del impacto ambiental producido por la empresa demandada y aquellas colindantes (fundamento 4 y 19).

570. Caso Chalco Huamán y otros. Exp. N°0921-2003-AA.



El caso Mass López (Exp. N°4223-2006-PA/TC) es similar al primer caso, Cortez Gómez de Nano (Exp. N°0964-2002-AA/TC), pues en ambos se exige el desmantelamiento de la antena de telecomunicaciones de la empresa Nextel. Sin embargo, mientras que en el caso del 2002 no se cumplió con la normativa urbanística, en el del año 2006 se observó que la empresa cumplió la normativa para la instalación de las antenas, aunque en vía de regularización. Esa demora en adecuarse a la normatividad motivó al TC a sugerir que se inicie un procedimiento administrativo sancionador (fundamento 18). Sin embargo, el funcionamiento de la antena, al momento de presentada la demanda, contaba con la opinión técnica favorable de las dependencias estatales competentes en la materia (fundamento 33). Esto no impidió que se advirtiera que, en caso de falta de certeza científica sobre los efectos de la actividad empresarial en la vida, la salud y el ambiente, estos derechos prevalecerán en aplicación del principio precautorio (fundamento 34). Nuevamente, el TC utiliza la fórmula por la cual declara infundada la demanda, presumiendo la corrección de las opiniones técnicas, y dispone una supervisión y medición permanente de los efectos de la actividad empresarial. En similar sentido se resolvió el caso Llop Ruiz y otros (Exp. N°2268-2007-PA/TC).

Otra forma en la que se ha expresado el descontento de los vecinos de determinado municipio es con la modificación de la zonificación de predios en el caso Trujillo Alcalá (Exp. N°5387-2008-PA). La medida cuestionada permitió que la empresa Caliza Cementos Inca SA. pudiera construir su fábrica muy cerca de las viviendas del demandante y sus vecinos. La demanda se declaró infundada porque, a juicio del Colegiado, los estudios no expresaban la existencia de indicios razonables y suficientes (fundamento 17). Es de notarse que en esta sentencia se hacen expresas las dudas del Colegiado sobre los alcances del principio precautorio.

Pese a estas dificultades sobre la tutela constitucional en aplicación del principio precautorio, la consolidación de una línea jurisprudencial se puede notar en el caso Julca Ramírez (Exp. N°5680-2008-PA/TC) contra la empresa Telefónica del Perú. En la sentencia, el TC reconoce el recorrido trazado en un caso similar a los anteriores (fundamento 2). Además, articula esto con las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, referidas a las obligaciones del Estado de respeto, protección, satisfacción, facilitación y promoción del derecho a la salud, en conexión con el derecho al ambiente adecuado (fundamento 6), con lo cual se cubren todos los flancos de máxima realización de los derechos, desde la abstención de generar afectaciones, pasando por la adopción de medidas para impedir la afectación para asegurar el ejercicio del derecho, hasta el compromiso activo y permanente del Estado en mejorar estas condiciones. Esto permitió hacer explícito un criterio subyacente a la idea de confiar con reservas en las opiniones técnicas de las dependencias del Estado:

“Fundamento 12. En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, regido no solo por el principio de sujeción estricta a los procedimientos preestablecidos en la ley, sino por la supremacía normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, la convalidación de un obrar a todas luces contrario a la ley y al orden de



valores que encarna nuestra Constitución; por lo que, en ningún caso, puede mantenerse dicha construcción, máxime si puede representar un riesgo para la salud, y si la autoridad competente, en este caso, la Municipalidad emplazada ha ordenado el desmantelamiento de la antena materia de la presente controversia”⁵⁷¹.

Con lo cual, en el caso Julca Ramírez, la empresa Telefónica no contaba con la autorización de funcionamiento (fundamento 11), por lo que se declara fundada la demanda.

1.2. Los límites a la importación de vehículos usados

El problema de la importación de vehículos usados ha sido una materia constantemente judicializada. El TC ha conocido las demandas de las empresas importadoras que pedían la inaplicación de la normativa que restringe sus actividades, por considerarla violatoria a sus derechos al trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratar. De manera constante, el TC ha declarado infundadas las demandas de los casos Transportes Rivas (Exp. N°1196-2003-AA/TC) y Avellaneda López (Exp. N°8881-2006-PA/TC).

Incluso, en el caso World Cars Import (Exp. N°3610-2008-PA/TC), se evidencian estudios e informes que concluyen en un único sentido: la importación de vehículos usados incide directamente en el menoscabo de la vida, la salud y el ambiente. En este sentido se citan el Informe Defensorial N°116 sobre “La calidad del aire en Lima y su impacto en la salud y vida de sus habitantes”, así como el Cuarto Informe de Observancia Pública: Externalidades negativas generadas por la importación de vehículos usados sobre la salud y la vida de la población en el Perú, que desde el año 2005 ya “*había determinado que la importación de vehículos usados era la principal responsable de la alta contaminación ambiental y sus impactos sobre la salud y la vida de la población*” (fundamento 38). En la sentencia se aplica el test de proporcionalidad sobre las medidas cuestionadas, concluyéndose que el grado de afectación de la libertad de contratación de las empresas importadoras es menor al grado de realización de los derechos a la vida, la salud y el ambiente (fundamento 39). Por lo que se declara infundada la demanda y se exhorta al Legislativo y al Ejecutivo a “*tomar medidas encaminadas a la solución de la problemática de la contaminación del aire, los niveles de accidentalidad y la renovación del parque automotor*” (punto resolutivo 2).

Pese a estos pronunciamientos, siguen apareciendo casos similares, como el de Importaciones Fukuroi (Exp. N°3048-2007-PA/TC), Importaciones y Servicios Barrera (Exp. N°1157-2008-PA/TC), y Dan Export (Exp. N°3816-2009-PA/TC). Nuevamente, todas las demandas fueron declaradas infundadas.

Aunque las razones por las que no debía dejarse de aplicar la normativa en cuestión fueron expresadas reiteradamente por el TC, las empresas siguieron interponiendo demandas. En el año 2010, el TC fija expresamente en el caso Transportes VEA

571. Caso Julca Ramírez. Exp. N°5680-2008-PA/TC.



(Exp. N°5961-2009-AA/TC) un precedente para reafirmar la constitucionalidad de la normativa sobre la importación de vehículos usados. Además dispuso que son nulas todas las sentencias que declararon fundadas las demandas de este tipo después de la publicación de la sentencia del caso World Cars Import (Exp. N°3610-2008-PA/TC).

II. GENERACIÓN DE RIQUEZA Y PROTECCIÓN DEL AMBIENTE ¿UN DILEMA?

II.1. Cuando la minería afecta el derecho a un ambiente equilibrado

El conflicto que se presenta con mayor persistencia es el de la actividad minera y la preservación del ambiente. La riqueza de la problemática radica en que ésta no se reduce a posturas mineras y antimineras, sino a la máxima realización de los bienes constitucionales comprometidos.

Frente a la grave afectación de la salud por la minería ejercida en La Oroya, el TC respondió a favor de una actuación pronta que contrarrestara los efectos nocivos de esta actividad económico-extractiva. En el caso Fabián Martínez y otros (Exp. N°2002-2006-PC/TC) los demandantes exigieron mediante el proceso de cumplimiento, el diseño e implementación de una estrategia de salud pública de emergencia en la ciudad de La Oroya, conforme a lo dispuesto en la Ley N°26842 y el Decreto Supremo N°074-2001-PCM; de tal forma que el proceso de cumplimiento es el instrumento con el que indirectamente se pretende tutelar el derecho a la salud, que se vio afectado no solo por la actividad minera sino también por la inacción del Estado.

“Fundamento 17. De ello se desprende que la protección del derecho a la salud se relaciona con la obligación por parte del Estado de realizar todas aquellas acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho, y atender, con la urgencia y eficacia que el caso lo exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres y ancianos, entre otras”⁵⁷².

Frente a esta obligación, el Estado, a través del Ministerio de Salud, había adoptado medidas como los estudios de Monitoreo, Inventario de Emisiones y Epidemiológicos que resultan insuficientes (fundamento 56). Debido a que luego de siete años de detectado el problema no se habían adoptado medidas directas sobre la salud de los niños y madres gestantes, población especialmente vulnerable por concentrar altos niveles de plomo en la sangre (fundamento 60), la demanda es declarada fundada, ordenándose al Ministerio de Salud y sus respectivas autoridades la implementación un sistema de emergencia para atender la salud de la personas contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, entre otras medidas para hacer efectiva la protección del derecho a la salud afectado por la actividad minera.

572. Caso Fabián Martínez y otros. Exp. N°2002-2006-PC/TC.



Con similar talante tuitivo, esta vez tratándose daños inminentes, el TC optó por la prevención. En el caso Cordillera Escalera (Exp. N°3343-2007-AA/TC), el demandante solicitó el cese de las actividades de exploración minera en el Área de Conservación Natural (ACR) “Cordillera Escalera”, de donde nacen tres cuencas hidrográficas. Este espacio se declaró como ACR por la autoridad competente con la finalidad de “*Conservar y proteger los recursos naturales y la diversidad biológica de los ecosistemas frágiles*” y para “*Asegurar la continuidad de los procesos biológicos en los ecosistemas del área propuesta*”. La importancia de este espacio no fue óbice para que el TC admitiera —recogiendo lo señalado en la Ley N°26834, de Áreas Protegidas— la posibilidad de uso directo de los recursos naturales; sin embargo, esto es aceptable si la exploración, y más aún la explotación de éstos, es sostenible.

“Fundamento 13. El uso sostenible de los recursos naturales comporta la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de dicha diversidad, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras. De igual modo, cuando se explotan recursos no renovables, como los hidrocarburos, debe cuidarse en no comprometer aquella diversidad biológica”⁵⁷³.

Esa sostenibilidad está en riesgo cuando el Estado no adopta medidas para prevenir el daño al ambiente (principio de prevención, fundamento 19). Esas medidas se concretan en los instrumentos de gestión ambiental (fundamento 64). Dada la ausencia de uno de esos instrumentos, el Plan Maestro del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), el TC declara fundada la demanda, prohibiendo la realización de actividades de exploración sin el respectivo PAMA aprobado por la autoridad competente.

II.2. El peor escenario: la minería ilegal

La complejidad de las fricciones entre actividad minera y protección del ambiente se reduce cuando la extracción de recursos es manifiestamente nociva. Por eso, el TC ha sido enfático en defender las políticas de erradicación de la minería ilegal.

En el caso Empresa Minera de Servicios Generales SRL. (Exp. N°00316-2011-PA/TC), los demandantes, quienes contaban con una concesión para la explotación de oro, interponen demanda de amparo contra el Decreto de Urgencia N°012-2010, por el que se les exige contar con los certificados ambientales y se dispone el decomiso de las dragas. Señalan que se está produciendo una aplicación retroactiva de la disposición normativa.

El TC anota sobre la nocividad que genera la extracción informal aurífera en Madre de Dios:

“Fundamento 8. Los principales problemas que se generan, como ha advertido el Ministerio del Ambiente (MINAM), no es solo la degradación del ecosistema, sino también la superposición de lotes mineros con reservas naturales, otras propiedades y territorios indígenas y la contaminación a la cual se encuentra expuesta la población circundante

573. Caso Cordillera Escalera. Exp. N°3343-2007-AA/TC.



a la zona de extracción de minerales. De igual modo, la actividad minera informal tiene un impacto social a tomar en consideración, como es la deserción estudiantil cerca de los campamentos mineros y la apertura de locales en donde se ejerce la prostitución clandestina”⁵⁷⁴.

Y reconoce que no basta la normativa regulatoria y la que sanciona penalmente los delitos ambientales, al reconocer que en la lucha contra la minería ilegal:

“Fundamento 9. (...) uno de los problemas es la falta de recursos financieros, humanos y logísticos, no solo del Gobierno Regional, sino también de entidades propias del Gobierno Nacional. Así, no solo la Dirección Regional de Energía, Minería e Hidrocarburos (DREMH) del Gobierno Regional de Madre de Dios tendría este tipo de carencias, sino también, la Policía Ecológica y el Ministerio Público”⁵⁷⁵.

Aunque los demandantes alegan ejercer la minería aurífera legalmente porque cuentan con una concesión para la explotación del mineral, el TC niega la posibilidad de que estén amparados por los derechos adquiridos. Por lo cual recuerda que la Constitución, por la Ley de Reforma Constitucional N°28389, ordena que las disposiciones normativas se aplican a todas las situaciones jurídicas subsumibles al supuesto de hecho, descartándose la teoría de los derechos adquiridos, a favor de la de los hechos cumplidos (fundamento 26).

En lo referido al decomiso de dragas y la afectación del derecho de propiedad, el TC se pronuncia sobre la medida con la que se evita la remoción de grandes cantidades de sedimento de los ríos, efectuada con dichas embarcaciones. Se concluye que la medida es idónea para evitar el impacto a corto y largo plazo en la alteración del cauce de los ríos, el impacto biológico, la destrucción de los hábitats acuáticos, la alteración de ecosistemas inundables y destrucción de la vegetación ribereña (fundamento 20). Al no proponerse ni identificarse medidas alternativas, el TC estima que la medida es necesaria (fundamento 21). Y aunque se reconoce que la afectación al derecho de propiedad sobre las dragas es grave, “(...) la intensidad del daño que causan las dragas justifica la intensidad de su prohibición” (fundamento 22).

Al no haber afectación al derecho de propiedad, ni tampoco existir una aplicación ilegítima de las medidas contra la minería ilegal, el TC declara infundada la demanda.

II.3. Interpretaciones a contrario: cuando la minería afecta el derecho a un ambiente equilibrado

Este parámetro le ha servido al TC para determinar cuándo un proyecto minero no es potencialmente dañoso al derecho a la salud o al derecho al disfrute de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Así en la sentencia del caso Municipalidad Distrital de Pulán-Santa Cruz (Exp. N°1848-2011-PA/TC), se declaró

574. Caso Empresa Minera de Servicios Generales SRL. Exp. N°00316-2011-PA/TC.

575. Ibid.



infundada la demanda por no haber indicios de una afectación cierta e inminente a los derechos invocados, pues el proyecto minero cuenta con la aprobación de la evaluación ambiental, del estudio de impacto ambiental, así como con la autorización sanitaria de tratamiento de aguas residuales (fundamento 15), además de otros medios probatorios que confirman la ausencia de contaminación o peligro en la zona.

Respecto a la propia actividad minera, el TC ya se había pronunciado a favor de su realización con responsabilidad social. En la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Morales Dasso en representación de 5,000 ciudadanos (Exp. N°0048-2004-PI/TC) contra la Ley de Regalía Minera (Ley N°28258), se alegó la afectación a la libertad contractual, al derecho de propiedad, y a la igualdad de trato. Como se sabe, por esta Ley se ordena la contraprestación económica que las concesionarias mineras deben entregar al Estado por la explotación de recursos minerales, ingreso que se destina para los proyectos de inversión productiva que articule la minería al desarrollo económico de cada región. El TC enmarcó los derechos invocados en el Estado social y democrático de Derecho:

“Fundamento 4. El Estado Social y Democrático de Derecho, como alternativa política frente al Estado Liberal, si bien asume los fundamentos de éste, le imprime funciones de carácter social; su pretensión es que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido social. Ello porque en este modelo de Estado, los derechos del individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad, pues la realización de uno no puede ser sin el concurso del otro. Se trata, pues, de un tipo de Estado que procura la integración social y conciliar los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona”⁵⁷⁶.

Este tipo de medidas limitativas de la actividad privada responden a la labor del Estado de corregir las inequidades sociales (fundamento 12), que son especialmente notorias en el ámbito minero, que convive con la pobreza y la falta de bienestar en general. De ahí la trascendencia del desarrollo de la minería con responsabilidad social, con la que los agentes económicos demuestran actitudes y comportamientos que superen esas brechas (fundamento 22). Sumado a esto, las acciones del Estado que comprende la Política Nacional del Ambiente están enfocadas a:

“Fundamento 32. (...) rehabilitar aquellas zonas que hubieren resultado afectadas por actividades humanas destructoras del ambiente y, específicamente, de sus recursos naturales. Por ende, el Estado se encuentra obligado a promover y aceptar únicamente la utilización de tecnologías que garanticen la continuidad y calidad de dichos recursos, evitando que su uso no sostenido los extinga o deprede”⁵⁷⁷.

(El subrayado es nuestro).

De tal forma que la limitación a la actividad minera responde a fines constitucionales, en donde el trato diferenciado con respecto a otras actividades extractivas sirve para

576. Caso Morales Dasso en representación de 5,000 ciudadanos contra la Ley de Regalía Minera. Exp. N°0048-2004-PI/TC.

577. Ibid.



alcanzar el desarrollo integral del país (fundamento 70), siendo una medida razonable frente al grado de intervención en el ambiente como a la cantidad de beneficios económicos de los agentes inversionistas.

“Fundamento 111. Para este Tribunal, es incuestionable que la retribución a la Nación por los beneficios y ventajas obtenidos por la explotación de los recursos que le son originarios -dado su carácter limitado y los perjuicios directos ocasionados a las localidades donde se encuentra ubicada la mina, una vez que los recursos explotados se hayan agotado-, resulta un tema de evidente interés general. Y adquiere mayor dimensión cuando, en pleno proceso de descentralización, resulta necesario que la población de las regiones y municipios obtenga recursos directos para gestionar sus proyectos de inversión”⁵⁷⁸. (El subrayado es nuestro).

Por estas razones, con la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Morales Dasso en representación de 5,000 ciudadanos contra la Ley de Regalía Minera, el TC confirma la constitucionalidad de la regalía minera y, para asegurar que estos ingresos tengan el destino previsto, exhorta al Congreso que disponga de los mecanismos necesarios para que la ciudadanía supervise la distribución, el manejo y el destino de los ingresos que obtienen los gobiernos regionales y locales por aceptar la actividad minera.

Estas sentencias demuestran que la actividad minera no necesariamente está reñida con la protección del ambiente. Sin embargo, cuando hay una falta de previsiones para minimizar el impacto ambiental, es clara la respuesta a favor del ambiente, sin ser esto contrario a la inversión.

II.4. Las respuestas del TC frente a las ordenanzas que limitan la actividad minera

No son pocos los casos en los que no solo los ciudadanos han estado en contra de la actividad extractiva por afectar irremediablemente los recursos naturales. También los gobiernos regionales han reaccionado frente a los daños que potencialmente puede generar la actividad minera ejercida sin control.

El caso más reciente es el proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Fiscal de la Nación (Exp. N°0001-2012-PI/TC) contra la Ordenanza Regional de Cajamarca N°036-2011-GR.CAJ-CR, sobre el Proyecto Minero Conga, que declaró de interés público regional la protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la región Cajamarca; además, declaró inviable el Proyecto Conga; y encargó al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca emprender las acciones para que se investigue las circunstancias en las que se aprobó el estudio de impacto ambiental del Proyecto Conga. El TC declara fundada la demanda y, por lo tanto, inconstitucional la referida Ordenanza. Pese al problema que trasciende la emisión de la Ordenanza que, según el Colegiado, presenta dos tipos de argumentos:

⁵⁷⁸. Ibid.



“Fundamento 7. Aquellos dirigidos a sustentar la conservación e intangibilidad de la protección de cabeceras de cuencas, como de interés público regional, y aquellos dirigidos a sustentar la inviabilidad de la ejecución del proyecto Conga al cuestionar el EIA de tal proyecto minero, aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales (DGAAM) del MEM”⁵⁷⁹.

El TC asume que el conflicto se limita a uno de competencias, al señalar que:

“Fundamento 8. Este proceso de inconstitucionalidad es en esencia un conflicto de competencias (...) El proceso de inconstitucionalidad, como se sabe, es un proceso fundamentalmente objetivo en el que se efectúa un juicio de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía (norma constitucional y norma infra-constitucional de rango legal). De ahí que en este tipo de casos se persiga primordialmente la defensa de la Constitución antes que un interés subjetivo (STC. N°0020-2005-PI/TC y acumulados, fund. 16). Se desea expresar con esto que en el caso en particular, este Tribunal no analizará la legalidad o constitucionalidad de actos administrativos como el EIA referido, por no ser competente para ello en el presente proceso, remitiéndose exclusivamente a determinar las competencias establecidas por la Constitución”⁵⁸⁰.

El perjuicio de esta excesiva autolimitación es que ver el problema solo desde la perspectiva de la distribución de competencias omite examinar las obligaciones referidas a la política nacional del ambiente, que la Constitución le impone al Estado en su artículo 67. Por lo que la sentencia comienza admitiendo su insuficiencia al hacerse un examen contrario al principio de unidad de la Constitución.

En la sentencia se examina quién tiene la competencia de regular el sector minero en relación con la protección del ambiente (fundamento 10). Pese a esta premisa, la razón de fondo para declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional no se refirió al factor ambiental, sino al previsto en el bloque de constitucionalidad en materia de descentralización (la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley orgánica de Gobiernos Regionales), por el cual los gobiernos regionales solo son competentes para pronunciarse sobre la pequeña minería y la minería artesanal, mas no sobre la gran minería, como la del Proyecto Minero Conga.

El TC identifica a modo de ejemplo ciertas disposiciones normativas que darían cuenta de la preocupación por la protección del agua en el contexto del cambio climático. Cita el Decreto Supremo N°086-2003-PCM, que Aprueba la Estrategia Nacional sobre Cambio Climático el cual, según el TC, *“hace referencia a la desglaciación andina⁵⁸¹, producto del calentamiento global, lo que hace peligrar los recursos hídricos de alta montaña”* (fundamento 28). No queda claro si dicha referencia asume el compromiso suficiente para contrarrestar tan grave peligro. Además de esto, se identifica a la Ley de Recursos Hídricos como aquella que *“sienta las bases de la política pública sobre la*

579. Caso Fiscal de la Nación contra la Ordenanza Regional de Cajamarca N°036-2011-GR.CAJ-CR, sobre el Proyecto Minero Conga. Exp. N°0001-2012-PI/TC.

580. Ibid.

581. El subrayado es nuestro.



gestión de dichos recursos” (fundamento 29) porque fomenta la valoración del agua y la gestión ambiental, procurando satisfacer tanto las necesidades actuales como las de las futuras generaciones. Pese a que el TC considera que “*Resulta loable por tanto toda intención de proteger [las cabeceras de cuenca] y procurar, de esta manera, el cuidado, recolección y reserva del agua*” (fundamento 31), se decanta, en teoría, por una protección orgánica y sostenida, con lo que el TC identifica que la justificación del reparto de competencias dispuesto en el bloque de constitucionalidad (en la materia) se encuentra en la obligación de contar con medidas articuladas y sostenidas en el tiempo.

Estas consideraciones no incidieron en alertar sobre el peligro de la pérdida o deterioro irreparable de las cabeceras de cuenca referidas. Por el contrario, el TC se niega a cuestionar un estudio de impacto ambiental aprobado por la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio Energía y Minas. Esto, lejos de dictar la interdicción de la arbitrariedad, la incentiva, en tanto las razones para declarar inconstitucional la Ordenanza Municipal se centran en el plano de distribución del poder y no en el de las razones medio ambientales que son lo medular del problema. Aunque exista la normativa de protección del agua, la explosión de conflictos sociales puede ser un indicativo de las deficiencias en el plano de la toma de decisiones de gobierno. La política nacional del ambiente que ordena el artículo 67 de la Constitución no sólo se compone de disposiciones legales, sino también de acciones, cuya deficiencia pudo haber considerado el TC. Tal vez esta omisión sea la razón por la que lo jurídico-constitucional no ha podido resolver el conflicto, que se ha trasladado al ámbito de lo político.

Lo que cabe notar es que no son aisladas las ordenanzas avocadas a la protección de los recursos naturales. Sobre la misma zona, en el año 2000 se emitió la Ordenanza Municipal N°012-2000-CMPC, mediante la cual se declara el cerro Quilish y las microcuencas de los ríos Quilish, Porcón y Grande como Zona Reservada Protegida Municipal Provincial. Contra esta Ordenanza Municipal, Minas Conga SRL. y otros (Exp. Acumulados N°0300-2002-PA/TC y otros) interpusieron demanda de amparo por considerar que al declararse dicho espacio geográfico como Zona Reservada Protegida se estarían violando sus derechos de exploración y explotación de recursos minerales, en su condición de concesionarias. En esta sentencia, el TC señaló que:

“Fundamento 5. (...) el Tribunal Constitucional considera que si bien es cierto que las municipalidades carecen de facultades para crear una Zona Reservada Protegida Provincial, también lo es que sí pueden establecer la creación de Áreas de Conservación Municipal contemplada en el artículo 78 y siguientes del Decreto Supremo N°038-2001-AG, siempre que tal decisión sea complementada con las acciones administrativas”⁵⁸².

Lo cual se complementa con que:

“Fundamento 11. La autoridad estatal encargada de solicitar y aprobar los estudios de impacto ambiental vinculados a las labores de explotación, deberá exigir no sólo el cumplimiento de las pautas generales previstas en el Código del Ambiente y los Recursos Naturales, sino que, además consignará otras a seguir que sean necesarias para la

582. Caso Minas Conga SRL. y otros. Exp. N°0300-2002-PA/TC.



*defensa de los derechos fundamentales y demás bienes que la Constitución reconoce y defiende, para lo cual solicitará la opinión de las municipalidades correspondientes*⁵⁸³.

Al no existir afectación de derechos debido a que “(...) el establecimiento de áreas naturales protegidas no tiene efectos retroactivos ni afecta los derechos adquiridos con anterioridad a la creación de las mismas” (fundamento 9), se declara improcedente la demanda de amparo de Minas Conga SRL., Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Chaupiloma Dos de Cajamarca y Minera Yanacocha SRL.

III. LA EXTRACCIÓN DE RECURSOS NATURALES Y EL RESPETO DEL DERECHO A LA CONSULTA

III.1. El derecho a la consulta en los procesos de la libertad

En el caso AIDSESEP (Exp. N°6316-2008-AA/TC), que el TC declaró improcedente, se demandó por la tutela del derecho a la consulta, así como a los derechos vinculados a la vida y a la identidad, considerados afectados por la concesión petrolera de territorios en donde circulan comunidades nativas en situación de aislamiento voluntario y habitan en los alrededores más de una decena de comunidades. Las empresas concesionarias demandantes alegaron haber impartido talleres informativos para las comunidades aledañas a la zona de extracción.



338

El TC identificó que no se habían presentado las condiciones para que los afectados participen en la toma de decisiones sobre cuestiones de interés público, como lo es el uso de recursos naturales. Por eso, pone en cuestión, con poca convicción, que “Estado habría, afectado el derecho de participación previsto en el artículo 2.17 de la Constitución” (fundamento 26). Sin embargo, sí consideró determinante la “buena fe” de las empresas concesionarias demandadas las mismas que, según el Colegiado, actuaron “basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales” (fundamento 27).

La decisión del TC de preferir el respeto del contrato-ley -previsto en el artículo 62- en desmedro de la tutela al derecho a la participación en la vida pública -reconocido no solo en el artículo 2.17 de la Constitución, sino también en el Convenio 169 de la OIT-, no consideró el grado de afectación que sufrían los representados por el demandante. Por el contrario, estableció que progresivamente se tutelarían los derechos invocados en contextos similares a éste. El punto de partida fijado con esta sentencia sería negarle la justicia constitucional a las comunidades nativas: “el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes” (fundamento 30).

Este caso no mejoró con el pedido de aclaración de los demandantes. En la Resolución de Aclaración del caso AIDSESEP (Exp. N°6316-2008-PA. Aclaración), de forma irregular,

583. Ibid.

se limitó el alcance temporal del Convenio 169 de la OIT, considerando su “vigencia social” (fundamento 7) desde la publicación de la sentencia recaída en el Exp. N°0022-2009-PI/TC.

En otro caso AIDSESEP (Exp. N°5427-2009-PC/TC), la estrategia fue recurrir al proceso de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas, al exigir que dé cumplimiento al Convenio 169 de la OIT y adecúe toda su normativa al ordenamiento internacional. En esta sentencia se reconoce la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por omisión. El TC reconoce como argumento de fuerza a favor de la exigibilidad del cumplimiento que el Convenio esté inserto en un tratado de derechos humanos, porque ostenta un rango constitucional (fundamento 10). En virtud a la exigencia de regularidad del ordenamiento jurídico y de efectividad de las disposiciones constitucionales (fundamentos 15 y siguientes), examina desde la Constitución y el Convenio la normativa del Ministerio demandado (fundamento 61) y declara fundada la demanda, ordena al demandado emitir un reglamento especial sobre el derecho a la consulta en el marco de sus competencias y exhorta al Congreso a culminar con el trámite de la Ley del Derecho a la Consulta que, en esa fecha, se encontraba observada por el Ejecutivo.

Aunque existen casos en los que las comunidades están presentes no se les ha dado la debida relevancia, como lo ocurrido en el proceso de amparo sobre la ejecución del proyecto para el uso de recursos hídricos denominado Majes Siguan II (Exp. N°1939-2011-PA/TC). El Gobierno Regional de Cusco interpone demanda de amparo contra el Gobierno Regional de Arequipa por considerar que la ejecución del proyecto afectará la vida, la salud, el desarrollo socioeconómico y el ambiente de los habitantes de la provincia de Espinar en Cusco. Pero es el Gobierno Local de Espinar el que invoca además la afectación del derecho a la consulta de las comunidades campesinas de la zona cuzqueña. El TC no abordó este punto, pues se centró en el plano de la ejecución de sentencia de un proceso de amparo anterior.

III.2. El derecho a la consulta en los procesos de inconstitucionalidad

El TC ha conocido cuatro demandas de inconstitucionalidad contra decretos legislativos emitidos en el marco de la adecuación de la legislación peruana al marco del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Quien representó a los demandantes en todas las demandas fue Gonzalo Tuanama Tuanama (Exp. N°0022-2009-PI/TC; Exp. N°0023-2009-PI/TC; Exp. N°0024-2009-PI/TC; Exp. N°0025-2009-PI/TC). La normativa cuestionada fue:

- Decreto Legislativo N°1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. La demanda de inconstitucionalidad se declara infundada e interpreta que la normativa cuestionada no se aplica a las comunidades⁵⁸⁴.
- Decreto Legislativo 1079, que establece Medidas que Garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas. La demanda de inconstitucionalidad se declara infundada⁵⁸⁵.

584. Exp. N°0022-2009-PI/TC.

585. Exp. N°0023-2009-PI/TC.



- Decreto Legislativo 994, que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola. La demanda de inconstitucionalidad se declara improcedente⁵⁸⁶.
- Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos. La demanda de inconstitucionalidad se declara infundada⁵⁸⁷.

En el año 2010 se emitieron las sentencias recaídas en el Exp. N°0022-2009-PI/TC y el Exp. N°0023-2009-PI/TC. En el 2011 se resolvieron los Exp. N°0025-2009-PI/TC y Exp. N°0024-2009-PI/TC.

En el caso de la inconstitucionalidad del Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales (Exp. N°0022-2009-PI/TC), el TC estimó que la medida legislativa cuestionada no era “susceptible de afectarles directamente” a las comunidades, como prevé el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT (fundamentos 19 y 58), porque el régimen sobre predios rurales regula las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos peruanos (fundamentos 20 y 22). Se llegó a esta conclusión debido a que el Reglamento del Decreto Legislativo excluía expresamente a las comunidades nativas como sujetos sometidos al régimen temporal y excepcional de formalización y titulación de predios rurales (fundamento 57), con lo cual, si bien se declara infundada la demanda, se resuelve a favor de las comunidades nativas para que se las excluya de la aplicación del Decreto Legislativo.



Debe advertirse que la Sentencia del Exp. N°0022-2009-PI/TC contiene un desarrollo extenso sobre el derecho a la consulta (alcances y aplicabilidad de los convenios internacionales sobre la materia, elementos principios y contenido del derecho, etapas, garantía del territorio, copartición de la riqueza), que sigue la línea trazada en el caso Cordillera Escalera, en lo referido al derecho a la consulta. Por eso aparece como referencia constante en otras sentencias, tanto en las Tuanama Tuanama como en los demás procesos constitucionales sobre la materia, no siempre para ordenar su máxima realización. Eso es lo que sucedió en la Resolución de Aclaración del caso AIDSESEP (Exp. N°6316-2008-PA. Aclaración), como se anotó líneas atrás. Este exabrupto fue enmendado tanto en el segundo caso AIDSESEP (Exp. N°5427-2009-PC/TC) como en las dos sentencias Tuanama Tuanama publicadas en el año 2011 (Exp. N°0025-2009-PI/TC y N°0024-2009-PI/TC), las cuales veremos luego.

En el caso de la inconstitucionalidad contra las Medidas que Garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas (Exp. N°0023-2009-PI/TC), además de alegarse la afectación del derecho a la consulta, se pone en cuestión que al regularse el patrimonio de las ANP se está afectando el dominio sobre la tierra de las comunidades nativas. El TC confirma la constitucionalidad de la regulación, que contempla la potestad del Estado de mantener el dominio sobre los recursos naturales. Esto es compatible tanto con el artículo 66 de la Constitución, que reconoce que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, como con el Convenio 169 del a OIT, que contempla la posibilidad de

586. Exp. N°0024-2009-PI/TC.

587. Exp. N°0025-2009-PI/TC.

que éstos pertenezcan al Estado (fundamento 8), por lo que se declara infundada la demanda, no sin advertir antes del fallo (fundamento 9) que cualquier conflicto entre las comunidades y el Estado debe resolverse dentro de los parámetros de la sentencia recaída en el Exp. N°0022-2009-PI/TC.

Los dos casos siguientes tienen un punto en común que no es determinante para las respectivas demandas: la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. Éste fue aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N°26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Conforme con el artículo 38.3 del Convenio, la vigencia comienza 12 meses después de que se registrara la ratificación. Sobre este punto, en ambas sentencias se afirma que:

“Tal regla [sobre la fecha desde la que está vigente el Convenio 169 de la OIT] no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. De ella nos servimos para declarar que el trascurso de más de tres lustros sin que se reglamentase la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT, propiciaba un supuesto de inconstitucionalidad por omisión [STC. N°5427-2009-PC/TC]. Tampoco fue abandonada ni puesta en entredicho por la RTC. N°6316-2008-PA/TC. No podría haberlo hecho, pues como se dejó entrever en la STC. N°0022-2009-PI/TC, el dies aquo de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional, como el Convenio 169, esencialmente se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público y no mediante decisiones de los tribunales internos. Aquella, pues, sólo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC. N°0022-2009-PI/TC existen criterios para resolver casos que involucren al derecho a la consulta. Y ello pese a la omisión legislativa que la acompaña”⁵⁸⁸.

En el caso sobre la inconstitucionalidad contra la medida que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola (Exp. N°0024.2009-PI/TC), nuevamente se cuestiona la emisión de normativa sin cumplir con el derecho a la consulta previa. Además, se pone en cuestión el problema de las comunidades nativas que no cuentan con título de propiedad, porque ellas serían las afectadas al no existir título formal que impida entregar la concesión para la ejecución de proyectos de irrigación. El TC reafirma el derecho de las comunidades a mantener el dominio sobre sus tierras ancestrales, así como la obligación del Estado de considerar la posesión tradicional como equivalente al pleno título de dominio (fundamento 20). Al igual que la primera sentencia Tuanama Tuanama, el TC precisa la interpretación que se le debe dar a los artículos del Decreto Legislativo cuestionado, de tal manera que deja sentado, frente a cualquier duda, que las tierras de las comunidades nativas no son tierras eriazas (fundamento 24). La demanda se declara improcedente al considerar que el peligro de una mala interpretación ha desaparecido *“puesto que actualmente las tierras de los pueblos indígenas no se encuentran comprendidas en los alcances del Decreto Legislativo N°994”* (fundamento 25).

588. Exp. N°0025.2009-PI/TC, fundamento 24. En similares términos en el Exp. N°0024.2009-PI/TC, fundamento 7.



Mientras que en el caso de inconstitucionalidad contra la Ley de Recursos Hídricos (Exp. N°0025-2009-PI/TC), además de reiterar el problema sobre el derecho a la consulta, el argumento de fondo para cuestionar las disposiciones de la Ley es que ésta crea incentivos para quienes generen excedentes en el manejo de recursos hídricos, los cuales no podrán ser disfrutados por las comunidades nativas, quienes carecen de la capacidad operativa requerida.

En cuanto al derecho a la consulta, el TC *“constata que la Ley N°29338 no es una norma que tenga a los pueblos indígenas como únicos destinatarios”*, pues resulta ser un mandato *“de alcance general que sólo indirectamente podrían implicar una afectación a los pueblos indígenas”* (fundamento 28). Además, el Colegiado considera que la mención específica sobre las *“Aguas Amazónicas”*, que reconoce los usos y costumbres de las comunidades nativas, cumple con lo exigido en el artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT, que ordena que los derechos de las comunidades deben protegerse especialmente (fundamento 30).

Con respecto al trato diferenciado generado con los incentivos, el TC estima que la afectación es leve, porque la razón para la diferenciación no es una prohibida por la Constitución, sino, por el contrario, un medio idóneo (fundamentos 39 y 40). Al denegar todos los extremos planteados, declara infundada la demanda.

Todos estos casos tienen en común que las demandas han sido interpuestas por representaciones de las comunidades, pero no con por los propios miembros de una de ellas; de ahí la más resaltante novedad de los casos Comunidad Nativa Tres Islas y Otros (Exp. N°1126-2011-PHC/TC) y Comunidad Campesina Arboleda y Otros (Exp. N°1129-2012-PA/TC).

III.3. Flexibilización de los procesos constitucionales para la efectiva protección de los derechos de las comunidades: la perspectiva multicultural

El caso Comunidad Nativa Tres Islas y Otros es especialmente clamoroso. Estas comunidades estuvieron sufriendo la invasión de personas vinculadas a la minería informal. Debido a que con su invasión perjudicaban el libre desenvolvimiento de las Comunidades -y en especial de sus niñas y niños- decidieron colocar casetas de seguridad para impedir el paso de quienes identificaron como los responsables de tal intromisión: dos empresas de transporte. Estas empresas interpusieron demanda de *habeas corpus*, declarada fundada. Contra esta sentencia, las Comunidades presentan el *habeas corpus* por el que el TC conoce el caso. Debido a que los beneficiarios del primer *habeas corpus* no fueron incluidos en el nuevo proceso, el TC establece una nueva figura procesal en el marco del recurso de agravio constitucional al dar un plazo para que se apersonen las referidas empresas.

En la sentencia de fondo se enfatiza la importancia de preservar todo tipo de manifestaciones culturales, para evitar una asimilación que haga desaparecerlas:

“Fundamento 15. (...) el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. El concepto de asimilación está construido sobre



percepciones que observan que otras culturas minoritarias son ‘menos avanzadas’, y como consecuencia de ello estarían irremediablemente destinadas a perder su identidad en un proceso de ‘superación cultural’”.

Desde una perspectiva multicultural, el derecho de propiedad para las comunidades nativas tiene mayor alcance que el expresado en los atributos tradicionales de la propiedad, lo cual no niega que el territorio comunal se sujeta a los límites previstos en los artículos 66, 67, 70 y 72 de la Constitución (fundamento 25). Siguiendo lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Yakye Axa vs. Paraguay, el TC reconoce que la tutela del derecho a la propiedad privada, previsto en la Convención Americana, alcanza a preservar la estrecha vinculación entre las comunidades, sus territorios y los recursos naturales ligados a su cultura (fundamento 21).

Un punto determinante en la sentencia es el referido al reconocimiento del autogobierno que ejercen las comunidades en su territorio. El TC expresa que si bien los artículos 88 y 89 de la Constitución reconocen la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, el Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 13 que esta noción debe incluir el concepto de territorio, que tiene un significado político de autogobierno y autonomía (fundamento 22), reconocidas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (fundamento 23).

El TC concluye que se violó el derecho de propiedad de la comunidad al ordenar judicialmente el paso de las empresas de transporte a través del territorio comunal, pues no existía título legítimo para hacerlo (fundamento 34). Además, se determina que el ámbito de su autonomía ha sido vulnerado con la intromisión de las empresas de transporte.

El enfoque desde el multiculturalismo se manifiesta también en la concepción de autonomía de las comunidades. El TC reconoce que la autonomía de las comunidades no sólo se manifiesta en el ejercicio de la función jurisdiccional como potestad para resolver conflictos; también se expresa en el uso de sus tierras y en la determinación de quiénes pueden transitar por ellas (fundamento 42). Incluso, el TC le otorga a la autonomía un alcance tal que no debe percibirse como una imposición de la comunidad sobre los intereses de una colectividad. Esto se observa en el siguiente fundamento:

“Fundamento 43. (...) en la sentencia materia de la presente demanda se expresa que la decisión comunal se sobrepone al interés colectivo de quienes transitan por tal camino. Tal afirmación es realizada sin tomar en consideración la propia naturaleza de la autonomía comunal. En efecto, el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT establece que ‘Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural’. Ello, desde luego, puede verse materializado a través del ejercicio de su autonomía”.

Reconocidos así los alcances del derecho de propiedad y la autonomía de la comunidad nativa demandante, el TC declara fundada la demanda.



La flexibilidad procesal con la que ha sido llevado este caso (en cuanto a no declararlo improcedente) también se ha aplicado en el caso Comunidad Campesina Arboleda y Otros. El TC ha concedido un plazo para que se apersonaran los beneficiarios de las concesiones otorgadas por el Estado las cuales, según los demandantes, se superponen sobre sus territorios ancestrales.

IV. LAS COMUNIDADES EN SU POSICIÓN DE CIUDADANOS: ¿SIEMPRE SE LES DA UN TRATO DIFERENCIADO?

Un caso en el que las comunidades han apelado al respeto de su especial situación como habitantes de tierras ancestrales ha sido en el marco de las relaciones tributarias en el caso Comunidad campesina Lomera de Huaral (Exp. N°725-2010-PC/TC). La Municipalidad Provincial de Huaral le exigía a la comunidad campesina el pago del impuesto predial correspondiente a los años 1996 a 2006. Ante esto, la comunidad campesina inicia un proceso de cumplimiento de la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley N°24656), en cuyo artículo 28 dispone que ellas *“están inafectas de todo impuesto directo creado o por crearse que grave la propiedad o tenencia de la tierra... salvo que por ley específica en materia tributaria se las incluya expresamente como sujetos pasivos del tributo”*. Aunque las comunidades reciben trato diferenciado en su relación con las tierras que ancestralmente poseen, las actividades económicas que emprendan se sujetan al régimen general de beneficios tributarios. El TC recuerda que éstos tienen un plazo de vigencia determinado por lo que, en los supuestos en los que no ha sido previsto, se aplica supletoriamente lo previsto en el Código Tributario. El TC declara fundada la demanda.

Pero también se puede observar cómo las comunidades actúan ya no apelando a su especial situación reconocida constitucional e internacionalmente, sino como titulares de derechos vinculados a su relación con los demás en condición de igualdad y en ejercicio de su libre determinación. Esto se observa en el caso Comunidad nativa Sawawo Hito 40 (Exp. N°4611-2007-PA/TC). En un semanario local de Ucayali, se publicó la noticia *“Madereros destruyen nuestros bosques”* en la que se menciona a la comunidad nativa como cómplice de las actividades delictivas de una empresa forestal. La comunidad nativa interpuso una demanda de amparo por considerar que afectaba sus derechos, tales como el honor, lo cual repercutía en su trabajo y su libertad de contratar. El alcance que el TC le atribuye al derecho al honor cobra especial significación tratándose de las comunidades, pues lo define como *“la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación”* (fundamento 37). Asegurar que la comunidad ostente la posición en la que la coloca el ser titular del derecho al honor exigió que el TC, luego de constatar la ausencia de elementos que sustentasen la afirmación hecha en el semanario (fundamento 41), explorara las posibilidades para una mejor satisfacción del derecho afectado; de tal forma que al declarar fundada la demanda ordena una serie de actos que debía realizar la demandada para que la comunidad volviera a gozar del honor.



V. BIBLIOGRAFÍA

Caso Cordillera Escalera. Exp. N°3343-2007-AA/TC.

Caso Chalco Huamán y otros. Exp. N°0921-2003-AA.

Caso Empresa Minera de Servicios Generales SRL. Exp. N°00316-2011-PA/TC.

Caso Fabián Martínez y otros. Exp. N°2002-2006-PC/TC.

Caso Fiscal de la Nación contra la Ordenanza Regional de Cajamarca N°036-2011-GR.CAJ-CR, sobre el Proyecto Minero Conga. Exp. N°0001-2012-PI/TC.

Caso Julca Ramírez. Exp. N°5680-2008-PA/TC.

Caso Minas Conga SRL. y otros. Exp. N°0300-2002-PA/TC.

Caso Morales Dasso en representación de 5,000 ciudadanos contra la Ley de Regalía Minera. Exp. N°0048-2004-PI/TC.

Exp. N°0022-2009-PI/TC.

Exp. N°0023-2009-PI/TC.

Exp. N°0024-2009-PI/TC.

Exp. N°0025-2009-PI/TC, fundamento 24. En similares términos en el Exp. N°0024.2009-PI/TC, fundamento 7.

Exp. N°0025-2009-PI/TC.



SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

VICTOR ALEJANDRO PASACHE CÓRDOVA

AV. REPÚBLICA DEL PERÚ N° 776

URB. HUAQUILLAY, COMAS, LIMA.

NOVIEMBRE 2013, LIMA - PERÚ