



**UNIVERSIDAD NACIONAL**

**“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

---

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**“LA ACREDITACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL  
GENERADO POR LA MINERÍA EN EL PROCESO  
CONSTITUCIONAL DE AMPARO DENTRO DEL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

Presentado por:

**Bach. CORAJE AGUILA DANN ALEXANDER**

Asesor:

**Dr. HINOSTROZA SUÁREZ JESÚS**

Huaraz – Ancash - Perú

Enero - 2017

## **Agradecimiento**

Al ser creador del universo y a todos aquellos que mostraron algún interés por mi tesis, ellos saben quiénes son.

## **Dedicatoria**

A mi familia, quienes me enseñaron la virtud del trabajo y vivir en armonía con la naturaleza.

A la dignidad de todos los seres vivos.

## INDICE

RESUMEN.....	7
ABSTRACT.....	8
INTRODUCCIÓN.....	8

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	8
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	12
1.2.1. Problema general.....	12
1.2.2. Problemas específicos.....	12
1.3. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA .....	12
1.4. JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD.....	15
1.4.1. Justificación teórica.....	15
1.4.2. Justificación práctica.....	18
1.4.3. Justificación legal .....	19
1.4.4. Justificación metodológica .....	20
1.4.5. Justificación técnica .....	20
1.4.6. Viabilidad.....	20
1.5. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS.....	21
1.5.1. Objetivo general .....	21
1.5.2. Objetivo específico.....	21
1.6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS .....	22
1.7. VARIABLES.....	22
1.7.1. Variable Independiente .....	22
1.7.2. Variable Dependiente .....	22
1.8. METODOLOGÍA .....	22
1.8.1. Tipo, diseño y régimen de investigación.....	22
1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico .....	24
1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información .....	24
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información .....	25

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes .....	26
2.2. Bases teóricas .....	29
2.2.1. Fundamentos y generaciones de los derechos fundamentales .....	29
2.2.1.1. <i>Fundamentos de los derechos fundamentales.....</i>	29
2.2.1.2. <i>Generaciones de los derechos fundamentales.....</i>	35
2.2.2. Contenido de los derechos fundamentales .....	40
2.2.2.1. <i>Los derechos de sustento constitucional directo.....</i>	40
2.2.2.2. <i>Contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.....</i>	41
2.2.2.3. <i>Límites y contenido esencial de los derechos fundamentales: cuestiones generales y problemas específicos.....</i>	43

2.2.3.	Contenido del derecho fundamental al medio ambiente .....	47
2.2.4.	Marco normativo nacional e internacional del derecho fundamental al medio ambiental 52	
2.2.4.1.	<i>Constitución Política del Perú</i> .....	52
2.2.4.2.	<i>Sistema universal de protección de derechos humanos</i> .....	54
2.2.4.3.	<i>Sistema interamericano de protección de derechos humanos</i> .....	57
2.2.5.	Obligaciones del Estado frente a los derechos fundamentales.....	58
2.2.6.	Garantía de los derechos fundamentales. ....	60
2.2.7.	Derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales	61
2.2.8.	Etapas de la vida de una mina.....	63
2.2.8.1.	<i>Exploración minera</i> .....	63
2.2.8.2.	<i>Desarrollo y planeamiento</i> .....	64
2.2.8.3.	<i>Construcción</i> .....	64
2.2.8.4.	<i>Producción</i> .....	65
2.2.8.5.	<i>Cierre de mina</i> .....	65
2.2.8.6.	<i>Post-cierre de mina</i> .....	66
2.2.9.	Licencias y permisos para iniciar una actividad minera.....	66
2.2.9.1.	<i>Concesión minera</i> .....	67
2.2.9.2.	<i>Permisos de exploración</i> .....	68
2.2.9.3.	<i>Permisos de explotación</i> .....	69
2.2.9.4.	<i>Licencia social</i> .....	72
2.2.9.5.	<i>La licencia social en las concesiones mineras implica el derecho a la consulta previa</i> ..	74
2.2.9.6.	<i>Sobre la certificación ambiental en los Pequeños Productores Mineros y Productores Mineros Artesanales</i> .....	76
2.2.10.	Minería ilegal y política criminal en el Perú .....	78
2.2.11.	El medio ambiente .....	81
2.2.11.1.	<i>Crisis del medio ambiente y sus efectos litigiosos</i> .....	87
2.2.12.	El daño ambiental .....	89
2.2.12.1.	<i>Características del daño ambiental</i> .....	92
2.2.12.2.	<i>Aproximación a la naturaleza jurídica de daño ambiental</i> .....	98
2.2.13.	Daño ambiental generada por la minería .....	100
2.2.13.1.	<i>Algunos alcances generales sobre las concesiones mineras a nivel nacional</i> .....	102
2.2.13.2.	<i>El caso de la Compañía Minera Antamina S.A.</i> .....	106
2.2.13.3.	<i>La contaminación de la Oroya</i> .....	110
2.2.13.4.	<i>El caso del derrame de mercurio de Choropampa</i> .....	112
2.3.	<b>Definición de términos</b> .....	<b>113</b>

## CAPÍTULO III

### RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACION

3.1.	<b>La tutela ambiental en el Perú</b> .....	<b>116</b>
3.2.	<b>El difícil nacimiento del derecho ambiental en el Perú</b> .....	<b>120</b>
3.3.	<b>Problemas de competencia ambiental</b> .....	<b>123</b>
3.3.1.	Conflictos de competencia.....	123
3.3.2.	Vacíos de competencia.....	123
3.3.3.	Funciones vinculadas .....	124
3.4.	<b>La carga de la prueba en el daño ambiental</b> .....	<b>124</b>
3.5.	<b>El proceso constitucional de amparo y su objeto</b> .....	<b>126</b>
3.5.1.	El proceso de amparo como vía alternativa, residual y/o subsidiaria.....	128
3.5.1.1.	<i>El proceso de amparo como vía alternativa</i> .....	128
3.5.1.2.	<i>El proceso de amparo como vía residual y/o subsidiaria</i> .....	129
3.5.2.	Agotamiento de las vías previas .....	133
3.5.2.1.	<i>Vías previas en el ámbito administrativo</i> .....	133

3.5.2.2.	<i>Vías previas en el ámbito privado</i> .....	134
3.5.2.3.	<i>Vías previas en el ámbito jurisdiccional</i> .....	135
<b>3.6.</b>	<b>Identificación de un derecho fundamental amenazado o vulnerado</b> .....	<b>135</b>
3.6.1.	Derechos protegidos por el proceso de amparo peruano .....	136
3.6.2.	Protección del contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales.....	137
3.6.3.	La irreparabilidad de la agresión.....	140
<b>3.7.</b>	<b>Aspectos procesales adicionales del proceso de amparo</b> .....	<b>141</b>
3.7.1.	La legitimación activa en los procesos de amparo .....	141
3.7.1.1.	<i>Personería de derecho privado</i> .....	143
3.7.1.2.	<i>Persona jurídica de derecho público</i> .....	145
3.7.2.	Plazo de duración del proceso.....	148
3.7.2.1.	<i>Plazo máximo para resolver por instancias</i> .....	148
3.7.2.2.	<i>Plazos según etapas del proceso</i> .....	149
3.7.3.	La prescripción.....	151
<b>3.8.</b>	<b>El amparo ambiental</b> .....	<b>152</b>

## CAPÍTULO IV

### DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

<b>4.1.</b>	<b>La instrumentalización del derecho procesal</b> .....	<b>153</b>
4.1.1.	El proceso de amparo en el derecho procesal constitucional .....	155
4.1.2.	El proceso de amparo como instrumento .....	156
<b>4.2.</b>	<b>La ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo</b> .....	<b>159</b>
4.2.1.	Tutela de urgencia y ausencia probatoria.....	160
4.2.2.	¿El amparo no está habilitado para conocer casos complejos? .....	161
<b>4.3.</b>	<b>La prueba en el proceso de amparo ambiental</b> .....	<b>165</b>
4.3.1.	Las virtudes y defectos del amparo ambiental .....	166
4.3.2.	La carga de la prueba en el proceso de amparo ambiental .....	167
4.3.3.	Tratamiento jurisprudencial de la prueba en el amparo ambiental.....	169
4.3.4.	El deber de instrucción o investigación del juez constitucional .....	177
4.3.5.	El amparo ambiental interpuesto contra la Minera Yanacohca S.R.L. y otro. ....	180
<b>4.4.</b>	<b>El proceso de amparo ambiental como instrumento</b> .....	<b>182</b>
4.4.1.	Los hechos en el proceso de amparo ambiental .....	185
4.4.2.	La determinación de los hechos causales en el amparo ambiental .....	187
<b>4.5.</b>	<b>Particularidades de la prueba ambiental</b> .....	<b>191</b>
<b>4.6.</b>	<b>El auxilio judicial de organismos técnicos especializados en el proceso de amparos ambientales</b> .....	<b>195</b>
<b>4.7.</b>	<b>Criterios para determinar el daño ambiental generado por la minería dentro del proceso de amparo ambiental.</b> .....	<b>197</b>
A.-	Si el amparo ambiental sólo requiere actuación documental .....	199
B.-	Si el amparo ambiental sólo requiere pruebas periciales y documentales .....	201
<b>4.8.</b>	<b>VERIFICACIÓN DE HIPÓTESIS</b> .....	<b>206</b>
	<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>207</b>
	<b>RECOMENDACIONES</b> .....	<b>210</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>211</b>

## RESUMEN

El objeto del presente trabajo es demostrar nuestra hipótesis, como respuesta provisional al problema identificado, que es en síntesis la eficacia del proceso constitucional de amparo frente a las amenazas y violaciones del derecho al medio ambiente causado por el daño ambiental generada por la actividad minera dentro de nuestro ordenamiento jurídico; generándose en ella un conflicto entre rapidez y complejidad, en detrimento de la tutela del mencionado derecho fundamental. Para lo cual, se identificó a la variable independiente como el proceso de amparo ambiental y la variable dependiente al daño ambiental generada por la minería, en cuyas unidades giraron nuestro análisis probatorio. Las muestras estuvo constituido por el análisis de la doctrina, jurisprudencia y normatividad; se utilizaron los métodos jurídicos y generales como: el análisis económico del derecho, la argumentación jurídica de los hechos, comparativo, dogmático, sintético, deductivo, inductivo y analítico; en cuanto al tipo de investigación se desarrollará el tipo de cientificidad pura o cualitativa, y en cuanto al diseño de investigación se desarrollará el estudio descriptivo o diagnóstico, superándose el diseño explorativo; siguiendo sus orientaciones metodológicas respectivamente. Al finalizarse, se ha demostrado que el Daño Ambiental generada por la minería es de naturaleza compleja y el amparo ambiental frente a ella, suele ser ineficaz al mostrar incertidumbre en la tutela del derecho fundamental al medio ambiente, debido a su estructura de avocamiento a causas de derechos incontrovertibles y no avocarse a casos complejos; existiendo la necesidad de aportar algunas reglas para la recabación y valoración de la prueba.

Palabras claves: Proceso Constitucional de Amparo, Daño Ambiental, Minería, Derecho Fundamental al Medio Ambiente, Prueba

## **ABSTRACT**

The purpose of this paper is to demonstrate our hypothesis, as an interim response to the identified problem, which is in synthesis the effectiveness of the constitutional amparo process against the threats and violations of the right to the environment caused by the environmental damage generated by the mining activity within Of our legal system; Generating in it a conflict between speed and complexity, to the detriment of the protection of said fundamental right. For this, the independent variable was identified as the process of environmental protection and the dependent variable to the environmental damage generated by mining, in whose units our probe analysis turned. The samples were constituted by the analysis of the doctrine, jurisprudence and normativity; Legal and general methods were used: economic analysis of law, legal argumentation of facts, comparative, dogmatic, synthetic, deductive, inductive and analytical; In the type of research will be developed the type of pure or qualitative scientificity, and as far as the research design will be developed the descriptive or diagnostic study, being overcome the explorative design; Following their methodological orientations respectively. At the end, it has been demonstrated that the Environmental Damage generated by the mining is of a complex nature and the environmental protection in front of it, is usually ineffective to show uncertainty in the protection of the fundamental right to the environment, due to its structure of avocamiento to causes Of uncontroversial rights and not to resort to complex cases; And there is a need to provide some rules for the collection and evaluation of the test.

Keywords: Constitutional Process of Amparo, Environmental Damage, Mining, Fundamental Right to the Environment, Test.

## **INTRODUCCIÓN**

Hoy en día, es de notable el cuidado del ambiente o entorno humano, por parte de todos los Estados, siendo agenda prioritaria a nivel nacional como internacional; ya que desde los años cincuenta del milenio pasado, se denominaba ya la degradación paulatina del medio ambiente; razón por la cual hicieron frente varias ciencias del conocimiento humano, la biología, la química, la física, la economía, entre otras; no obstante, el Derecho no es ajeno a este escenario, mostrando de sus disciplinas clásicas cierto afán de tutelar y preservar el ambiente, desde el Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional; y hoy en día el novísimo Derecho Ambiental que es muy incipiente en nuestro ordenamiento jurídico peruano.

Por otro lado desde la décadas de los noventa el Estado promovió a gran escala, la inversión privada en la actividad minera, y desde esa fecha dicha actividad es de suma importancia para el Perú, al constituir una de las mayores fuentes de ingreso al fisco; sin embargo, es una de las actividades extractivas que ha traído demasiado conflicto social, debido a sus efectos nocivos al entorno, como es el caso del derrame de mercurio en la Localidad de Choropampa (Cajamarca), la contaminación del complejo metalúrgico Doe Run Company, el derrame del minero ducto de Antamina en el Distrito de Cajacay Provincia de Bolognesi; y en la actualidad existen los conflictos latentes del Proyecto Minero Conga, Proyecto Minero Las Bambas, entre otras, que son reportadas por informes de la Defensoría del Pueblo. Siendo el resultado

Siendo así, se aprecia que existe una gran incidencia de daño de la actividad minera al entorno, que al final se resumen en un daño ambiental, como categoría o estándar regulada en la Ley General del Medio Ambiente; y que esta vulnera o amenaza al medio humano; siendo este último de categoría fundamental según nuestra Constitución Política, por ende la única acción de tutela rápida y sencilla sería el proceso de amparo ambiental. El amparo ambiental en nuestro ordenamiento, resulta ser la vía más rápida y sencilla frente a la violación o amenazada de daño ambiental,

en comparación con otras acciones del derecho ordinario; sin embargo, su procedencia y éxito es incierto, ya que las causas ambientales siempre son complejas y la estructura del amparo no es adecuada para dicho fin, ya que carece de etapa probatoria; siendo esta en todo caso de libre discrecionalidad del juez constitucional. Es frente a este escenario que nuestra tesis dará batalla al tratar de fijar un estándar de prueba para los sujetos procesales involucrados en el amparo, a fin de tratar de acreditar el daño ambiental generada por la minería.

Es en ese escenario que se estudiará a profundidad el fundamento y estructura del proceso de amparo, como también se analizará el daño ambiental, quedando a la discusión si el amparo puede estar habilitado para conocer causas complejas como es el daño ambiental. Lo que nos obligará a estudiar las modernas teorías del proceso, categorías de argumentación, entre otros insumos teóricos.

En ese contexto, el presente trabajo de investigación está estructurado en cuatro capítulos: el Capítulo I, está referido al Problema y la metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología. En el Capítulo II, está referido al marco Teórico de la Investigación, en el cual en base a la técnica del Fichaje se elaboró el sustento teórico doctrinario de nuestra investigación, para lo cual se tomó las principales teorías jurídicas para explicar y analizar la naturaleza del derecho fundamental a un medio ambiente, daño ambiental generada por la actividad minera y el proceso de amparo ambiental. El Capítulo III, está referido al trabajo de campo de la investigación, en la cual se procedió al recojo de datos en base a las variables de investigación, vinculados con el problema de fondo que es la naturaleza sumaria del amparo y la complejidad del daño ambiental, proponiendo modelos de estándar de pruebas para su acreditación en el amparo ambiental. El capítulo IV, referido a la discusión y contrastación de la Hipótesis, el cual en base a los resultados obtenidos se procedió a

realizar tanto la discusión teórica y empírica de los resultados y luego se procedió de determinar la validez de las hipótesis planteadas.

# CAPÍTULO I

## EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

### 1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En el último siglo, el crecimiento industrial se multiplicó cincuenta veces, correspondiendo las cuatro quintas partes de ese crecimiento a los últimos cincuenta años; por ello se suele indicar que 1950 constituye el umbral de la crisis ambiental.<sup>1</sup>

Nuestro país no es ajeno a dicho contexto por las diversas actividades económicas, como la minería que posee un gran pasado en nuestro país, perdurando hasta la fecha<sup>2</sup>; realizándose incluso de forma ilegal o informal<sup>3</sup>, otros haciendo abuso de derecho, como el caso del complejo metalúrgico Doe Run Company, empresa demandada vía acción de cumplimiento hasta el Tribunal Constitucional<sup>4</sup>, cuya resolución hasta la fecha es inejecutable y existen incluso tres procesos jurisdiccionales ventilados en sede nacional e internacional con un desenlace incierto.

Otras actividades en conflicto con el medio ambiente generado por la minería son: El derrame de mercurio en las localidades de San Juan, Choropampa y Magdalena (Cajamarca) el 02 de junio del 2000, cuya población a la fecha reclama planes de contingencia y monitoreo ambientales a consecuencia de diversas secuelas en su salud y medio ambiente<sup>5</sup>; el

---

<sup>1</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos (2013). *Manual de Derecho Ambiental*, 4ta. Edición; Lima, Iustitia, p. 04.

<sup>2</sup> “Los Departamentos de Cajamarca, Arequipa y Apurímac concentran el 60% de las inversiones mineras en el Perú, que representan 42,000 millones de dólares de los 70,000 millones de stock en todo el país, destacó el titular del Ministerio de Energía y Minas (MEM), Jorge Merino”; En: EL PERUANO; Año: 188/N°24319, 09 de enero del 2014, p. 6.

<sup>3</sup> “El complejo proceso de formalización minera agregó ayer una nueva norma a su extenso historial. El ejecutivo aprobó la estrategia de saneamiento de la pequeña minería y de la minería artesanal, en la que incluye a las casi 70 mil personas (naturales y jurídicas) que firmaron su declaración de compromiso en el 2012, el primero de cinco pasos para la formalización. Lo cuestionable de esta situación es que el decreto supremo de la 029-2014-PCM, que avala esta estrategia de saneamiento, extiende los plazos para que estos mineros se formalicen hasta el 2016, pese a que varios ministros, como el titular del Ambiente, Manuel Pulgar, y el de Energía y Minas, Jorge Merino, señalaron energéticamente que el 19 de abril del 2014, ayer culminarían todos los pasos del proceso.”. En: *El Comercio*, Año 174 - N° 88.570, Lima 20 de abril del 2014, p A15.

<sup>4</sup> Exp. N° 02002-2006-PC/TC de fecha del 12 de mayo del 2006.

<sup>5</sup> Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en los expedientes 2383-2005-Cajamarca; 2163-Cajamarca; 705-2007-Cajamarca y 1801-2007-Cajamarca. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en las casaciones 730-2005-Cajamarca; 2158-2006-Cajamarca; 2160-2006-Cajamarca; 2162-2006-Cajamarca; 2882-2006-Cajamarca y 2942-2006-Cajamarca.

accidente ocurrido en julio del 2012 por la rotura de un minero ducto de la Empresa Antamina en el Distrito de Cajacay - Provincia Bolognesi - Áncash, provocando serios malestares a decenas de pobladores<sup>6</sup>, y otros casos conocidos también por los tribunales jurisdiccionales, no necesariamente en la actividad minera como: Caso Pantanos de Villa, Caso del Baguazo, Caso Conga, Caso Conocochazo, Caso Majes – Sigvas II, Caso de la Empresa Pesquera Natalia S.A.C.<sup>7</sup>.

Asimismo, de los variados conflictos ambientales generados por las diversas actividades extractivas; la actividad que reporta mayor incidencia es la actividad minera, como se puede observar de las cifras del portal web de la Defensoría del Pueblo que sólo en el mes de abril del 2014 se reportaron "... 136 conflictos socioambientales activos y latentes registrados durante este mes, el 74,3% (101 casos) corresponde a conflictos relacionados a la actividad minera;<sup>8</sup> mostrándose así muchas incidencias y contravenciones a la esencia del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado de las personas que tengan contacto de forma directa e indirecta a esta actividad, trayendo consigo también pérdidas económicas para el Estado, como expresó el Banco Mundial<sup>9</sup>.

Se deduce así, que en nuestro país existe de forma latente y continúa diversos casos de daño al medio ambiente de naturaleza compleja ocasionada por la actividad minera, con resultados infructuosos para la salud y economía estatal y requiere de una acción rápida, sencilla y efectiva en su

---

<sup>6</sup> Trajo como consecuencia una multa de con 207.200.00 soles (77.000 dólares) a la Empresa Antamina por la OEFA. En: <http://elcomercio.pe/peru/lima/antamina-fue-notificada-multa-derrame-cobre-ancash-noticia-1585128>, ingresado el 20 de Diciembre del 2014.

<sup>7</sup> Exp. N° 04216-2008-PA/TC de fecha 06 de marzo del 2013.

<sup>8</sup> Le siguen los conflictos por actividades hidrocarburíferas con 12,5% (17 casos), asimismo se observa 06 casos energéticos, 04 casos forestales, 04 casos de residuos y saneamiento, 02 casos de agroindustrial y 02 de otros casos, que forman un porcentaje pequeño. En: <http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/objetos/paginas/6/48reporte-mensual-de-conflictos-sociales-n-122.pdf>, ingresado el 14 de Junio del 2014.

<sup>9</sup> Como se muestra en un informe realizado por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental que expresa: "El Perú tiene una población aproximada de 28 millones de personas, tan solo 10 rellenos sanitarios autorizados y cientos de botaderos ilegales a lo largo de su territorio. El Banco Mundial, en su análisis ambiental el Perú ha establecido que el costo de sus problemas ambientales ascienden a 8.2 billones de soles anuales, suma equivalente a 3.9 % del PBI. Entre las causas de estos problemas ambientales se incluye la inadecuada recolección municipal de desechos, que genera costos ambientales aproximados de 0.03% del PBI". En: BARRIOS, Rosa. "Informe legal de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental en relación a la demanda de acción de amparo planteada para solicitar la clausura del botadero Municipal de la Provincia de Maynas, Loreto" (1998). *Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - Serie de Política y Derecho Ambiental*. N° 20, Lima, p. 14.

tutela. Ante ello la solución desde el Derecho está dirigida por misceláneas de normas civiles, administrativas y penales; sin embargo estas serían insuficientes lerdas, desordenadas e incongruentes; por la misma naturaleza de las normas ambientales que es frondosa, desordenada, nueva y muchas veces no cuentan con normas procesales. Dificultando la tutela del ambiente desde el Derecho ordinario.

Por otro lado, el medio ambiente humano, adquiere categoría de derecho fundamental, y desde esa perspectiva su tutela es amparable vía acción de amparo; obviamente en los casos que merezcan su intervención; siendo esta una de las garantías constitucionales más importantes dentro de nuestro sistema jurídico, apreciándose su incidencia incluso hasta en el Tribunal Constitucional: "... la llamada "amparización" de causas o controversias es el pan de cada día de la justicia constitucional. Un reflejo de ello es la carga procesal que tiene actualmente el tribunal constitucional (TC). En efecto, de 4,291 expedientes que llegaron a su sede el 2001; 3,796 fueron amparos, es decir, el 74%<sup>10</sup>, de dicho porcentaje se aprecia que un total de 24% son *amparos ambientales*.

No obstante, estando a la importancia de esta garantía constitucional existe diversas deficiencias en ellas; en palabras del Dr. ABAD YUPANQUI Samuel: "En el Perú, concretamente en Lima, una demanda de amparo puede demorar más de tres meses en ser calificada, es decir tres meses para que el juez decida si la admite o no lo hace. Si la demanda se rechaza de plano por existir una causal de improcedencia manifiesta, mientras que se resuelve la apelación – asumamos que la corte superior revoca la decisión – y el expediente se devuelve al juzgado pueden pasar más de seis meses. Si se admite la demanda, hasta que se dicte sentencia de primer grado fácilmente superamos el año. De ahí si se apela el expediente llega a la Sala Civil de la Corte Superior y, previo recurso de agravio constitucional, se accede al tribunal constitucional, el cual pese a lo expuesto en sus sentencias (por ejemplo STC Exp. N° 02372-2007-AA/TC, f.j. 8) tampoco suele cumplir los plazos establecidos (...). De esta manera, puede afirmarse que en la

---

<sup>10</sup> GACETA JURÍDICA, "Una Radiografía al Amparo" (Junio-2013). *La Le*, año 6, N° 65, p 4.

realidad peruana, el proceso de amparo, no ha logrado convertirse en una verdadera tutela de urgencia. Si a ello agregamos el fenómeno de la corrupción o sencillamente criterio judicial equivocado, la situación se torna mucho más grave”<sup>11</sup>.

Esta dilación procesal y sin desmerecer los avances jurisprudenciales en materia ambiental, es más fehaciente; las causas inmediatas y directas de este problema son: Complejidad del daño ambiental, falta de régimen jurídico del daño ambiental y la carencia de estación probatoria en el proceso de amparo. Dichos problemas trae como consecuencia diversas dificultades para tutelar el derecho fundamental a un medio ambiente como: acceso incierto de su tutela jurisdiccional, aplicación indebida de los principios de precaución y prevención, abuso del principio de la autonomía procesal, deficiente valoración probatoria y degradación del medio ambiente sin poder retrotraerse a su estado anterior de la lesión o amenaza.

De seguir con dichos problemas, implicaría que éste proceso se torne formalista meritando sólo en algunos la simple verificación de autorizaciones, sin entender el fondo del asunto y las magnitudes del daño ambiental, no existiendo jurisprudencia uniforme incluso ya que en casos similares, tanto en la etapa postulatoria y decisoria del proceso, algunos amparos ambientales son rechazados liminarmente y en otros no, alegándose que el amparo carece de estación probatoria y para resolver estas complejidades la vía idónea sería el contencioso administrativo, sin embargo en otros casos si son admitidos a trámite realizando el juez actividad probatoria. La incertidumbre que genera la valoración del daño ambiental en el proceso de amparo es obvia y de seguir el amparo no será una verdadera garantía de tutela de derechos fundamentales y sería incierta su invocación en estos casos; emanando todos sus efectos el daño ambiental generado por la actividad minera que muchas veces pueden ser simples, complejas,

---

<sup>11</sup> ABAP YUPANQUI, Samuel. “La reforma del proceso de amparo. Avances, Problemas y agenda pendiente” citado por: ETO CRUZ, Gerardo (2013). “*Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*”, Tomo II, Lima, Ed. El Búho, p. 140-141.

invaluables, irreparables e irreversibles; quedando vacía el contenido esencial del derecho fundamental a un ambiente sano y equilibrado.

Las intenciones de esta investigación es tratar de revertir esta situación; sin desnaturalizar al proceso de amparo a fin que cumpla con su fin máximo que es tutelar los derechos fundamentales y la vigencia de la constitución; a partir de las deficiencias identificadas en el tema probatorio dentro del proceso de amparo ambiental, analizándose el sistema jurídico nacional (normas, doctrina y jurisprudencia) ello a fin de dotar naturaleza jurídica al daño ambiental; que será de gran aporte no sólo para el proceso constitucional de amparo, sino para otras disciplinas del derecho.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. Problema general**

¿Qué es el daño ambiental generado por la minería y como acreditar sus riesgos y efectos en un proceso de amparo según nuestro ordenamiento jurídico?

### **1.2.2. Problemas específicos**

- a) ¿Cuál es el tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinario del daño ambiental generado por la minería según el ordenamiento jurídico peruano?
- b) ¿Es suficiente la regulación normativa y jurisprudencial para la acreditación del daño ambiental generado por la minería en los procesos de amparo según el ordenamiento jurídico peruano?

## **1.3. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA**

La presente investigación, versa sobre la dimensión que alcanza un proceso jurisdiccional sumamente especial, como es el Amparo Ambiental, institución que en palabras del Constitucionalista Gerardo ETO CRUZ, se recoge en la siguiente reflexión: “ En un mundo cada vez más convulsionado en donde el acceso a la impartición de justicia se ve mediatizado por la dilación procesal, el amparo se presenta acaso como la gran herramienta que debe afirmar la protección frente a aquellos actos lesivos que pueden provenir

indistintamente de cualquier autoridad, funcionario o persona; y en este último caso, puede manifestarse a través de grandes entidades monopólicas, oligopólicas o transnacionales, cuyo desarrollo empresarial muchas veces genera diversas afectaciones medioambientales o complejos derechos difusos o colectivos<sup>12</sup>.

Sin embargo frente a dicha lírica jurídica, debemos tener en cuenta que la realidad de los amparos ambientales es otra cosa, puesto que no es un recurso rápido, sencillo y efectivo ante el daño ambiental, ya que no cumplen con sus fines obviamente sin desmerecer con sus aportes jurisprudenciales; al respecto: “Reconocemos que existen avances y criterios importantes desarrollados por el TC, pero aún queda mucho camino por recorrer para que el amparo se pueda convertir en un verdadero proceso de urgencia, que pueda enfrentar eficazmente los daños ambientales ante la inoperancia de los demás mecanismos existentes<sup>13</sup>. La presente investigación radica fundamentalmente en los problemas de dilación procesal en materia ambiental influenciada más de las veces por el tema probatorio.

El concepto de medio ambiente ha experimentado una notoria evolución en la década de los setenta y su cuidado ha rebasado fronteras: “La comunidad internacional centró su preocupación en la temática ambiental, es decir, en el entorno natural que afectaba la vida del hombre y su existencia como consecuencia de una serie de situaciones que los Estados tenían que afrontar, como por ejemplo la cantidad de enfermedades y muertes de personas, producto de los impactos negativos de la contaminación de los suelos, atmósfera y aguas<sup>14</sup>. Sin embargo su tutela desde los diversos mecanismos jurídicos es débil hasta algunas veces ineficaces.

En nuestro país, esta falta de “eficacia” se debe, en buena cuenta, a que el marco normativo respecto a materia ambiental sigue siendo todavía de un

---

<sup>12</sup> ETO CRUZ, Gerardo (2013). “*Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*”, Tomo I, Lima, Ed. El Búho, p. 27 al 29.

<sup>13</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel B. “El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado: Las dificultades del proceso de amparo para su tutela” (2008). *Revista de Derecho Administrativo – Derecho Ambiental*, N° 06, Año 3, p. 206.

<sup>14</sup> FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza (2012). “*El Medio Ambiente y su Tutela Jurisdiccional*”, Lima, Ed. Grijley, p. 17.

contenido profuso, desordenado y joven, que no está plenamente desarrollado, no está completo me atrevería a decir, que no está debidamente articulado todavía. Casi todo el desarrollo normativo en los años noventa estuvo enfocado a la elaboración de normas de carácter sustantivo. Por esa razón es que el derecho procedimental ambiental casi no existe en el país y es tan difícil aplicar las normas<sup>15</sup>. Razón por la cual, el proceso de amparo asume importancia para paliar este desorden legislativo y hacer frente al daño ambiental, razón por la cual tiene importancia su estudio.

En ese panorama, la acción de amparo tiene gran presencia en la tutela de los programas y/o acciones sobre el medio ambiente, como expresa Roger Vidal Ramos: “En nuestro sistema jurídico, la mayor actividad jurisdiccional en tutela de los derechos ambientales se debe a la justicia ambiental constitucional. Desde los juzgados ordinarios, salas civiles y del Tribunal Constitucional se viene sentando precedentes respecto a la protección de los derechos ambientales; es decir, en torno a la protección del derecho a la salud y los recursos naturales<sup>16</sup>. Sin embargo, este proceso es incierto y dilatado, no manifestándose así sus fines, como reponer “las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación a un derecho constitucional”.

Por otro lado, si el acceso a la tutela del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado vía acción de amparo es dilatado, ello no será favorable para el ambiente frente al daño ambiental, puesto que el pasar del tiempo para el medio ambiente es: “... bienes que no consienten la espera. En conflictos ambientales, la espera “consume” el bien jurídico protegido, de modo tal que mantener la situación es fallar cuando ya no existe interés por extinción natural e injusta del conflicto”<sup>17</sup>, y por otro lado su acceso y disfrute constituye un especial valor material en el sistema de derechos constitucionales dada su condición de presupuesto para el ejercicio de los

---

<sup>15</sup> ALEGREN CHANG, Ada. “Temas ambientales”. Ponencia magistral desarrollada en el evento: Inmersión para Fiscales en Materia Ambiental. Organizado por la Fiscalía de la Nación, en convenio con la Escuela del Ministerio Público Gonzalo Ortiz de Cevallos. Lima, 14 al 19 de julio del 2008. En: LAMADRID UBILLÚS, Alejandro (2011). *“Derecho Ambiental Contemporáneo – Crisis y Desafíos”*, Lima, Ed. San Marcos, p. 351.

<sup>16</sup> VIDAL RAMOS, Roger (2014). *“La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en el Sistema Peruano”*, Lima, Ed. Lex& Iuris, p. 203.

<sup>17</sup> ETO CRUZ, Gerardo. Op. Cit., Tomo II, p. 467.

otros derechos; es más el contenido esencial del derecho fundamental a un medio ambiente sano y equilibrado quedaría carente de contenido.

Por otro lado en muchos procesos constitucionales de amparos ambientales también está presente el interés económico de las empresas económicas, debiendo de ser entonces este proceso constitucional tener suficientes garantías para consensuar los intereses de las partes. Una planificación inteligente puede y debe armonizar los recursos renovables y los no renovables que deben ser tratados en forma distinta, pero con prudencia y sabiduría<sup>18</sup>.

Es evidente, que el conocimiento de las limitaciones que padecen los procesos constitucionales de amparos ambientales en el extremo de la probanza de daño ambiental por parte del recurrente y del juez constitucional, harán factibles evaluar las posibilidades o mecanismos legales que refuercen el actuar de esta área procesal del Derecho en el resguardo del medio ambiente frente al daño ambiental.

## **1.4. JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD**

### **1.4.1. Justificación teórica**

En principio, el presente trabajo se ha de apoyar en los postulados de la teoría de la argumentación promovido con mayor acentuación en los últimos por los Doctores Manuel Atienza y Robert Alexy, quienes afirman: “El Derecho no puede, naturalmente, reducirse a argumentación, pero el enfoque argumentativo del Derecho puede contribuir de manera decisiva a una mejor teoría y a una mejor práctica jurídica. Sin embargo, la teoría general del Derecho, al menos hasta fechas muy recientes, no incluía el de “argumentación” como uno de sus conceptos básicos (...) el Derecho puede concebirse como una empresa dirigida a la resolución (o al tratamiento) de cierto tipos de problemas mediante la toma de decisiones por medio argumentativos. (...). De manera que, si esto es así bien podría decirse que la argumentación (la

---

<sup>18</sup>PEÑA CABRERA. Raúl, (1992). “Código Penal Comentado”, Lima, Ed. San Marcos, p. 325.

tarea de suministrar esas razones) acompaña las decisiones como la sombra al cuerpo: argumentar y decidir son facetas de una misma realidad”<sup>19</sup>. En especial se abordará el tema de la argumentación de hechos pregonada por el Dr. Daniel Gonzales Lagier. Por último también se utilizarán los planteamientos de la decisión justa del Dr. Michelle Tarufo.

También se tendrá que sostener en uno de los pilares del pensamiento constitucional lo que se puede denominar “Las Líneas Maestras del Constitucionalismo Contemporáneo”; Estos lineamientos desde el plano constitucional pueden o deben constituir, una forma de solución para los diversos cambios ocurridos en el seno de la sociedad, pudiendo apoyarse nuestra investigación en la línea maestra de: “El Derecho Constitucional y su vinculación con las instituciones públicas”, que a decir de ZELADA BARTRA Jaime Víctor: “El moderno enfoque amplía el horizonte del Derecho Constitucional más allá del solo fenómeno jurídico, pues si bien es verdad que el tema central de su estudio son las normas constitucionales reguladoras de las instituciones del Estado, tales normas se comprenderán mejor, aprovechando los resultados de otras disciplinas, como la Sociología o la Ciencia Política. El examen formalista resulta insuficiente, porque la verdad política de un régimen no está expresada de manera integral en el texto constitucional; por tanto, no basta el análisis exegético de las normas constitucionales, sino que se hace necesario desentrañar las verdaderas fuerzas políticas y sociales que fundamentan el sistema constitucional, las que se manifiestan en el funcionamiento concreto de las instituciones políticas y las fuerzas sociales que operan en los hechos”<sup>20</sup>.

Así mismo, es pertinente abordar concepciones estrictas y amplias del medio ambiente, la concepción estricta sostiene que sus elementos naturales son sólo el agua y el aire, como afirma Martín Mateo citado por

---

<sup>19</sup> ATIENZA, Manuel (2006). *“El Derecho como Argumentación – Concepciones de la Argumentación”*, Barcelona, Ed. Ariel S.A., p. 61-62.

<sup>20</sup> ZELADA BARTRA, Jaime Víctor (Octubre-2011). “Líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo y la teoría de materialización de valores”, *Suplemento de Análisis Legal del Peruano – Jurídica*, N° 376, Año 08, p. 07.

Daniel Irwin Yacolta Estares: El medio ambiente está integrado por “aquellos elementos naturales de titularidad común y características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra”<sup>21</sup>. La concepción amplia, según Ferrer, incluye toda la problemática ecológica general y por supuesto el tema capital de la utilización de los recursos a disposición del hombre en la biosfera. Esta noción también incluiría las cuestiones relativas al urbanismo y a la ordenación del territorio<sup>22</sup>. En el presente trabajo se utilizará ambas concepciones por su amplia relación al momento de fijarse el contenido del derecho al medio ambiente.

En definitiva, podemos advertir que el concepto de medio ambiente tiene una naturaleza dinámica. Según la doctrina tiene dos vertientes claramente definidas. La primera a está vinculada con una concepción estricta y la segunda con una concepción amplia: ambas tendencias resultan de importancia para la evolución del concepto como fundamento indispensable para lograr la protección ambiental<sup>23</sup>.

Asimismo se acoge a la Teoría de los Derechos Fundamentales, a fin de determinar la importancia del derecho estudiado, al respecto: “Es sabido que existen derechos que en determinados casos deben ser privilegiados por sobre los otros, y los bienes jurídicos ambiente y salud son en este caso los que deben protegerse por sobre los bienes jurídicos económicos, como por ejemplo la actividad empresarial. Tampoco se puede concluir que en todos los casos donde se aplique el principio precautorio se trata de impedir el flujo comercial y la actividad empresarial. Se trata más bien de proteger bienes jurídicos más

---

<sup>21</sup> MARTÍN MATEO, Ramón (1991) *“Tratado de Derecho Ambiental”*, Madrid, p. 86. Citado por: YACOLTA ESTARES, Daniel Irwin (2009). *“Derecho Tributario Ambiental”*, Lima, Ed. Grijley, p. 13.

<sup>22</sup> FERRER DUPUY, *Perspectiva Jurídico – Financiera del Medio Ambiente*, citado por: YACOLTA ESTARES, Daniel Irwin. Op. Cit., p. 14.

<sup>23</sup>Ibid, p. 16.

importantes, como son la propia vida humana y también la de su entorno, porque esta a su vez le permitirá al ser humano vivir”<sup>24</sup>.

También se acogerá a los postulados de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba y la aplicación del Principio Precautorio en la medida que; “... facilitan la tarea atinente en la demostración del daño, no dispensa al amparista de acreditar los presupuestos fundamentales para la procedencia del amparo. Aquellas pautas deben conjugarse con las particulares exigencias que impone este proceso, no pudiendo revelar al amparista de acreditar – prima facie – la existencia de una ilegitimidad manifiesta que torne procedente la vía, reservándose eventualmente su aplicación para el supuesto de que quedara alguna duda al momento de la sentencia”<sup>25</sup>.

La presente investigación también se acoge a los postulados de la tutela inmediata; desde que la necesidad actual e irremplazable de protección inmediata de los derechos constitucionales constituye el interés procesal propio del amparo. (...) En este contexto, la causal de improcedencia regulada en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional está dirigida a proteger el significado esencial del amparo y a evitar que, en ausencia del interés procesal descrito, este proceso se convierta en un instrumento para discutir pretensiones ajenas a la necesidad de tutela inmediata de los derechos<sup>26</sup>. Es esta tutela inmediata que habilita muchas veces a las acciones de amparos ambientales, a fin de dejarse de lado las acciones administrativas y evitar dilación de tiempo, perjudicial para el medio ambiente.

#### **1.4.2. Justificación práctica**

La presente investigación, encuentra su justificación práctica en la necesidad de contrarrestar la dilación de los proceso de amparos

---

<sup>24</sup> ROJAS ROMERO, Ileana. “¡No sigan, podrían afectar humedales y cultivos! Caso pesquera Natalia y la incertidumbre científica para aplicar el principio precautorio ambiental”. En: Gaceta Constitucional (2013), Tomo 65, Lima. Ed. El Búho, p. 189-190.

<sup>25</sup> K. SAFI, Leandro (2012). “El Amparo Ambiental”, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot S.A., p. 356.

<sup>26</sup> CAIRO ROLDÁN, Omar (2005). “El Amparo Residual y el Estado de la Justicia Constitucional”, *Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano - JURÍDICA*, Año 2, N° 59, p. 12.

ambientales como consecuencia del tema probatorio; todo ello con la finalidad de que las mismas sean superadas o reforzadas a través de mecanismos jurídicos especiales, para que el proceso constitucional de amparo sea un verdadero recurso de urgencia, cuyas soluciones y/o postulados encuentren aplicabilidad frente al daño ambiental, con el propósito de mitigar y tutelar el menoscabo del derecho dirigido hacia un medio ambiente sano y equilibrado.

Somos conscientes que el problema principal de haber reconocido constitucionalmente el derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado, es reflejo de aquella realidad de nuestros países donde se advierten elevados niveles de contaminación que resultan inaceptables en el contexto de un mundo moderno porque no van de la mano con lo dispuesto por la Constitución. Por ello, es indispensable que el crecimiento económico por el que atraviesa el país vaya acompañado de una decidida voluntad política que garantice la vigencia de este derecho, así como la “mejora de las condiciones sociales”<sup>27</sup>. Razón por la cual se incentivará con la presente la voluntad del legislador para regular el daño ambiental en el proceso de amparo.

#### **1.4.3. Justificación legal**

La presente investigación, cumple con los diversos parámetros establecidos por las leyes y reglamentos universitarias vinculados a la investigación; así por ejemplo, la estructura del presente proyecto de tesis cumple con los mínimos estándares formales plasmados en el Anexo N° 01 del Reglamento General de Investigación de la Oficina General de Investigación y Cooperación Técnica de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo; siendo las siguientes bases legales:

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 23733

---

<sup>27</sup>Esto último lo anuncia el Marco Macroeconómico Multianual 2009-2011. “Del Crecimiento Económico al Bienestar Social”, aprobado por el Consejo de Ministros el 28 de mayo del 2008. En: ABAD YUPANQUI, Samuel B. *“El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado: Las dificultades del proceso de amparo para su tutela”*, Op. Cit., p. 206.

- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento General de Investigación de la UNASAM
- Reglamento de Grados y Títulos de la FDCCPP- UNASAM<sup>28</sup>.

#### **1.4.4. Justificación metodológica**

Es de entender que en el curso del proceso investigador se aplicará la metodología de la investigación jurídica, el método comparativo, el método dogmático; asimismo de manera general el método sintético, deductivo, inductivo y analítico; en cuanto al tipo de investigación se desarrollará el tipo científica pura o cualitativa, y diseño en cuanto al diseño de investigación se desarrollará el estudio descriptivo o diagnóstico, superándose el diseño explorativo; siguiendo sus orientaciones metodológicas respectivamente, como estudio de casos, estudio de tipo evolutivo, estudios de seguimiento, análisis documental, análisis de tendencia<sup>29</sup>; sin perjuicio de adentrarnos a las cualidades sustanciales del Derecho Comparado.

#### **1.4.5. Justificación técnica**

Se cuenta con el soporte técnico, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2013. Así como los correspondientes y diversos útiles de escritorio.

#### **1.4.6. Viabilidad**

##### **1.4.6.1. Bibliográfica**

Se tiene acceso suficiente a fuentes de información tanto bibliográficas, hemerográficas y virtuales; la mayor parte de las obras citadas en el presente plan de tesis se encuentran en la biblioteca privada del investigador; así como también se cuenta con

---

<sup>28</sup>Aprobada mediante Resolución de Consejo Universitario – Rector N° 165-2012-UNASAM.

<sup>29</sup> Según ARNAU G. Jaime, la palabra diseño significa “el plan según el cual se asignan los sujetos a las condiciones del experimento, o el plan según el cual se determina el orden de administración de las condiciones a un sujeto”. Citado por: NOGUERA RAMOS, Ivan (2003). “*Tesis de Post Grado*”, Lima, Ed. EDDILI, p. 28.

el acceso a las bibliotecas de la Universidad Santiago Antunez de Mayolo, de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Escuela de Derecho y la Biblioteca Nacional del Perú.

#### **1.4.6.2. Económica**

Se cuenta con recursos económicos para poder afrontar los gastos que genere la investigación, los mismo que están detallados en el presupuesto; los mismos que serán autofinanciados.

#### **1.4.6.3. Temporal**

Cabe precisar que el presente plan de tesis fue elaborada de manera conjunta con el desarrollo de su problema principal y se viene forjando desde el mes de julio del 2014 aproximadamente; razón por la cual su ejecución se podrá plasmar en un mínimo de cuatro meses aproximadamente, contados desde su aprobación del plan de tesis de ser el caso. Entendiéndose que se cuenta información necesaria sobre el tópico a tratar y que la presente investigación tiene un régimen netamente cualitativo.

### **1.5. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS**

#### **1.5.1. Objetivo general**

Analizar y explicar el tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinario del daño ambiental generado por la minería, así como su acreditación funcional en los procesos de amparo en el ordenamiento jurídico peruano.

#### **1.5.2. Objetivo específico**

- a) Determinar el tratamiento jurídico del daño ambiental generado por la minería en el ordenamiento jurídico peruano.
- b) Determinar el escaso tratamiento jurídico para la acreditación funcional del daño ambiental generado por la minería en los procesos de amparo en el ordenamiento jurídico peruano.

## **1.6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS**

La acción de amparo para la protección del derecho fundamental a un medio ambiente sano y equilibrado por daño ambiental generado por la minería dentro del ordenamiento jurídico peruano, es el medio más importante e idóneo aparentemente; sin embargo, su acceso es impredecible y dilatado en el tiempo; a consecuencia de la carencia de una estación probatoria sólida en el proceso de amparo y por la complejidad del daño ambiental. Razón por la cual es necesario fijar reglas especiales para valorar diversos elementos de convicción y acreditar el daño ambiental y con ello evitar su rechazo liminar, incertidumbres y dilaciones procesales.

## **1.7. VARIABLES**

### **1.7.1. Variable Independiente**

El Proceso Constitucional de Amparo Ambiental.

### **1.7.2. Variable Dependiente**

El Daño Ambiental generado por la minería.

## **1.8. METODOLÓGIA**

### **1.8.1. Tipo, diseño y régimen de investigación**

#### **a) Tipo de investigación**

Corresponderá a una Investigación Jurídica Dogmática<sup>30</sup>, que permitirá ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación

---

<sup>30</sup>Cfr. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *“Metodología de la Investigación Jurídico Social”*, Lima. Así mismo siendo una investigación dogmática, de naturaleza teórica no es requisito la delimitación temporal ni espacial, requisito valido solo para las investigaciones empíricas o jurídicas sociales, que no es el caso de la presente investigación. Por tanto especificar el lugar y tiempo de ejecución no es necesario. Planteamientos tomados de Chávez Rosero, Fernando en su artículo “Algunos alcances sobre el método dogmático en la investigación jurídica” disponible en [www.essentialuris.es/B3-metodo.htm](http://www.essentialuris.es/B3-metodo.htm), donde plantea que: “Una investigación de carácter jurídico dogmática concibe al problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento factico o real que se relacionen con la institución o especie legislativa. Su contenido básico será de interpretar el derecho formal”. Así mismo, JORGE WITKER en su libro *“La Investigación Jurídica”* respecto a las investigaciones dogmáticas plantea que “Los dogmáticos y formalistas investigan lo que los hombres dicen que hacen con el Derecho. La finalidad de este tipo de investigación es evaluar las estructuras del derecho... visualizara su problema jurídico solo a la luz de las fuentes formales, y por consecuencia, su horizonte se limitara a las normas legales vigentes en los que está inscrito el problema. No serán parte de su labor inquisitoria los factores reales que han generado esa normatividad. El objeto de la investigación jurídica queda reducido, por tanto a las fuentes

planteado, sobre la acreditación del daño ambiental en los procesos de amparos ambientales para la protección del derecho fundamental a un medio ambiente sano y equilibrado, enfocadas desde la jurisprudencia, dogmática y normatividad constitucional, a fin de determinar las distintas posiciones y la formas que se presentan las variables de estudio.

### **b) Tipo de diseño**

Corresponderá a la denominada No Experimental<sup>31</sup>, debido a que carecerá de manipulación intencional de la variable independiente, además no poseerá grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad será analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

### **c) Diseño General**

Se empleará el diseño Transeccional o Transversal<sup>32</sup>, cuya finalidad será recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está delimitado por un periodo temporal desde la vigencia de la Ley N° 28237 – Código Procesal Constitucional – del 31 de Mayo de 2004, hasta el año 2014.

### **d) Diseño específico**

Se empleará el diseño descriptivo- explicativo<sup>33</sup>, toda vez que se estudiará los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto, sobre la acreditación de daño ambiental en el proceso de amparo, jurisprudencia y normatividad constitucional, y así explicar el comportamiento de las variables de estudio.

---

formales, que son las únicas dotadas de eficacia para resolver las interrogantes que una tesis de derecho de tipo dogmático presenta". (pp. 59-60).

<sup>31</sup>ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *"Fundamentos de la investigación científica y jurídica"*, Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

<sup>32</sup>HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *"Metodología de la investigación"*, Editorial Mc GrawHill, México, p. 151.

<sup>33</sup>CÍVAN DALEN, D. YW. MEYER. *"Manual de Técnicas de la Investigación Educativa"*, México, A.I.D., 1971: "Algunos le denominan OBSERVACIONAL. Este tipo de investigación "consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes mediante la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Pero la investigación descriptiva no se limita a la mera recolección de datos; la meta de los investigadores competentes es la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables". Citado por: NOGUERA RAMOS, Iván. *"Tesis de Post Grado"*, Lima, Ed. EDDILI, 2003, p. 30.

## **1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico**

### **1.8.2.1. Población**

**a) Universo Físico.-** Estará constituida por el ámbito local y nacional.

**b) Universo Social.-** La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática y jurisprudencia constitucional.

**c) Universo temporal.-** El periodo de estudio corresponderá desde la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional hasta el año 2014.

### **1.8.2.2. Muestra**

- **Tipo:** NoProbabilística
- **Técnica muestral:** Intencional
- **Marco muestral:** Doctrina, jurisprudencia y normatividad constitucional.
- **Unidad de análisis:** Documentos (Doctrina y Jurisprudencias de diversas instancias incluidas las del TC).

## **1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información**

### **a) Ficha de análisis de contenido.-**

Para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones.

### **b) Documentales.-**

Ello referido a textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina y jurisprudencia constitucional sobre materia ambiental.

### **c) Electrónicos.-**

La información que deberá recabarse de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación.

#### **d) Fichas de Información Jurídica.-**

Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente en el momento oportuno; usándose fichas bibliográficas y hemerográficas.

#### **1.8.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información**

Para la obtención de datos de la presente investigación se hará a través del método cualitativo lo que permitirá recoger opiniones o valoraciones sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados de casos concretos de diversas instancias judiciales en materia de amparo.

El recojo de información del trabajo de campo se realizará a través de la fichas y ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para el estudio de la normatividad se realizará a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática de nuestro problema de estudio.

Finalmente para la validación de las hipótesis, se formulará en la ejecución del proyecto, el diseño del Trabajo Operacional, que tiene como objetivos; trabajar con la información vertida por la muestra en el trabajo de campo a fin de procesar esta información con técnicas estadísticas apropiadas que permitan dar confiabilidad y validez al instrumento de medición a efecto de contrastar científicamente las hipótesis.

Los datos que se obtengan con los diversos instrumentos serán evaluados en base a la teoría de la argumentación jurídica en materia de hechos, junto con los postulados de la decisión justa.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Antecedentes

La presente investigación, no cuenta con antecedentes cercanos al tema que nos ocupa, sin embargo realizando la búsqueda respectiva se encontró tesis y proyectos de tesis vinculados al cuidado del medio ambiente siendo estos, los siguientes:

- a) VIDAL RAMOS Roger Pavletich<sup>34</sup>, tesis “La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en el Sistema Peruano”. En la cual se vislumbra la problemática sobre la carencia de un régimen jurídico de daño ambiental, la carencia de una reglamentación de la Ley del Ambiente N° 28611 y la falta de una regulación especial sobre responsabilidad civil por daño ambiental; describiendo y analizando los vacíos legales para después arribar a una intensión legislativa.
- b) TACILLA VENTOCILLA Felix Humberto<sup>35</sup>, plan de tesis “Ineficacia de la Aplicación de la Ley de Delitos Ambientales en la Provincia de Cajatambo”. Cuya descripción de la problemática se orienta hacia el entorno de las políticas de protección ambiental, no se toman las medidas necesarias para implementar las mismas, más aún cuando las sanciones por los delitos cometidos no constituyen penas que repriman este tipo de ilícitos penales, y más aún la reparación civil no responde en lo mínimo al daño ocasionado por estas empresas mineras, teniendo en cuenta la responsabilidad social que estas deben tener. La minería genera gran cantidad de pasivos ambientales, que no tienen un tratamiento adecuado, por lo general son vertidos a las principales fuentes hídricas de los ríos, tanto en Pativilca y Huaura,

---

<sup>34</sup>VIDAL RAMOS, Roger Pavletich (2013). “La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en el Sistema Peruano”, [Tesis Magister], *Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Unidad de Postgrado*.

<sup>35</sup> TACILLA VENTOCILLA, Felix H. (2012). “Ineficacia de la aplicación de la ley de delitos ambientales en la Provincia de Cajatambo”, [plan de tesis], *Universidad Alas Peruanas*.

generando una situación crítica en la provincia de Oyón ya que es la provincia con mayor actividad minera en la Región, y con un valle altamente productivo en lo que respecta a la Actividad Agrícola y Pecuaria. Similar situación atraviesa la provincia de Cajatambo, en cuya zona, si bien la actividad minera no es comparable a la de Oyón, el problema radica en la escasa fiscalización ambiental, lo que trae consigo a que este se una problema que atañe más allá de las normas o de la ineficacia en cuanto a una sanción, sino que tiene gran impacto sobre la economía, la salud, la vida, etc.

- c) ZEGARRA, M.<sup>36</sup>, tesis “Resolución de Conflictos Medioambientales en la Microcuenca del Río Porcón, Cajamarca 1993-2002”. El objetivo es investigar sobre los conflictos medioambientales surgidos en nueve años de relaciones entre la Empresa Minera Yanacocha SRL y las comunidades de su entorno. Se trata de conflictos que giran alrededor de la posesión y calidad de recursos naturales fundamentales como la tierra y el agua. Analíticamente, se distinguen dos manifestaciones del conflicto medioambiental: El primer hecho conflictivo se originó con el proceso de compra de tierras por parte de Minera Yanacocha SRL en la zona del cerro Quilish, durante los años 1993-1994. La segunda manifestación del conflicto, tuvo origen en el derrame de sustancias tóxicas en las plataformas de exploración del Cerro Quilish en 1993, y se ha prolongado hasta hoy debido a que inicialmente se intentó una “solución de compromiso” que no resolvió el problema de la contaminación de aguas en las raíces mismas de los factores que la ocasionaban. A lo largo de nueve años, las denuncias de los campesinos que acusan contaminación de las aguas de los ríos y canales de riego han ido *in crescendo* y la problemática se ha extendido más allá de las fronteras de la microcuenca para llegar a afectar también a la población de Cajamarca. Este conflicto es de una complejidad mayor, puesto que involucra no sólo a la sociedad rural, sino también urbana de Cajamarca, ya que la ubicación de las minas se halla precisamente en la cabecera de la cuenca que abastece de agua a la población de la ciudad. La

---

<sup>36</sup> ARANA ZEGARRA, Marco (2009). “Resolución de Conflictos Medioambientales en la Microcuenca del Río Porcón Cajamarca 1993-2002”, [Tesis doctoral], *Pontificia Universidad Católica del Perú*.

búsqueda de soluciones a este conflicto aún se halla en curso en el espacio social y geográfico más amplio de la Mesa de Diálogo del CTAR - Cajamarca.

- d) BEBBINGTON A.<sup>37</sup>, tesis “Actores y ambientalismos: conflictos socio-ambientales en Perú”. Esta tesis identifica cinco tipos de ambientalismos que están presentes en los conflictos mineros en el Perú: el conservacionista, el nacionalista-populista, el de defensa de las formas de vida, el de justicia socio-ambiental y el ecologismo profundo. Se sugiere que cada ambientalismo conlleve diferentes salidas a los conflictos ambientales: la compensación en unos casos o el debate público abierto y otros. Es esta segunda salida la que promovería un fortalecimiento de la democracia. La experiencia histórica sugiere que muchas instituciones del estado de bienestar han nacido a raíz de los conflictos sociales. En este sentido los conflictos pueden verse no como problemas a resolver en el corto plazo sino como motores que empujan procesos de transformación institucional.
- e) GAMARRA David<sup>38</sup> tesis “La ley penal ambiental y su relación con responsabilidad penal por delitos de contaminación ambiental generados por la actividad minera en la provincia de Recuay”, donde el autor concluye que La administración pública de nuestra Región, llámese los entes involucrados en la preservación del medio ambiente no tiene interés en recurrir al Ministerio Público a fin de ejercitar acción penal por delitos de contaminación ambiental provenientes de efluentes mineros descontrolados en los Distritos de Ticapampa y Cátac de la Provincia de Recuay y La legislación penal establecida en el código penal peruano no es efectiva para este caso en específico, de allí la desconfianza en el poblador, en el líder campesino, en el dirigente vecinal, en el funcionario público de recurrir a las denuncias de índole penal para prevenir, controlar o reprimir la comisión de esta clase de delitos.

---

<sup>37</sup> BEBBINGTON, A. (2008). “Actores y ambientalismos: conflictos socio-ambientales en Perú”, [Tesis magister], *Universidad Mayor de San Marcos – Unidad de Post Grado*.

<sup>38</sup> GAMARRA BENITES, David (2011). “La ley penal ambiental y su relación con responsabilidad penal por delitos de contaminación ambiental generados por la actividad minera en la provincia de Recuay”, [tesis magister], *Univesidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo*.

- f) CORILLOCLA TERBULLINO Pavel Gabriel<sup>39</sup>, plantea que el derecho fundamental al medio ambiente sano y equilibrado de toda persona; también sea considerada como un derecho individual y social; es decir el autor plantea que los derechos de tercera generación basados en los principios de solidaridad y que dentro de ellos se encuentra el derecho al medio ambiente, sea considerado como un derecho de segunda y a la vez de tercera generación; cuyos derechos se basan en los principios de libertad e igualdad. El mismo que es un planteamiento interesante ya que el derecho al medio ambiente tendría un papel preponderante en el catálogo de derechos fundamentales como el derecho a la vida y libertad.
- g) HUERTA GUERRERO Luis Alberto<sup>40</sup>, hace un estudio integral a manera de bosquejo de las distintas instituciones jurídicas que contiene el proceso de amparo como el tema de los actos lesivos, medidas cautelares, rechazo liminar, dilación o plazos procesales, como también el tema de la actividad probatoria, nombrando las falencias y bondades de estas en la tutela del derecho fundamental a un medio ambiente, sin embargo éstas son estudiados de forma genérica y las soluciones son someras; sin intensificar su análisis; por otro lado también desarrolla el origen y las generaciones de los derechos fundamentales haciéndose énfasis al derechos fundamental del medio ambiente; por otro lado demuestra su hipótesis al referirse que el proceso constitucional de amparo presenta serias deficiencias, que impiden que a través del mismo se pueda alcanzar una tutela judicial rápida y efectiva del derecho fundamental al medio ambiente equilibrado y adecuado.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. Fundamentos y generaciones de los derechos fundamentales**

#### **2.2.1.1. Fundamentos de los derechos fundamentales**

---

<sup>39</sup> CORILLOCLA TERBULLINO, Pavel Gabriel (2006). "El derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado como un derecho individual y social: Una propuesta para garantizar su eficacia", [Tesis para optar el Título Profesional de Abogado], *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*.

<sup>40</sup>HUERTA GUERRERO, Luis Alberto (2012). "Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo", [Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho], *Pontificia Universidad Católica del Perú*.

El análisis y estudio de un derecho fundamental, deben iniciarse por la identificación de sus fundamentos, labor que no es nada sencilla, al ser objeto de estudio de diversas disciplinas del derecho principalmente de la filosofía del derecho y el derecho constitucional, siendo las más reconocidas la iusnaturalista, la historicista, la pragmática y la positivista; cuyos enunciados nos serán de gran ayuda para dicho cometido, no obstante a que existe variantes o tesis mixtas entre estos. Por ejemplo, desde la tesis positivista dual, representada por el maestro Gregorio PECES BARBA MARTÍNEZ, que expresa que los fundamentos de los derechos fundamentales se ve trastocada por diversos factores en su devenir histórico: *“Los derechos fundamentales como concepto histórico” no es una historia de los derechos, sino una formalización de los materiales aportados por la historia, que explican el origen de los derechos en el tiempo, las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas que les originan como idea moderna de la dignidad humana, y los ámbitos y circunstancias en que surgen*<sup>41</sup>. El tema dignidad en derechos fundamentales es primaria y esencial<sup>42</sup>; sin embargo, es esta dignidad que viene acompañado de diversos valores que comprenden los demás derechos fundamentales.

En esa línea de ideas, se tiene también el uso del término “derechos naturales” que se identifica con una posición iusnaturalista, incluso situada en momentos históricos anteriores, y supone una terminología anticuada y en relativo desuso; sin embargo, el iusnaturalismo contemporáneo utiliza otros términos como “Derechos Morales” existiendo grandes defensores en la cultura jurídica, como el maestro Carlos SANTIAGO NINO: “... la alusión a derechos humanos adquiere una importancia radical para cuestionar leyes, instituciones, medidas o acciones, esos derechos no se identifican con los que surgen de normas del derecho positivo sino que, en todo caso, se entiende que los derechos jurídicos así creados constituyen sólo una consagración, reconocimiento o medio de implementación de aquellos derechos que son

---

<sup>41</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales - Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 106.

<sup>42</sup> “De allí que la dignidad se convierta en el último e infranqueable límite frente a la cualquier pretensión desde la sociedad o el Estado, de cercenar los derechos inherentes de la persona. Ello en razón a que son la expresión más inmediata y concreta de ella”. En: GARCÍA TOMA Víctor. *Derechos Fundamentales*. Segunda Edición, Lima, ADRUS, 2013, p.120.

lógicamente independientes de esta recepción jurídica. Se reclama el respeto de los derechos humanos aun frente a sistemas jurídicos que no los reconocen y precisamente porque no los reconocen”<sup>43</sup>.

De otro lado, la teoría pragmática centra el fundamento de los derechos fundamentales en la necesidad de su protección, siendo BOBBIO, citado por German BIDART CAMPOS uno de los pensadores más reconocidos de esta tendencia, expresa: “... *no puede haber un fundamento absoluto de derechos que son históricamente relativos. El problema que se nos presenta –añade– no es filosófico, sino jurídico, y en sentido más amplio, político. Para Bobbio, no se trata tanto de saber cuáles y cuántos son los derechos humanos, ni cuál es su naturaleza o fundamento, o sison derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, y para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean violados continuamente*”<sup>44</sup>.

Sin dejar de reconocer que desde una perspectiva filosófica difícilmente existirá un consenso sobre los fundamentos de los derechos fundamentales, BIDART CAMPOS opta por buscar una armonía entre los enfoques filosóficos y los prácticos: “*Lo que tal vez deba lograrse, para pacificar la inquietante discusión filosófica, sea una conciliación empírica: que desde una u otra postura, con uno u otro fundamento, se coincida en que el hombre es sujeto de esos derechos (¿se podría decir que el hombre es su fundamento?) y que el régimen político debe darles vigencia sociológica en un Estado democrático. Aquí se centraría el acuerdo de base, sin que fuera necesario arribar a él desde un mismo y común fundamento filosófico tan difícil de convocar unanimidades*”<sup>45</sup>.

Por otro lado, desde el plano del desarrollo constitucional contemporáneo europeo tiene en la teoría de los derechos fundamentales, la expresión más clara que la utopía liberal del siglo XVIII ha logrado institucionalizar en la sociedad y en el Estado, la garantía de la protección y desarrollo de los derechos de toda persona humana. Proceso histórico que no ha sido ni es pacífico, ni uniforme en

---

<sup>43</sup> SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos - un ensayo de fundamentación*. 2da Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, p. 15.

<sup>44</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría general de los derechos humanos*, México D.F. UNAM, 1989, p. 87.

<sup>45</sup>Ibid., p. 98.

el mundo; debido a que el cambio estructural de los derechos fundamentales, corresponde al cambio del concepto del Estado de derecho, como aquellos conceptos se corresponden con el *rule of law* previamente establecido<sup>46</sup>. Desde el plano constitucional existen la Teoría del Estado de los Derechos Fundamentales y Teoría de los Derechos Constitucionales.

Teoría del Estado de los derechos fundamentales que propugna la idea de los derechos fundamentales vinculada a la noción de Estado se puede fundamentar en el plano teórico-doctrinal, siguiendo a FIORAVANTI Maurizio, en tres modelos que se integran parcialmente: historicista, individualista y estatalista. De esta manera, "tenemos una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista (en la revolución francesa); una doctrina individualista e historicista, construida en clave antiestatalista (en la revolución americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (en los juristas del Estado de derecho del siglo XIX)"<sup>47</sup>.

Teorías constitucionales de los derechos fundamentales, a partir de que la Constitución dejó de ser entendida como un sistema de garantías, para convertirse en un sistema de valores fundamentales, con principios de justicia social y derechos económicos y sociales, se dio lugar al desarrollo de una rica jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos y en particular el alemán, sobre el contenido concreto de los derechos fundamentales; el cual ha estado alimentado por viejas y nuevas teorías constitucionales, que han incidido en el fortalecimiento del Estado constitucional. En tal sentido, se pueden identificar a las principales teorías de los derechos fundamentales en seis grupos (Teoría: Liberal, de los Valores, Institucional, Democrático – funcional, Jurídico Social y Garantía Procesal)<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup>Leibholz Gerhard, Stuttgart y otros. Citados por LANDA ARROYO Cesar en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>, accedido el 11-03-16.

<sup>47</sup> FIORAVANTI, Maurizio, Los derechos fundamentales, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Trotta, 1996, p. 25. Citado por LANDA ARROYO Cesar en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>, accedido el 11-03-16.

<sup>48</sup>HÄBERLE, Peter, "Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania", Pensamiento Constitucional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú-Maestría en Derecho Constitucional, s. a., s. n., 1994, pp. 45 y ss.; Kröger, Klaus Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, pp. 13-30; asimismo, Pérez Luño, Antonio, Derechos humanos, Estado de

Después de señalar algunas de estas tesis vinculadas con los fundamentos de los derechos fundamentales provenientes desde el plano constitucional y filosófico; cabe precisar que los fundamentos de los derechos humanos no constituyen un tema estrictamente jurídico, pero sí una premisa importante para el operador del derecho en el ámbito de los procesos judiciales relacionados con la tutela de estos derechos, en particular cuando deben ser ponderados entre sí o con otros bienes jurídico-constitucionales. La preferencia que en algunos casos adquiere un derecho cuando entra en conflicto con otros puede estar justificada en algunas de las teorías que hemos reseñado. Puede citarse, a modo de ejemplo, las dificultades que se han presentado en el caso de la tutela de los derechos sociales, cuya positivación en normas constitucionales e internacionales no se ha dado con la misma rapidez que en el caso de los derechos civiles, generándose además dudas en cuanto a su protección en sede judicial<sup>49</sup>.

Todas estas tesis plasmadas en teorías desde la filosofía del derecho como del derecho constitucional, adquieren en los derechos fundamentales diversos fundamentos para su existencia, y que estos son muy importantes al momento que colisionen o se positivasen los derechos fundamentales; como se expresa Robert ALEXY: *“El derecho fundamental a la vida y a la integridad corporal debe preceder al principio del adecuado funcionamiento del sistema penal, que se deriva del principio del Estado de Derecho, cuando existe “el peligro concreto de que a causa de la realización de la audiencia, el acusado pierda su vida o sufra graves daños en su salud”. Bajo esas condiciones, el derecho fundamental tiene un peso mayor y por eso tiene prioridad. Sin embargo, esto puede ser al contrario bajo otras condiciones”*<sup>50</sup>.

---

derecho y Constitución, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 295-316. Citado por LANDA ARROYO Cesar en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>, accedido el 11-03-16.

<sup>49</sup>Pueden decirse que están fundamentados aquellos derechos en cuyo favor operan poderosas razones morales [...] Y sin embargo, puede ocurrir que a la hora de proceder a su positivación, nos encontremos con serias dificultades; puede ocurrir que existan poderosas razones de tipo económico, normalmente basadas en la noción de eficiencia, que desaconsejen la positivación de algunos derechos, por no ser incluso la mejor forma de procurar proporcionar el bien garantizado por el derecho”. Cfr.: GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *“Concepto y fundamento de los derechos humanos”*. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Volumen 14, 1991, p. 50.

<sup>50</sup>ALEXY, Robert. *“Sobre la estructura de los principios - Tercera Parte de Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”*. Externado. Colombia, N° 28, p. 99.

Es así, que en colisión de derechos fundamentales en casos concretos se opta por la preferencia de uno de ellos por el cierto grado de relevancia o prioridad que básicamente se opta por el peso del fundamento esgrimidos en ellos representados por las teorías antes descritas; existen también teorías específicas aplicables a algunos de ellos. Así por ejemplo, en el caso de la libertad de expresión, el acceso a la información pública o los derechos políticos, su relación con el desarrollo de un sistema democrático sirve de sustento al reconocimiento de su importancia, lo cual se enmarca dentro de la teoría democrática de los derechos fundamentales; como se advierte de la positivización del Artículo 03° de la Constitución Política del Perú.

Otro ejemplo del que podemos arribar sobre la forma de resolución de conflictos en tutela de derechos es la propuesta por los iusnaturalistas: *“Frente a la conclusión de que los derechos humanos son derechos de índole moral y no jurídica algunos podrían inferir que ellos son, en consecuencia, irrelevantes para la teoría y la práctica del derecho. Sin embargo, esto es un error, y lo es aun cuando presupongamos un concepto positivista, o sea puramente descriptivo y no valorativo, de derecho o sistema jurídico. [...] La identificación de un sistema jurídico es una cuestión teórica que puede resolverse en forma valorativamente neutra (dependiendo por supuesto del concepto de derecho que se presuponga); la decisión acerca de qué actitudes y qué curso de acción debe adoptarse frente a un cierto orden jurídico o ante una determinada norma jurídica, es una cuestión práctica que, (...), no puede resolverse sin comprometerse, explícita o implícitamente, con ciertos principios de justicia y moralidad social, como los que establecen derechos individuales básicos”*<sup>51</sup>.

En esa línea de ideas, se tiene que cada concepción de los fundamentos de los derechos fundamentales tienen la peculiaridad de proponer un modelo de solución de conflictos en la práctica judicial, como es la propuesta por el iusnaturalismo, que expresan que es innegable adoptar principios generales de justicia y moralidad social para la solución de una controversia jurídica.

---

<sup>51</sup> SANTIAGO NINO, Carlos. Ob. Cit., pp. 20-21.

Haciendo todas estas precisiones, la expresión derechos humanos o derechos fundamentales, para los efectos del presente trabajo debe entenderse desde una visión un tanto utilitaria, como el expresado por el maestro Antonio Enrique PEREZ LUÑO: *“Las expresiones derechos fundamentales o derechos humanos son empleadas para hacer referencia a un conjunto de derechos de particular importancia, esenciales para el desarrollo del ser humano como tal y en colectividad. Se trata de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana”*<sup>52</sup>. Dicha definición nos parece acertada y evita contradicción absoluta con las demás tesis estudiadas; porque es innegable la importancia de los derechos fundamentales desde su génesis hasta la actualidad, para el desarrollo del ser humano como ser individual o colectivo, concretando su dignidad, libertad e igualdad; y que al mismo tiempo son parámetros que limita el abuso del poder estatal.

En esa misma línea expositiva, sobre los valores y principios que engloba o concreta los derechos fundamentales es la expresada por Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ: *“Es evidente que todo término del lenguaje supone la estipulación de un sentido, y que ninguno responde a una esencia material de la que es inseparable. Sin embargo, sí se explican en un contexto cultural más amplio que favorece o dificulta un determinado uso del lenguaje. Es más difícil implantar un término contra la corriente de las tradiciones del pensamiento, del uso lingüístico de los especialistas, en este caso de los operadores jurídicos, también de los ciudadanos. Entendiendo con flexibilidad lo anterior, derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica”*<sup>53</sup>.

#### **2.2.1.2. Generaciones de los derechos fundamentales**

---

<sup>52</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Quinta edición, Madrid, Tecnos, 1995, p. 48.

<sup>53</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Ob. Cit.*, p. 37.

En esa línea de ideas, abordaremos también los principios que influenciaron o que han servido para sustentar la denominada generación de los derechos fundamentales<sup>54</sup>, en especial a los derechos de la tercera generación, ya que ello contribuirá para las conclusiones del presente tópico, a efectos de identificarse cuales son los principios que fundamentan el derecho fundamental a un medio ambiente que se preferirán o no ante un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, cuya decisión estará guiada decisivamente por su particular importancia en un Estado Constitucional.

Como ideas preliminares, debemos precisar con respecto a la generación de los derechos fundamentales, siguiendo al maestro Gregorio PECES-BARBAMARTINEZ: *“La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas “generaciones” de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII”*<sup>55</sup>. En este sentido, corresponde recordar que la libertad fue el principio básico orientador de los denominados derechos de primera generación (derechos civiles y políticos), mientras que la igualdad lo fue de los de segunda generación (derechos sociales), así como la solidaridad lo es de los que actualmente se conocen como derechos de tercera generación<sup>56</sup>, difusos o colectivos, entre los cuales se encuentra el derecho al medio ambiente, junto con el derecho al patrimonio histórico, a la paz, al desarrollo, etc.

---

<sup>54</sup> El término “Generación” es utilizado con la finalidad de conceptualizar estos derechos en un determinado tiempo y de ninguna manera podemos suponer que este término suponga un nacimiento y luego una extinción de los Derechos Humanos.

<sup>55</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, Mezquita, 1982. En: PEREZ LUÑO Antonio Enrique, IGLESIAS GARZÓN Alberto (Coord.) y otros. (2013). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV, Vol. I, Libro I, Madrid, DYKINSON, p. 366.

<sup>56</sup> “La terminología “derechos humanos de la tercera generación” fue acuñada por Karel Vasak, Director del Departamento Jurídico de la UNESCO. Vasak pronunció en 1979, la Lección Inaugural de la Décima Sesión del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo que llevaba por título: *Pour les droits de l’homme de la troisiéme génération*. Cinco años más tarde el propio Vasak insistía en abogar “Pour une troisiéme génération des droits de l’homme. Karel Vasak puso especial énfasis en postular unos derechos humanos de la tercera generación, que completaran a las libertades civiles y políticas de la primera, así como a los derechos económicos sociales y culturales de la segunda. Los Pactos de la ONU, promulgados en 1966, se hicieron cargo de estas dos generaciones de derechos humanos, por lo que, en opinión de Vasak, era necesario un tercer Pacto, dirigido a completar los dos anteriores y que se hiciera cargo de las exigencias de solidaridad implícitas en temas tales como la paz, la tutela del medio ambiente, y la calidad de vida, el derecho al desarrollo de los pueblos o la defensa del patrimonio común de la humanidad”. Cfr.: PEREZ LUÑO Antonio Enrique, IGLESIAS GARZÓN Alberto (Coord.) y otros. Ob. Cit., p. 368.

Con respecto a la tercera generación, otros autores expresan que se fundamentan en el denominado solidarismo jurídico, al respecto GARCÍA TOMA Víctor: *“Su aparición se encuentra vinculada con el auge del denominado solidarismo jurídico. Por ende, responde al avocamiento de la comunidad internacional por la creación de un orden mundial sustentado en la protección extranacional y colectiva de ciertos derechos cuya titularidad recae en la humanidad en su conjunto. [...] Dicho bagaje ideológico se sustenta en el reconocimiento de la entera comunidad de intereses y responsabilidades en torno a determinados derechos que rebasan con largueza la esfera estatal; amén de trasladar el respecto de la autodeterminación de la voluntad política al ámbito transnacional. Por ende, promueve el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos, el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, etc. [...] Los derechos humanos de tercera generación se inspiran en una “cierta” concepción de la vida humana en una comunidad global. En esa perspectiva solo pueden ponerse en práctica gracias al esfuerzo conjunto de todos los individuos, los estados y hasta las entidades y órganos internacionales públicos y privados”*<sup>57</sup>. De lo mencionado se advierte que en éste fundamento se encuentra también el principio de la solidaridad con la variante o acompañada del término jurídico, infiriéndose así, que el principio rector en esta generación de derechos es la solidaridad como fundamento puro y esencial.

Por otro lado su reconocimiento formal se manifiesta primicialmente en la Declaración de los Derechos de los Pueblos (Argel, 1974), la Declaración sobre el Medio Ambiente y del Desarrollo (Río, 1992), etc<sup>58</sup>. Con respecto a su importancia de esta generación de derechos se tiene: “En nuestro tiempo se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos complementadora de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades” (*libertiespollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y

---

<sup>57</sup> GARCÍA TOMA Víctor. Ob. Cit., p. 46.

<sup>58</sup>Ibid., p. 47

degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías”<sup>59</sup>. Apreciándose de manera panorámica que los derechos de la tercera generación mantienen una especie de relación de complementariedad para los derechos fundamentales de la primera y segunda generación de derechos; no obstante, debemos también analizar el tipo de relación, principio o fundamento que presenta el derecho fundamental al medio ambiente con respecto a los demás derechos fundamentales.

Al respecto Demetrio LOPERENA, citado por Roger VIDAL RAMOS: “El derecho a disfrutar y a vivir en un ambiente sano se considera como un derecho humano básico y, en opinión de algunos, como requisito previo y fundamento para el ejercicio de otros derechos humanos, económicos y políticos”<sup>60</sup>. Apreciándose en esta tesis que existiría una relación de causalidad del derecho al medio ambiente con el resto de los derechos de primera y segunda generación. La posición antes mencionada, también guarda sintonía con lo expresado por Raúl CANOSA USERA: “*Es este aspecto el que ha causado mayor preocupación en la comunidad mundial, ya que además del agotamiento de los recursos naturales, las consecuencias indeseables del desarrollo económico incontrolado (contaminación, vertidos, ruidos, malos olores, cambio climático y otras) menoscaban también la idoneidad de las condiciones de vida, sobre todo en las grandes ciudades. La multiplicación de los bienes de consumo producidos mediante técnicas industriales tan contaminantes no es compensación suficiente, si tenemos en cuenta que tal ritmo de producción, agotados los recursos naturales, no podrá mantenerse. No nos quedaría entonces nada, ni bienes ambientales ni recursos naturales que explotar, ni siquiera bienes de consumo*”<sup>61</sup>, de lo que podremos concluir que existe una estrecha relación entre medio ambiente, calidad de vida y explotación económica, debiendo preferir su equilibrio frente a conflictos con otros derechos fundamentales.

---

<sup>59</sup> PEREZ LUÑO Antonio Enrique, IGLESIAS GARZÓN Alberto (Coord.) y otros. Ob. Cit., pp. 367-368.

<sup>60</sup> LOPERENA, Demetrio. *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, Cívitas. En: VIDAL RAMOS, Roger. *La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en el Sistema Peruano*. Lima, Ed. Lex& Iuris, 2014, p.38.

<sup>61</sup> CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y medio ambiente*, Madrid, DYKINSON, 2004, p. 22. En: HERRERA ATENCIA, Rubén. *Barreras Legales y Jurisprudenciales – en el acceso a la justicia ambiental en los ámbitos constitucional, civil y penal*, Lima, Jurista Editores, 2011, p. 27.

En esa misma línea de ideas, se tiene que el fundamento de preservación de los de los demás derechos, como enfoque utilitarista, se debe tener en cuenta que esta preservación no sólo implica el beneficio de las actuales generaciones, sino también las futuras generaciones del hombre: *“En todo caso, debe asegurarse que esa explotación no impide la natural renovación de esos recursos; sólo así garantizaríamos la posibilidad de que las generaciones futuras puedan aprovecharlos. La relación entre sociedad y naturaleza se vuelve problemática y reclama la regulación jurídica conciliadora de los nuevos antagonismos. Y es que la quiebra entre los paradigmas sociales dominantes y la preservación de la naturaleza resulta no sólo evidente sino dramática”*<sup>62</sup>.

Esta relación tripartida también es atendida, desde la disciplina del derecho ambiental, que tiene como fundamento principal la importancia del derecho al medio ambiente, al respecto: *“La inmediata incidencia del ambiente en la existencia humana, la contribución decisiva a su desarrollo y a su misma posibilidad, es lo que justifica su inclusión en el estatuto de los derechos fundamentales. Por ello, no debe extrañar que la literatura sobre el derecho medioambiental, derecho y ecología, y el derecho a la calidad de vida constituyan uno de los apartados más copiosos en la bibliografía actual sobre los derechos humanos. Y parece poco razonable atribuir este dato al capricho, o a la casualidad”*<sup>63</sup>.

De todo lo mencionado, podemos concluir a lo que respecta al fundamento del derecho al medio ambiente, desde su papel utilitario para el desarrollo de las actividades del ser humano por su relación con otros derechos fundamentales (manteniendo con ello el equilibrio de la relación tripartida de ambiente, calidad de vida y explotación económica) y por ser concretizador del principio de solidaridad. Habiéndose definido el fundamento del derecho fundamental en comento, para los fines de la presente investigación, se analizará si en la práctica jurisdiccional constitucional del proceso de amparo ambiental se emplean estos fundamentos, que sustentan su reconocimiento como derecho fundamental, para a partir de ello establecer nuevas perspectivas de análisis para su empleo.

---

<sup>62</sup> *Ibíd.*, p. 28.

<sup>63</sup> PEREZ LUÑO Antonio Enrique, IGLESIAS GARZÓN Alberto (Coord.) y otros. *Ob. Cit.*, pp. 371-372.

## 2.2.2. Contenido del derecho fundamental

Para poder iniciar el análisis jurídico de los presupuestos procesales para la procedencia de la acción de amparo ambiental<sup>64</sup>, es necesario previamente estudiar la identificación y delimitación del contenido del derecho fundamental al medio ambiente, a fin de determinarse su afectación en un caso concreto. La precisión sobre los alcances del derecho fundamental al medio ambiente implica asumir en esta parte del trabajo una perspectiva de análisis propia del Derecho Constitucional, en particular de la Teoría de los Derechos Fundamentales<sup>65</sup>. A continuación, se desarrollará de forma sustancial los “derechos de sustento constitucional directo” y “contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales” como presupuestos procesales para la habilitación del proceso de amparo y se analizará los criterios y teorías que muestra la literatura jurídica para establecer el contenido de los derechos fundamentales en especial la del derecho fundamental al medio ambiente y de qué manera se ha venido desarrollando en nuestra práctica jurisprudencial.

### 2.2.2.1. Los derechos de sustento constitucional directo

Establecido como uno de los presupuestos procesales de procedencia para el proceso de amparo (Art. 38° del Código Procesal Constitucional), que versa sobre la existencia de determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucionalmente protegido requiere ser determinado por la ley, dicha necesidad de determinación se produce por doble vía: a) Por precisión consignada en la Constitución.- Al respecto el artículo 27 de la Constitución textualmente señala que “La ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario.” b) Por la naturaleza del derecho fundamental.- Al respecto, son citables todos los derechos contenidos en el Título I, Capítulo II de la

---

<sup>64</sup> Este presupuesto procesal, consustancial a la naturaleza de todo proceso constitucional, ha sido advertido por el legislador del Código Procesal Constitucional, al precisar en el inciso 1) de su artículo 5° que los procesos constitucionales no proceden cuando “*los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado*”. Asimismo, y con relación al proceso de amparo en particular, el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, establece que éste no procede “*en defensa de un derecho que carece de sustento constitucionalmente directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo*”.

<sup>65</sup>En esa línea expositiva: “Aun cuando el Código Procesal Constitucional ha reconducido el entendimiento del contenido protegido de un derecho a un aspecto de procedencia del amparo, el Tribunal ha ligado este concepto con un concepto sustantivo propio de la teoría general de los derechos humanos como es la de “contenido esencial”. En: ETO CRUZ Gerardo, MESINAS MONTERO Federico G. y otros. “*El Tribunal Constitucional Reescribe el Derecho – Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho*”, Lima, Gaceta Jurídica - El Búho, 2011, p. 81.

Constitución; los cuales hacen referencia a los denominados derechos económicos, sociales y culturales; en ambos casos nos encontramos ante leyes de configuración de los derechos fundamentales<sup>66</sup>; es ese sentido los derechos de sustento constitucional directo estará referido a la forma de positivización de la disposición constitucional, como por ejemplo los derechos de segunda generación, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar del ellos o ejercitarlas de manera plena<sup>67</sup>.

Nuestra jurisprudencia constitucional ha precisado: *“La noción de “sustento constitucional directo” a que hace referencia el artículo 38° del CPCCont., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55° de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control constitucional o bloque de constitucionalidad<sup>68</sup>; es el bloque constitucional conformado por disposiciones legales que desarrollan el contenido de los derechos fundamentales desde un nivel interpretativo o positivo, y no necesariamente el mero texto constitucional materia de vulneración para la habilitación del amparo.*

#### **2.2.2.2. Contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales**

La doctrina nacional es escasa al respecto, como también las disposiciones constitucionales hacen omisión al respecto; sin embargo, el código procesal al establecerlo como presupuesto de procedencia del amparo fue motivo para que el Tribunal Constitucional apoyándose en postulados de

---

<sup>66</sup> Cfr. GARCÍA TOMA Víctor. Ob., Cit., p. 50.

<sup>67</sup> De lo que se puede apreciar también, el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece que: *“las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”*.

<sup>68</sup> Fundamento N° 09 Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 1417-2005-AA/TC del 08 Julio de 2005 (Caso Manuel Anicama Hernández).

doctrina comparada, exprese lo siguiente: “... en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsando por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales”<sup>69-70</sup>, son estos elementos que integran el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental las cuales giran en torno al contenido esencial; no obstante, la procedencia del amparo se habilita con el menoscabo al contenido constitucional protegido y más aún al menoscabo del contenido esencial<sup>71</sup>, ya que todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

El contenido esencial de los derechos fundamentales está estrechamente relacionado o es un criterio que se toma en cuenta cuando se aborda el tema de los límites a los derechos fundamentales, en ese sentido HÄBERLE Peter<sup>72</sup> expresa que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad; por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de “unidad de la Constitución” y de “concordancia práctica”, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto<sup>73</sup>. Son la fijación de esos límites que nos lleva de alguna manera a

---

<sup>69</sup> MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 41. Citado en Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 1417-2005-AA/TC del 08 Julio de 2005 (Caso Manuel Anicama Hernández), fundamento N° 20.

<sup>70</sup> Ver fundamento N° 75 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0050-2004-AI/TC.

<sup>71</sup> Ver el fundamento N° 21 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 1417-2005-AA/TC del 08 Julio de 2005 (Caso Manuel Anicama Hernández).

<sup>72</sup>Cfr. HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117.

<sup>73</sup> En sentido similar criterio genérico se aprecia en el fundamento N° 104 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0050-2004-AI/TC, al respecto: “Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori por un

delimitar el contenido esencial; no obstante, es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, en contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de un cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación, como tener presente la estructura de todo derecho fundamental<sup>74</sup>, entre otras<sup>75</sup>. Para concluir, este tópico es pertinente adentrarnos a continuación sobre las tesis y premisas que se han construido al respecto entorno a los límites y contenido esencial.

### **2.2.2.3. Límites y contenido esencial de los derechos fundamentales: cuestiones generales y problemas específicos**

Como se mencionó, los límites y contenido esencial constituyen una unidad, o la también llamada en doctrina como la naturaleza binaria de los derechos fundamentales<sup>76</sup>; esto es, que por un lado tienen un núcleo duro e inexpugnable de protección denominado “contenido esencial”, y, por otro, que estos derechos tienen, igualmente, ciertos límites.

Se habla siempre de límites del derecho como baremo o medida del derecho fundamental, los mismos que pueden ser ocasionadas de dos maneras: *“La doctrina suele distinguir dos tipos de límites: intrínsecos y extrínsecos. Los primeros devienen del carácter y naturaleza de cada derecho y de su función social. A su vez, en este tipo de límites, se suele diferenciar los límites objetivos derivados de cada realidad del específico derecho de que se trate; y los límites subjetivos que surgen de la actitud del titular del sujeto y de la forma cómo va a*

---

acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la Constitución incorpora. Por lo que, a efectos de determinar el contenido esencial, deberán tomarse en cuenta no solo las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales”.

<sup>74</sup> Ver fundamento N° 22 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 1417-2005-AA/TC del 08 Julio de 2005 (Caso Manuel Anicama Hernández).

<sup>75</sup> “La Teoría Institucional, esta teoría identifica dichos derechos como facultades subjetivas y como instituciones jurídicas objetivas. Por ende, el contenido esencial se deduce del cuadro general de la Constitución compuesto por la suma de valores, bienes e intereses e ella consignados; los cuales deben ser objeto de ponderación para fijar dicho núcleo mínimo e ineludible. En consecuencia, la determinación del contenido esencial debe realizarse conforme a los alcances de los principios de unidad y concordancia práctica; vale decir, de un lado, resguardando la relación e interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones básicas de la Constitución (ello obliga a no aceptar, en modo alguno, la visión “insular” de una norma, sino a hacer imperativa la perspectiva del conjunto del texto); y del otro, garantizando que todos los derechos, valores y bienes constitucionales conserven en un grado razonable su identidad e indemnidad”. Cfr.: GARCÍA TOMA Víctor. Ob., Cit., p. 27.

<sup>76</sup> ETO CRUZ Gerardo, MESINAS MONTERO Federico G. y otros. Ob. Cit., p. 83.

*ejercitar su derecho. [...] Los límites extrínsecos devienen de esa existencia vinculada con el respeto y convivencia con otros derechos y que son obviamente impuestos por el ordenamiento. Este tipo de límites muchas veces los impone la propia Constitución en forma indirecta y directa; y en otras a través de cláusulas mediatas e indirectas*<sup>77</sup>. Son estos límites que delimitan el contenido constitucionalmente protegido que incluye a su vez al contenido esencial.

Por otro lado, como ya se mencionó en términos generales, el contenido esencial es un criterio que se hace alusión siempre al referirnos a los límites de los derechos fundamentales, a efectos de señalar que la potestad del legislador para restringir estos derechos también se encuentra sujeta a límites. Alude, por lo tanto, a un límite de los límites en materia de derechos fundamentales, y no debe ser confundido con el contenido de un derecho fundamental, pues éste se define de forma previa, es decir, antes de limitar su ejercicio, precisamente con el objetivo de precisar o delimitar cuáles son las facultades que van a ser objeto de restricción: *“El contenido esencial [de los derechos fundamentales] señala una frontera que el legislador no puede traspasar, delimita un terreno que la ley limitadora no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad. La garantía del contenido esencial es límite de los límites, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*<sup>78</sup>.

Sin embargo; en nuestra constitución política no se hace precisión alguna del contenido esencial de los derechos fundamentales, como si lo realizan otras constituciones como la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y en la Constitución Española de 1978<sup>79</sup>; razón por la cual es un tanto confusa su utilidad en nuestro medio; no obstante, el Tribunal Constitucional lo ha empleado de forma frecuente aunque en una forma un tanto confusa<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> *Ibíd.*

<sup>78</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAGUER, Lorenzo e Ignacio de OTTO Y PARDO. *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, p. 126.

<sup>79</sup> HAKANSSON NIETO Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*, 2da. Ed., Lima, Palestra Editores, 2012, p. 429.

<sup>80</sup> Se pueden revisar al respecto las Sentencias del Tribunal Constitucional N° 1417-2005-PA (caso Manuel Anicama Hernández) y N° 50-2004-AI y otros (acumulados), publicadas el 12 de junio del 2005 en el diario oficial *El Peruano*. Ambas sentencias están relacionadas con temas previsionales.

Bajo estos postulados, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado: “Los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, por cuanto su goce y ejercicio están limitados por otros derechos y bienes constitucionales”<sup>81</sup>. Es sobre estos límites, que se relativizan los derechos fundamentales dentro en un caso concreto pero estos límites no suponen la supresión<sup>82</sup> del derecho fundamental, ya que siempre primará el contenido esencial, como ya se ha indicado, es ese ámbito que no puede ser objeto de desconocimiento y que suponga un “vaciamiento” de este núcleo duro que permite justamente afirmar un específico derecho<sup>83</sup>.

Así el Tribunal Constitucional concluye que no se trata de restarle valor a los derechos fundamentales, cuando se impone un límite, sino de armonizar dicho valor con la importancia que tienen también otros bienes del sistema jurídico – constitucional<sup>84</sup>, razón por la cual el contenido de los derechos fundamentales es un concepto abierto a la jurisprudencia a través de la ponderación y la interpretación, al respecto el maestro Carlos HAKANSSON NIETO: “... cometeríamos un error si seguimos considerando que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene carácter cerrado y que puede determinarse a priori, de manera abstracta, prescindiendo de las concretas circunstancias que rodean a cada caso judicial. Todo lo contrario. El contenido constitucional de los derechos posee un carácter más bien abierto; es decir, que atendiendo a las circunstancias el juez deberá, o no, enriquecer el contenido y alcances del derecho que está sujeto a interpretación. En otras palabras, un Estado no podría ofrecer una adecuada protección a los derechos fundamentales a sus ciudadanos de manera abstracta si el contenido de cada derecho se encontrara ya definido en la jurisprudencia de sus tribunales, con carácter inmutable, pétreo, para la solución de todos los casos por igual con idénticos resultados, como si se tratase de la fórmula para producir la conocida y centenaria Coca Cola<sup>85</sup>. Es por el camino de la práctica jurisprudencial y en casos concretos que se fijan los límites y el contenido de los derechos fundamentales; sin embargo, esta tesis es duramente cuestionada desde la

---

<sup>81</sup> Ver fundamento N° 42 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 0003-2005-AI/TC.

<sup>82</sup> Ver fundamento N° 93-96 de la STC Exp. N° 0014-2002-AI/TC.

<sup>83</sup> ETO CRUZ Gerardo, MESINAS MONTERO Federico G. y otros. Ob. Cit., p 85.

<sup>84</sup> Ver fundamento N° 15 de la STC Exp. N° 0349-2004-AA/TC.

<sup>85</sup> HAKANSSON NIETO Carlos. Ob. Cit., p. 433.

teoría del Constitucionalismo Garantista<sup>86</sup> a raíz de la discrecionalidad otorgada a los juzgadores y los métodos que estos emplean para dicho cometido; no obstante, existe diversos criterios para dotar el contenido y los límites del derecho fundamental que es de gran aceptación en la comunidad jurídica.

Pues bien el contenido constitucionalmente de un derecho fundamental se deriva del texto constitucional y su interpretación; y que es confundida con el denominado contenido esencial de los derechos fundamentales; sin embargo, no se debe olvidar que ambos resultan importantes al momento de evaluar los presupuestos procesales del amparo.

Por otro lado en la literatura jurídica extranjera y actual, se discute sobre la utilidad del criterio del contenido esencial de los derechos fundamentales al momento de analizar los límites a su ejercicio; sobre el tema: “...*en la teoría de los derechos fundamentales más reciente el aspecto clave de la actividad limitadora, ya no parece ser el respeto al contenido esencial, y mucho menos identificado éste como un núcleo de intangibilidad [teoría absoluta], sino más bien la necesidad de justificar cualquier medida o disposición restrictiva*”<sup>87</sup>. En ese sentido, el denominado test de proporcionalidad, como uno de los métodos para evaluar los límites de los derechos fundamentales es uno de los más objetivos y útiles, siendo el contenido esencial un criterio complementario; toda vez que ningún límite puede ser establecido de tal manera que impida su ejercicio en la práctica, incluso si existen justificaciones con gran peso de importancia en el proceso de ponderación. Sin perjuicio de esta consideración, cabe compartir la idea de reconocerle cierta importancia a este concepto en el análisis de los límites a los derechos fundamentales, en tanto reconocer que gozan de un contenido esencial “*significa (...) argumentativamente, que las razones a favor de la limitación han de ser tanto más poderosas cuanto más lesivas resulten para el contenido del derecho*”<sup>88</sup>. En general, podemos

---

<sup>86</sup> “No son límites valorables en cada ocasión según la singularidad de los casos, sino de relaciones entre tipos de derechos reconocidas en el plano teórico o doctrinal de una vez para siempre, es decir, con argumentos que, por más que opinables, son presentados o sostenidos como válidos en cualquier caso.” Cfr. En: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *Luigi FERRAJOLI y Juan RUIZ MANERO -Un debate sobre principios constitucionales*, 1era. Ed., Lima, Palestra, 2014, p. 212.

<sup>87</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002, p. 62.

<sup>88</sup>Ibid., p. 61.

mencionar que el contenido esencial aún mantiene gran importancia ante la versión argumentativa y justificativa como solución ante limitaciones de derechos fundamentales.

Para concluir de manera genérica, podemos mencionar que el contenido constitucionalmente protegido está sujeta a la interpretación y las disposiciones constitucionales; y el contenido esencial se aplica sólo al momento de analizar los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, a través de la delimitación de facultades legislativas y complementado por el test de proporcionalidad; y no para identificar el contenido que merece protección a través de los procesos constitucionales.

### **2.2.3. Contenido del derecho fundamental al medio ambiente**

Para dicho cometido, en primer lugar se tendrá en cuenta las disposiciones constitucionales; no obstante, las mayorías de constituciones solo tiende a reconocer el derecho fundamental, más no precisa contenido alguno; como es el caso del artículo 2º, inciso 22º de nuestra Constitución Peruana de 1993, que sólo se limita en señalar que toda persona tiene derecho a “la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

Esta falta de precisión sobre el contenido del derecho al medio ambiente podría llevar a que el proceso de amparo sea utilizado para hacer frente a cualquier problema relacionado con el medio ambiente, distorsionándose sus reales alcances y posibilidades de resolución de conflictos, sobre el tema: *“Tratar del derecho al medio ambiente desde la perspectiva de su protección constitucional no debe hacerse glosando el precepto constitucional de cabecera y derivando luego del mismo cualesquiera de las múltiples vertientes del tema, o haciendo acaso inventario de las distintas vías de protección, civil, penal, administrativa, así como de los instrumentos específicos de defensa que dentro de cada uno de esos órdenes brindan las numerosas leyes sectoriales. Por el contrario, creemos que una perspectiva constitucional de este tema excusa de tal planteamiento y, lo que debe hacerse es seleccionar y estudiar los aspectos*

*verdaderamente constitucionalizados de la materia, y sólo ellos*<sup>89</sup>. Definir el contenido de este derecho, es de vital importancia, ello a fin de determinar la procedencia de un necesario proceso de amparo, ya como se dijo éste sería una cuestión de procedibilidad; de lo contrario el recurrente en busca de tutelada de este derecho encontrará la incertidumbre de recurrir a la vía ordinaria o constitucional, o recurrir a esta última de manera innecesaria.

Como se manifestó, la fijación del contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente es una actividad compleja y dinámica, el cual se realiza en primera instancia desde el texto constitucional y desde la interpretación de los operadores jurídicos en casos concretos (utilizando una serie de criterios, como teoría institucional, test proporcionalidad, estructura de los derechos fundamentales, entre otras) ya que es un concepto abierto a la jurisprudencia; es así que el Tribunal Constitucional es su actividad jurisprudencial ha fijado los siguientes contenidos:

*“La Constitución no señala explícitamente el contenido protegido del derecho en referencia; esto es, lo referido al ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida humana. (...) No obstante esto, la Constitución vigente proporciona algunas orientaciones a partir de las cuales es posible concretizarlo. En efecto, el citado derecho no se limita a señalar que es un atributo subjetivo del ser humano el vivir en un medio ambiente (lo que desde luego no significaría gran cosa, pues todos vivimos e uno), sino que ese ambiente debe ser “equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida”. Lo que supone que, desde una perspectiva constitucional, se tenga que considerar el medio ambiente, bajo las características anotadas, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.*

*A partir de la referencia a un medio ambiente “equilibrado”, el Tribunal Constitucional considera que es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, sus componentes bióticos, como la flora y la fauna;*

---

<sup>89</sup> Cfr. LÓPEZ MENUDO, Francisco. “El derecho a la protección del medio ambiente”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Lima, Número 10, 1991, pp. 161-201.

*los componentes abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo; los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico. A todo ello, habría que sumar los elementos sociales y culturales aportantes del grupo humano que lo habite. [Por ello, tales] elementos no deben entenderse desde una perspectiva fragmentaria o atomizada, vale decir, en referencia a cada uno de ellos considerados individualmente, sino en armonía sistemática y preservada de grandes cambios. (...) Por consiguiente, el inciso 22) del artículo 2 de la Constitución, implica que la protección comprende el sistema complejo y dinámico de todos sus componentes, en un estado de estabilidad y simetría de sus ecosistemas, que haga posible precisamente el adecuado desarrollo de la vida de los seres humanos”<sup>90</sup>.*

En esta sentencia el Tribunal Constitucional fija el contenido al derecho referido desde una interpretación de la misma constitución; así como hace necesaria la fijación de medio ambiente en una concepción amplia<sup>91</sup> y la referencia constitucional al *ambiente equilibrado y adecuado* permiten considerar como elementos de su contenido protegido. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no muestra uniformidad al respecto, ya que al margen de reconocer la complejidad de la fijación del contenido de dicho derecho, muestra una limitación de los elementos sociales y culturales como componentes del ambiente equilibrado:

*“..., la determinación de ese contenido es más problemática, pues la expresión “medio ambiente” a la que implícitamente se hace referencia, como lo reconoce la doctrina y jurisprudencia comparada, tiene un*

---

<sup>90</sup> Fundamento N° 07 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0018-2001-AI/TC de fecha 06 de Noviembre de 2002 (Caso Colegio de Abogados del Santa). A partir de este fallo, las siguientes sentencias del Tribunal han reiterado las definiciones aquí planteadas sobre el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado.

<sup>91</sup> “La concepción amplia, según Ferrer, incluye toda la problemática ecológica general y por supuesto el tema capital de la utilización de los recursos a disposición del hombre en la biosfera. Esta noción también incluiría las cuestiones relativas al urbanismo y a la ordenación del territorio”. En: FERRER DUPUY, *Perspectiva Jurídico – Financiera del Medio Ambiente*. Citado por: YACOLTA ESTARES, Daniel Irwin. *Derecho Tributario Ambiental*, Lima, Ed. Grijley, 2009, p. 14.

*contenido difícilmente delimitable, debido a que este concepto está compuesto de muchos elementos, distintos los unos de los otros.*

*[...]*

*A partir de la referencia a un medio ambiente “equilibrado”, este tribunal considera que es posible que es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, los componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico.*

*Tales elementos no deben entenderse desde una perspectiva fragmentaria o atomizada, es decir, con referencia a cada uno de ellos considerados individualmente. Como destaca el inciso 22 del artículo 2° de la Constitución, se tiene el derecho a un medio ambiente “equilibrado”, lo que significa que la protección comprende al sistema complejo y dinámico en el que se desarrolla la vida”<sup>92</sup>.*

Como vemos el Tribunal Constitucional guarda ciertos matices al definir el ambiente equilibrado; no obstante guarda uniformidad en sus fallos al momento de delimitar un ambiente adecuado, vinculándolo con la dignidad, al respecto:

*“... la Constitución no sólo garantiza que el hombre se desarrolle en un medio ambiente equilibrado, sino también alude a que ese ambiente debe ser “adecuado para el desarrollo de la vida humana”, lo que se traduce en la obligación del Estado, pero también de los propios particulares, de mantener las condiciones naturales del ambiente a fin de que el ser humano viva en condiciones ambientalmente dignas”<sup>93</sup>.*

---

<sup>92</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 964-2002-AA/TC (caso Alida Cortez Gómez de Nano), publicada el 30 de setiembre de 2003; fundamento jurídico N° 08.

<sup>93</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 964-2002-AA/TC (caso Alida Cortez Gómez de Nano), publicada el 30 de setiembre de 2003; fundamento jurídico N° 09.

Son los planteamientos de estas sentencias en los que el Tribunal Constitucional ha reiterado sus definiciones entorno al contenido protegido del derecho en estudio; precisando que en ambas sentencias se hace alusión a las conductas reaccionales como prestacionales del estado; fijando el Tribunal Constitucional el límite de manera genérica en uno de sus pronunciamientos lo siguiente:

*“El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve. (...) En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 01 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. (...) Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente”<sup>94</sup>.*

En general podemos concluir en éste tópico, que en la jurisprudencia constitucional peruana existe un importante grado de desarrollo sobre los alcances del derecho al medio ambiente; no obstante el Tribunal Constitucional

---

<sup>94</sup> Fundamento jurídico N° 17 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0048-2004-PI/TC de fecha 01 Abril de 2005 (Caso José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos).

advierte y asume las dificultades para identificar su contenido, y ello principalmente se debe a la carencia de una definición precisa del medio ambiente y la de sus elementos integrantes a fin de proseguir con la fijación de los demás aspectos del ambiente equilibrado y adecuado; las cuales recién acarrearán obligaciones al Estado y particulares de manera eficiente. Situación que agravaría más a nuestro problema de identificado en la presente investigación. Como se mencionó la fijación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental es un concepto abierto fijado por la interpretación y la actividad jurisprudencial en un caso concreto; sin embargo, ello no significaría restarle o agregarle de contenido sino más bien identificar el hecho o conducta inconstitucional para la habilitación y procedencia del amparo. También podemos concluir el Tribunal Constitucional, menos aún no ha fijado el contenido esencial de dicho derecho, siendo ello de suma importancia ya que este derecho muchas veces está en colisiones con muchos derechos de índole patrimonial, como es el derecho a la libertad empresarial e intereses públicos, entre otros; puesto que el contenido esencial de este derecho será útil para establecer estos límites frente a los demás derecho que pretenden limitarlo.

#### **2.2.4. Marco normativo nacional e internacional del derecho fundamental al medio ambiental**

##### **2.2.4.1. Constitución Política del Perú**

Un antecedente importante sobre el reconocimiento del derecho al medio ambiente como derecho fundamental, en nuestro entorno nacional, se encuentra en el artículo 123º de la Constitución de 1979, que establecía lo siguiente: *“Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”*.

La citada disposición constitucional no se encontraba en la sección de los Derechos Fundamentales sino en el capítulo correspondiente a los Recursos Naturales, ubicado a su vez en el Título sobre el Régimen Económico; aunque algunos autores refieren que por su naturaleza jurídica de dicha disposición constitucional, éste pertenecería al aparato “dogmático de la constitución” en

tanto estipulan derechos y deberes<sup>95</sup>. En efecto esta regulación sobre el derecho del medio ambiente reconocía un derecho y a la vez establecía una obligación de alcance general para todas las personas, así como vinculaba de forma expresa la obligación del Estado de prevenir y controlar la contaminación ambiental.

Nuestra actual constitución, mantuvo el reconocimiento del derecho al medio ambiente, ubicándolo en la sección correspondiente a los derechos fundamentales (artículo 2º, inciso 22º) aunque de forma conjunta con otros derechos cuyo contenido no se encuentra relacionado con el medio ambiente, como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso. Para algunos autores, el texto constitucional de 1979 era mejor respecto al tratamiento de este derecho<sup>96</sup>, ello debido a su regulación exclusiva y la carga obligacional que endosa al estado a fin de prevenir y controlar la contaminación, opinión que compartimos.

Sin embargo; a diferencia del texto constitucional anterior, la actual Constitución no señala –junto con el reconocimiento del derecho- obligación alguna del Estado con relación a la preservación del medio ambiente o a la necesidad de evitar la contaminación ambiental. Estos temas aparecen tratados en una sección diferente de la Constitución, en el Capítulo II (Del Ambiente y los Recursos Naturales) del Título III (del Régimen económico), a través de los siguientes artículos:

*- Artículo 66.- Señala que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento.*

*Establece que por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares<sup>197</sup> y que la concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.*

---

<sup>95</sup> Cfr. FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza. *El Medio Ambiente y su Tutela Jurisdiccional*, Lima, Ed. Grijley, 2012, p. 51.

<sup>96</sup> Cfr. ALEGRE CHANG, Ada. "Derecho al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la "vida". Los Derechos Fundamentales – Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 470-471.

<sup>97</sup> Esta Ley es la N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, publicada el 26 de junio de 1997 en el diario oficial El Peruano.

*- Artículo 67.- Establece que el Estado determina la política nacional del ambiente y que promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.*

*- Artículo 68.- Establece la obligación del Estado de promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.*

*- Artículo 69.- Señala que el Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.*

Estos artículos, junto con el reconocimiento del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado previsto en el artículo 2º, inciso 22º, constituyen nuestra “Constitución Ecológica”. Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha señalado su importancia, entendiendo que la tutela del medio ambiente se encuentra regulada en nuestra Constitución Ecológica, que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, tema que ocupa un lugar medular en nuestra Ley Fundamental.

#### **2.2.4.2. Sistema universal de protección de derechos humanos**

En el plano internacional tenemos diversos instrumentos y jurisprudencia de tribunales internacionales, que nos permitirá analizar e interpretar el alcance del derecho al medio ambiente; ello también a mérito de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que versa sobre los derechos reconocidos en ésta se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre la materia ratificados por el Estado peruano.

Como consideración general, mencionamos que el proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales en el escenario internacional, se debe al proceso denominado internacionalización; que versa básicamente sobre la eclosión de la tarea convencional internacional en orden a la protección de los Derechos Humanos, reflejada en multitud de tratados sectoriales sobre reconocimiento y protección internacional de Derechos fundamentales, surgiendo dicho proceso tras acontecer la segunda guerra mundial.

La positivización o reconocimiento de un derecho fundamental en las normas internacionales origina importantes consecuencias, analógicamente, al igual que ocurre cuando es reconocido en la Constitución, su reconocimiento en normas internacionales obliga a interpretar su contenido y los posibles problemas que se originen por su ejercicio, tomando como referencia que también existen otros derechos o bienes jurídicos que gozan de reconocimiento y protección en el derecho internacional, con los cuales deberá necesariamente ser armonizado; apreciándose así una protección adicional a lo dispuesto en el texto constitucional, pues las normas internacionales establecen unos estándares mínimos de protección que los Estados se encuentran obligados a respetar; en caso contrario, son pasibles de responsabilidad internacional.

La consagración de un derecho fundamental en el ámbito internacional origina grandes consecuencias, como es no sólo la fijación del contenido y alcance del derecho fundamental para la resolución de un caso concreto, sino también para el análisis de los mecanismos procesales establecidos para su protección. Razón por la cual se pasará a detallar estos instrumentos principalmente en las que el Estado peruano forma parte.

Los instrumentos internacionales clásicos sobre derechos humanos no cuentan con un reconocimiento expreso del derecho fundamental al medio ambiente. Así, en el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Naciones Unidas de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se encuentran artículos específicos sobre la materia. Afortunadamente, ello no ha sido impedimento para que los órganos internacionales de protección de derechos humanos puedan pronunciarse sobre casos relacionados con su afectación.

El instrumento más importante del sistema universal de protección de derechos humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una disposición expresa sobre el reconocimiento del derecho al medio ambiente. De modo bastante general, su norma complementaria, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone en su artículo 12º inciso 1º que los

Estados se encuentran obligados al “mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente”.

Lo expuesto no significa la ausencia de un marco internacional sobre el derecho al medio ambiente, sino la ausencia del reconocimiento de este derecho en los instrumentos internacionales específicos sobre derechos humanos. Desde esta perspectiva, en las últimas décadas se han adoptado importantes declaraciones sobre la materia, como por ejemplo:

- Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972).
- Carta Mundial de la Naturaleza (1982).
- Declaración de Río sobre el Ambiente y la Naturaleza (1992).
- Metas del desarrollo del milenio (2000).
- Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible (2002).

Sobre este marco normativo expedido a nivel de Naciones Unidas se ha señalado, que constituirían, el llamado derecho internacional ambiental:

“Como constituye opinión generalizada el estudio del Derecho Internacional del Medio Ambiente se inicia en los últimos treinta años del siglo veinte, pues es con la Conferencia de Estocolmo de 1972 que nace la preocupación jurídica ambiental a nivel global.

En el ámbito internacional, el órgano que ha recogido esta preocupación ha sido fundamentalmente la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Así, desde 1972 y luego en el año 1992 con la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la ONU junto con algunos países desarrollados y otros pocos en desarrollo han creado los elementos fundamentales del sistema jurídico ambiental internacional que en la actualidad estudiamos.

Debemos destacar el hecho de que luego de la Conferencia de Río de Janeiro quedó claramente definida la unión inextricable

entre el medio ambiente y el desarrollo. Así lo reconoce la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 cuando señala que: "... el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables (principio 25)".

Este vínculo es fundamental para los países en desarrollo ya que es pertinente que ellos usen sus recursos naturales para alcanzar su desarrollo económico y el de su población. Sin embargo, ello debería hacerse de manera sostenible.

El proceso de Johannesburgo de 2002, llamada también "Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible", consolidó lo señalado en la Cumbre de Río de 1992, aunque su cercanía temporal con los condenables sucesos del 11 de setiembre de 2001 hizo que los países desarrollados tuvieran menos interés en la agenda ambiental. El aporte relevante de la Cumbre de Johannesburgo fue la creación de alianzas entre los estados, las empresas y las organizaciones de la sociedad civil para enfrentar los problemas ambientales globales<sup>98</sup>.

En consecuencia, si bien existe una importante normativa internacional sobre el medio ambiente, el derecho fundamental al mismo no ha sido reconocido de forma expresa en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, situación que limita la labor a su favor por parte de los órganos de protección de derechos que forman parte de Naciones Unidas.

#### **2.2.4.3. Sistema interamericano de protección de derechos humanos**

La Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada en 1969 y que entró en vigor en 1978) no contienen disposiciones que reconozcan de forma expresa el derecho al medio ambiente. Será recién en el Protocolo

---

<sup>98</sup> VERA ESQUIVEL, Germán. *Introducción al Derecho Internacional del Medio Ambiente*, 1era. Edición, Lima, Ed. Ara Editores, 2011, p. 46.

Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, aprobado en 1998 y que entró en vigor en 1999) que se contará con un texto normativo del sistema interamericano donde se consagre de forma expresa el reconocimiento de dicho derecho. Así, el artículo 11º del Protocolo Adicional, bajo la denominación de “Derecho a un medio ambiente sano”, señala lo siguiente:

- 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.*
- 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.*

Esta disposición es bastante general. A diferencia de otros artículos del Protocolo Adicional sobre derechos sociales, o de la propia Convención Americana en materia de derechos civiles y políticos, el texto del sistema interamericano sobre el derecho al medio ambiente sólo hace mención al mismo y a la obligación del Estado de promover su protección, preservación y mejoramiento. No se detallan aspectos específicos. En esa línea de ideas, también podemos concluir que los diversos instrumentos internacionales sobre derecho del medio ambiente, en los que se ha ratificado el Estado peruano, sólo son instrumentos de adición; no obstante de alguna u otra forma éste derecho se halla posicionado en el ámbito internacional, razón por la cual ya existen diversos fallos por cortes internacionales a favor de este derecho.

#### **2.2.5. Obligaciones del Estado frente a los derechos fundamentales**

Los estados tienen una serie de obligaciones con relación a los derechos fundamentales que son, asimismo, exigibles respecto al derecho al medio ambiente. Se trata de las obligaciones de respeto y garantía. Por la primera, se encuentran impedidos de realizar actos contrarios a este derecho, mientras que por la segunda, deben adoptar las medidas que permitan a toda persona su goce y ejercicio, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar todo acto que afecte su contenido. Estas obligaciones se derivan de instrumentos internacionales de derechos humanos y del texto constitucional.

En el caso de la Constitución de 1993, el artículo 44<sup>o</sup> establece como una obligación del Estado peruano “garantizar los derechos humanos”<sup>99</sup>. Se trata de una mención general, ubicada en un artículo de una sección del texto constitucional que se revisa poco. Además, aparece mencionada junto con otros “deberes primordiales del Estado”, expresión que usa la propia Constitución, como defender la soberanía nacional, proteger a la población de las amenazas a su seguridad, y promover el bienestar general.

En el caso de las normas internacionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 1<sup>o</sup>, inciso 1, y en el artículo 2<sup>o</sup> lo siguiente:

*Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos*

*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...]*

*Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*

*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 [de la Convención] no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro*

---

<sup>99</sup> “(...) En efecto, tal deber especial de protección al cual se encuentran obligados todos los órganos del Estado, sin excepción, se halla constitucionalizado en nuestro ordenamiento jurídico desde su primer artículo, a tenor del cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; y, en forma por demás significativa, en el artículo 44 de la Norma Suprema, según el cual: Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...). En ese sentido, la constitucionalización del deber especial de protección comporta una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de otros Estados. Se trata una función que cabe exigir que asuma el Estado, a través de sus órganos, cuando los derechos y libertades fundamentales pudieran resultar lesionados en aquellas zonas del ordenamiento en los que las relaciones jurídicas se entablan entre sujetos que tradicionalmente no son los destinatarios normales de esos derechos fundamentales”. En: Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0858-2003-AA/TC, fundamento jurídico N° 7-8.

*carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

De antemano, se puede apreciar que en éste instrumento internacional la redacción de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos se encuentran en sus primeros artículos a diferencia del texto constitucional; ello por cuanto constituyen el punto de partida de su doble objetivo, cual es el reconocimiento de tales derechos y de las obligaciones de Estado a favor de su respeto y garantía.

#### **2.2.6. Garantía de los derechos fundamentales.**

En la concepción actual, sobre el Estado Constitucional, no se comprende la existencia de los derechos fundamentales sin la previsión de un conjunto de mecanismos para su defensa<sup>100</sup>. Aquellos jurídicos que la Constitución prevé en su texto para dicha protección son lo que comúnmente se han dado en llamar “garantías constitucionales” y que en la moderna teoría procesal constitucional se denominan procesos constitucionales.

La idea de procesos nos lleva a la idea de una exigencia judicial; sin embargo, cabe precisar que al no darse el objeto de los derechos fundamentales a través de estas garantías, carecerán de sentido los derechos fundamentales, al respecto: “*No es desacertado afirmar*”, *que sin la posibilidad de ejecutar el objeto de los derechos, sencillamente estos dejarían de existir como tales y se convertirían en meras declaraciones políticas, la seguridad en la efectivización es una de las grandes conquistas del siglo pasado, pues le otorgan la posibilidad de hacerlos valer*”<sup>101</sup>.

El Tribunal Constitucional ha afirmado: “... *la Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos. A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de*

---

<sup>100</sup>ETO CRUZ Gerardo, MESINAS MONTERO Federico G. y otros. Ob. Cit., p. 87.

<sup>101</sup>GARCÍA YZAGUIRRE, José Víctor. *El Test de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Arequipa – Perú, ADRUS, 2012, p. 57.

*mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales*<sup>102</sup>. Determinándose así, que no sólo las garantías constitucionales son garantías de la constitución sino también el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades.

### **2.2.7. Derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales**

Como señalamos al comenzar el desarrollo del presente capítulo, sobre el análisis de los fundamentos de los derechos fundamentales es importante a fin de realizar cualquier estudio de derechos fundamentales; estudiar los fundamentos del proceso de amparo como garantía de estos derechos, que dicho sea de paso, esta es desarrollada de forma escasa en la literatura jurídica; no obstante, nos acogemos al planteamiento del Dr. Luis HUERTA GUERRERO<sup>103</sup>, que sostiene que el derecho que tiene toda persona de adquirir protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales que será un motivo más que suficiente para la protección de estos, fundamentándose así el proceso de amparo, en especial del derecho al medio ambiente.

El derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales se encuentra reconocido de forma expresa en diferentes normas internacionales, por lo general bajo la denominación de *recurso efectivo*, al respecto:

- *Art. 08° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley.*

---

<sup>102</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 1230-2002-HC, (Caso César Humberto Tineo Cabrera), Fundamento N° 04.

<sup>103</sup> Cfr. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. "Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo", [Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho], Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pp. 144-185.

- *Inciso 03) del Art. 02° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; (...)"*.
- *Inciso 01) Artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. (...)"*.

Son estos instrumentos internacionales, en que se fundamenta este derecho; sin embargo, en nuestra constitución política no existe referencia expresa alguna. Esta puede ser una de las razones por las cuales la doctrina nacional ha prestado poca atención a un derecho de tanta importancia, lo cual no resulta justificado, especialmente si el mismo cuenta con un amplio desarrollo a nivel de normas internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico nacional.

Esta omisión del texto constitucional no puede llevar a concluir que no se trata de un derecho que cuente con fundamentos constitucionales. En primer lugar, debe recordarse que el artículo 139° inciso 3° de la Constitución reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, cuyo contenido abarca el derecho de acceso a la justicia, por medio del cual se reconoce el derecho de toda persona para acudir a los órganos jurisdiccionales a fin de hacer valer cualquier tipo de pretensión relacionada con sus derechos y obligaciones jurídicas, siendo la tutela de sus derechos fundamentales una de las variadas y numerosas pretensiones que pueden exigirse ante los tribunales. En segundo lugar, puede argumentarse que al reconocer la Constitución en su artículo 200° un conjunto

de procesos para la tutela de derechos fundamentales, implícitamente está reconociendo el derecho a la protección judicial de estos derechos.

Esta línea interpretativa ha sido recogida por el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia, al señalar que “detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”<sup>104</sup>. Expresándose así que desde las disposiciones constitucionales, existe este derecho de forma implícita, el mismo que nos dotará también de fundamento al momento de acudir a la vía constitucional en busca de tutela del derecho al medio ambiente.

### **2.2.8. Etapas de la vida de una mina**

Antes de profundizar sobre el tema de daño ambiental generado por la minería, es necesario conocer de manera general la actividad minera y no hay mejor forma de hacerlo que a través de las etapas de la vida de una mina<sup>105</sup>, como una manera simplificada y didáctica para explicar las diversas actividades mineras prescritas en el Decreto Supremo 014-92-EM (Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería<sup>106</sup>), este dispositivo comprende todo lo relativo al aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional; pasándose a desarrollar a manera de síntesis todas las actividades directas e indirectas que implique la industria extractiva de la minería.

#### **2.2.8.1. Exploración minera**

Existen dos actividades fundamentales previas a la etapa de exploración, que tienen como objetivo poner en evidencia los indicios de mineralización a través de la recopilación de datos y labores mineras elementales<sup>107</sup>. Estas actividades son denominadas de la siguiente manera: i) Cateo: Actividad que

---

<sup>104</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 01230-2002-PHC/TC, fundamento N° 04.

<sup>105</sup> Término que nos parece adecuado para hacer referencia a todas las actividades que demanden para el desarrollo de la industria minera, término que es utilizado en un trabajo de investigación. En: BENDEZÚ DE LA CRUZ Mario Alejandro. “*Cómo Identificar una Minera Junior de Éxito*”, [Tesis de Grado], Pontificia Universidad Católica del Perú – Facultad de Ciencias e Ingeniería, Lima, 2014.

<sup>106</sup> Art. VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería 1992, publicada el 04-06-92; prescribe: “Son actividades de la industria minera, las siguientes: cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero”.

<sup>107</sup> Conceptos explicados en el subcapítulo Exploración Minera se basan en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería 1992, publicada el 04-06-92.

tiene como fin realizar búsquedas visuales de anomalías geológicas en la superficie del territorio a estudiar; ii) Prospección: Consiste en la recolección de información del terreno a estudiar a través de fotos aéreas, datos satelitales, mapeos geofísicos y/o geoquímicos.

Estas actividades no requieren la concesión minera del terreno debido a que son actividades cuyo impacto ambiental es mínimo. Una vez que se han confirmado los indicios de mineralización se procede con la exploración, actividad que sí precisa una concesión minera y cuyo objetivo es determinar la magnitud (recursos y/o reservas) y concentración (ley) de mineral que se encuentra en el yacimiento.

La exploración, a diferencia del cateo y la prospección, es más detallada y causa un mayor impacto ambiental debido a que los estudios a realizar incluyen perforaciones, sondajes, muestreos, análisis del contenido y tipo de mineral, etc. Además ésta actividad necesita de ciertos permisos que los pasos anteriores no requieren.

#### **2.2.8.2. Desarrollo y planeamiento**

Si los resultados obtenidos de la etapa de exploración presentan el potencial económico esperado, se procederá con los estudios de viabilidad que demostrarán si el proyecto minero es técnica y económicamente explotable.

Estos estudios consisten en reportes de los aspectos geológicos, mineros, metalúrgicos, sociales, ambientales, financieros y comerciales, que son llevados a cabo por un equipo multidisciplinario donde participan geólogos, ingenieros de minas, metalurgistas, abogados, economistas, entre otros. A partir de estos estudios se derivarán las acciones y estrategias a tomar, la inversión y los costos a asumir con la finalidad de establecer el valor de la mineralización evaluada en el depósito y generar un flujo de caja positivo.

#### **2.2.8.3. Construcción**

En esta fase se culmina la planificación y se ejecutan los trabajos de infraestructura necesaria para realizar la explotación. Los trabajos dependerán del método de extracción seleccionado, así como del sistema para el transporte

del mineral. El estudio de Factibilidad permitirá seleccionar el método de explotación (subterráneo o tajo abierto), de acuerdo a las características del yacimiento y su viabilidad.

#### **2.2.8.4. Producción**

La explotación es una etapa mucho más específica y particular; sin embargo, es necesario aclarar que el mineral extraído de por sí no es comerciable, porque contiene gran cantidad de impurezas y está mezclado con rocas sin valor, por ese motivo esta etapa está sujeta a un tratamiento, para generar valor.

La “generación de valor” del mineral se hace mediante distintos procesos (físicos, químicos, y/o físico-químicos, o hidro/piro metalúrgicos). De estos procesos se obtiene las partes valiosas y se desecha las que no tienen valor comercial.

Finalmente, la refinación y fundición permiten “purificar” los metales obtenidos, y es en este momento en el que finalmente son aptos para su transformación o uso industrial (lingotes, barras). La etapa de producción es la que más años de duración tiene, influenciada por los costos de operación, el precio de los minerales y el volumen de reservas.

#### **2.2.8.5. Cierre de mina**

Cuando la mina deja de operar, porque ya no tiene reservas de mineral que resulten económicamente viables de ser trabajadas, se procede con el cierre de mina con la finalidad de prevenir cualquier impacto ambiental negativo que podría causar la finalización de la actividad minera realizada en la zona.

Antes de comenzar la operación de una mina<sup>108</sup>, la empresa está obligada a presentar ante el Ministerio de Energía y Minas el plan de cierre de mina, el cual debe estar programado desde antes de iniciar la explotación del depósito y tiene como objetivo rehabilitar las áreas donde se ha planeado desarrollar la actividad minera. Para lograr esto, se desmantelan los equipos e instalaciones

---

<sup>108</sup> Ver Art. 06° de la Ley N° 28090 del 14-10-2003 (modificado por Ley N° 28507) – Ley que regula el cierre de minas.

que se usaron en el ciclo de vida de la mina y se recuperan las zonas afectadas por las actividades realizadas.

#### **2.2.8.6. Post-cierre de mina**

Generalmente, el cierre de mina no es suficiente para evitar o solucionar los impactos ambientales que podría haber dejado una minera, los químicos utilizados para la recuperación de los metales, la composición de estos, los efectos de la intemperie, entre otros puede generar sustancias contaminantes incluso después de años de cerrada la mina. Es por ese motivo que el post-cierre, es una etapa de monitoreo y mantenimiento de los alcances del cierre, con la finalidad de verificar que ese proceso haya sido efectivo<sup>109</sup>.

De manera genérica podemos concluir en éstos tópicos que la viabilidad de un proyecto minero, demanda de muchos estudios interdisciplinarios concordados; no obstante, las diversas disciplinas realizan aislamientos frente a las demás disciplinas quizá por su campo de rigurosidad y alta especialidad<sup>110</sup>, situación que nos lleva a la siguiente interrogante ¿Quién es el profesional idóneo para concatenar o armonizar todos estos estudios interdisciplinarios? Ya que muchas veces se trata de priorizar el tema rentable o económico para después hacer frente a los demás estudios ambientales y sociales; toda vez, que en el caso contrario, de existir sólidos estudios interdisciplinarios de viabilidad se reducirían o no existirían diversos conflictos sociales a causa de esta actividad extractiva. Por otro lado la actividad minera en sí, actúa con un conjunto de actividades concatenadas y algunas de ellas exigen cierta certificación y autorización, las mismas que pasamos a estudiarlas, las mismas que pasamos a desarrollar.

#### **2.2.9. Licencias y permisos para iniciar una actividad minera**

Conforme se va incursionando a través de las diferentes etapas por las

---

<sup>109</sup> Ver Art. 05º y 11º de la Ley N° 28090 del 14-10-2003 (modificado por Ley N° 28507) – Ley que regula el cierre de minas.

<sup>110</sup> “En la actualidad las empresas persiguen objetivos tales como un desarrollo sustentable desde el punto de vista económico y social, la diversificación de sus actividades, su presencia en un país o en un mercado, y una rentabilidad acorde con el riesgo y magnitud del Proyecto que han concebido. Sin desconocer la validez de esta diversidad de objetivos, este texto se refiere tan sólo al último de ellos, la rentabilidad de los Proyectos desde el punto de vista económico privado”. En: MILLÁN U. Augusto. *Evaluación y Factibilidad de Proyectos Mineros*, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1998, p. 22.

que pasa un proyecto minero para convertirse en una mina, se irán necesitando ciertos compromisos, la aprobación de permisos y el cumplimiento de éstos con la finalidad de obtener el derecho de trabajar la propiedad que contiene el depósito mineral y regular el impacto socio-ambiental que este puede causar en la zona donde se desarrollan las actividades (ejecutadas ya sea por el sector privado o público). El Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales (en adelante DGAAM<sup>111</sup>) es la entidad competente para evaluar y aprobar o desaprobado, según corresponda, los estudios ambientales de exploración y explotación en el subsector minero. A continuación, como forma de obligación para los concesionarios mineros, se mencionarán los permisos más importantes en las etapas de la vida de una mina:

### **2.2.9.1. Concesión minera**

Luego del cateo y la prospección, el siguiente paso es la exploración; al ser una actividad que implica un mayor impacto en la zona (perforaciones diamantinas, movimientos de material) se necesita obtener una autorización del Estado, el cual es soberano de todas sustancias que contiene el subsuelo hasta el momento de su extracción. La concesión minera otorga a su titular el derecho de exploración y explotación de los recursos minerales concedidos que se encuentran dentro de un sólido a una profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator<sup>112</sup>.

Comentando la naturaleza de la concesión, García Montufar y FranciskovicIngunza manifiestan que *“el derecho de exploración-explotación es la facultad de extraer minerales por un plazo indefinido, sin obligación de devolver el yacimiento (...) no (debe entregar) el bien tal como lo recibió puesto que la extracción de minerales consume el yacimiento, ni por supuesto tiene la*

---

<sup>111</sup> Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros – DGAAM (en adelante), es la autoridad competente respecto a determinados proyectos, según el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, actualizado por la Resolución Ministerial N° 157-2011-MINAM (21-Jul.-2011). Por otro lado sería el mismo Ministerio de Energía y Minas como la entidad gubernamental responsable para establecer las políticas de protección ambiental aplicables a las actividades mineras y metalúrgicas y aprobar los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), ello conforme se aprecia del Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Minero Metalúrgicas aprobada por Decreto Supremo N° 016-93-EM.

<sup>112</sup> Ver Art. 09° del Decreto Supremo 014-92-EM Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.

*obligación de entregar otro yacimiento u otros minerales en igual cantidad y calidad ni tampoco de pagar su valor*<sup>113</sup>. Asimismo desde el plano legal, también la concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de atributos que la ley reconoce al concesionario, presentando partes accesorias como sería las labores ejecutadas como los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión<sup>114</sup>; concluyéndose en este extremo que la concesión minera tiene una naturaleza especial ya que no sólo se refiere a la relación directa entre el titular y el yacimiento, sino a las distintas labores y bienes vinculadas a la concesión.

### **2.2.9.2. Permisos de exploración**

Para que una minera pueda explorar no solo es necesario obtener una concesión minera, sino que es necesario realizar una evaluación ambiental de los impactos que se pueden originar con esta actividad y un plan para mitigar estos impactos si es necesario.

La Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA en adelante) - Ley N° 27446<sup>115</sup>, los proyectos de exploración han sido divididos en dos categorías: Categoría I y Categoría II, con el propósito de evaluar y aprobar según la extensión de la actividad de exploración emprendida y el área potencial a ser disturbada.

Los proyectos en etapa exploratoria se pueden clasificar según la intensidad e impacto de la actividad en el área afectada: i) Categoría I: Los proyectos mineros cuya etapa exploratoria no origina impactos ambientales ni sociales negativos de carácter significativo, necesitan una declaración de impacto ambiental (DIA) y comprende proyectos que impliquen un máximo de 20 plataformas de perforación; un área efectivamente disturbada menor a 10 hectáreas considerando en conjunto dichas plataformas, trincheras, instalaciones auxiliares y accesos; o la construcción de túneles de hasta 50 metros de longitud en conjunto; ii) Categoría II: Los proyectos mineros con

---

<sup>113</sup>GARCÍA MONTÚFAR, Guillermo y Millitza FRANCISKOVIC INGUNZA. *Derecho Minero*. Segunda Edición. Lima, 2001, p. 72.

<sup>114</sup> Ver parte in fine del Art. 09° y Art. 10° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería 1992.

<sup>115</sup> Ley N° 27446 del 23 Abril de 2001, modificado por el Decreto Legislativo N° 1078 (28 Junio de 2008) y reglamentada por el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM del 25 Setiembre de 2009.

posibles impactos ambientales moderados y con efectos negativos, mitigables con medidas de fácil aplicación en la etapa de exploración, necesitan un estudio de impacto ambiental semidetallado (EIA<sub>sd</sub>) y comprende proyectos que impliquen más de 20 plataformas de perforación; un área efectivamente disturbada mayor a 10 hectáreas considerando en conjunto dichas plataformas, trincheras, instalaciones auxiliares y accesos; o la construcción de túneles de más de 50 metros de longitud en conjunto<sup>116</sup>.

Asimismo, la legislación nacional sobre minería reconoce la importancia de la protección al medio ambiente dentro de las distintas fases del desarrollo de un proyecto minero. De esta manera y específicamente en el caso de exploración el Reglamento ambiental para las actividades de exploración minera<sup>117</sup>, señala como requisito para iniciar esta clase de actividades la presentación ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros<sup>118</sup>, instrumentos de evaluación ambiental previa, bajo intimidación de sanciones correspondientes en caso de incumplimiento por el titular.

### **2.2.9.3. Permisos de explotación**

En este ítem se evalúa los instrumentos de estudio de impacto ambiental detallado, Categoría III según LSEIA<sup>119</sup>. Entendemos previamente por impacto ambiental a: *“... la alteración del ambiente producida por una actividad determinada, a diferencia de una evolución natural del ambiente sin la influencia de dicha actividad. En tal sentido, los impactos al medio natural o social pueden ser positivos o negativos. Asimismo, los efectos pueden ser directo o indirectos, mediatos o inmediatos, pueden tener una incidencia puntual o acumulativa,*

---

<sup>116</sup> Art. 04º.1) de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental LEY N° 27446, publicada el 23 de Abril de 2001.

<sup>117</sup> Decreto Supremo N° 020-2008-EM del 01 de abril de 2008.

<sup>118</sup> Artículo 37º del Decreto Supremo N° 020-2008-EM, prescribe sobre el inicio de actividades antes de la aprobación del estudio ambiental: En aquellos casos en los que se presume el inicio de actividades previamente a la aprobación de la DIA o el EIA<sub>sd</sub>, la DGAAM oficiará al OSINERGMIN a efectos de que se realice la supervisión y se apliquen las sanciones que corresponda, conforme a ley.

La autoridad no aprobará estudios ambientales respecto de los cuales tenga la certeza que refieren actividades en ejecución o ya realizadas.

<sup>119</sup> Art. 04º.1) de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental LEY N° 27446: Categoría III - Estudio de Impacto Ambiental Detallado.- Incluye aquellos proyectos cuyas características, envergadura y/o localización, pueden producir impactos ambientales negativos significativos, cuantitativa o cualitativamente, requiriendo un análisis profundo para revisar sus impactos y proponer la estrategia de manejo ambiental correspondiente. Los proyectos de esta categoría requerirán de un Estudio de Impacto Ambiental detallado (EIA-d).

*pueden alcanzar a un ámbito pequeño o grande*<sup>120</sup>.

En este caso la actividad determinada es la minería, y a fin de determinarse estos impactos de forma positiva o negativa, nos remite al estudio de impacto ambiental (EIA en adelante), la misma que puede definirse, en la literatura jurídica como: *“... son documentos científicos – técnicos de carácter interdisciplinario en el que se recogen los problemas ambientales, sociales, culturales y patrimoniales que una determinada actividad genera, y tiene como objetivo principal predecir, identificar, ponderar, corregir y de ser posible eliminar dichos problemas*”<sup>121</sup>.

Asimismo, debemos mencionar que estando a la importancia de los EIA, no deberá ser un simple informe por el contrario es un estudio complejo por ser de carácter interdisciplinario, al respecto, también desde el ámbito de la ingeniería se tiene que: *“Es el estudio técnico de carácter interdisciplinario que está destinado a predecir, identificar, valorar y corregir las consecuencias o efectos ambientales que, determinadas acciones, pueden causar sobre la calidad de vida del hombre y su entorno*”<sup>122</sup>.

Como se puede apreciar, los estudios de impacto ambiental, son documentos interdisciplinarios, mediante los cuales se identifican el impacto directo e indirecto al entorno, cuyo objetivo principal es predecir, identificar, ponderar, corregir y de ser posible eliminar dichos impactos (problemas); advirtiéndose, que su presentación es predictiva para tomar una serie de medidas en aras del cuidado del medio ambiente; esta evaluación del EIA se denomina evaluación de impacto ambiental, al respecto: *“Como todo proceso, tendrá diversos componentes que permitirán operativizar el mismo con la finalidad última de facilitar la toma adecuada de decisiones en materia ambiental y sobre la viabilidad socioeconómica de la intervención propuesta. Además, hay que tener en cuenta que esa evaluación es de naturaleza preventiva antes que correctiva y está orientada a brindar los elementos necesarios para un proceso*

---

<sup>120</sup> ANDALUZ WESTREICHER Carlos. *Derecho Ambiental – Ambiente Sano y Desarrollo Sostenible: Deberes y Derechos*, 1era. Ed., Lima, Bellido, 2004, p. 123.

<sup>121</sup>Ibid., p. 127.

<sup>122</sup> BENDEZÚ DE LA CRUZ, Mario Alejandro. Ob. Cit., p. 6.

*informado de toma de decisiones*"<sup>123</sup>. Concluyéndose así que los EIA no son necesariamente impeditivos para un proyecto económico, más por el contrario son coadyuvantes para un proceso informado de toma de decisiones adecuadas en materia ambiental y viabilidad socioeconómica de la industria propuesta, es decir serán los instrumentos que viabilizan los proyectos mineros, ello por tener un efecto correctivo.

El EIA es un documento que debe presentar el titular del proyecto, el estudio deberá identificar, describir y valorar, de manera apropiada, los efectos notables y previsibles que la realización del proyecto produciría sobre los distintos aspectos ambientales durante la etapa de explotación. El Ministerio del Ambiente, a través del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por D.S.N° 019-2009-MINAM, establece que todo estudio de impacto ambiental debe ser efectuado sobre la base del proyecto de inversión a nivel de factibilidad, y donde la autoridad competente no admitirá a evaluación dicho estudio si no cumple dicho requisito. Señala asimismo en su anexo V los términos de referencia básicos que deben contener los estudios de impacto ambiental detallados.

Actividades de minería sujetas a la presentación de EIA:

- Titulares de concesiones mineras que luego de la etapa de exploración, proyecten iniciar la etapa de explotación o beneficio.
- Titulares de concesiones en etapa de producción u operación que realicen ampliaciones de producción en sus operaciones o tamaño de planta de beneficios superiores a 50%.
- Proyectos de Explotación Minera (Categoría II): pequeño productor minero o minero artesanal (se presenta ante el gobierno regional respectivo).

Del mismo modo, se debe considerar las disposiciones indicadas en el

---

<sup>123</sup> Cfr. PULGAR VIDAL, Manuel y AURAZO, Adriana. *Mejorando la Participación Ciudadana en el Proceso de Evaluación Ambiental en Minería*. Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo. 2003, p. 11. En: ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*, 4ta. Ed., Lima, Grijley, 2013, p. 495.

Art.3° del D.S.N°060-2013-PCM, las cuales establecieron plazos para la revisión y aprobación del EIA por parte de la Autoridad Competente y de las Entidades Públicas que intervienen emitiendo opinión vinculante de dicho estudio ambiental (ANA, DIGESA, SERNAP, etc), es en un plazo exiguo; la norma establece un plazo de 30 días para los opiniones técnicas de otras entidades públicas distintas al evaluador, siendo en este plazo muy difícil de emitir una opinión seria y responsable, pues los EIA son documentos voluminosos. Igualmente, es insuficiente los 10 días establecidos para que éstas se pronuncien sobre el levantamiento de las observaciones que realiza el titular del proyecto. Consideramos que estos plazos no permiten una revisión a fondo, obligará a que revisen solamente los específico (agua, áreas naturales protegidas, restos arqueológicos, poblaciones indígenas, etc.), sin mirar sus interrelaciones con el conjunto del ámbito estudiado. Lo que es peor aún la autoridad evaluadora tiene 20 días para tomar decisión final y se obvian los procesos de participación ciudadana. Nunca antes, algo así había ocurrido ya que la participación ciudadana es principio transversal para todos los procedimientos del Estado. Tampoco hay mención alguna a plazos para procesos de consulta previa.

Es así que se puede apreciar de todo este marco normativo, de forma general y reglamentaria; que la aprobación de los EIA para la Categoría III está a cargo de DGAAM y los demás organismos estatales son de opinión vinculante; sin embargo, no existe muchas facilidades con el plazo como para realizar una buena opinión, por el tiempo que demandan estos en su elaboración como es el caso del EIA del proyecto conga que fue sujeto a pericia internacional, el mismo que no se desarrolló en un mes corriente; más aún los EIA son cuestionados si son aprobados por órganos adscritos al ministerio que promueve la inversión minera.

#### **2.2.9.4. Licencia social**

La licencia es un término complicado de definir; sin embargo, nos parece acertada las siguientes definiciones: *“La licencia social puede ser definida como la aprobación que da una determinada comunidad a la forma en que una persona, natural o jurídica, desarrolla su actividad extractiva. A diferencia de las licencias que otorga el Estado, ésta no se rige por ningún documento, su logro*

*no se refleja en una constancia escrita. Este concepto de licencia social es bastante utilizado en nuestro país, sobre todo en la actividad minera*<sup>124</sup>.

Licencia social para operar en la actividad minera, como la aprobación tácita otorgada por las poblaciones aledañas a un establecimiento minero, expresada en el conjunto de acciones de reconocimiento y/o aceptación de las actividades mineras, que dota de legitimidad la actuación empresarial. Teniendo como consecuencia: *“... un conjunto de hechos, actuaciones, normas de conducta, respeto de los derechos de los vecinos, siendo lo más relevante (...) el desarrollo sostenible con el que se deben planear las actividades mineras, el cuidado responsable del medio ambiente y la responsabilidad social empresarial que predique la institución. Estos elementos facilitarán la “aprobación” de la comunidad que rodea a la minera*<sup>125</sup>.

De ambas definiciones, de diversos enfoques, arriban a una misma conclusión como es la intervención de un mutuo acuerdo entre empresa y comunidad; y la inexistencia de documentos formales, sólo la existencia de hechos y normas a forma de protocolos; la cual también se puede inferir de toda la gama normativa en torno a la actividad minera. Por otro lado, a fin de materializar esta licencia, el EIA incorpora el proceso de participación ciudadana según lo normado en el “Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero”<sup>126</sup>, así como lo estipulado en las “Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana”<sup>127</sup>, las cuales tienen por objeto desarrollar los mecanismos de participación ciudadana en el ámbito minero, así como los plazos y criterios para el desarrollo del proceso de participación en cada una de las etapas de la actividad minera.

Sin embargo, en el art. 03° de la R.M.N°304-2008-MEM/DM<sup>128</sup>, se advierte

---

<sup>124</sup> BENDEZÚ DE LA CRUZ, Mario Alejandro. Ob. Cit., p. 6.

<sup>125</sup> CAMPOS NORIEGA, Miguel Ángel; DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe y otros. *“Minería: ¿fuente de esperanza o víctima de sí misma?”*, Ius Et Veritas, Vol. 15, N° 31, Lima, 2005, p. 346.

<sup>126</sup> Aprobado por D.S.N°028-2008-EM de fecha 26 de mayo del 2008.

<sup>127</sup> Aprobado por R.M.N°304-2008-MEM/DM de fecha 24 de junio de 2008, modificado por Resolución Ministerial 009-2010-MEM/DM del 13 de enero de 2010, normas que regulan el proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero.

<sup>128</sup> **Artículo 3.- Del cumplimiento de la obligación de informar:** El Ministerio de Energía y Minas, a efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento, deberá promover la realización de diversos eventos informativos, tales como foros, conferencias, talleres, etc., de manera periódica a nivel regional o provincial, en coordinación con las autoridades regionales o locales respectivas y los titulares de concesión minera.

que la participación ciudadana de los miembros aledaños al proyecto minero deberá de ser promovida por el Ministerio de Energía y Minas en coordinación con el titular de la actividad a fin de analizarse los estudios ambientales antes de su presentación para la obtención de los permisos correspondientes; lo que ello presupone una especie de parcialización por parte de este ministerio al no ser los concesionarios aún titular de derecho alguno, como así se advierte también en la literatura: *“algunos sectores de la población perciben cierta parcialización del MEM a favor de las empresas mineras, muchas veces originada por las circunstancias desfavorables o la ausencia de una normativa adecuada”*<sup>129</sup>.

Es por ello consideramos que la participación ciudadana deber ser continua desde el inicio de la vida minera, como también durante la evaluación del EIA ante la autoridad competente, es en dicho escenario en que se debe tener presente también la opinión de las comunidades afectadas conjuntamente con las entidades competentes involucradas en el asunto (ANA, DIGESA, SERNAP, etc), razón por la cual se requiere un plazo razonable para dicho proceso.

#### **2.2.9.5. La licencia social en las concesiones mineras implica el derecho a la consulta previa**

El Estado Peruano incorporó en el año 2011, la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la organización Internacional del Trabajo (OIT). Mediante esta norma se reconoce formalmente el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo.

La consulta la realiza, solamente, el Estado Peruano y no el Titular Minero. Sin embargo la Ley de Consulta Previa, no deroga ni modifica las normas sobre el derecho a la Participación Ciudadana, por lo que la consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho de veto a las actividades mineras o a las

---

<sup>129</sup> DE ECHAVE, José. *Minería y Comunidades: Construyendo un proceso de toma de decisiones frente a operaciones mineras*. 2001. p. 25. En: CAMPOS NORIEGA, Miguel Ángel; DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe y otros. O. Cit., p. 347.

decisiones de la Autoridad, tal como lo indica el Art. 04<sup>130</sup> del Reglamento de Participación Ciudadana aprobado por D.S.N°028-2008-EM.

Pudiendo concluir entonces que los mecanismos de participación ciudadana si es un desarrollo legal del Derecho a la Consulta Previa contenida en la OIT y la ley de la consulta previa no hace referencia alguna al sector minero, ello debido a su generalidad; asimismo, la participación ciudadana es un desarrollo legal de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, la cual señala en el Artículo III de su Título Preliminar el derecho de toda persona a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno.

De todo el marco normativo entorno a la denominada licencia social para el aprovechamiento de los minerales a través de la minería, las normas atinan sólo en mencionar que su presentación es importante antes de solicitarse cualquier autorización para iniciar con la vida de una mina; así como también las podrá hacer de manera paralela y adicional, lo cual es un desacierto porque sería pertinente regular las cosas de acuerdo a su naturaleza y de forma sucesiva, no podemos obviar el clamor e inquietudes de la población desde el inicio de cualquier iniciativa de actividad minera como el petitorio minero<sup>131</sup>; asimismo la norma concluye muy a fondo que no existe el derecho de veto a las actividades

---

<sup>130</sup> Artículo 4.- De la consulta

El derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento. En tal sentido, los mecanismos de participación ciudadana a implementar deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y en qué medida. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 numeral 72.2 de la Ley General del Ambiente N° 28611, en caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, el procedimiento de participación ciudadana se orienta preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer los beneficios y medidas compensatorias que les corresponda según la legislación de la materia.

La consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho de veto a las actividades mineras o a las decisiones de la autoridad.

<sup>131</sup> “Ubicado el yacimiento minero, la empresa interesada en su explotación deberá denunciarlo ante la autoridad administrativa competente. En este sentido, el artículo 17 del Reglamento señala los requisitos que deberá contener todo petitorio minero para su aprobación. Aquí se encuentra el primer problema. El texto original del artículo en mención enumeraba una serie de requisitos formales, ninguno de los cuales exigía una comunicación con las comunidades aledañas a los proyectos extractivos”. En: CAMPOS NORIEGA, Miguel Ángel; DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe y otros. O. Cit., p. 354.

mineras o decisiones de la autoridad, siendo así la licencia sería una especie de mera formalidad y acuerdos influenciados por diversos factores, políticos, intereses económicos (ya sea del propio Estado o de particulares), sin la opinión de entidades estatales vinculadas con la actividad, etc.

#### **2.2.9.6. Sobre la certificación ambiental en los Pequeños Productores Mineros y Productores Mineros Artesanales**

Como es sabido los Pequeños Productores Mineros (en adelante PPM) y Productores Mineros Artesanales (en adelante PMA) cuentan su propio régimen legal<sup>132</sup>, no se encuentran dentro del régimen general del marco legal vigente para los titulares de actividades mineras; siendo la autoridad competente para el desarrollo de las actividades mineras los gobiernos locales y regionales.

En ese escenario, existe también otro régimen de instrumentos de gestión ambiental, como los estudios de impacto ambiental; existiendo una relación del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental en dos entes rectores, como el Ministerio de Energía y Minas y los gobiernos regionales y locales por el otro, téngase presente que existe todo un marco legal que regula el proceso de descentralización y transferencia de funciones y competencias, dentro de las que se encuentran las competencias en materia ambiental. Este marco se basa fundamentalmente en la Ley de Bases de la Descentralización – Ley N° 27783, la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales – Ley N° 27867, y la Ley de Acreditación de Gobiernos Regionales y Locales – Ley N° 28273, y la reciente modificada Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Algunos de las principales disposiciones que regulan la transferencia a los gobiernos regionales de competencias ambientales vinculadas a operaciones mineras de los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales.

En ese sentido, la literatura nacional también advirtió que no existe un único régimen uniforme de estudios de impactos ambientales en la normatividad minera: *“Desde la entrada en vigencia de la Ley (Ley N° 27651), las actividades de PPM y PMA se han separado del régimen general minero, excluyéndosele del ámbito de aplicación de las normas contenidas en los reglamentos de protección*

---

<sup>132</sup>Ley N° 27651 – Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal, del 21 de Abril de 2002.

*ambiental tanto para las actividades de exploración como de explotación, incluyendo la evaluación del impacto ambiental, y asignándoles un régimen especial aplicable a todas las actividades desarrolladas por los PPM y PMA. Sin embargo, la poca claridad de la Ley de PPM y PMA respecto de las actividades, categorías de titulares mineros, e instrumentos de evaluación de impacto ambiental que corresponde a cada categoría y actividad, han generado gruesas inconsistencias en la legislación de la materia...”<sup>133</sup>.*

Siguiendo al autor, expresa que existe una serie de regímenes de impactos ambientales entre gran, mediana y pequeña minería: *“En el sector minero, debido a las distintas categorías de los titulares mineros y las distintas actividades mineras, se ha creado una multiplicidad de sub regímenes de impacto ambiental fraccionando el sistema de evaluación ambiental. Así, actualmente existen hasta cuatro sub – regímenes de la evaluación de impacto ambiental: uno que regula las actividades de exploración minera del régimen general; otro que evalúa el impacto ambiental de las actividades de explotación, beneficio, labor general y transporte minero, desarrolladas también por titulares del régimen general; un tercer sub- régimen que evalúa el impacto ambiental de las actividades de exploración y explotación de los titulares de la pequeña minera y minería artesanal, y un cuarto y último régimen que regula la evaluación ambiental únicamente de las actividades de beneficio de los PMA. Como se puede apreciar, no se ha previsto un régimen de evaluación de impacto ambiental para las actividades de exploración minera a cargo de los PMA. Esto obedece a la naturaleza de las actividades mineras de los PMA, quienes generalmente no emplean las mismas técnicas que los titulares mineros del régimen general. No obstante, esto puede considerarse como un vacío normativo, por lo menos desde una aproximación teórica”<sup>134</sup>.*

Y parte de dicha incongruencia, también se puede verificar de una mera lectura del Art. 05° de la Ley N° 27651, que prescribe que para la realización de actividades por parte de los PMA, éstos requieren de la presentación de una DÍA

---

<sup>133</sup> KAHATT Karim y AZERRAD Cecilia. “Evaluación del Impacto Ambiental en Minería: a propósito del Nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera”, Revista de Derecho Administrativo, N° 06, Año, 03, Agosto – 2008, Lima, p. 315.

<sup>134</sup>Ibid., p. 318.

suscrita por un profesional competente en la materia; sin embargo, desde una interpretación sistemática (Ver Art. 39° de la Ley N° 27651) de la norma se aprecia que la categoría I y la categoría II son aplicables a las actividades realizadas tanto por PPM como por PMA, tanto para exploración como para explotación; siendo así, los EIA-sd son de exclusiva aplicación para las actividades de PPM que califiquen dentro de la categoría II y no son aplicables a los PMA bajo ningún supuesto siendo sólo el DÍA, siendo ello un desacierto ya que los PMA podría ocasionar un impacto por su número tan igual o peor que los PPM.

#### **2.2.10. Minería ilegal y política criminal en el Perú**

En las naciones andinas, recientemente un estudio señala que tanto Colombia, Ecuador y nuestro país tienen problemas de minería ilegal e informal en sus territorios, pero es en Perú donde alcanzó niveles alarmantes por la presencia muy consolidada de organizaciones, unas y otras vinculadas al narcotráfico, que habrían tomado el control territorial y causado un enorme daño en la amazónica región de Madre de Dios<sup>135</sup>. Los primeros intentos por recuperar el territorio encontraron una gran resistencia armada y la respuesta del Presidente Ollanta Humala fue ordenar la destrucción de los equipos utilizando helicópteros artillados. La lucha contra la minería ilegal ya se había convertido en un problema común de las naciones andinas y nuestro país había abierto la puerta para reprimir la actividad destruyendo la maquinaria utilizada en esa actividad.

Asimismo, según un estudio del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de octubre del año 2012, mediante el cual se aprobó la Decisión N° 774 sobre “Política Andina de lucha contra la minería ilegal”, se acordó un Plan Regional, que debería ser reglamentado por cada país miembro, el cual señala, entre otros aspectos que para luchar contra la minería ilegal, se debe:

1. *formalizar o regularizar la minería en pequeña escala, tradicional o*

---

<sup>135</sup> Cfr. PACHAS, Víctor Hugo. *El Sueño del corredor minero*, Gomian, Lima, 2012.

*artesanal.*

2. *Ejecutar acciones contra la minería ilegal, tales como el decomiso y la incautación de bienes, maquinaria y sus partes, equipos e insumos utilizados para la minería ilegal, así como la neutralización, destrucción e inmovilización o demolición de bienes, maquinaria, insumos, cuando por sus características o situación no resulte viable su decomiso, traslado o, desde el punto de vista económico, su administración.*

3. *Establecer sanciones suficientemente disuasivas a quienes realicen minería ilegal y actividades ilícitas conexas.*

4. *Controlar y fiscalizar la importación, exportación y transporte, distribución, comercialización de Maquinaria, sus partes y accesorios, equipos e insumos químicos e hidrocarburos que puedan ser utilizados en la minería ilegal.*

5. *Combatir el lavado de activos y delitos conexos productos de la minería ilegal.*

6. *Fortalecer e implementar los mecanismos de extinción de dominio o su equivalente, sobre los instrumentos y productos de las actividades de minería ilegal, lavado de activos y delitos conexos.*

Queda pendiente, más adelante, desarrollar la normativa y reglamentos que se hayan expedido en nuestro país a raíz de la mencionada Decisión N° 774 de la CAN. En consecuencia, para seguir describiendo el problema que ocasiona al gobierno la minería ilegal; e ir evaluando si se ha respondido exitosamente mediante una política criminal al mismo, es de provecho citar un estudio Colombiano sobre una de las modalidades en que puede operar la criminalidad organizada en paralelo con la minería: Que dejando atrás -en los años 80`s- la extorsión y el secuestro de trabajadores mineros y ataques contra la infraestructura de las compañías mineras, en los últimos años, los grupos armados ilegales incursionaron en el mundo de la minería ofreciendo campañas de limpieza social, facilitando el ingreso de grandes compañías en algunas Zonas

del país y brindando protección del personal e infraestructura de las mismas<sup>136</sup>. Lo que, en otras palabras podría denominarse 'cobro de cupos'.

Advirtiéndose así que probablemente se agrave la situación de las mineras ilegales como lo ocurrido en el País de Colombia, no obstante a que se han adherido el Art. 307°-A a nuestro Código Penal<sup>137</sup> en el año 2012, cuyos resultados estaría al balance de la política criminal que se viene ejecutando. Un aspecto que ha sido observado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales del Minam<sup>138</sup>, se refiere a un importante número de los casos investigados por el Ministerio Público y que son puestos en conocimiento de esta Procuraduría se refieren a intervenciones a camiones, volquetes o vehículos similares que transportan minerales –en su estado natural, vale decir sin procesar– para ser entregados a Plantas Concentradoras de Minerales formales o informales. Sin embargo, señalan que la ausencia del verbo “transportar” en la tipificación del delito de minería ilegal previsto en el artículo 307-A del Código Penal, constituiría un vacío en la redacción de dicho tipo penal y de gran percepción negativa por parte de la población.

En consecuencia, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales del MINAM propone como mecanismo de solución modificar el tipo penal del artículo 307.º-A del Código Penal, incorporando el verbo “transportar”.

Por estas razones, la Defensoría del Pueblo considera que el Congreso de la República debe evaluar y debatir la modificación del Código Penal, en el sentido de incluir el transporte de productos mineros obtenidos de la minería ilegal como conducta típica dentro del Capítulo I del Título XIII del Código Penal, referido a los delitos ambientales, sin perjuicio de la regulación del delito de comercio clandestino, que de modo general se encuentra tipificado en el artículo 272º del Código Penal<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> Cfr. MASSÉ, Frederic y CAMARGO, Johana. *Los retos de la Gobernanza Minero-energética*. Editorial de la Universidad Externado. Colombia, 2013.

<sup>137</sup> Art. incorporado por el Art. Primero del Decreto Legislativo N° 1102, publicado el 29 febrero 2012, que entró en vigencia a los quince días de su publicación.

<sup>138</sup> Información reportada a la Defensoría del Pueblo, mediante Oficio N° 1213-2013-PP/MINAM, el 13 de noviembre de 2013.

<sup>139</sup> Balance de la gestión estatal frente a la minería informal e ilegal en el Perú, 2012-2014; Superposición de las entidades de alcance nacional y regional. Supervisión a las entidades de alcance. En: Informe Defensorial N° 167, pp. 213-214.

Por otro lado el Dr. DELGADO TOVAR Walter expresa la necesidad de un cambio de actitud en el órgano persecutor del delito en no sólo enfatizar los hechos investigados, sino también en la persecución material y/o económica, al respecto: *“Resulta una exigencia ineludible que se efectúen investigaciones patrimoniales en los delitos económicos, los cometidos por organizaciones criminales y en todos aquellos los que existan efectos y ganancias del delito, a fin de afectar a su agentes y evitar que los mismos bienes sigan facilitando la comisión de nuevos ilícitos. Esto requiere un cambio en la concepción fiscal, el que deberá asumir que una investigación exige más que la sola acreditación del hecho delictivo y sus responsables, pues debe ejercitar todas las pretensiones que la norma faculta, a fin de afrontar, resolver y prevenir el conflicto sociojurídico generado con el delito”*<sup>140</sup>.

En esa línea de ideas, advertimos que en la minería ilegal e informal, nuestro país lo viene enfrentando desde diversos acuerdos regionales y a través del derecho penal, implantando diversas políticas criminales. Advirtiéndose que la tutela del medio ambiente frente a la minería ilegal es en primera línea por el derecho penal y las políticas criminales propuestas por el Estado, debido a que no sólo es un flagelo que repercute al medio ambiente, sino también inciden al trabajo forzado, trata de personas, drogas, etc. Siendo relegado la justicia ambiental como más adelante lo estudiaremos.

#### **2.2.11. El medio ambiente**

El medio ambiente a simple vista es objeto de estudio de diversas ciencias no jurídicas como la biología, la medicina, la química, la ecología, economía entre otras; así también es objeto de estudio de las ciencia jurídica específicamente desde el derecho ambiental, razón por la cual no existe consenso en sus definiciones al existir diversas variantes en la literatura dogmática y jurisprudencial; al respecto, el maestro Carlos ANDALUZ WESTREICHER expresa: *“el conjunto de elementos sociales, económicos, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo*

---

<sup>140</sup> DELGADO TOVAR, Walther Javier. *Incautación y Decomiso: Pretensiones Olvidadas por el órgano Persecutor del Delito*, Tomo N° 52, Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima, 2013, p. 77.

determinados; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la Naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos”<sup>141</sup>.

Por otro lado, la Dra. Millitza FRANCISKOVIC INGUNZA: “Ambiente o *habidad natural es aquello que la naturaleza (cosa madre) ha producido y produce, con concurso o no, de la mano del hombre. De tal manera, cualquier obra o intervención humana se traduciría en obras o intervenciones naturales porque se insertan en el recorrido ya trazado por un ambiente encontrado y no alterado; pero progresivamente enriquecido por valores históricos y culturales, en el cual el hombre (centro del sistema ecológico, pero también destinatario de las respuestas de un hábitat así requerido) garantizaría su sobrevivencia y desarrollo de su propia personalidad*”<sup>142</sup>.

En la doctrina comparada JORDANO FRAGA J. menciona: “*Por ambiente, entorno o medio, se entiende la sistematización de distintos valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales que condicionan en un momento y espacio determinados la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes recursos*”<sup>143</sup>.

En esa línea argumentativa, se tiene que el medio ambiente es definido siempre con elementos sociales o culturales, es decir también se acepta los diversos valores que el hombre realice en su entorno, a lo que en doctrina se le denomina la concepción amplia del ambiente, al respecto: “*La concepción amplia, según Ferrer, incluye toda la problemática ecológica general y por supuesto el tema capital de la utilización de los recursos a disposición del hombre en la biosfera. Esta noción también incluiría las cuestiones relativas al urbanismo y a la ordenación del territorio*”<sup>144</sup>; asimismo, también existe el otro criterio de la concepción estricta sostiene que sus elementos naturales son sólo el agua y el aire, como afirma Martin Mateo citado por Daniel Irwin YACOLTAESTARES: “*El*

---

<sup>141</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Ob. Cit., p. 32.

<sup>142</sup> FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza. *El Medio Ambiente y su Tutela Jurisdiccional*. Ob. Cit., p. 89.

<sup>143</sup> JORDANO FRAGA, J. *La propuesta del derecho a un medio ambiente adecuado*. En: MOSSET ITURRASPE Jorge, HUTCHINSON Tomás y ALBERTO DONNA Edgardo. *Daño Ambiental*, Tomo I, 2da. Edición, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2011, p. 39.

<sup>144</sup> FERRER DUPUY, *Perspectiva Jurídico – Financiera del Medio Ambiente*, citado por: YACOLTA ESTARES, Daniel Irwin. Op. Cit., p. 14.

*medio ambiente está integrado por aquellos elementos naturales de titularidad común y características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra*"<sup>145</sup>.

No obstante, a pesar de las mayoritarias posiciones del ambiente en su concepción amplia, nuestra legislación y la práctica jurisprudencial del TC (como también se analizó en el Capítulo I) son distintas y ambiguas, más aún si en nuestra constitución política guarda silencio sobre la definición de medio ambiente.

Algunos articulados de la Ley General del Ambiente<sup>146</sup> como: **el Art. I del título preliminar del derecho y deber fundamental:** "Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país". **Art. 02º inc. 03) del ámbito:** "Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al "ambiente" o a "sus componentes" comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros". **Art. 19º inc. 02) de la planificación y del ordenamiento territorial ambiental:** "El ordenamiento territorial ambiental es un instrumento que forma parte de la política de ordenamiento territorial. Es un proceso técnico-político orientado a la definición de criterios e indicadores ambientales que condicionan la asignación de usos territoriales y la ocupación ordenada del territorio". **Art. 69 de la relación entre cultura y ambiente:** "La relación entre los seres humanos y el ambiente en el cual viven constituye parte

---

<sup>145</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*, Madrid, 1991, p. 86. Citado por: YACOLTA ESTARES, Daniel Irwin. Op. Cit., p. 13.

<sup>146</sup> Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre de 2005.

de la cultura de los pueblos. Las autoridades públicas alientan aquellas expresiones culturales que contribuyan a la conservación y protección del ambiente y desincentivan aquellas contrarias a tales fines". **Art 81º del turismo sostenible:** "Las entidades públicas, en coordinación con el sector privado, adoptan medidas efectivas para prevenir, controlar y mitigar el deterioro del ambiente y de sus componentes, en particular, los recursos naturales y los bienes del Patrimonio Cultural de la Nación asociado a ellos (...)". **Art. 84 del concepto:** "Se consideran recursos naturales a todos los componentes de la naturaleza, susceptibles de ser aprovechados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado, conforme lo dispone la ley".

De todo este rosario de normas, la literatura expresa: "... se puede llegar a la conclusión que en la Ley General del Ambiente, se llega a determinar el concepto de medio ambiente de forma muy confusa y lata, (...) De dichos elementos, se puede evidenciar que están referidos exclusivamente a los elementos ambientales naturales. Dejando de lado los elementos ambientales culturales, como el patrimonio histórico -artístico de un país, monumentos y centros históricos, los elementos ambientales sociales, el urbanismo y la ordenación del territorio, que sostiene la teoría amplia. Sin embargo, como ya se explicó, dicha norma sí menciona los otros elementos en forma indirecta y sin darle la calidad de elementos, sino de factores"<sup>147</sup>. Observación crítica que compartimos también por las siguientes razones personales.

Toda esta gama normativa, nos permite inferir, que por primera vez se logra tratar de definir al ambiente en una ley; no obstante, todas estas normas refieren a los elementos del ambiente de forma individual, asociada o en forma de factores, no teniendo claro si es una concepción amplia o estricta, al momento de su protección<sup>148</sup>; asimismo, en la actividad turística<sup>149</sup> las entidades estatales y el sector privado tienen el deber de realizar diversas acciones para el cuidado

---

<sup>147</sup> YACOLTA ESTARES, Daniel Irwin. Ob. Cit., p. 13.

<sup>148</sup> Como se puede advertir del Art. 01º del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente; al momento de establecer el deber de toda persona de proteger el ambiente asegurando principalmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país

<sup>149</sup> Ver Art. 81º de la Ley General del Ambiente.

del medio ambiente y de sus componentes haciendo de prioridad a los recursos naturales y el patrimonio cultural de la nación; observándose así que la protección de los elementos del ambiente está en función del objeto de la actividad industrial, extractiva y/o económica. La norma pudo limitarse solo mencionar a elementos del ambiente sin hacer distinción de prioridad para su protección; apreciándose así un distanciamiento para la protección de los elementos antropogénicos en la actividad turística; dándonos a pensar que la norma ambiental define un ambiente para cada tipo de actividad económica.

Hasta aquí, como vemos, el principal problema son los elementos que integran al medio ambiente; toda vez que no existen elementos constantes, ya que la ley ambiental le otorga diversas denominaciones como elementos y/o factores que actúan de forma individual y asociada, la cual nos genera una gran incertidumbre al momento de poder identificar el daño ambiental. Asimismo, la ley ambiental distingue a los elementos naturales (físico, químico y biológico) sin darles mayor contenido, más aún hace cierto distanciamiento entre estos y el elemento antropogénico; siendo este último término inexistente en la Real Academia Española, agravándose así los elementos del ambiente; no obstante, se ha tratado de definirlo en los siguientes términos: "*El término **antropogénico** (a veces llamado **antrópico**) se refiere a los efectos, procesos o materiales que son el resultado de actividades humanas, a diferencia de los que tienen causas naturales sin influencia humana*"<sup>150</sup>.

En conclusión, el medio ambiente en nuestra legislación no tiene constancia alguna, sino que ello dependerá del caso y política ambiental concreta, ello debido a la inestabilidad de sus elementos.

La literatura jurídica, también expresa que el concepto de medio ambiente demanda la peculiaridad de dinamismo. En definitiva, podemos advertir que el concepto de medio ambiente tiene una naturaleza dinámica. Según la doctrina tiene dos vertientes claramente definidas. La primera a está vinculada con una concepción estricta y la segunda con una concepción amplia: ambas tendencias resultan de importancia para la evolución del concepto como fundamento

---

<sup>150</sup> En: <https://es.wikipedia.org/wiki/Antropog%C3%A9nico>, accedido el 29 de abril de 2016.

indispensable para lograr la protección ambiental<sup>151</sup>. En el presente trabajo se utilizará ambas concepciones por su amplia relación al momento de fijarse el contenido del derecho al medio ambiente.

Después de analizarse, de manera breve las problemáticas del marco normativo, pasaremos a ver esta definición desde el plano jurisprudencial del máximo intérprete de la Constitución Política del Perú, tomando como muestra a los Exp. N° 0048-2004-PI-TC (caso José Miguel MORALES DASSO y más de 5000 ciudadanos)<sup>152</sup> y Exp. 4223-2006-PA/TC (Caso Nextel)<sup>153</sup>; se advierte que sus considerandos versan sobre concepciones amplias del ambiente; no obstante culminan resolviendo con una concepción estricta; mostrando diferentes posturas del concepto; esperándose revertir esta situación a fin que no se siga perjudicando el medio ambiente respaldado por poderes públicos ajenos a su aspecto dinámico y su dimensión global.

En esa línea de definiciones, resulta un tanto complicado lograr una definición estandarizada del medio ambiente al existir diversas posturas que podría influenciar en su estudio desde el derecho al respecto CANOSA USERA Raúl expresa: *“En muchas de las investigaciones sobre el Derecho del Medio Ambiente se ha olvidado que el medio ambiente viene primero elaborado por las ciencias no jurídicas, siendo posteriormente reelaborado por el Derecho, con un consecuente error de perspectiva, puesto que aquel concepto que sirve como punto de partida –de las ciencias no jurídicas-, no necesariamente servirá como punto de llegada”*<sup>154</sup>.

También nos habla el maestro ANDALUZ WESTREICHER Carlos: *“Para el Derecho Ambiental, sea cuando se hacen las leyes o cuando se las aplican, es indispensable conocer con detenimiento las relaciones de los seres vivos entre sí –incluyendo al hombre- y su ambiente, lo cual constituye el campo de estudio de la ecología, conforme la concibió el biólogo alemán Ernest Haeckel (1834-1919). Por esta razón es necesario tener conocimientos, cuando menos*

---

<sup>151</sup>Cfr. YACOLTA ESTARES, Daniel Irwin. Op. Cit., p. 16.

<sup>152</sup> Ver fundamentos Ns° 17, 27 y 33.

<sup>153</sup> Ver fundamentos Ns° 18, 25 y 35.

<sup>154</sup> CANOSA USERA, Raúl, *Constitución y medio ambiente*. En: HERRERA ATENCIA Rubén. Ob. Cit., p. 78.

*básicos, acerca del funcionamiento de la Naturaleza; esto ayudará a medir nuestros actos para no producir impactos ambientales negativos. Los que ejercen el poder también deben conocer cómo funciona la Naturaleza, para que sus decisiones de gobierno no provoquen daños al ambiente*<sup>155</sup>.

Por ello, es que preferimos apoyarnos para la presente investigación, en el concepto del medio ambiente, como bien ajeno o primigenio al concepto jurídico del Derecho al Medio Ambiente. En ese sentido, tenemos que si bien resulta compleja la proposición de una definición acabada sobre el medio ambiente, dado el carácter dinámico del concepto, sin embargo nos parece apropiada la siguiente definición: “... *el conjunto equilibrado de componentes naturales que conforman una determinada zona, en un determinado momento, que representa el sustrato físico de la actividad de todo ser vivo y es susceptible de modificación por la actividad del ser humano*”<sup>156</sup>. Por lo tanto al hacer alusión a medio ambiente, en el presente trabajo, se entenderá como conjunto de elementos de diversa índole que determinan la vida en todas sus expresiones en un lugar y tiempo determinado.

#### **2.2.11.1. Crisis del medio ambiente y sus efectos litigiosos**

El hombre en la actualidad realiza múltiples actividades en su entorno, para satisfacer sus múltiples necesidades, no respetando la capacidad de autodepuración y regeneración de la naturaleza. “*En el último siglo, el crecimiento industrial se multiplicó cincuenta veces, correspondiendo las cuatro quintas partes de ese crecimiento a los últimos cincuenta años; por ello se suele indicar que 1950 constituye el umbral de la crisis ambiental*”.<sup>157</sup>

El concepto de medio ambiente ha sufrido una evolución en la década de los setenta y su cuidado ha rebasado fronteras: “*La comunidad internacional centró su preocupación en la temática ambiental, es decir, en el entorno natural que afectaba la vida del hombre y su existencia, como consecuencia de una serie de situaciones que los Estados tenían que afrontar, como por ejemplo la cantidad*

---

<sup>155</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*, Ob. Cit., p. 33.

<sup>156</sup> MORENO TRUJILLO, Eulalia. “*La protección jurídico – privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*”. En: HERRERA ATENCIA Rubén. Ob. Cit., p. 29.

<sup>157</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Ob. Cit., p. 04.

*de enfermedades y muertes de personas, producto de los impactos negativos de la contaminación de los suelos, atmósfera y aguas*<sup>158</sup>.

El medio ambiente se encuentra catalogada como una de las agendas de suma atención en el quehacer estatal; ya que su alteración podría causar diversas catástrofes no respetando fronteras vinculando a muchos estados. Como los seis casos que generaron relevante jurisprudencia en la Corte Internacional de Justicia sobre Temas relativos al Medio Ambiente<sup>159</sup>, como señala VERA ESQUIVEL Germán, en nuestra opinión los más emblemáticos para el estudio del Derecho Internacional del Medio Ambiente especialmente porque muestra la evolución de la preocupación por el medio ambiente en los jueces de la Corte Internacional de Justicia, estos seis casos son los siguientes. El caso del Canal de Cortú, El caso de los Ensayos Nucleares (Australia y Nueva Zelanda contra Francia), El caso relativo al proyecto Gakcikovo – Nagymaros (Hungría y la República Eslovaca), El caso de la Fumigación aérea con herbicidas (Ecuador y Colombia) y El caso de la caza de ballenas en el Antártico (Australia y Japón)<sup>160</sup>.

En el plano nacional, existen una buena cantidad de casos litigiosos en defensa del medio ambiente y la salud, como fue la que se sostuvo con la Empresa Pesquera Natalia S.A.C., ubicado en el Distrito de Ocoña Provincia de Camaná – Arequipa, demandándose a ésta por los moradores del lugar con fecha 25 de mayo del 2007 vía acción Amparo el mismo que también conoció el Tribunal Constitucional<sup>161</sup>. También existieron otros problemas ambientales, que fueron conocidos por altos tribunales y la prensa nacional como: Caso Pantanos de Villa, Caso del Baguazo, Caso Conga, Caso Conocochazo, Caso Majes – Sigvas II.

Asimismo existen otros conflictos ambientales latentes de diversas magnitudes como se reportan de las cifras del portal web de la Defensoría del Pueblo que sólo en el mes de abril del 2014 se han reportado “...136 conflictos

---

<sup>158</sup> FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza. *El Medio Ambiente y su Tutela Jurisdiccional*. Ob. Cit. p. 17.

<sup>159</sup> Fue creada en 1946, luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial. Es considerada el principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y sucesora de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

<sup>160</sup> VERA ESQUIVEL, Germán. Ob. Cit., p. 239.

<sup>161</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 04216-2008-PA/TC de fecha 06 de marzo del 2013.

socioambientales activos y latentes registrados durante este mes, el 74,3% (101 casos) corresponde a conflictos relacionados a la actividad minera; le siguen los conflictos por actividades hidrocarburíferas con 12,5% (17 casos), asimismo se observa 06 casos energéticos, 04 casos forestales, 04 casos de residuos y saneamiento, 02 casos de agroindustrial y 02 de otros casos, que forman un porcentaje pequeño<sup>162</sup>, mostrándose así muchas incidencias de contravenciones al medio ambiente, trayendo consigo también pérdidas económicas para el Estado, como expresó el Banco Mundial<sup>163</sup>. Advirtiéndose de este último reporte de la Defensoría del Pueblo que la mayor incidencia de conflictos socio-ambientales se registran en la actividad minera; razón que justifica nuestra investigación.

De lo mencionado, se deduce que en nuestro país existe de forma latente y continúa diversos casos de daños o menoscabos al medio ambiente de diversas magnitudes, con diversos resultados infructuosos para la vida, salud y la economía. Ante ello la solución desde el Derecho está hecha por una miscelánea de normas jurídicas; conjuntamente con diversos organismos estatales vinculados a la fiscalización y tutela del medio ambiente y recursos naturales, sin embargo al parecer estas serían insuficientes, conforme se aprecia del informe defensorial.

## **2.2.12. El daño ambiental**

El daño ambiental, es un conglomerado de significados que viene acarreando notoria complejidad, toda vez que por ínfimo o dantesco que sea el desequilibrio al ambiente a consecuencia del actuar humano, por los diferentes matices de los bienes que podría vulnerar, muchas veces esta no es percibida

---

<sup>162</sup> En: <http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/objetos/paginas/6/48reporte-mensual-de-conflictos-sociales-n-122.pdf>, accedido el 14 de Junio del 2014.

<sup>163</sup> Como se muestra en un informe realizado por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental que expresa: "El Perú tiene una población aproximada de 28 millones de personas, tan solo 10 rellenos sanitarios autorizados y cientos de botaderos ilegales a lo largo de su territorio. El Banco Mundial, en su análisis ambiental el Perú ha establecido que el costo de sus problemas ambientales ascienden a 8.2 billones de soles anuales, suma equivalente a 3.9 % del PBI. Entre las causas de estos problemas ambientales se incluye la inadecuada recolección municipal de desechos, que genera costos ambientales aproximados de 0.03% del PBI". En: BARRIOS, Rosa. "Informe legal de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental en relación a la demanda de acción de amparo planteada para solicitar la clausura del botadero Municipal de la Provincia de Maynas, Loreto". Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - Serie de Política y Derecho Ambiental, N° 20, 1998, p. 14.

inmediatamente, sino a largo y mediano plazo, siendo los efectos inmediatos o posteriores, cuantificables o incuantificables, reversibles e irreversibles.

Una primera definición en nuestro escenario nacional, lo encontramos en la Ley General del Ambiente: “*Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales*”<sup>164</sup>; en la literatura jurídica, expresa el maestro ANDALUZ WESTREICHER Carlos: “... *debemos entender por daño ambiental toda acción u omisión capaz de poner en riesgo el ambiente saludable que todo ciudadano tiene derecho, entendiéndose no necesariamente a la afectación efectiva a los humanos en particular, en su salud o patrimonio, si no la afectación a alguno de los componentes ambientales (elementos y recursos naturales, procesos ecológicos, etc.), ya que, en última instancia, toda alteración negativa a la naturaleza acaba siendo una afectación a la vida humana.*”<sup>165</sup>; en ese sentido, la afectación al medio ambiente se ve involucrada con el menoscabo a los elementos de éste; no incidiendo directamente o necesariamente a la salud o patrimonio de los seres humanos; sin embargo para VIDAL RAMOS Roger es: “*El daño ambiental es sutil y recae en la esfera de la incertidumbre; los tribunales americanos han opinado que las cuestiones que envuelve al ambiente están particularmente inclinadas por su natural tendencia a la incertidumbre, el hombre de la era tecnológica ha alterado su mundo en direcciones nunca antes experimentadas anticipadas, los efectos en la salud de tales alteraciones son generalmente desconocidos y algunas veces imposibles de conocer*”<sup>166</sup>.

Entendiéndose así que el daño ambiental también es muchas veces desconocido o presenta situaciones de incertidumbre para determinar la real afectación de la salud humana como agente causante, a consecuencia de los avances tecnológicos, es un daño no común a la clasificación de daños los daños tradicionales como daño patrimonial o daño extrapatrimonial, daño cierto o incierto, daño actual o futuro y daño personal o daño ajeno; asimismo CARO CORIA Carlos refiere sobre el daño ambiental: “... *los daños ambientales para*

---

<sup>164</sup> Art. 142° inciso 2 de la Ley N° 28611 - “Ley General del Ambiente” del 13 de octubre del 2005.

<sup>165</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Ob. Cit., p. 699.

<sup>166</sup> VIDAL RAMOS, Roger. Ob. Cit., p. 85.

*los sujetos no sólo han de entenderse como la sola posibilidad de alterar negativamente la salud pública, sino como la afectación de las condiciones que hacen posible la existencia, conservación y mejora de otros intereses como salud individual, la vida en el planeta, el patrimonio, el desarrollo de la personalidad, el ocio*<sup>167</sup>.

De estas citas, se colige que el daño ambiental debe entenderse directamente como una lesión a la salud pública, sino también como la evitación de la mejora de ésta y de otros intereses sumamente importantes; precisando en todo caso que la afectación de los componentes del medio ambiente no necesariamente debe influir en la salud humana ya, que en definitiva incidirá en esta de alguna u otra manera; mostrándose así que el daño ambiental está relacionada con el menoscabo de los elementos del ambiente o las condiciones que hacen posible la vida y de otros intereses como la salud, la vida del planeta, patrimonio.

Por otro lado FRANCISKOVIC Millitza: *“Se entiende por daño ambiental toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo, inferido al medioambiente o uno de sus componentes. De esta forma el daño ambiental abarca no solo la pérdida o disminución del bien jurídico vida (salud), sino también el detrimento, menoscabo o pérdida del equilibrio de los ecosistemas, los cuales se encuentran regidos por los principios de autorregulación y autoprotección (...). El daño ambiental suele exteriorizarse lentamente, lo que permite al responsable disfrutar de los beneficios que le produce causar ese daño hasta que el perjuicio se advierta y se reclame. Pueden ser muy grandes como lo evidenciaron los accidentes de Sellafield, Bhopal, Chernobyl y del Exxon Valdez; esto hace que el derecho ambiental jurídicamente sea relevante y entre la categoría de intolerable, por lo que debe analizarse la magnitud que pueda afectar su objeto de tutela, sea la vida, la salud y el equilibrio ecológico*<sup>168</sup>. La autora en igual similitud que las definiciones agrega el insumo tiempo al daño ambiental, para que ella pueda manifestarse.

---

<sup>167</sup> CARO CORIA, Carlos. *“Presupuesto para la estabilidad del ecosistema como bien jurídico penal”*, Vol. II, 2001, p. 147. Citado por: VIDAL RAMOS, Roger. Ob. Cit., p. 86.

<sup>168</sup> FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza. *El Medio Ambiente y su Tutela Jurisdiccional*, Ob. Cit., p. 113.

De todo lo mencionado podemos inferir que el daño ambiental, presenta diversos componentes, como el grado de incertidumbre, tiempo, afectación de la vida (existencia) y salud pública y otros intereses para la humanidad (de forma directa e indirecta); concluyendo en este punto que el daño ambiental es la lesión al ambiente como también a sus componentes de éste, pudiendo conocerse sus efectos de manera inmediata o mediata con cierto grado de incertidumbre; razón por la cual la tutela del medio ambiente debe ser amplia abarcando la vida, la salud y el equilibrio ecológico; siendo estos tres últimos un trinomio perfecto para la vida humana presente y futura, como más adelante se desarrollará.

#### **2.2.12.1. Características del daño ambiental**

A continuación abordaremos las características del daño ambiental, para la cual nos basaremos en los trabajos del Dr. VIDAL RAMOS Roger, plasmados en su libro “La responsabilidad Civil por Daño Ambiental en el Sistema Peruano”<sup>169</sup>, la cual fue un trabajo de tesis para optar el grado de magister en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ello también por ser la más adecuada a los diversos comentarios recabados en la literatura jurídica, las mismas que complementarán y apoyarán a las características determinadas en la obra antes citada.

##### **a). Incertidumbre**

La incertidumbre es inherente a los problemas ambientales. Los efectos sobre la salud y el medio ambiente causados por las alteraciones realizadas por el ser humano son, generalmente, desconocidos y en algunas ocasiones imposibles de conocer.

Como también lo expresa Tomás HUTCHINSON: “... *A menudo, es imposible determinar tanto la realidad del daño y su personalidad, ya que el daño tan sólo se identifica en toda su extensión a lo largo del tiempo y del espacio y afecta a un elevado número de víctimas de difícil localización y posee un carácter colectivo*”<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> Cfr. VIDAL RAMOS, Roger. Ob. Cit., pp. 122-132.

<sup>170</sup> TOMÁS HUTCHINSON, MOSSET ITURRASPE Jorge y otro. *Daño Ambiental*, Tomo II, 2da. Edición, Argentina, Rubinzal - Culzoni Editores, 2011, p. 48.

Es aquí donde encuentra asidero el principio precautorio del Derecho Ambiental contenido en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992, el cual establece que cuando exista peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente. De esta forma se rompe con uno de los elementos característicos del Derecho de Daños: el mismo debe ser siempre cierto y no puramente eventual o hipotético.

#### **b). Relevancia y alcances del daño ambiental**

El daño ambiental jurídicamente relevante es aquél que entra en la categoría de intolerable, por lo tanto, no es cualquier daño el que le interesa al Derecho Ambiental, sino únicamente aquél cuya magnitud, importancia o relevancia es tal, que viene a afectar necesariamente su objeto de tutela sea la vida, la salud o el equilibrio ecológico.

El daño ambiental debe abarcar, por tanto, no sólo los producidos sobre los elementos constitutivos del ambiente, sino también aquéllos sufridos por los sujetos que ven menoscabados sus derechos fundamentales a la vida y la salud, sin dejar de lado los derechos subjetivos privados de los mismos. Al respecto, el Libro Blanco<sup>171</sup> sobre Responsabilidad Ambiental de la Comunidad Europea llega a la conclusión de la creación de un régimen de responsabilidad ambiental que cubra tanto los daños “tradicionales” como los daños causados al medio ambiente. Cuyo criterio que es un tanto integral, ya que el término daños tradicionales, presenta a los daños patrimoniales, escapando ello de nuestro trinomio de daño a la vida, salud y equilibrio ecológico. De lo que podemos concluir que en los países de la Unión Europea podría ser aún más amplia la responsabilidad por daño ambiental.

#### **c). Carácter difuso y expansivo**

El carácter difuso se representa cuando los daños ambientales afectan a la generalidad y a todos los individuos que resultan afectados, la concepción

---

<sup>171</sup> Comisión Europea. *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental*. Luxemburgo, 2000, p. 19.

individualista de la responsabilidad se modifica, y se empieza a ver al individuo desde una perspectiva global.

Este daño no sólo lesiona la calidad de vida o la salud de los seres humanos, sino que puede afectar el desarrollo de una comunidad y puede comprometer seriamente sus intereses económicos, presentes y futuros. El daño ambiental afecta a toda la comunidad y no sólo a un individuo o a un determinado grupo. Ello porque al estar en el entorno todo interrelacionado, el daño que se produce en un lugar repercute en otro<sup>172</sup>.

El daño ambiental es expansivo porque el hecho generador del daño crea efectos y, en ocasiones, estos efectos negativos para el ambiente se llegan a convertir en nuevas causas generadoras de daños, ocasionándose, por tanto, una cadena que a la postre podría llegar a ser interminable.

#### **d). Daño concentrado y daño diseminado**

El daño concentrado es aquél cuya fuente es fácilmente identificable, un daño derivado de un suceso discreto o continuo, como lo sería la contaminación de una superficie definida de terreno.

Por su parte, el daño diseminado o difuso es aquél en donde existe una multiplicidad de fuentes productoras del daño, esparcidas territorialmente, por lo que su identificación e individualización es de gran dificultad. Como ejemplo de lo anterior encontramos la contaminación ambiental que produce el efecto invernadero o bien la lluvia ácida.

Otro ejemplo de daño diseminado es la contaminación del río con aguasresiduales de cuatro empresas mineras, donde el daño sería difícil de identificar por cuál de las empresas fue que se causó contaminación en mayor magnitud, o si no participan de la contaminación otros agentes, por cuanto el recorrido de un río es extenso y va traspasando poblaciones y países.

#### **e). Daño directo e indirecto**

---

<sup>172</sup> TOMÁS HUTCHINSON, MOSSET ITURRASPE Jorge y otro. *Daño Ambiental*, Tomo II, Op. Cit., p. 48.

Es directo el daño que recae sobre los elementos patrimoniales de los particulares que forman parte del medio ambiente, mientras que indirecto sería aquel tipo de daño que afecta al medio ambiente y que, a su vez, afecta a terceros jurídicos o naturales, relacionado a los derechos patrimoniales y derechos extrapatrimoniales de las personas.

El daño continuado o progresivo, como lo son los daños que tienden a cuantificar su daño; es aquél que es producto de un proceso dilatado en tiempo y, por lo tanto, el proceso dañino no es consecuencia de una única acción localizable en el tiempo.

Daño progresivo es aquél que es producido por una serie de actos sucesivos cuya conflagración provoca un daño mayor a aquél que se produciría por cada uno de los hechos individualmente tomados.

El daño ambiental puede recaer sobre bienes de naturaleza pública o privada. En el caso costarricense, el elemento agua, el subsuelo, la fauna y los recursos genéticos y bioquímicos, así como la biodiversidad, son de dominio público. Por otra parte, la flora y los recursos forestales son de interés público. Lo anterior no quiere decir que dentro de la conducta dañosa que afecta al ambiente, no pueda también salir perjudicada la vida o salud de los habitantes, así como sus derechos de naturaleza subjetiva privada.

Por último, el daño ambiental puede ser producto de una única conducta localizable en el tiempo, o bien de un conjunto de conductas efectuadas en varios o muchos puntos en el tiempo. De esta forma, podemos calificar al daño como continuado cuando es producto de un conjunto o sucesión de actos, de un mismo autor o varios autores, en épocas diversas. Si los efectos del daño ambiental continúan en el tiempo, estaríamos en presencia de un daño permanente.

Sería progresivo el daño que es producto de una serie de actos sucesivos, de una misma persona o de distintas, cuyo conjunto produce un daño mayor que la suma de cada uno de los daños individualmente ocasionados; es lo que los científicos denominan “procesos de saturación”.

#### **f). Responsabilidad solidaria ambiental**

En el supuesto de que no haya sido una la persona o empresa causante del daño, sino dos o más; es decir, cuando varios comportamientos sean la causa productora de un mismo daño, el principal problema que se presenta es el de determinar cómo responden los varios autores: si de forma mancomunada, como sostiene un sector de la doctrina, o por el contrario en régimen de solidaridad, como defiende otro.

La respuesta en uno u otro sentido en el ámbito de la responsabilidad por daños ocasionados al medio ambiente, es especialmente importante, pues como señala la profesora MORENO TRUJILLO Eulalia<sup>173</sup>; "*si se adopta la regla de la mancomunidad, los problemas probatorios se multiplicarían, ya que habrían de determinarse, en la causa, no sólo los concretos sujetos participantes en la contaminación, sino también la proporción en que cada uno de ellos colaboraron al resultado final*".

La mayoría de los autores, sin embargo, se inclina por la solidaridad; si bien algún sector doctrinal lo hace por la mancomunidad. Se inclinan por la mancomunidad, entre otros, el profesor ALBALADEJO, Manuel<sup>174</sup>, por su parte, considera que también abona su posición favorable a la no presunción de solidaridad, el principio interpretativo "*odiosa sunt restringenda*", en cuya virtud las normas sancionadoras deben ser objeto de interpretación restrictiva o favorable al obligado. Y es obvio que la solidaridad constituye una fórmula más gravosa para cada uno de los responsables sujetos al deber de indemnizar.

La línea de la solidaridad parece, pues, que se impone, lo que por otra parte resulta especialmente justificado en el ámbito de daños por inmisiones nocivas, dado que, como anteriormente apuntábamos, es un campo especialmente apto para que se den supuestos en los que, acreditado el daño, difícilmente puede determinarse, si concurre más de una instalación a la producción del mismo, la parte que en dicho daño es imputable a cada una de ellas. Y aun en el supuesto en que fuera posible al Tribunal la fijación de la cuota

---

<sup>173</sup> MORENO TRUJILLO, Eulalia. *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*. Barcelona, Bosch, 1991, p. 211. Citado por: VIDAL RAMOS, Roger. Ob. Cit., p. 128.

<sup>174</sup> ALBALADEJO, Manuel. "*Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*", Abril-Junio MCMLXIII, tomo XVI, fasc. II, pp. 345-376. Citado por: VIDAL RAMOS, Roger. Ob. Cit., p. 129.

que corresponda a cada actividad participante, esto sólo operaría a efectos de sus relaciones internas, sin que necesariamente tenga que impedir la declaración de solidaridad de los responsables frente al perjudicado.

Si bien la Ley General del Ambiente no establece en un artículo la responsabilidad ambiental solidaria, pero por una interpretación sistemática y en aplicación del Art. 1983° del Código Civil, la presunción de la responsabilidad solidaria se encuentra establecida frente a los diversos agentes contaminantes.

Cabe agregar que la misma norma bajo comentario, ha introducido una responsabilidad adicional, solidaria entre los titulares de las actividades causantes de la infracción y los profesionales o técnicos responsables de la mala elaboración o la inadecuada aplicación de instrumentos de gestión ambiental de los proyectos, obras o actividades que causaron el daño. Consideramos que esta característica da cabida a otra característica muy importante, también desarrollada por la doctrina, que a continuación abordamos.

#### **g). Efecto irreversible**

Para concluir este punto, cabe agregar a estas características, al margen de la responsabilidad solidaria, es la determinación del quantum económico, que es otra de las complejidades en el daño ambiental, al respecto: *“En numerosas ocasiones es difícil una precisa cuantificación del daño ambiental. Normalmente los daños derivados de agresiones al ambiente sólo son susceptibles de estimación por aproximación o según el razonable arbitrio del juzgador. Por ello, la apreciación del daño ambiental con criterios de equidad es dominante en la doctrina y en la jurisprudencia extranjeras, aun en materia civil”*<sup>175</sup>; sin embargo, dicha problemática viene reflejada por la irreversibilidad del daño ambiental, ya que sólo ello condicionaría a la evaluación dineraria, al respecto: *“Los daños irreversibles llevan necesariamente a la búsqueda del equivalente dinerario. Se deja de lado la recomposición in natura. Y como bien se ha señalado, en esta sociedad, dominada por el monetarismo, todos los bienes jurídicos relevantes –*

---

<sup>175</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, *“Responsabilidad colectiva, en daño y protección a la persona humana”*, citado por: TOMÁS HUTCHINSON, MOSSET ITURRASPE Jorge y otro. *Daño Ambiental*. Tomo II, Ob. Cit., p. 169.

*independientemente de su naturaleza intrínseca, patrimonial o personal – son susceptibles de una traducción monetaria”<sup>176</sup>.*

Dicha condición de irreversibilidad como característica del medio ambiente, también se desprende del propio principio precautorio del Art. 07° de la Ley General del Ambiente<sup>177</sup>, este principio es el más difundido de nuestra legislación ambiental para poder caracterizar al daño ambiental como irreversible, y la falta de certeza no puede ser argumentada para evitar medidas para impedir la degradación del ambiente. En conclusión podemos manifestar que el daño ambiental es un daño sui generis no institucionalizado por el derecho civil y en general.

### **2.2.12.2. Aproximación a la naturaleza jurídica de daño ambiental**

Después de una búsqueda bibliográfica, hemerográfica y webs grafías, podemos arribar que en nuestra: doctrina, legislación y jurisprudencia nacional, no ha fijado la naturaleza jurídica del daño ambiental, menos describir su magnitud perjudicial como para poder definir el real alcance e impacto de toda actividad contaminante, sean extractivas o industriales; así como también se advierte ausencia de su tratamiento en la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, connotados profesores civilistas como Fernando de Trazegnies, Alfredo Bullard y Leysser León<sup>178</sup>, expresan que en el sistema de responsabilidad civil se advierte carencias para afrontar al daño ambiental, ya que el Código Civil de 1984, no diseñó un marco jurídico de protección civil respecto a la tutela del daño ambiental, ya que sólo brinda un conjunto de reglas y principios generales respecto a la responsabilidad extracontractual. Siendo las normas del derecho civil supletorias para la mayoría de las ramas del derecho al

---

<sup>176</sup> MOSSET ITURRASPE Jorge, HUTCHINSON Tomás y ALBERTO DONNA Edgardo. *Daño Ambiental*. Tomo I, Ob. Cit., p. 162.

<sup>177</sup> Art. VII.- Del principio precautorio

Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

<sup>178</sup> Cfr. VIDAL RAMOS, Roger Pavletich. "*La Responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano*", [Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial], Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2013, p. 278.

momento de su aplicación ante vacíos, se mostraría insuficiente más aún para poder optar por una naturaleza jurídica del daño ambiental.

El maestro San Marquino – Dr. Henry Carhuatocto Sandoval<sup>179</sup>, expresa que el concepto de daño ambiental no necesariamente se encuentra amarrado con la vulneración de una norma o disposición legal, puesto que no obstante haberse observado los límites máximos permisibles y demás instrumentos de gestión ambiental así como obligaciones socio ambientales, puede pese a ello, sobrevenir un daño ambiental que el agente debe hacerse cargo como responsable de la actividad riesgosa, y ello atendiendo a la regulación del Art. 144° de la Ley General del Ambiente<sup>180</sup>.

Con todos estos considerandos, es sumamente complicado otorgar una naturaleza jurídica del daño ambiental, más aún si su generación podría estar sujeta a imprevistos o casos fortuitos de las diversas actividades riesgosas que por más que se realicen con la debida diligencia y compromisos ambientales, se logran materializar los daños ambientales generada ya sea por una persona natural o jurídica, como es el accidentecatastrófico del terremoto en Japón en el 2011, la planta nuclear de Fujushima tuvo diversas fugas radioactivas<sup>181</sup> causando gran alarma entre los japoneses y los habitantes de países vecinos, por las amenazas de diversas formas de contaminación de los alimentos y afectación a las personas, no existe duda de que el alto riesgo de la actividad nuclear, deviene en que podría ocurrir una catástrofe ambiental debido a la contaminación nuclear, es así que, por más normas y mecanismos de prevención, en cualquier momento estas actividades nucleares pueden devenir en una catástrofe nuclear, como lo fue el accidente en la Planta Nuclear de Chernóbil.

---

<sup>179</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *Guía de Derecho Ambiental*, Jurista Editores, Lima, 2009, p. 156.

<sup>180</sup> **Artículo 144°.-De la responsabilidad objetiva:** La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso; o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142°, precedente, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir.

<sup>181</sup> En: [http://www.elpais.com/articulo/internacional/Alerta/Japon/contaminacion/radiactiva/alimentos/agua/elpepuint/20110319elpepuint\\_3/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internacional/Alerta/Japon/contaminacion/radiactiva/alimentos/agua/elpepuint/20110319elpepuint_3/Tes). Accedido el 10-01-16.

Por último, estando a las características descritas del daño ambiental, se advierte que esta es sumamente compleja, sólo podríamos atrever a mencionar que vendría a ser un daño sui géneris no vinculada con el derecho de daños tradicional de índole patrimonial o extra patrimonial (daño moral, daño psicológico y daño a la persona); al quebrantar un conjunto de derechos fundamentales y que estas podrían generarse incluso de causas fortuitas o a pesar de cumplirse con todas las diligencias debidas, cumplimiento instrumentos de gestión ambiental o compromisos socioambientales, de igual forma se materializan, razón por la cual proponemos que la naturaleza del daño ambiental debe estar muy enraizada con el principio de prevención, como así se puede deslindar del bloque constitucional del sector ambiental.

Sin embargo; de las características mencionadas del daño ambiental, se colige que el daño ambiental no obedece dimensiones, ya que la afectación del medio ambiente y sus componentes, pueden expresarse a través del tiempo y espacio, siendo inmediatos o posteriores, de pequeño y largo espacio territorial; afectándose a ello a una o varias personas en comunidad, pudiendo ser irreversible y de difícil evaluación económica; entonces podemos concluir que el daño ambiental tiene una naturaleza de difícil apreciación que inciden en la vida, la salud, el equilibrio ecológico y la economía; siendo sus efectos inmediatos desconocidos algunas veces y en algunas ocasiones éstas son más que obvias, en vista a esa naturaleza de complejidad que comprende su tutela, cuidado, prevención y resarcimiento; deben de constituir en todo caso las características que debe presentar la naturaleza jurídica del daño ambiental a diferencia a los daños institucionalizados por el derecho civil.

### **2.2.13. Daño ambiental generada por la minería**

Al respecto la información bibliográfica es escasa, debido a su naturaleza que es en detrimento de la actividad minera (formal) impuesta por el estado; no obstante, existe diversas fuentes bibliográficas desde las ciencias sociales, informes de ONGs, datos estadísticos de entidades estatales, fuentes periodísticas y de índole litigiosa.

En nuestro país la actividad minera representa uno de los grandes ingresos al tesoro público<sup>182</sup>; sin embargo esta actividad también es realizada de forma ilegal o informal<sup>183</sup>, otros haciendo abuso de derecho, como el caso del complejo metalúrgico Doe Run Company, empresa que fue demandada vía acción de cumplimiento hasta el Tribunal Constitucional<sup>184</sup>, cuya resolución hasta la fecha es inejecutable y existen incluso tres procesos jurisdiccionales ventilados en sede nacional e internacional con un desenlace incierto.

Así también se ventiló hasta la Corte Suprema con resultados infructuosos el caso de derrame de mercurio ocurrido en las localidades de San Juan, Choropampa y Magdalena (Cajamarca) el 02 de junio del 2000; cuya población a la fecha reclama planes de contingencia y monitoreo ambiental a consecuencia de las diversas secuelas en la salud y el medio ambiente de los pobladores<sup>185</sup>; también el accidente ocurrido en julio del 2012 por la rotura de un minero ducto en el Distrito de Cajacay, Provincia de Bolognesi – Departamento de Ancash, provocando serios malestares a decenas de pobladores, incluidos varios niños; que trajo como consecuencia una multa de con 207.200. 00 s/. Nuevos Soles (77.000 dólares) a la Empresa Antamina<sup>186</sup>.

De todo este listado de casos se advierte que el protagonista es la actividad minera formal autorizada por el Estado; ya que contra la minería ilegal e informal es enfrentada por el Estado con diversas políticas criminales. Son estas actividades que pasaremos a analizar como es su presencia en el

---

<sup>182</sup> “Los Departamentos de Cajamarca, Arequipa y Apurímac concentran el 60% de las inversiones mineras en el Perú, que representan 42,000 millones de dólares de los 70,000 millones de stock en todo el país, destacó el titular del Ministerio de Energía y Minas (MEM), Jorge Merino”; En: El Peruano; Año: 188/N°24319, 09 de enero del 2014, p. 6.

<sup>183</sup> “El complejo proceso de formalización minera agregó ayer una nueva norma a su extenso historial. El ejecutivo aprobó la estrategia de saneamiento de la pequeña minería y de la minería artesanal, en la que incluye a las casi 70 mil personas (naturales y jurídicas) que firmaron su declaración de compromiso en el 2012, el primero de cinco pasos para la formalización. Lo cuestionable de esta situación es que el decreto supremo de la 029-2014-PCM, que avala esta estrategia de saneamiento, extiende los plazos para que estos mineros se formalicen hasta el 2016, pese a que varios ministros, como el titular del Ambiente, Manuel Pulgar, y el de Energía y Minas, Jorge Merino, señalaron energéticamente que el 19 de abril del 2014, ayer culminarían todos los pasos del proceso.”. En: *El Comercio*, Año 174 - N° 88.570, Lima 20 de abril del 2014, p A15.

<sup>184</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 02002-2006-PC/TC de fecha del 12 de mayo del 2006.

<sup>185</sup> Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en los expedientes 2383-2005-Cajamarca; 2163-Cajamarca; 705-2007-Cajamarca y 1801-2007-Cajamarca. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en las casaciones 730-2005-Cajamarca; 2158-2006-Cajamarca; 2160-2006-Cajamarca; 2162-2006-Cajamarca; 2882-2006-Cajamarca y 2942-2006-Cajamarca.

<sup>186</sup> En: <http://elcomercio.pe/peru/lima/antamina-fue-notificada-multa-derrame-cobre-ancash-noticia-1585128>, ingresado el 20 de Diciembre del 2014.

escenario nacional en el año 2014, para después mencionar algunos casos emblemáticos y tratar de adecuar a las características de daño ambiental antes descrita, ello a fin de determinar la existencia del daño ambiental generado por la minería nacional.

#### **2.2.13.1. Algunos alcances generales sobre las concesiones mineras a nivel nacional**

A inicios de la década de los 90's el territorio peruano presentaba muy pocos derechos otorgados para el desarrollo de la actividad minera. En 1991 se encontraban concesionadas apenas 2'258,000 hectáreas. Posteriormente se registra dos importantes momentos de fuerte crecimiento de las concesiones mineras: uno que entre los años 1993 y 1999, registrándose posteriormente una importante caída que dura hasta el año 2002, como consecuencia de un contexto internacional desfavorable que provocó la caída de las cotizaciones de los metales y el recorte del financiamiento, sobre todo para actividades de exploración. El segundo momento de expansión, se registra entre los años 2002 y 2013. A mediados del año 2013, en el Perú existían 26'752,220 hectáreas bajo concesión minera, lo que representaba el 21.02% del territorio nacional. En el último año, el área concesionada ha bajado a 25'983,461.62 hectáreas, lo que representa el 20.42% del territorio nacional. Adicionalmente existen 312 titulares, que representa 108 180 hectáreas otorgadas en el lecho marino, dentro de las 200 millas peruanas<sup>187</sup>.

Asimismo, sólo en el mes de diciembre de 2014 se ha otorgado 342 concesiones mineras al amparo del Decreto Legislativo N° 708 (Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero del 06-11-1991), de las cuales 30 concesiones se encuentran dentro de la Región Ancash<sup>188</sup>; constituyendo todas ellas concesiones de diversa índole (exploración, explotación, transporte y otros).

---

<sup>187</sup>[http://cooperacion.org.pe/main/images/MAPAS/informes-concesiones/2014/Sexto%20Informe%20de%20concesiones%20mineras%20octubre\\_2014.pdf](http://cooperacion.org.pe/main/images/MAPAS/informes-concesiones/2014/Sexto%20Informe%20de%20concesiones%20mineras%20octubre_2014.pdf). Accedido el 07-01-16.

<sup>188</sup>[http://www.ingemmet.gob.pe/documents/73138/363931/CM\\_OTORGADAS\\_12\\_2014.pdf/e64941e3-7c21-4cb8-ba6a-339902a7dcb3](http://www.ingemmet.gob.pe/documents/73138/363931/CM_OTORGADAS_12_2014.pdf/e64941e3-7c21-4cb8-ba6a-339902a7dcb3). Accedido el 07-01-16

Por otro lado, sólo existe una única concesión minera de uranio en el Perú, la misma que se desarrolla en la Meseta de Macusani, Provincia de Carabaya – Puno<sup>189</sup>; existiendo un reglamento para la exploración de este elemento químico, debido a su alto grado de radioactividad y complejidad, expedida por el Ministerio de Energía y Minas, la cual precisa en uno de sus ítems<sup>190</sup> que éste reglamento sólo es para fines exploratorios y no para fines de explotación; y nos preguntamos ¿para qué exploramos sin fines de explotación o es por mera investigación?; existiendo en todo caso al menos de manera indirecta el fomento del riesgo al ambiente por este ministerio.

Cuyos proyectos mineros en mayoría, están paralizados muchas veces por problemas socioambientales. En la actualidad (a diciembre 2014) existe una cartera de 20 proyectos mineros que se encuentran detenidos o en situación de retraso por diversos motivos que implicarían inversiones superiores a los US\$ 25 mil millones. El caso más emblemático es el proyecto Minas Conga, ubicado en Cajamarca y operado por Yanacocha y que implica una inversión de US\$ 4.800 millones. Este se trata de un proyecto aurífero y cuprífero que está paralizado por razones sociales desde casi inicios del actual gobierno y poco se conoce de los avances salvo algunas obras menores que realiza la empresa mientras se resuelve la conflictividad. Otro es Tía María de Southern Perú ubicado en Arequipa con inversiones estimadas en US\$ 1.000 millones. Este proyecto de

---

<sup>189</sup> “... la empresa Global Gold –subsidiaria de la canadiense MacusaniYellowcake– realiza labores de exploración para verificar cuánto uranio existe y a qué nivel se encuentra. Una cosa es segura: esta meseta puneña guarda las más grandes reservas de uranio de todo el país. Eso explica la presencia de uno de los campamentos de perforación de la empresa –tiene dos más– en la inmensidad de la pampa altiplánica. Con taladros que funcionan con tubos de 3 metros de largo y que se van acoplando, los obreros hacen pequeños hoyos en distintos lugares y extraen muestras del terreno a distintas profundidades. [La punta](#) perforante llega a 200, 250 metros y trae pequeños ‘testigos’ del terreno. Esas muestras son enviadas a un laboratorio para su análisis químico y con esos datos se verifica la riqueza o no de la zona explorada. En el área de Chilcuno Chico, el uranio puede estar a 100 o 200 metros bajo el suelo”. En: <http://larepublica.pe/07-04-2013/el-uranio-que-duerme-en-las-alturas>. Accedido el 07-01-16.

<sup>190</sup> **1.3 Propósito de esta guía**

Esta guía busca proporcionar información relevante y aplicable, así como presentar recomendaciones para el manejo adecuado de los riesgos radiológicos relacionados con la exploración de uranio y está dirigido al personal que supervisará y dirigirá las actividades de exploración minera. Esta guía es complementaria a otras regulaciones y estándares aplicables a los riesgos no radiológicos, que también se presentarán en la exploración de uranio, en concordancia con el Decreto Supremo No 020-2008-EM “Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera”.

Esta guía no aplica a exploración subterránea avanzada de uranio. Es muy probable que los trabajos de excavación subterránea adyacentes a un cuerpo de mineral de uranio presenten riesgos ocupacionales y ambientales que están más allá del alcance de este documento. En GUÍA PARA LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR Y EL AMBIENTE DURANTE LA EXPLORACIÓN DE URANIO (Lima - 2013) – Preparado por Consorcio Roche, Golder, ACCC – Año 2011, por encargo de PERCAN – Proyecto de Reforma del Sector de Recursos Minerales Perú, p. 02

cobre también se encuentra paralizado por conflictos sociales. Por el mismo motivo están paralizados los proyectos Santa Ana (Puno) de Bear Creek, con una inversión de US\$ 70 millones, así como el proyecto Cañariaco (Lambayeque) de Copper Perú que demandaría una inversión de US\$ 1.599 millones<sup>191</sup>.

Es así que el tema ambiental y social es óbice siempre para las grandes inversiones; más aún si las licencias sociales a través de la consulta previa o mecanismos de participación ciudadana no tienen el derecho al veto para estos pueblos, las cuales hacen presumir que “*el proyecto se impone si o si*” (el énfasis es nuestro) de acuerdo a las demandas y solicitudes de las comunidades o población de influencia. Frente a esta dantesca presencia de proyectos se pasará a analizarse los casos más emblemáticos que habría generado menoscabos al ambiente, tanto en sus elementos naturales o antropogénicos.

Es necesario analizar también, la magnitud de las concesiones y los métodos empleados para las diversas actividades mineras que generaría de por sí un impacto en el entorno: “*En promedio para extraer 6 kg de cobre se necesita tratar una tonelada de roca. En el caso de oro este porcentaje aumenta, obteniéndose entre 0,5 a 10 gr por tonelada tratada. La disminución de la concentración de mineral en la roca conlleva la práctica de la minería a gran escala y cielo abierto utilizando unas técnicas de procesamiento con sustancias químicas altamente contaminantes provocando numerosos efectos negativos en la salud de las comunidades y graves impactos ambientales. Para que nos hagamos una idea del impacto a nivel nacional, en 2010 se registraron en Perú 48.704 concesiones mineras que afectaban a más de 21 millones de hectáreas, siendo un país que exporta cerca de 6 millones de toneladas de plata, zinc y cobre al año*”<sup>192</sup>.

Una única explotación como Yanacocha, en la provincia de Cajamarca, al norte del país, ocupa una extensión de 10 km de largo por 5 km de ancho. Si

---

<sup>191</sup><http://larepublica.pe/10-12-2014/proyectos-mineros-detenido-involucran-us-25-mil-millones>. Accedido el 08-01-16

<sup>192</sup> En: <https://www.uco.es/rsu/cooperacion/sites/default/files/field/pdf/Impacto%20de%20la%20mineria%20en%20el%20Peru%20y%20alternativas%20al%20desarrollo.pdf>. Accedido el 08-01-16.

atendemos tan sólo el caso de la amazonía peruana, uno de los lugares de mayor valor ecológico del mundo, hay 5.812 concesiones mineras que ocupan 22.587 Km<sup>2</sup> de territorio, una superficie similar a la totalidad de la Comunidad Valenciana<sup>193</sup>.

Pero cuando hablamos de minería a gran escala no hablamos sólo de superficie de suelo utilizada, sino también de consumo de energía y agua. Una mina de oro de tamaño medio consume unos 100 litros de agua por segundo, es decir 2.592.000 litros al mes, compitiendo por los recursos hídricos con otras actividades económicas como la agricultura, la ganadería, la pesca y el turismo. Especialmente dañinas son las explotaciones en las zonas altas de los ríos. Así, por poner algunos ejemplos, en la población de Belén, Iquitos, más de la mitad de la población no tiene acceso a agua salubre debido a la actividad minera. En Callao, principal puerto del país - también para la exportación de minerales - un estudio mostraba que más del 50% de los niños presentaban una concentración sanguínea de plomo más de dos veces superior al límite tolerable definido por la Organización Mundial de la Salud. Y la salud de los pobladores de San Mateo de Huanchor se ha visto seriamente afectada por los desechos mineros tóxicos de arsénico, plomo, mercurio y cadmio. Tal y como apuntaba en su informe Paul Hunt, relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, en su misión al Perú, “no son [estos] casos aislados sino que se trata de un problema más amplio... relativos, entre otras cosas, a la intoxicación de niños, la contaminación del medioambiente y la expulsión ilegal de sus tierras de las comunidades próximas a los proyectos mineros, extranjeros y nacionales<sup>194</sup>.

Hasta aquí todo lo mencionado, es un panorama general, de los diversos impactos en el ambiente<sup>195</sup> (ya sea positivo o negativo) a raíz de la actividad

---

<sup>193</sup>Smit, R. Atlas: “Amazonía bajo presión” Red Amazónica de Información Socioambiental Georreferenciada – RAISG, citado por el Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina. En: <https://www.uco.es/rsu/cooperacion/sites/default/files/field/pdf/Impacto%20de%20la%20minería%20en%20el%20Perú%20y%20alternativas%20al%20desarrollo.pdf>. Accedido el 08-01-16.

<sup>194</sup> HUNT, P. “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: Misión al Perú”, E/CN.4/2005/51/Add.3. En: <https://www.uco.es/rsu/cooperacion/sites/default/files/field/pdf/Impacto%20de%20la%20minería%20en%20el%20Perú%20y%20alternativas%20al%20desarrollo.pdf>. Accedido el 08-01-16.

<sup>195</sup> “Debe quedar explícito, sin embargo, que el término impacto no implica negatividad, ya que éste puede ser tanto positivo como negativo. De acuerdo con la percepción de los profesionales, se acostumbra tener

minera en nuestro país, siendo un tanto alarmante la magnitud de concesiones mineras esparcidas por todo el territorio nacional y la dantesca cantidad de energía y agua que demanda para la referida actividad; no obstante, a fin de no pecar de generalidades, pararemos a analizar algunos casos emblemáticos de diversos impactos al ambiente generadas por la industria minera peruana, para después poder identificar en ellas las características del daño ambiental.

### **2.2.13.2. El caso de la Compañía Minera Antamina S.A.**

Ubicada en el Distrito de San Marcos, Provincia de Huari – Ancas. En 1860, el sabio italiano Antonio Raimondi, documentó las propiedades del yacimiento de Antamina en su emblemática obra *El Perú*, que se publicaría en seis tomos entre 1874 y 1913. El yacimiento quedó en el olvido durante décadas y no es hasta 1952 cuando Antamina se integró a la cartera de exploración de proyectos mineros de la Cerro de Pasco Mining Company. En la década de los años setenta, Antamina pasó a manos del Estado y así se mantuvo hasta 1996. En ese año, luego de un proceso de privatización el yacimiento fue adquirido por las mineras canadienses Rio Algom e Inmet. Estas empresas iniciaron la formación de lo que hoy somos: Compañía Minera Antamina S.A. Así, después de un proceso de exploración y de construcción del complejo minero, se inició las operaciones de prueba el 28 de mayo del 2001 y el 01 de octubre de 2002, comenzó a producir comercialmente concentrados de cobre y zinc, y otros subproductos<sup>196</sup>.

Los diversos impactos de esta minera transnacional, ha sido estudiado a profundidad por el Antropólogo Vladimir Roberto Gil Ramón en su obra “Aterrizaje Minero”<sup>197</sup>, quien refiere que la historia de operaciones de exploración de esta minera es muy remota, la misma que le otorgó cierta permisibilidad para operar dentro del territorio del Parque Nacional Huascarán<sup>198</sup>, ya que la

---

una definición más amplia”. En: DIAZ COUTIÑO, Reynol. *Desarrollo Sustentable – una oportunidad para la vida*, 2da. Edición, México, Litográfica Ingramex, 2011, p. 25.

<sup>196</sup> <http://www.antamina.com/sobre-antamina/quienes-somos/nuestra-historia/>. Accedido el 09-01-16.

<sup>197</sup> Cfr. GIL RAMÓN, Vladimir Roberto. *Aterrizaje Minero – cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Ancash, Perú*, Lima, IEP., 2009, p. 169

<sup>198</sup> La importancia biológica y cultural del Parque, reconocida formalmente por tres niveles de protección, nacionales e internacionales, ha sido reconocido primero, en el ámbito nacional fue designado por Decreto Supremo (0622-75-AG) como Parque Nacional en 1975, en el segundo lugar, en el ámbito internacional, en 1977 la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) designó el área como Reserva de Biosfera; y finalmente, en 1985, fue nombrado Patrimonio Natural de la Humanidad.

importancia nacional e internacional como patrimonio de la humanidad fue catalogada con posterioridad, asimismo el parque se encontraba rodeadas de 16 sitios mineros en igual condición de anterioridad, de las cuales seis se encontraban en operación y diez paralizadas; sin embargo, estas concesiones de ninguna manera tenían relevancia alguna para la minería nacional, antes de los proyectos Antamina y Pierina (Barrick).

La transnacional Antamina, una vez que ganara la concesión de explotación en el año 1996, contrató a KC&S para preparar el EIA, al respecto: *“En marzo de 1998, Antamina presentó el EIA a las autoridades peruanas, con el apoyo del MEM. El plan original del proyecto minero incluía un “corredor de acceso” desde la zona de embarque en Huarmey hasta la mina en San Marcos, transportando el concentrado en camiones a través del Parque Nacional Huascarán. [...] Con Antamina, el mayor riesgo ecológico para el Parque era el transporte de 1.5 millones de toneladas de concentrado anuales, cruzando el centro del área protegida, en 145 viajes de ida y vuelta diarios, con 35 a 50 toneladas por camión y partidas cada 7.5 minutos, 24 horas del día, por más de veinte años”*<sup>199</sup>. La solución para dicho riesgo se minimizó con la construcción de un minero ducto.

El mineroducto es una tubería subterránea de acero de un centímetro de espesor, revestida de acero en su parte interna y externa, cuenta con 302 km de longitud para transportar los concentrados de cobre y zinc, mezclados con agua, hasta el puerto de Punta Lobitos en Huarmey, donde se embarcan para su exportación. El conducto fue construido para transportar 2.5 millones de toneladas de concentrados anuales. Esta colosal obra, comenzaba a materializarse y con ello el peligro; no obstante a que el diseño ha requerido de avanzada tecnología sobre todo para el seguimiento y control permanente en su trayectoria e incluso el tubo podría soportar un sismo de hasta ocho grados en la escala de Mercalli.

Sobre los peligros que demanda el minero ducto: El EIA asegura que se han cubierto todos los escenarios de posibles desastres. Durante las

---

<sup>199</sup> GIL RAMÓN, Vladimir Roberto. Ob. Cit., p. 171.

operaciones, contempla que las emergencias involucrarían fallas de alguna de las estaciones de válvulas u obstrucción, o filtraciones en el concentrado, frente a lo cual señala la presencia del Equipo de Respuestas ante Emergencias, en la mina y el puerto. En caso de rupturas, obstrucción, bloqueo, filtración u otro tipo de fugas que causarían disminución en la presión, el sistema de alertaría instantáneamente al operador en la mina –desde donde se controlan todos los componentes del concentrado- y se encendería una alarma. En caso de emergencia, el operador puede cerrar cualquiera o todos los componentes del minero ducto desde la mina en cualquier momento, deteniendo el bombeo de pulpas hacia el concentrado y cerrando las válvulas. El EIA declara que se notificaría inmediatamente a los pobladores aguas abajo, en caso que la pulpa de concentrados sea liberada al ambiente<sup>200</sup>. Con lo que diríamos que existiría un plan de contingencia ante cualquier eventualidad de emergencia, notificándonos también el peligro que demanda, más aún si este minero ducto es víctima de sabotajes.

Así el EIA reconoce que las consecuencias de un accidente podrían ser críticas en términos ambientales: *“La ruptura del concentrado podría traer serias consecuencias al ambiente receptor. Mientras que las válvulas de paralización de presión baja minimizarán la cantidad de concentrado liberado al ambiente, el volumen de concentrado liberado depende de la proximidad de la ruptura a la válvula de paralización aguas arriba. Si este intervalo es largo, los impactos resultantes podrían ser serios, particularmente en la agricultura, fuentes de agua y calidad de agua potable que ese encuentre agua abajo”*<sup>201</sup>.

Contra todo pronóstico y grandes inversiones, se inicia la construcción del minero ducto en abril de 2000 y culmina un año aproximadamente; no obstante, las emergencias no se hicieron esperar en julio de 2012 la empresa Antamina fue sancionada por el Ministerio del Ambiente con S/. 207.200. La emergencia se produjo en julio de 2012, por un derrame de concentrados de cobre que afectó al distrito de Cajacay, en la provincia de Bolognesi, Áncash, provocando serios

---

<sup>200</sup>ibid., p. 183.

<sup>201</sup> K&H - KnightPiésold Consultores S.A. y HallamKnightPiésoldLtd (1999) “Addendum 3 del EIA para el Proyecto Antamina (volumen II)”. CMA, Lima. Disponible en <http://www.minem.gob.pe/archivos/dgaam/estudios/antamina/proyectoantamina.htm,manuscrito>. Accedido el 09-01-16.

malestares a decenas de pobladores, incluidos varios niños. Fue sancionada “por dos motivos: una por la falta de diligencia en el aviso y en el llenado de los formatos sobre el accidente, y la otra porque se han tenido que talar algunos árboles materia de la contaminación producida en el suelo. Según las versiones de los lugareños, al ocurrir el accidente, Antamina demoró en cerrar la llave del mineroducto, y pidió ayuda a los pobladores para detener la masa de concentrados de cobre que amenazaba con llegar al río. Los pobladores colaboraron pero ninguno dispuso de equipos de protección para evitar la inhalación o contacto con el material. Crisencio Cruz, un poblador de Cajacay que presentó malestares tras el derrame, manifestó que se observan los efectos de la contaminación en la zona. *“Las plantas se amarillan, hay mortandad en los animales, no se les ha hecho análisis pero se ha pedido que se tomen muestras biológicas”*, Indicó que los pobladores presentan recurrentes dolores de cabeza, mareos o ardor en la vista. *“Eso nos ha afectado a todos”*, afirmó<sup>202</sup>.

Este derrame de muy complejo análisis, tanto para determinarse el grado de afectación al medio ambiente y fijación de responsabilidades plenas, ya que se habría advertido la posibilidad de peligro y ante ello la activación de diversos planes de contingencia; sin embargo, al parecer existió mucha decidía en su ejecución o concretizar los canales adecuados y no esperarse la ayuda de la población más aún sin el debido equipo e implementos de seguridad, guardando mucha similitud ante el caso de derrame de mercurio de Choropampa - Cajamarca. Formulándose la siguiente pregunta el pago de S/. 207.200 es adecuada para una empresa que es uno de los mayores exportadores del país, calculando inicialmente un monto fluctuante aproximado entre US\$ 700 y US\$ 900 millones anuales, suma que llegó a US\$ 1,800 millones en el 2005<sup>203</sup>, y no es que se proponga la imposición de una sanción en materia ambiental de acuerdo a los réditos de una empresa sino en el constante peligro al que nos mantiene sometidos y el grado de incertidumbre que podría traer más secuelas el vertimiento del mineral a la población local.

Culminaremos éste capítulo, mencionando algunos casos de impactos en

---

<sup>202</sup> En: <http://elcomercio.pe/peru/lima/antamina-fue-notificada-multa-derrame-cobre-ancash-noticia-1585128> . Accedido el 10-01-16.

<sup>203</sup> GIL RAMÓN, Vladimir Roberto. Ob. Cit., p. 171.

el medio ambiente por parte de la empresa minera, en sus diversas actividades de su vida minera, las cuales son minimizadas y un tanto escasas en su bibliografía quizá por el aval estatal al generar ingresos. En la obra del Antropólogo GIL RAMÓN, Vladimir Roberto, se estudian diversas problemáticas de los efectos de una minera transnacional que opera en lugares de escasa institucionalización o presencia estatal, teniendo como fuente diversas versiones de los pobladores, siendo alguno de ellos lo siguiente: *“Aunque la mina dice que no hay contaminación, para mí sí hay. Nunca he visto como ahora tanta gente que cuando se lavan su ropa en la quebrada que vive en Ayash, tiene problemas en la piel y se les cae el cabello poco a poco. Han venido a atenderse. Las quejas han empezado hace medio año. He llevado un muestra de agua a Huari y la mandamos a un laboratorio en Lima y desapareció en el camino. Uno mete agua en un frasco por dos o tres días y se abomba, se pone fe. Trabajo en un laboratorio en Huari. Consulté con mis jefes y dijeron que no hay que involucrarse. Esta comunidad necesita ayuda. Los animales tomaban agua y se les caía el pelo. Este año nadie ha cosechado papa (Trabajador de la posta médica, octubre del 2001, Santa Cruz de Pichíú)”*<sup>204</sup>.

### **2.2.13.3. La contaminación de la Oroya**

La ciudad del Perú más contaminada con plomo en su atmósfera se llama “La Oroya”, estimándose que el 99.1% de sus niños y niñas tienen plomo en su sangre producto del incumplimiento de las obligaciones socio ambientales de la Empresa Doe Run Perú<sup>205</sup>. El complejo metalúrgico de propiedad y administración de la Empresa Estadounidense Doe Run Company, empresa que fue demandada vía acción de cumplimiento, ventilándose hasta el Tribunal Constitucional<sup>206</sup>, cuya resolución hasta la fecha es inejecutable y existen incluso tres procesos jurisdiccionales ventilados en sede nacional e internacional con un desenlace incierto, para la resolución de este caso el Tribunal Constitucional recabó diversos informes entre ellos un “Estudio sobre la contaminación ambiental en los hogares de La Oroya y Concepción y sus efectos en la salud de

---

<sup>204</sup>Ibid., p. 306.

<sup>205</sup> Según el Ministerio de Salud (MINSa), el 99.1% de los niños oroiños tienen promedios altos de plomo en sangre, 33.6 ug/dl microgramos por decilitro, sobrepasando los límites máximos permisibles de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que son 10 ug/dl microgramos por decilitro. En: CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. Ob. Cit., p. 156.

<sup>206</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 02002-2006-PC/TC de fecha del 12 de mayo del 2006.

sus residentes, confeccionado en diciembre de 2005 por la Universidad de San Luis, Missouri, Estados Unidos y el Arzobispado de Huancayo que arroja similares resultados a los previamente establecidos por la DIGESA y el Ministerio de Salud (MINSA)”, no obstante dicha empresa sigue funcionando hasta la fecha con ciertas limitaciones, existiendo quizá un abuso de derecho, como se colige del Diario el Comercio: “... *que se ha aprobado un nuevo estándar ambiental del aire (ECA) que se regirá desde el 01 de enero del 2014 y que se establecerá como límite máximo diario 20 ug/m<sup>3</sup> (microgramos por metro cúbico de dióxido de azufre (SO<sub>2</sub>) liberado a la atmósfera. Sin embargo, las empresas Southern Perú (Administradora del Fundición de Ilo) y Doe Run Perú (Fundición de la Oroya) sostienen que no existe tecnología en el mundo capaz de reducir las emisiones de SO<sub>2</sub> en las fundiciones de cobre al nivel de 20 ug/m<sup>3</sup>, por lo que según el Viceministro de Ambiente, dicho portafolio permitirá que estas fundiciones continúen operando si demuestra la imposibilidad técnica de reducir las emisiones de SO<sub>2</sub> hasta el nuevo límite fijado*<sup>207</sup>”, preguntándonos es dable esta actitud Estatal de seguir dando prórrogas a una actividad industrial sin adecuar su PAMA a sabiendas que se está contaminando a diestra y siniestra.

La empresa metalúrgica aún conociendo dicha situación tampoco ejecuto acción alguna para proteger el estado de salud de la población afectada por la contaminación generada por sus actividades económicas. Existe un daño a la salud y al ambiente probado que no sólo amerita la adopción urgente de medidas preventivas sino entendemos otorga el derecho a las víctimas de estos actos, a plantear una demanda que persiga la compensación e indemnización por el daño a la salud y el derecho a vivir en un ambiente equilibrado e idóneo para la vida<sup>208</sup>. Esto nos demuestra una vez más la existencia del daño ambiental generada por la vida de una mina, en este caso sería las labores de beneficio, que irónicamente cuenta con diversas prórrogas del gobierno en detrimento de los pobladores de la zona, en cuyo caso, el daño ambiental es directo (a las personas) e indirecto (medio ambiente).

---

<sup>207</sup> “Las fundiciones de Ilo y La Oroya no dejarán de operar en el 2014”, El Comercio – Suplemento Económico “Portafolio” de fecha 14 de julio del 2013. Citado en: ALARCO LA CRUZ Manuel Antonio. “La actividad minera y el derecho a la salud en el Perú”, Gaceta Constitucional, Tomo 70, Ed. El Búho, Lima, Octubre del 2013, p. 218.

<sup>208</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. Ob. Cit., p. 171.

#### **2.2.13.4. El caso del derrame de mercurio de Choropampa**

El 02 de junio del año 2000, entre las localidades de Chotén, San Juan, La Calera, El Tingo, Choropampa y Magdalena en la provincia y región Cajamarca, se produjo el peor derrame de mercurio inorgánico registrado en el país. La falta de medidas de seguridad en el embase, transporte así como las inadecuadas medidas de mitigación ocasionaron un desastre socio ambiental que ocasiono secuelas en más de 2 mil pobladores, 500 de los cuales fueron los casos más graves. Los responsables la empresa Minera Yanacocha S.R.L. y la empresa de transportes RANSA S.A., hasta la fecha no reconocen su responsabilidad. Recientemente en el juicio que algunas de las víctimas más severamente afectadas entablaron a ambas empresas se determinó que la mísera transacción extrajudicial que hizo la empresa Yanacocha con las víctimas, entre 2 mil a 5 mil nuevos soles, para compensar el daño a la salud causado era suficiente para librarlos de una indemnización mayor.

La Corte Suprema del Perú en su Primer Pleno Jurisdiccional Civil construye una nueva excepción procesal, no contemplada en nuestro Código Procesal Civil: la transacción extrajudicial y con ella niega la posibilidad de una indemnización justa a favor de las víctimas, muchas de las cuales han fallecido o tienen incapacidades físicas de por vida producto de las secuelas de la contaminación de mercurio. No nos queda duda que en estos casos la ausencia de protección del derecho fundamental a la vida y a la salud puede ser revertida a nivel a una acción de amparo contra la resolución judicial de la Corte Suprema y en última instancia apelar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en búsqueda de las medidas de reparación, compensación e indemnización para las víctimas y comuneros de Choropampa. Los efectos de una sentencia en materia de responsabilidad por daño ambiental tiene repercusiones sobre la colectividad y no solamente sobre quienes inician la acción esto es tiene efectos erga omnes y por tanto es oponible a terceros que no fueron parte del proceso, y ésta es la posición del Perú y otros países sudamericanos como Argentina, Brasil y El Salvador<sup>209</sup>.

Podemos concluir en este punto que las características del daño

---

<sup>209</sup> *Ibid.*, pp. 173-174.

ambiental, no son concurrentes necesariamente, como es que un daño ambiental puede ser reversible o irreversible, no obstante en todas estos casos concretos, podemos concluir que si existió daños ambientales generada por la minería en el estado peruano; como vemos existió una disminución o menoscabo a los componentes del medio ambiente, la salud de los pobladores y el equilibrio ecológico, ello al variar el normal funcionamiento del ser vivo (flora, fauna, etc.) con su entorno, el mismo que fue ocasionado por algunas actividades principales y auxiliares desarrolladas en la vida de una mina (exploración, desarrollo, transporte, explotación entre otras); ello debido también a consecuencias culposas debido al grado de peligrosidad que demanda esta actividad.

### 2.3. Definición de términos

- ✓ **AMPARO.-** Representa una herramienta indispensable para la defensa de los derechos ciudadanos; es el proceso constitucional más relevante por la amplitud de su acción. Ha sido concebida por nuestra Carta Magna vigente como una “garantía constitucional” y por la Ley 23506 (derogada) como una “acción de garantía” destinada a proteger los derechos constitucionales, distintos a la libertad individual y a aquellos tutelados por el habeas data, vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona<sup>210</sup>.
- ✓ **COMPULSAR PRUEBAS.-** Acto procesal por el cual el juez examina dos o más pruebas relacionadas o vinculadas, o el total de pruebas en su conjunto, comparándolas y cotejándolas entre sí para verificar su autenticidad y exactitud, con la finalidad de su mejor análisis y valoración y obtener así certeza respecto de los hechos controvertidos<sup>211</sup>.
- ✓ **DAÑO AMBIENTAL.-** Es toda acción, omisión, comportamiento, acto, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente algún elemento constitutivo del concepto ambiente<sup>212</sup>.
- ✓ **DERECHO AMBIENTAL.-** Tiene por finalidad regular las conductas

---

<sup>210</sup>FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza (2012). Op. Cit., p.121.

<sup>211</sup>GUTIERREZ CAMACHO, Walter (2007). “*Vocabulario de uso judicial*”, Lima, Gaceta Jurídica, p. 34.

<sup>212</sup>CALLE, Isabel y PULGAR VIDAL, Manuel. (2010). “*Manual de Legislación Ambiental*”, Lima, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental- Ministerio del Ambiente, p. 30-31.

humanas a través de normas o mandatos de cumplimiento obligatorio que tienen por objeto alcanzar el bien común. Le interesa regular aquellas conductas humanas que puedan influir o alterar de manera relevante las condiciones o “el equilibrio” que hacen posible la vida en todas sus formas.

- ✓ **DERECHO DIFUSO.**- Por excelencia es el derecho al medio ambiente, pero también podemos mencionar a los “derechos del consumidor”, “derecho a la salud pública”, “derecho al orden público”, etc. Es decir, no estamos ante los típicos derechos individuales que son instituciones perfectamente delimitadas de las cuales podríamos extraer un contenido específico, ni se trata de derechos que otorgan a cada individuo una facultad de obrar para satisfacer intereses propios<sup>213</sup>.
- ✓ **DERECHOS HUMANOS.**- Son: un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional<sup>214</sup>.
- ✓ **EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL.**- El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea de una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligada a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda, o cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar<sup>215</sup>.
- ✓ **GESTIÓN AMBIENTAL.**- Es el conjunto de acciones, políticas, regulaciones, principios y la institucionalidad, diseñados y ejecutados por el Estado con participación de la sociedad civil, la academia y el sector privado, para lograr una ordenación sostenible del ambiente,

---

<sup>213</sup>VIDAL RAMOS, Roger. Op. Cit., p. 243.

<sup>214</sup> Ver: FLORES POLO, Pedro (2002). “*Diccionario Jurídico Fundamental*”, Lima, Ed. Grijley. Asimismo OSORIO, Manuel (1981). “*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*”, Buenos Aires, Ed. Heliasta.

<sup>215</sup>FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza. Op. Cit., p.154.

como presupuesto básico para aspirar al desarrollo sostenible del país y a un ambiente sano<sup>216</sup>.

- ✓ **MEDIO PROBATORIO.-** Se denomina así a los diferentes elementos autorizados legalmente que sirven para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos que son materia de un proceso judicial, y para producir convencimiento en el juez sobre las pretensiones que las partes alegan. Se refiere a los procedimientos establecidos por ley mediante los cuales se introducen las pruebas en el proceso<sup>217</sup>.
- ✓ **PRINCIPIO PRECAUTORIO.-** Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente<sup>218</sup>.
- ✓ **RECURSOS NATURALES.-** Pueden definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre. En otras palabras, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales; vale decir, que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho y bienestar<sup>219</sup>.
- ✓ **TUTELA DIFERENCIADA.-** Entendida como una respuesta desde la Teoría General del Proceso a la necesidad de formas de protección procesal más acordes con la problemática intrínseca de los derechos materiales en particular<sup>220</sup>.
- ✓ **MEDIO AMBIENTE.-** El medio ambiente es el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría gratificarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo

---

<sup>216</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. Op. Cti., p. 415.

<sup>217</sup>GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Op. Cit., p. 72.

<sup>218</sup>FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza. Op. Cit., p.153.

<sup>219</sup>Fundamento 28/Exp. N° 0048-2004-PI/TC de fecha 01 de abril del 2005.

<sup>220</sup>ETO CRUZ, Gerardo. Op. Cit., Tomo II, p. 94.

concretos<sup>221</sup>.

### **CAPÍTULO III**

#### **RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACION**

##### **3.1. La tutela ambiental en el Perú**

El derecho al medio ambiente, se encuentra canalizada por las diversas acciones prestacionales y reaccionales que realiza el Estado; siendo una de ellas las frondosas legislaciones en la materia ambiental, como los diversos aparatos estatales que se vinculan a este objeto; sin embargo estas leyes generales y leyes orgánicas de estos organismos gubernamentales tienen que canalizarse por diversas acciones procesales; toda vez que no existe un proceso único en nuestra ordenamiento jurídico para la defensa y tutela del medio ambiente; al respecto ANDALUZ WESTREICHER Carlos:

*“La tutela del ambiente supone entonces proteger los componentes bióticos (flora y fauna) y abióticos (suelo, agua y aire), aun cuando no se hubiere causado un daño directo a las personas, pues todos estos componentes tienen un valor intrínseco y, en última instancia, todo daño causado a la Naturaleza repercute en la calidad de vida de los humanos.*”

---

<sup>221</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos (2004). *“Derecho Ambiental- Ambiente sano y desarrollo sostenible”*, Lima, Proterra, p. 107.

*Lo que cabe determinar es ¿cuáles son los mecanismos procesales que existen en el ordenamiento jurídico peruano para tutelar los derechos ambientales?, tal como han sido esbozados precedentemente. Debemos tener presente que estamos ante lo que podríamos denominar la parte adjetiva del derecho ambiental, es decir, todo lo concerniente a los instrumentos procesales para la defensa jurídica del ambiente.*

*No obstante, debe precisarse que si bien existe derecho sustantivo para la tutela del ambiente, no hay un proceso ad hoc o suficientemente claro para exigir su cumplimiento; al menos no en lo que a procesos judiciales se refiere. Se trata entonces de identificar los vehículos procesales en que podemos encauzar al derecho sustantivo ambiental, para iniciar procesos en los que se ventilen materias ambientales. En ese sentido, tenemos como instrumento procesal por excelencia a la acción, que permite a un ciudadano someter ante los órganos pertinentes del Estado un caso que considera justiciable...Atendiendo a los derechos sustantivos de las áreas jurídicas con las que se esté relacionando el derecho ambiental, estos serán encauzados, según corresponda, conforme con la legislación procesal civil, procesal penal, procesal constitucional o procesal administrativa. Este es el caso en el ordenamiento legal peruano, en tanto no existe un procedimiento específico para someter los casos ambientales”<sup>222</sup>.*

En nuestra legislación peruana se cuenta con distintas acciones, dentro de estas acciones existen otras instituciones jurídicas, como en el caso de acciones de naturaleza civil que permiten ser utilizadas como armas privadas en esta lucha por el ambiente, entre ellos: a) Acción por ejercicio u omisión abusivos del Derecho, b) Acción por nulidad de actos jurídicos, c) Acción de responsabilidad extracontractual y d) Acción de interdicto de retener; por otro lado dentro de la acciones de naturaleza constitucional se encuentran: a) Proceso de amparo, b) Proceso de acción popular, c) Proceso de cumplimiento, d) Proceso de hábeas data y e) Proceso de inconstitucionalidad; por otro lado también están las acciones administrativas, con las siguientes herramientas: a)

---

<sup>222</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derechos Ambiental*, Ob. Cit., pp. 691-692.

Legitimidad para obrar, b) Requisitos para denunciar según los sectores, c) Repetición de conductas, d) Acto administrativo, e) Evaluación previa con silencio negativo, f) Procedimiento administrativo trilateral, g) Procedimiento administrativo sancionador, h) El nuevo Tribunal de Solución de Controversias Ambientales; en el Derecho Penal se encuentra la acción penal, con los tipos penales contenidos en el Título XIII del Código Penal, que prescribe el *nomen iuris* de “Delitos contra el Ambiente”<sup>223</sup>.

Cabe precisar entonces que la tutela del medio ambiente en nuestro sistema jurídico se haya diversificada por las distintas áreas del derecho y cada una de ellas posee sus propias normas objetivas; y haciendo énfasis en el Derecho Administrativo y Derecho Penal, según LAMADRID URBILLÚS Alejandro:

*“La justicia ambiental se puede expresar en materia administrativa a través del tribunal de solución de controversias ambientales, encargado de resolver los conflictos de competencia ambiental, y es la última instancia administrativa respecto de los procedimientos administrativos ambientales. En otras palabras, cuando dos instituciones ambientales reclamen la competencia de un caso o se nieguen asumir la misma será ese tribunal que determine quién es competente y debe asumir el caso. Asimismo, todos los procedimientos administrativos ambientales resueltos en primera instancia en el sector ambiental competente deberán de ser resueltos en última instancia por este organismo colegiado.*

*[...] Constituye instancia previa extrajudicial el carácter obligatorio antes de iniciar una acción judicial en materia ambiental. Esto supone que los conflictos socioambientales antes de ser llevados al poder judicial deben ser resueltos por este Tribunal. Agotada esta vía, se podrá recurrir al proceso contencioso administrativo y proceso civil (responsabilidad por daño ambiental). En materia constitucional, al ser una vía residual, solo*

---

<sup>223</sup> En resumidas cuentas, la sanción de la Ley N° 29263 ha implicado la incorporación de nuevas figuras delictivas, así como una mayor drasticidad de la escala de penas, debido a lo cual puede decirse que el legislador apeló una vez más a los fines preventivo-generales de la pena. Este es el caso de los artículos 308-A, 308-B, 308-C, 308-D, 310-A, 310-B, 310-C y 314-B del Código Penal. Otra agravación sustancial de la reacción punitiva puede verse en el tipo penal previsto por el artículo 310 del Código Penal (Delitos contra los bosques o formaciones boscosas).

*se podrá acudir directamente a la misma por una amenaza inminente o daño grave que pueda acaecer, si es que espera culmine la instancia administrativa.*

*La Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley N° 28245, emitida con fecha 04 de junio del 2004, en su Art. 13° reconoció la existencia y nacimiento del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales, al disponer: Adicionase el inciso d) al artículo 5 de la Ley N° 26410, Ley del Consejo Nacional del Ambiente, con el siguiente texto: d) Un órgano jurisdiccional, denominado Tribunal de Solución de Controversias Ambientales”<sup>224</sup>. Por otro lado en la legislación penal actual, se han incrementado las penas, al respecto: “La Ley 29563, ha elevado el Mínimo Legal previsto para la punición de delitos contra el medioambiente, en un promedio de 03 a 06 años. Ello me parece acorde con una legislación ambiental preventiva que busca proteger bienes jurídicos colectivos como los bienes ambientales”<sup>225</sup>.*

También cabe agregar que la ley penal en materia ambiental exige como uno de sus elementos objetivos del tipo penal la opinión técnica de la autoridad competente, en ese sentido se evidencia el rol importante que juega la legislación administrativa, como se manifestó líneas arriba, el Tribunal de Solución de Controversias Ambientales, será la última instancia administrativa para conocer controversias ambientales, agotándose la vía administrativa, abriendo paso de ser pertinente a la vía judicial (acciones civiles, penales, administrativas y constitucionales); observándose que esta dilación de tiempo puede ser perjudicial para la eficacia de la tutela del medio ambiente.

Por otro lado, también existen procesos jurisdiccionales de naturaleza constitucional, que se inician a través de la acción de amparo, que reviste de ciertas peculiaridades:

*“Procede cuando se amenaza o viola, de manera cierta e inminente, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para*

---

<sup>224</sup> LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *Derecho Ambiental Contemporáneo – Crisis y Desafíos*, Lima, San Marcos, 2011, pp. 378-379.

<sup>225</sup> *Ibid.*, pp. 382-383.

*la vida, por acción u omisión de actos de obligatorio cumplimiento por parte de cualquier autoridad, funcionario, o persona, con el objeto de reponer las cosas al estado anterior a dicha violación o amenaza de violación.*

*Es pertinente señalar que cuando se viole o amenace un derecho ambiental, cualquier persona estará legitimada para interponer el proceso de amparo, así como también las asociaciones sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa del medio ambiente (artículo 40, tercer párrafo del Código Procesal Constitucional). No será exigible el agotamiento de las vías previas si por ello la agresión pudiera convertirse en irreparable, lo que resulta frecuente tratándose de materias ambientales”<sup>226</sup>.*

Es así que en nuestra normatividad existe una gama de vías procedimentales en aras de la defensa del medio ambiente, las mismas que en lugar de coadyuvar a la tutela del derecho del medio ambiente podría entorpecerla a la hora de su acceso, obligando al recurrente a analizar cuál de las vías recorrer y si estos recurrentes son varias personas (interés difuso) cada una podría recurrir de acuerdo a su conveniencias y posibilidades; lo que originaría el entorpecimiento de la administración de justicia en casos que quizá son meras faltas administrativas conocidas por entidades del sector; y viceversa existen casos que necesariamente si deberían conocerse de manera exclusiva y sin dilaciones de tiempo por el órgano jurisdiccional; y ello sin perjuicio de evaluarse algunas vías paralelas como las acciones penales. Apreciándose así que el acceso a la justicia ambiental en el Perú es sumamente frondosa y ello en detrimento de los usuarios del medio ambiente.

### **3.2. El difícil nacimiento del derecho ambiental en el Perú**

*Siguiendo al autor antes citado: “Como en muchos otros países, en el Perú la preocupación por el medio ambiente, fue inducida desde afuera. Por ser un país rico en biodiversidad que ha sufrido los embates de la depredación de sus recursos, así como los efectos del cambio climático, la defensa de la naturaleza debería ser una prioridad. Sin embargo, pese a ello, no se ha gestado aquí algún*

---

<sup>226</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Ob. Cit., pp. 719-720.

*impulso endógeno que desarrollará por cuenta propia instrumentos políticos, jurídicos e institucionales, capaces de proteger con éxito su valioso patrimonio natural.*

*Pero esta constatación no significa que no hayamos sido refractarios a las corrientes internacionales. En diferentes momentos el país ha recepcionado los conceptos, instituciones y normas que se adoptan en las conferencias mundiales y, más aún, las incorporó con los naturales matices y modulaciones a su derecho interno. En ese sentido, el Perú no ha estado ajeno a los avatares del movimiento ecológico, aun cuando su compromiso y eficacia dejara mucho que desear (...).*

*El primer paso, un verdadero salto estratégico y de la más alta significación para estos propósitos, fue la promulgación del Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales mediante el Decreto Legislativo N° 613, del 08 de setiembre de 1990. Este cuerpo legal: “(...) respondió a la necesidad de integrar de manera sistemática y en un solo cuerpo legal, las principales disposiciones referidas a la protección del ambiente”<sup>227</sup>.*

En el encontramos las fórmulas más avanzadas sobre política ambiental y la relación que guarda con la planificación del desarrollo; los instrumentos para proteger al ambiente y las medidas de seguridad requeridas, así como mecanismos de evaluación, vigilancia y control importantes disposiciones sobre el fomento de la investigación científica y tecnológica, la acción educativa, el papel de los medios de comunicación y participación ciudadana.

En esta misma orientación de afirmar principios medioambientales y declaraciones sobre el imperativo de su conservación, cabe destacar el contenido del inciso 22 del artículo 2° de la actual Carta Política, aprobada en 1993, tres años después del flamante código. Contra lo esperado se eleva a la categoría de Derecho Fundamental de las Personas el “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. Estamos frente a un avance

---

<sup>227</sup> *Ibíd.*, p. 508.

vertiginoso y sorprendente, casi inédito. De hecho muchas constituciones de los países con democracias consolidadas, no tienen un precepto semejante<sup>228</sup>.

Resulta curioso que esto se realice en un contexto nominado por un régimen autoritario de signo neoliberal, más interesado en la promoción de las inversiones productivas que en la preservación del medio natural. Ciertamente a la luz conducta efectiva en cuestiones medioambientales, dejando de lado los discursos y las declaraciones, solo cabe colegir que tal decisión fue producto de la oportunidad, antes que de convicciones, por lo que no pasaba de una pose legitimadora.

Sin embargo, más allá de las intenciones específicas es un hecho innegable que el documento del 93 fue más lejos que la Constitución de 1979. Revisado el texto del artículo 128° de esta última se concluye que este es más amplio y enfático que el actual: “Todos tienen el derecho de habitar en un ambiente saludable, ecológicamente equilibrada y adecuada para el desarrollo de su vida y la preservación del paisaje y la naturaleza”. Pese a ello, por su postergada ubicación dentro de la estructura constitucional – Capítulo II de los Recursos Naturales, del Título III del Régimen Económico no estaba integrado dentro del catálogo de los derechos fundamentales<sup>229</sup>.

Es así que recién a mediados de los años 1990 se pone al escenario legal nacional las distintas intenciones de cuidado del medio ambiente y su constitucionalización como derecho fundamental del medio ambiente en el año 1993; lo que presupone que los inicios del derecho ambiental tiene su positivización en no más de medio ciclo en el Perú a diferencias de otras materias. No obstante, son los pocos avances académicos que se brindan al tratamiento de lo que es en sí el verdadero acceso al derecho fundamental a un medio ambiente sano y demás categoría como su protección, recursos naturales, la limitación de los elementos del medio ambiente y otros; que conformaría los insumos del derecho ambiental desde una base constitucional, lo que en la

---

<sup>228</sup> Por ejemplo, la Constitución Española de 1978, la protección del ambiente está considerada como “Principio Rector de la Economía”, más no un derecho fundamental. Sobre el particular ver: CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y Medio Ambiente*, Lima, Ed. Jurista Editores E.I.R.L., 2004, pp. 109 y ss.

<sup>229</sup> DELGADO SILVA, Ángel. “Las municipalidades en el cuadro estatal de distribución de competencias medio ambientales”. *Revista de Derecho Administrativo*. N° 06 – Año 3, Agosto - 2008, pp. 262-263.

actualidad se denominaría este proceso como la Constitucionalización del Derecho Ambiental<sup>230</sup>.

### **3.3. Problemas de competencia ambiental**

Cualquiera fuera el modelo utilizado, siempre es posible que se generen problemas de competencia en materia ambiental, como se analizaba en el punto 3.1 del presente capítulo. Desde luego, esto podría suceder en la distribución horizontal, cuando exista más de una entidad con funciones ambientales, o en la distribución vertical, cuando exista más de un nivel de gobierno con dichas competencias. No obstante, es necesario establecer diferencias entre los distintos casos de problemas de competencia ambiental que puedan producirse. En este punto, expresaremos las ideas del Dr. LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, que precisa que estos conflictos serían:

#### **3.3.1. Conflictos de competencia**

Es una situación en la cual a dos o más entidades públicas se les ha asignado, explícita o implícitamente, la misma función ambiental (incluyendo materia y territorio sobre el cual ejerce dicha función); esta situación puede derivar en una contienda de competencia entre las entidades involucradas (conflicto de competencia positivo); esto puede establecer, para el caso específico, la entidad competente. Sin embargo, en este supuesto, es necesaria una reforma normativa que solucione el problema de duplicidad.

#### **3.3.2. Vacíos de competencia**

Es el supuesto en el cual una determinada función establecida en el marco normativo no tiene asignada ninguna entidad responsable de ejercerla. Estos problemas pueden ser resueltos mediante mecanismos de asignación de funciones frente al vacío, tarea que debe encargarse a alguna entidad. Otras

---

<sup>230</sup> Al respecto de dicho proceso es interesante lo expresado por el profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Dr. Luis Huerta Guerrero, en un artículo académico: “En otras palabras si bien existe un reconocimiento del derecho al medio ambiente como un derecho fundamental, todavía están pendientes estudios mayores que analicen su contenido y relación con otros derechos o bienes jurídicos-constitucionales desde una perspectiva constitucional, que sirva de base y punto de partida para el estudio y análisis de las materias que son propias del derecho ambiental, dado que a través de esta disciplina se concretan las normas constitucionales en materia de protección y conservación del medio ambiente”. En: HUERTA GUERRERO Luis. “*Constitucionalización del derecho ambiental*”, *Ius Et Veritas*, N° 71, Lima, 2013, p. 478.

opciones son el establecimiento de una entidad subsidiaria que asuma dichas funciones al vacío identificado, o mediante la reforma normativa, llenando dicho vacío. Esta situación también puede generar conflictos negativos de competencia, cuando todas las entidades involucradas declinan sus competencias.

### **3.3.3. Funciones vinculadas**

Es el supuesto de funciones asignadas a dos o más entidades que pueden diferenciarse analíticamente, pero que por las necesidades de gestión se encuentran vinculadas estrechamente, por ser en ocasiones requisitos de otras, o por generar resultados que deben ser coherentes entre ellos. En este caso, la solución al problema de competencia puede lograrse mediante la generación o mejora de los mecanismos de coordinación o la reforma institucional, mediante la integración de las funciones en una sola entidad<sup>231</sup>.

En esa línea de ideas, la tutela ambiental genera múltiples tipologías de tutela; el cual muchas veces, generan dilaciones de tiempo al determinarse las entidades competentes, menoscabándose al derecho difuso tutelado.

### **3.4. La carga de la prueba en el daño ambiental**

Los litigios ambientales por lo general son muy difíciles y onerosos para el demandante y muchos más difícil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño; no obstante la Ley General del Ambiente precisa la responsabilidad objetiva, ello en todo caso reduce la carga de la prueba a favor del demandante, por lo que se refiere a la demostración de la culpa o la casualidad.

La gran dificultad en la acreditación del daño ambiental viene aparejada de diversos elementos como es identificar la relación de causalidad, a los agraviados y otros, al respecto CASAS Sergio:

---

<sup>231</sup> LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. Ob. Cit., pp. 278-279.

*“Existen circunstancias que constituyen el núcleo del problema respecto a la carga de prueba, siendo las siguientes:*

- I. La determinación del sujeto o sujetos que causaron el daño.*
- II. La falta de inmediación espacial y temporal de la fuente del perjuicio.*
- III. La multiplicidad de fuentes emisoras.*
- IV. El daño se presenta como consecuencia de una serie de causas, provenientes de diversas fuentes que en algunos casos son de posible determinación pero que en otras resultan desconocidas.*
- V. Estos daños no siempre se exteriorizan de manera inmediata; sus efectos nocivos pueden llegar a presentarse en un dilatado y progresivo espacio de tiempo.*

*Frente a estos problemas hay una serie de planteamientos que tienen por finalidad resolver el inconveniente de la imputación en materia ambiental”<sup>232</sup>.*

Los litigios de daño ambiental o procesos de contaminación ambiental, son complicados, ambiguos, borrosos vagos, progresivos incluso en algunos casos hasta desconocidos en el escenario económico y científico, y de muy difícil individualización; ello conforme a la naturaleza y características del daño ambiental, razón por la cual la literatura jurídica, desde el ámbito de la responsabilidad, propone: *“Para poder establecer quién es el agente contaminante, es necesario partir de un conjunto de presunciones directas o indirectas de causalidad, modificando las reglas generales de carga de la prueba; es por ello que el demandado es el llamado a demostrar la inexistencia de la relación de causalidad entre su actividad y el daño. Se traslada así la carga de la prueba de la víctima al sujeto agente. [...] Si existe un cúmulo de indicios que nos permitan deducir que una persona natural o jurídica produjo un daño, se presumirá que este lo ha causado, salvo que se pruebe lo contrario; por lo tanto,*

---

<sup>232</sup> CASAS, Sergio. *“Responsabilidad por daños al medio ambiente”*. Citado por: VIDAL RAMOS, Roger. Ob. Cit., p. 148.

*se parte de unos supuestos de probabilidad, ya que el deber jurídico de reparar se plantea en términos de probabilidad de las acciones frente al daño acaecido*<sup>233</sup>.

Nos adherimos plenamente a este criterio para poder acreditar el daño ambiental en cualquier proceso jurisdiccional, ya que existe la necesidad de cambiar las perspectivas clásicas de las cargas de la prueba para trasladarlas al demandado y sumado a ello es factible establecer una serie de indicios que nos permitirán un alto grado de probabilidad para determinar al agente causante del daño, pudiendo quizá ser un buen indicio la negativa o la desidia de coadyuvar a la acreditación, aduciendo que su actuar o la de su empresa no genera daño alguno al ambiente.

### **3.5. El proceso constitucional de amparo y su objeto**

En principio se entiende como proceso al: *“... el conjunto de actos dirigidos a ese fin: la resolución del conflicto (composición de litigio, satisfacción de pretensiones, etc.), y resulta, en último término, un instrumento para cumplir los objetivos del Estado: imponer a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho, y, a la vez, brindar a estos la tutela jurídica*<sup>234</sup>. Nos parece adecuada esta definición porque cubre todas las expectativas de los fines de un proceso como herramienta para la solución de conflictos y/o allanar incertidumbre jurídica, cuyas condiciones o reglas de juego son fijadas por el estado de acuerdo a su función jurisdiccional.

El amparo constitucional es una institución procesal producto del tránsito del Estado de Derecho basado en la ley hacia un Estado de Derecho basado en la Constitución. Esta innovación aparece modernamente cuando la vieja noción de los derechos públicos subjetivos de creación legislativa, que reconocía los derechos y libertades en los códigos y otorgaba al Poder Judicial su tutela, se transforma en la noción de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, los cuales requieren defensa y protección a través de procesos

---

<sup>233</sup> Cfr. VIDAL RAMOS, Roger. Ob. Cit., pp. 147-149.

<sup>234</sup> VÉSCOV, Enrique. *Teoría General del Proceso*, Segunda Edición, Bogotá, Ed. Temis S.A., 1999, p. 88.

constitucionales como el amparo, a ser resueltos por tribunales constitucionales<sup>235</sup>.

El amparo constitucional: *“Representa una herramienta indispensable para la defensa de los derechos ciudadanos; es el proceso constitucional más relevante por la amplitud de su acción. Ha sido concebida por nuestra Carta Magna vigente como una “garantía constitucional” y por la Ley 23506 (derogada) como una “acción de garantía” destinada a proteger los derechos constitucionales distintos a la libertad individual y a aquellos tutelados por el habeas data, vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona”*<sup>236</sup>. Es así que desde el plano constitucional, al amparo no se le conoce como un proceso estrictamente, sino como una garantía o acción constitucional destinada solamente a la defensa de derechos constitucionales no tutelados por el habeas data y habeas corpus.

Partiendo de la premisa que el proceso de amparo es un proceso constitucional reconocido por la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 200, inciso 2), es pertinente recordar que de acuerdo con el principio teleológico, son fines esenciales de los procesos constitucionales, garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional – CPCConst.), por cuanto, garantizar la primacía de la Constitución Política de un Estado es garantizar la vigencia de los derechos que la propia Constitución reconoce, ya sea de modo expreso o implícito<sup>237</sup>. El proceso constitucional de amparo será una de las garantías para la vigencia de los derechos fundamentales y primacía de la constitución, redundando al final en la protección de los derechos fundamentales.

Concluyéndose así que el proceso constitucional del amparo es un proceso sui generis, por su especial tratamiento como garantía y acción constitucional, ello también no pasará desapercibido en su procedencia, la cual

---

<sup>235</sup>LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna*. Citado por: LANDA ARROYO, César. *Derecho Procesal Constitucional - El Proceso de Amparo en América Latina*, Lima, Ed. Ius Et Veritas, 2011, p.303.

<sup>236</sup> FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza. *El Medio Ambiente y su Tutela Jurisdiccional*. Op. Cit., p. 121.

<sup>237</sup> PANTOJA DOMÍNGUEZ, Lizardo. *“¿Puede cuestionarse vía amparo un proceso de querrela concluido por acuerdo conciliatorio?”*. Gaceta Constitucional, Tomo 64, Lima, Ed. El Búho, 2013, pp. 200-201.

se encuentra regulada en el Art. 200° inc. 02) de la Constitución Política y el Código Procesal Constitucional en su Arts. 05° inc. 01) y 38°; la misma que es necesaria esbozar algunos aspectos de suma importancia, a manera de complemento a lo desarrollado en el Capítulo I del presente trabajo (sobre los aspectos constitucionalmente protegidos y el sustento constitucionalmente directo de un derecho fundamental como procedencias).

### **3.5.1. El proceso de amparo como vía alternativa, residual y/o subsidiaria**

Ya se mencionó en el ítem 1.7 del presente trabajo que el fundamento del proceso de amparo podría ser el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales, la cual es sustentada por cierto sector de la doctrina nacional en base a diversos instrumentos internacionales, así como a los avance jurisprudenciales del Tribunal Constitucional. Es así que este derecho demanda al Estado establecer diversos mecanismos procesales previstos legalmente para proteger adecuadamente los derechos de las personas y más aún si se tratasen de derechos constitucionales, por ser los derechos bases de todo el ordenamiento jurídico y pilar para la subsistencia de la persona humana y su relación en sociedad.

Es así, como se advierte de los instrumentos internacionales, texto constitucional (de manera implícita Art. 139°.03 de la Constitución Política del Perú) y jurisprudencia nacional, que las distintas vías a ofrecer de forma obligatoria por el Estado a los justiciables, deberán de ser efectivas, expeditiva, tempestiva, oportuna y satisfactiva creando disposiciones que regulen los procesos según intereses y derechos vulnerados.

#### **3.5.1.1. El proceso de amparo como vía alternativa**

En la derogada Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, prescribía en el inciso 03 del Art. 06° que: “no procede las acciones de garantía cuando el agraviado opta por acudir a la vía ordinaria”. Advirtiéndose así, que el recurrente tenía la prerrogativa de escoger a que vía recurrir es decir de acudir a la vía ordinaria o constitucional, afirmándose en todo caso que el amparo era una vía paralela.

Para el profesor ABAD YUPANQUI Samuel: *“La doctrina y jurisprudencia nacional han asimilado esta expresión a lo que la experiencia argentina denomina vías paralelas. Se ha entendido por vía paralela a todo proceso judicial distinto al amparo (civil, laboral, etc.) que puede proteger el derecho institucional afectado. Además la jurisprudencia ha interpretado que la Ley 23506 reconoce un derecho de opción para el demandante quien puede escoger entre presentar un amparo o acudir a la vía paralela. En todo caso, si el afectado acude a la vía paralela ya no podrá interponer una demanda de amparo”*<sup>238</sup>.

Es así que venía operándose la procedencia del amparo al existir otra vía paralela, hasta antes de la entrada en vigencia del actual Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237 del 31-05-04), que prescribe en su Art. 05° inc. 02) un criterio de improcedencia para todos los procesos constitucionales, al existir vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección del derecho invocado; resaltando así, como es unánime en la doctrina, la residualidad y excepcionalidad del amparo. Sin embargo, como más adelante desarrollaremos, éste criterio de improcedencia ha servido como argumento de rechazo liminar de diversos amparos ambientales.

### **3.5.1.2. El proceso de amparo como vía residual y/o subsidiaria**

El Art. 05° inc. 02) del Código Procesal Constitucional, prescribe: *“Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”*. Dicha norma establece la improcedencia de los procesos constitucionales, como el amparo, cuando concurren dos requisitos que son: i) la existencia de una vía procedimental específica; y ii) que la vía sea igualmente satisfactoria.

Son estos dos últimos baremos, que debe evaluar el juzgador al momento de evaluar la procedencia de los procesos constitucionales; ya que existen muchas vías procedimentales en que se puede canalizar la protección de un derecho constitucional, como por ejemplo la impugnación de los actos

---

<sup>238</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. *“El proceso constitucional de amparo”*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 121.

administrativos que vulneran la Constitución<sup>239</sup>; sin embargo, todas ellas son las más satisfactorias, de lo contrario el amparo deberá ser admitido. Retomando el ejemplo anterior, en los procesos contenciosos administrativos, son vías procedimentales específicas pero no necesariamente la vía igualmente satisfactoria para la protección de derechos constitucionales y ello quizás es debido a la crisis por la que atraviesa, recordemos el Informe de la Defensoría del Pueblo N° 121, denominado “Propuestas para una Reforma de la Justicia Contenciosa – Administrativo desde la perspectiva del Acceso a la Justicia”, que precisa:

*Quinto.- Carga procesal.*

*Al cierre del 2006, la carga procesal promedio por juzgado contencioso – administrativo – primera instancia en la gran mayoría de casos – fue de 3,039 expedientes. Sin embargo, este promedio no debe dejar de lado el hecho de que algunos juzgados contencioso – administrativos cuentan con cerca de 6,000 expedientes.*

*Sexto.- Duración del proceso contencioso – administrativo.*

*De acuerdo con los datos recogidos, un proceso de primera instancia dura un promedio de un año y diez meses hasta la sentencia. Si ésta es apelada, el proceso en segundo grado dura un promedio de un año y tres meses más. De interponerse el recurso de casación se tendrá que esperar dos años y seis meses adicionales hasta la resolución final. En total el promedio de duración de un proceso contencioso – administrativo, en todas sus etapas, es de cinco años y siete meses.*

La dilación y carga procesal de los procesos contenciosos, son suficientes para manifestar que estas vías procedimentales específicas no sean igualmente satisfactorias, pudiendo en todo caso tutelar derecho de índole legal más no

---

<sup>239</sup> Art. 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General:

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1.- La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

Art. 05°.01 de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo:

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

1.- La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos (...).

constitucional. Hecho que es de suma importancia porque generalmente los amparos ambientales son declarados improcedentes por esta causal, decidiendo que la vía procedimental específica sería el proceso contencioso administrativo, pero no precisa si es igualmente satisfactoria, hecho que genera una grave preocupación para la efectiva tutela de los derechos fundamentales, sería saludable que el Tribunal Constitucional profundice este tema y señale cual sería la existencia de una vía procedimental específica y que la vía sea igualmente satisfactoria; al momento de declarar improcedente a los procesos constitucionales.

El Tribunal Constitucional, por primera vez ha aplicado esta causal, en un caso de materia laboral, distinguiendo que casos son de conocimiento por el proceso de amparo y el proceso ordinario; este es el Caso Baylón Flores<sup>240</sup> (precedente vinculante), el cual ha precisado algunos aspectos, sobre esta causal en su fundamento N° 06:[...] solo en los casos en que [las] vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.

En esta decisión, el Tribunal hizo una distinción entre los trabajadores que se rigen por el régimen laboral público (Decreto Legislativo 276), y los que se rigen por el régimen laboral privado (Decreto Legislativo 728) respecto a su pretensión de reposición en el empleo frente a un despido que consideraban contrario a la Constitución. Respecto a los trabajadores sujetos al régimen laboral privado señaló<sup>241</sup> que en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores de este régimen laboral. Respecto a los trabajadores del régimen

---

<sup>240</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 206-2005-PA/TC de fecha 28-11-2005.

<sup>241</sup> Ver fundamento N° 07 del Exp. N° 206-2005-PA/TC de fecha 28-11-2005.

laboral público, el Tribunal precisó<sup>242</sup> que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, suscitados dentro de su régimen público, es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares; asimismo en virtud de la legislación laboral pública (Decreto Legislativo N.º 276, Ley N.º 24041 y regímenes especiales de servidores públicos sujetos a la carrera administrativa) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición, entonces las consecuencias que se deriven de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el sector público (Ley N.º 24041), deberán dilucidarse en la vía contenciosa administrativa por ser la idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas.

Es así que el Tribunal Constitucional ha perfilado este criterio sólo para el tema laboral, sería interesante que el Tribunal Constitucional precise las características de las vías igualmente satisfactorias, ya que en casos concretos, como el caso Caso Baylón Flores en materia laboral, sólo se ha limitado a precisar en qué casos se recurren a la vía ordinaria y constitucional, sin más precisión.

Éste criterio de improcedencia es sumamente importante, toda vez, que existe en la tutela del medio ambiente una serie de vías específicas, sin distinguirse, cuál de ellas podría ser la más satisfactoria; y por otro lado existe una gran cantidad de amparos en contra de medidas administrativas y/o actos administrativos expedidas por el Estado a través de sus entes rectores, y a criterio del órgano jurisdiccional podría entenderse que estas serían las vías más satisfactorias. En suma se le está otorgando un amplio grado de discrecionalidad del juzgador constitucional.

En la sentencia mencionada el Tribunal concluye que este criterio debe ser evaluado caso por caso, y que sobre todo el demandante ostenta la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz

---

<sup>242</sup> Ver fundamento N.º 21 y N.º 22 del Exp. N.º 206-2005-PA/TC de fecha 28-11-2005.

para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial.

Sobre las consideraciones que se deben de tener en cuenta para determinar la procedencia del proceso de amparo deben confluír los siguientes requisitos: (i) que el amparista logre destruir la presunción constitucional de eficiencia del sistema procesal común u ordinario; (ii) que el amparista acredite la existencia de una situación de urgencia que haga necesario, objetivamente, conferir una tutela judicial inmediata; y, (iii) que logre demostrar que el amparo es un previsible factor de evitación del daño cierto, grave e irreparable, que previsiblemente sobrevendría si el caso se ventilará por la vía comunes<sup>243</sup>. En definitiva esto es la gran barrera que el recurrente en busca de tutela de un derecho fundamental debe traspasar, la misma que nos abocaremos también más adelante.

### **3.5.2. Agotamiento de las vías previas**

Este agotamiento de las vías previas, se presenta en la legislación procesal constitucional como un criterio de procedibilidad, como es en el Art. 45° y Art. 5° inc. 04) del Código Procesal Constitucional, y el fundamento de esta causal, el Tribunal expresó: “... *dar a la Administración Pública la posibilidad de revisar decisiones, subsanar errores y promover su autocontrol jerárquico de lo actuado por sus instancias inferiores, reforzar la presunción de legitimidad de los actos administrativos, para que no llegue al cuestionamiento judicial, actos irreflexivos o inmaduros; y limitar la promoción de acciones judiciales precipitadas contra el Estado*”<sup>244</sup>.

Asimismo, existen una serie de excepciones para poder obviar esta causal, que sería las previstas en el Art. 46° del Código Procesal Constitucional; siendo algunas de estas desarrolladas por el Tribunal Constitucional.

#### **3.5.2.1. Vías previas en el ámbito administrativo**

---

<sup>243</sup> SANMARTINO, Patricio. “Principios Constitucionales del Amparo Administrativo”, Lexis Nexos – AbeledoPerrot, 2003, pp. 343-344. Citado por: VIERA ARÉVALO Rafael: “Aspectos Procesales del Amparo”, Ius Et Veritas, Vol. 24, N° 49, Lima, Diciembre - 2014, p. 172.

<sup>244</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional N° 3778-2004-AA/TC, fundamento jurídico N° 09.

En doctrina se aprecia que existen vías previas de índole administrativa, privada y jurisdiccional. Como señala HUERTA GUERRERO Luis: “... *los recursos considerados como vía previa son los previstos para impugnar las decisiones de los órganos administrativos, pero también deben ser considerados como tales los recursos previstos para cuestionar una decisión emitida al interior de una organización particular, e incluso aquellos procesos previstos para resolver en sede jurisdiccional la afectación de derechos constitucionales*”<sup>245</sup>.

Con respecto a la vía previa administrativa, generalmente se presenta cuando el agresor es proveniente de alguna autoridad, cuya actuación está enmarcada desde el derecho administrativo, siendo el procedimiento administrativo la vía previa por excelencia antes de acudir al proceso de amparo. Al respecto la doctrina jurisprudencial expresa: “*Y es que la exigencia del agotamiento de la vía previa tiene por objeto preservar el carácter subsidiario del proceso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca sin dar oportunidad a la Administración Pública de pronunciarse y, en definitiva, de remediar la lesión que luego se invoca en el proceso de amparo, pues conforme al artículo 38 de la Constitución tiene el deber “de respetar, cumplir y defender la Constitución*”<sup>246</sup>.

Cabe precisar que en las vías previas de índole administrativa, en materia ambiental existe una frondosa legislación administrativa y entes administrativos competentes, siendo así le corresponde a la jurisprudencia establecer si antes de acudir al amparo para la tutela del derecho al medio ambiente, corresponde agotar la vía previa, especialmente cuando versan de actos administrativos que perjudiquen este derecho; ya que fácilmente el juez de amparo podrá alegar que existen vías previas para la tutela del derecho invocado.

### **3.5.2.2. Vías previas en el ámbito privado**

Con respecto a la vía previa en el ámbito privado, se deberá de enfatizar que esta vía no está plenamente establecida en la ley procesal constitucional,

---

<sup>245</sup> HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *Los procesos de amparo y hábeas corpus: un análisis comparado*. Citado por: ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*, Tomo I, El Búho, Lima, 2013, p. 538

<sup>246</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 02833-2006-PA/TC, fundamento jurídico N° 5-6.

sino que se podrá derivar de otros mecanismos de interpretación, al respecto: “..., cuando la agresión es producida por una persona jurídica o asociación, su consiguiente vía previa deberá ser evaluada a la luz de los mecanismos o recursos previstos en normas que para dicho efecto han sido establecidos (normas estatutarias, reglamentos internos, entre otras denominaciones). Cabe precisar que en el caso de las agresiones realizadas por personas naturales no resultará exigible este requisito, pues resultará irrazonable exigir en la vía procesal del amparo un acuerdo previo con el agresor del derecho fundamental, más aún cuando en este tipo de procesos no se exige un acto de conciliación previo, por la naturaleza residual y sumaria que supone la tutela que ofrece”<sup>247</sup>. Consideramos que los amparos en defensa del medio ambiente, no pudieran tener mayores problemas para atravesar esta vía, ello por la propia naturaleza pública y difusa del derecho invocado.

### **3.5.2.3. Vías previas en el ámbito jurisdiccional**

Por último, siguiendo al maestro ETO CRUZ Gerardo: “En el caso de las vías previas judiciales, estas se encuentran constituidas por todos los procesos jurisdiccionales a los que se puede acudir para proteger un derecho fundamental, siendo posible presentar el amparo solo cuando tales procesos han culminado”<sup>248</sup>, un ejemplo de ello podría ser el proceso contencioso administrativo o el proceso judicial ordinario previsto para la impugnación en caso de laudos arbitrales, entre otros.

Son todas estas modalidades de vías previas que confirman el carácter excepcional y subsidiario del proceso de amparo, creemos que se deben evaluar por el juez de amparo, caso por caso atendiendo la urgencia de tutela del derecho invocado; ya que existen diversas excepciones para evitar transitar o agotar las vías previas (Arts. 45º y 46º del Código Procesal Constitucional).

### **3.6. Identificación de un derecho fundamental amenazado o vulnerado**

Para una tutela de derechos fundamentales vía amparo, primero la autoridad jurisdiccional deberá de verificar si el derecho invocado en la demanda

---

<sup>247</sup> ETO CRUZ, Gerardo. “Nuevas decisiones y cambios en los procesos de amparo y hábeas corpus”, Gaceta Constitucional, Lima, El Búho, 2011, p. 95.

<sup>248</sup> ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*. Tomo I, Ob. Cit., p. 538.

de amparo es un derecho fundamental. Además, tiene que evaluarse si el acto lesivo invocado es contrario a su contenido constitucionalmente protegido (aspectos constitucionalmente protegidos y sustento constitucionalmente protegido). En caso afirmativo, debe evaluar si ese derecho corresponde ser tutelado a través del proceso al cual se ha dado inicio. De no cumplirse alguno de estos supuestos, la demanda debe declararse improcedente. En esta sección se explicarán las causales de improcedencia que generan más polémica en el amparo, tratando de demostrar la importancia de la delimitación del ámbito de protección de los derechos tutelados por el amparo, en especial del amparo ambiental.

### **3.6.1. Derechos protegidos por el proceso de amparo peruano**

Ello dependerá del sistema normativo de cada país, como se analizó en el primer capítulo sobre los derechos fundamentales, estos se expresan de forma explícita<sup>249</sup> o implícita en los textos constitucionales, o derivadas de instrumentos internacionales, o son también desarrollos legales, esto es del caso peruano; más aún el derecho a un medio ambiente, se derivan de una serie de desarrollos legales.

En el Perú, como refiere el maestro Luis HUERTA GUERRERO<sup>250</sup>, que la Constitución no señala de forma expresa que el proceso de amparo puede ser empleado para la protección de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales. Sin embargo, es posible identificar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional situaciones concretas en donde derechos reconocidos en tratados han sido objeto de protección a través de este proceso. Este ha sido el caso del derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y reconocido a favor de los pueblos indígenas respecto a las medidas legislativas o administrativas que afecten sus derechos colectivos. Se trata de un derecho que por muchos años no tuvo un desarrollo legal específico, lo cual no fue impedimento para que a través de su

---

<sup>249</sup> Obviamente aquí se ubica el derecho fundamental al medio ambiente, Art. 02° inc. 22 de la Constitución Política del Perú de 1993.

<sup>250</sup> HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. "*Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo*". Ob. Cit., p, 303.

jurisprudencia el Tribunal reconozca que puede ser protegido a través del proceso de amparo.

Asimismo, la configuración legal de un derecho fundamental está relacionada con el sustento constitucional directo del derecho fundamental, como por ejemplo este desarrollo legislativo se manifiesta en los derechos económicos, sociales y culturales; al respecto el maestro PECES-BARBA MARTINEZ Gregorio: “... denomina a esta legislación preconstitucional como, normas que regulan el ejercicio de derechos: “Sobre estas normas que son las que propiamente se entienden por derechos fundamentales, (...) Ahora baste decir que son en primer lugar, normas permisivas que no se construyen sólo por la ausencia de razones en contrario, sino que existen razones que las justifican positivamente (...). Finalmente, esas normas pueden ser derechos subjetivos que exigen que otros satisfagan una prestación. En este tercer grupo de derechos los correlativos son siempre deberes y obligaciones positivas, normalmente de los poderes públicos, aunque también pueden ser de los particulares. Generan un crédito que tiene que ser satisfecho, pero no necesariamente vinculado, como se suele decir un poco a la ligera, al grupo de los llamados derechos económicos sociales y culturales”<sup>251</sup>.

Las prestaciones del Estado, se manifiestan siempre en un desarrollo legal de los derechos económicos, sociales y culturales; existiendo con mayor razón desarrollo legislativo en el derecho fundamental al medio ambiente que pertenece a la tercera generación, basados en el principio de solidaridad, y por la naturaleza de dichos derechos requieren siempre de un desarrollo legislativo, como se ha desarrollado su incidencia en el ámbito de los recursos naturales, tutela y disfrute del medio ambiente, nuestra legislación es frondosa, el mismo que tiene que ser sistematizada e identificada, cuales deberán de ser el sustento directo del derecho al medio ambiente, ello a través de la praxis jurisprudencial.

### **3.6.2. Protección del contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales**

---

<sup>251</sup> PECES-BARBA, Gregorio. Ob. Cit., p. 37.

Este criterio de improcedencia, se encuentran regulados de forma poco clara en los Art. 05° inc. 01) y Art. 38° del Código Procesal Constitucional; decimos poco clara porque no expresan, como tampoco la Constitución, cual es el contenido constitucionalmente protegido, aspectos constitucionalmente protegido y el sustento constitucional directo; razón por la cual corresponde a la legislación y la jurisprudencia precisarlo de forma progresiva.

La precisión sobre el contenido de los derechos fundamentales requiere el conocimiento de la dogmática sobre estos derechos, tanto la teoría general aplicable a todos ellos como aquellas que de forma específica se han desarrollado en torno a cada uno. En el caso peruano por primera vez se desarrollan estos aspectos en el Caso Manuel Anicama<sup>252</sup>, estableciendo como precedente vinculante en qué casos corresponde acudir al amparo para la protección de derechos previsionales y en qué casos no, ello por tratarse de demandas cuyo petitorio y hecho no se encuentran referidos de forma directa al contenido constitucionalmente protegido que se invoca, fijando una serie de criterios<sup>253</sup>.

Sin embargo, en doctrina se critica esta sentencia porque no es tan clara al omitir los criterios empleados para dicho cometido: *“La citada sentencia tiene dos partes. En la primera se realiza un análisis teórico sobre la estructura de los derechos fundamentales, a fin de señalar que éstos tienen un contenido que se deriva de la Constitución, pero que también tienen un contenido que se deriva de las normas legales. Luego de ello, el Tribunal procede a precisar en qué casos procede una demanda de amparo para proteger los derechos previsionales. Sin embargo, no existe una conexión entre ambas partes de la sentencia, por lo que la segunda parte se puede comprender perfectamente sin revisar en absoluto la*

---

<sup>252</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 1417-2005-PA, publicada el 12 de julio del 2005 en el diario oficial El Peruano.

<sup>253</sup> En términos generales, en el fundamento 37 de la Sentencia el Tribunal Constitucional Exp. N° 1417-2005-PA, determinó que el amparo procedía para la tutela de los derechos previsionales en los siguientes casos: a) Cuando a pesar de haberse cumplido los requisitos legales respectivos, se impide que una persona acceda a algún sistema de seguridad social; b) Cuando se deniegue el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, una vez ocurrida la contingencia, a pesar de cumplirse los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia; c) Si la pretensión versa en torno al reajuste del monto de la pensión, sólo procede la demanda para garantizar el derecho al mínimo vital; d) Cuando a pesar de cumplirse con los requisitos legales, se deniega una pensión de sobrevivencia (en caso de viudez, orfandad y ascendientes).

*primera. De hecho, en este fallo no queda claro qué criterios fueron empleados para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos previsionales*<sup>254</sup>.

Por otro lado es importante, lo mencionado por el Dr. CASTILLO CÓRDOVA Luis: *“El contenido jurídico de un derecho fundamental puede estar conformado por elementos constitucionales, elementos legales, e incluso elementos jurisprudenciales. En la medida que tanto el legislador como el juez cumplen un papel importantísimo en la determinación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, algunas decisiones legislativas o jurisprudenciales formarán parte del contenido constitucional del derecho fundamental en la medida que esas decisiones legislativas o jurisprudenciales ayuden a perfilar los contornos de lo reconocido constitucionalmente*<sup>255</sup>, teniendo esta idea, sobre el contenido de un derecho fundamental, nos preguntamos que se seguirá el mismo criterio cuando nos referimos al sustento constitucional directo y aspectos constitucionalmente protegidos; somos de la opinión que sí; ya que en materia de derecho de tercera generación, el desarrollo legal es para otorgar contenido a un derecho fundamental y hacerle operativo o tratar de materializarlo.

De lo mencionado, con respecto a la protección del derecho que nos ocupa, no se puede afirmar que el Tribunal Constitucional haya desarrollado hasta el momento una jurisprudencia sobre la aplicación del Art. 05º, inc. 01) del Código Procesal Constitucional, por lo tanto conforme se incoan demandas invocando este derecho, el Tribunal Constitucional irá perfilando su posición de los supuestos de acceso al amparo y en qué casos no.

No obstante el contenido del derecho al medio ambiente, ha sido definido en otro escenarios, como son proceso de inconstitucionalidad en las Sentencias del Tribunal Constitucional N° 0048-2004-PI (Fundamento 17)<sup>256</sup> y N° 0018-

---

<sup>254</sup> HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *“Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo”*. Ob. Cit., p, 318.

<sup>255</sup> CASTILLO CORDOVA, Luís. *“Comentarios al Código Procesal Constitucional”*, Tomo I, 2da. Ed., Lima, Palestra Editores, 2006, p. 273.

<sup>256</sup> Sentencias Tribunal Constitucional N° 0048-2004-PI de fecha del 01-04-2005, parte in fine del Fundamento N° 17: “El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

2001-AI/TC (Fundamento 07)<sup>257</sup>, las mismas que no son tan claras, al no precisar sus elementos, preguntándonos si ellas nos llevan al acceso del amparo; ya que la primera de ellas hace referencia al acceso al medio ambiente equilibrado y adecuado y que esta se preserve; mientras tanto la otra sentencia refiere que los elementos del entorno humano deben ser armonizados sistemáticos y preservarlos de cambios.

### 3.6.3. La irreparabilidad de la agresión

Prevista también como una de las causales de improcedencia en el Art. 05° inc. 05) del Código Procesal Constitucional que prescribe sobre el cese de la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable al momento de la presentación de una demanda; lo cual no puede ser interpretada como innecesaria la interposición de una demanda de amparo

---

En su primera manifestación, esto es, *el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado*, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Pero también el derecho en análisis se concretiza en el *derecho a que el medio ambiente se preserve*. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente”.

<sup>257</sup> Por otro lado, la Sentencia Tribunal Constitucional Exp. N.º 0018-2001-AI/TC de fecha 06-11-2002, Fundamento N° 07: “La Constitución no señala explícitamente el contenido protegido del derecho en referencia; esto es, lo referido al ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida humana.

No obstante esto, la Constitución vigente proporciona algunas orientaciones a partir de las cuales es posible concretizarlo. En efecto, el citado derecho no se limita a señalar que es un atributo subjetivo del ser humano el vivir en un medio ambiente (lo que desde luego no significaría gran cosa, pues todos vivimos en uno), sino que ese ambiente debe ser “equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida”. Lo que supone que, desde una perspectiva constitucional, se tenga que considerar el medio ambiente, bajo las características anotadas, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

A partir de la referencia a un medio ambiente “equilibrado”, el Tribunal Constitucional considera que es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, sus componentes bióticos, como la flora y la fauna; los componentes abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo; los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico. A todo ello, habría que sumar los elementos sociales y culturales aportantes del grupo humano que lo habite.

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

Por consiguiente, el inciso 22) del artículo 2° de la Constitución, implica que la protección comprende el sistema complejo y dinámico de todos sus componentes, en un estado de estabilidad y simetría de sus ecosistemas, que haga posible precisamente el adecuado desarrollo de la vida de los seres humanos”.

cuando el derecho se haya irreparable, razón por la cual creemos la conveniencia de identificar al derecho en relación con la omisión o hecho reputada de inconstitucional, ello por el siguiente motivo: *“Corresponderá a la autoridad jurisdiccional evaluar, de acuerdo a cada situación concreta, si resulta necesario estimar la demanda, como una tutela procesal de carácter preventivo frente a futuros actos similares u homogéneos. Por lo tanto, en aquellos casos en donde no exista la posibilidad de que puede materializarse un acto similar u homogéneo considerado como lesivo de los derechos fundamentales, la demanda deberá ser declarada improcedente por haber cesado o devenido en irreparable el acto lesivo”*<sup>258</sup>. Lo contrario a este último, es decir la procedencia del amparo, se haría alusión a la figura jurídica de la represión de actos homogéneos, figura que sería de interesante aplicación en los amparos ambientales.

### **3.7. Aspectos procesales adicionales del proceso de amparo**

#### **3.7.1. La legitimación activa en los procesos de amparo**

Un tema importante a tallar, es los sujetos legitimados para interponer una acción de amparo o la llamada legitimación activa, prescrita en el tercer párrafo del Art. 40° del Código Procesal Constitucional, cuya articulado se denomina representación procesal: *“Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”*. Ello nos podrá traer una idea prima facie que es una legitimación amplia, como también referiría el maestro ABAD YUPANQUI Samuel<sup>259</sup>, el código amplía la legitimación cuando se trata de la tutela de los derechos difusos con rango constitucional y específicamente del derecho al medio ambiente.

---

<sup>258</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0607-2009-PA/TC. En: ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*. Tomo I, Ob. Cit., p. 544.

<sup>259</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel B. *“El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado: Las dificultades del proceso de amparo para su tutela”*, Revista de Derecho Administrativo, N° 06, Año 3, 2008, p. 204.

Sin embargo, se advierte, una confusa redacción legal sobre la representación y la legitimación procesal; al respecto: *“Al regular la materia, el CPConst. (art. 40) confunde los supuestos de legitimación extraordinaria y representación procesal, pues incluye al interés difuso como un supuesto de esta última (...). En cualquier caso, es claro que la norma otorga legitimación a cualquier persona para la defensa de los intereses difusos. Esta es una regulación novedosa, en relación a las experiencias de otros países, pero también en relación a la antigua regulación de la Ley N° 23506, cuyo artículo 26 solo protegía el derecho difuso al medio ambiente; asimismo, respecto a lo establecido por el CPC, que no otorga legitimación a los individuos”*<sup>260</sup>. Esta es una novedad formidable para la tutela del medio ambiente, más aún si esta es amplia.

Esta amplitud no sólo es una novedad en la normatividad constitucional, sino también en la Ley General del Ambiente N° 28611 en su Art. IV del Título Preliminar: *“Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos [...] Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia”*.

No obstante, se tendría que concluir que las personas legitimadas, en general podrían ser: personas naturales y jurídicas (de derecho privado y público); y más aún las personas jurídicas de derecho público, sobre estos últimos la doctrina jurisprudencial y doctrinal establecen ciertas divergencias y debates; ya que en el caso de personas naturales no existe conflicto alguno; y ello a consecuencia de lo prescrito en el Art. 39 del Código Procesal Constitucional: *“El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo”*; siendo factible la legitimación en personas naturales, en forma

---

<sup>260</sup> ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*. Tomo I, Ob. Cit., pp. 706-707.

individual y entendible a otras, por su condición innata de seres humanos atribuibles de derechos fundamentales y su afectación les otorga una legitimación directa; razón por la cual la oposición argumentan que las personas jurídicas son carentes de derechos fundamentales, más aún, del derecho al medio ambiente.

### **3.7.1.1. Personería de derecho privado**

Con respecto a la tendencia a favor de la interposición de amparos por personas jurídicas de derecho privado, y ello partiendo de una lectura de las disposiciones constitucionales, es la pregonada por el maestro GERARDO ETO Cruz<sup>261</sup>, al referir que en otros casos la Constitución, en paralelo, comprende situaciones jurídicas homologables tanto a las personas naturales o jurídicas; e incluso hace tales distingos como son los Arts. 15, 71 y 163; en otras solo comprende en exclusiva a las personas jurídicas (Arts. 02, 13 y 89) y en otros alude simplemente a “personas de derecho público” (Arts. 20, 63 y 84), precisa también del Art. 200 inc. 02) que sólo existe una prescripción lata del ámbito de protección de las garantías constitucionales, no precisando que esta es exclusiva de personas naturales; asimismo, seguido de dicho articulado se aprecia que el objeto de tutela sería sobre las vulneraciones y amenazas que recaigan sobre los demás derechos reconocidos por la Constitución. Concluyendo el citado autor que en puridad, según la naturaleza de los derechos fundamentales que están en juego, puede ser legitimado o bien una persona natural o bien una persona jurídica; o bien puede cualquier persona - natural o jurídica – ser titular de un expreso derecho fundamental.

Por otro lado aquí, también podríamos expresar las asociaciones que mantendría el objeto social de cuidado al medio ambiente por ejemplo, como se manifiesta en doctrina: *“Es pertinente señalar que cuando se viole o amenace un derecho ambiental, cualquier persona estará legitimada para interponer el proceso de amparo, así como también las asociaciones sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa del medio ambiente (artículo 40, tercer párrafo del Código Procesal Constitucional). No será exigible el agotamiento de las vías previas si*

---

<sup>261</sup> *Ibíd.*, p. 660.

*por ello la agresión pudiera convertirse en irreparable, lo que resulta frecuente tratándose de materias ambientales”.*<sup>262</sup>

En esa línea de citas, tenemos que la cuestión de la legitimación de personas jurídicas de derecho privado para la interposición del amparo, dependerá de la naturaleza del derecho que le otorgue el texto constitucional y del objeto social que podría tener dicha persona jurídica; como es la defensa del medio ambiente. No obstante, la tendencia jurisprudencial ha ido mermando el acceso del amparo de este tipo de personería, ello debido a un abuso de amparos interpuesto por estos entes, como a continuación precisamos.

Es así que en el caso suscitado entre la Empresa de Transportes Perú Bus S.A. vs. el Ministerio de Economía y Finanzas, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y el Tribunal Fiscal<sup>263</sup>, el Tribunal Constitucional determinó desde una interpretación del bloque constitucional que la personería privada sería carente de derechos fundamentales excepto derechos patrimoniales, ello desde un análisis del derecho civil, concluyendo que sólo tendría acceso al amparo en casos excepcionales e indefensión de dichos derechos, al respecto:

*“... cuando la Constitución proclama o señala los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades siendo solo él que puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. ( ) Por lo precedentemente expuesto afirmamos que las personas jurídicas tienen pues derechos considerados fundamentales por la Constitución, sin que con esta etiqueta cada vez que vean afectados sus intereses patrimoniales, pretendan traer sus conflictos a la sede constitucional sin importarles la ruptura del orden que preserva el proceso, el que señala la tutela urgente en sede constitucional exclusivamente para la solución de conflictos en temas de exclusivo interés de la persona humana. (...) De lo expuesto concluimos*

---

<sup>262</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*, Ob. Cit., pp. 719-720.

<sup>263</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 06294-2007-PA/TC de fecha 25-09-2008, fundamentos jurídicos 04 al 06.

*estableciendo que si bien ha estado admitiendo demandas de amparo presentadas por personas jurídicas, esto debe ser corregido ya que ello ha traído como consecuencia que las empresas hayan “amparizado” toda pretensión para la defensa de sus intereses patrimoniales, utilizando los procesos de la sede constitucional destinados exclusivamente a la solución de los conflictos sobre derechos de la persona humana. Por ello por medio de la presente resolución queremos limitar nuestra labor a solo lo que nos es propio, dejando en facultad de este colegiado, por excepción solo los casos en los que la persona jurídica no tenga a donde recurrir, encontrándose en una situación de indefensión total, evidenciándose la vulneración de derechos constitucionales que pongan en peligro su existencia”.*

La tendencia jurisprudencial actual es entonces, limitada para la interposición de acciones de amparo por la personería privada, dependiendo su acceso sólo en casos de indefensiones o carencias de vías de tutela; admitiéndose con ella un reconocimiento de derechos constitucionales a esta personería, precisando sólo que esta situación no debe ser etiquetada cada vez que vean afectados sus intereses patrimoniales para pretender traer sus conflictos a la sede constitucional, ya que podrían existir diversos canales de tutela, siendo quizá la última ratio la tutela constitucional. Podremos concluir que el amparo deberá ser una tutela de urgencia para derechos fundamentales de las personas humanas en primera instancia y que sólo está reservado su legitimación para aquellas personerías privadas que tengan el objeto social de cuidado al medio ambiente; ya que lo contrario, significaría que su actuación pretende siempre un contenido patrimonial afectado de forma directa o indirecta.

### **3.7.1.2. Persona jurídica de derecho público**

Al respecto el maestro ABAD YUPANQUI Samuel: “... existe dos posiciones opuestas en relación a esta disyuntiva: aquella que no les reconoce titularidad alegando que cuando la Administración Pública actúa en forma privada, carece de derechos fundamentales (“los órganos del Estado no tienen derecho, sino competencias previas y taxativamente señaladas”, ha dicho el TC peruano); y aquella otra que sí les reconoce tal titularidad, cuando dichas

*personas actúan en relaciones de Derecho Privado*<sup>264</sup>. Lo que nos lleva a inferir que la personería jurídica presenta derechos fundamentales sólo en relación con el Derecho Privado; sin importar mucho quizá las competencias desplegadas en ellas, claro sin hacer alusión a la Defensoría del Pueblo ello a mérito de la parte in fine del Art. 40º del Código Procesal Constitucional; sin embargo, podría ser posible extender esta legitimación al Ministerio Público, Gobiernos Regionales y/o Locales entre otras entidades estatales, que por su competencia conferidas por el Estado podrían también estar inmersos para la tutela de derechos fundamentales vía acción de amparo, el tema a discutir sería que derechos.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha limitado la titularidad de derechos fundamentales de la personería pública, ello en función del surgimiento de los derechos económicos, sociales y culturales; y el papel de participación del Estado en este nuevo contexto: *“Es de inferirse, entonces, que la relación Estado-Sociedad ha variado sobremanera desde la configuración del Estado en el siglo XIX a la actualidad. De una visión que proponía una división tajante entre ambos, se ha derivado a una relación más similar a la integración de uno y otra. Ello implicó un cambio en la organización estatal que devino en la creación de diversas entidades públicas encargadas de cumplir con las obligaciones propias de la administración y prestación de servicios. Dichas entidades, a fin de cumplir con sus funciones debían –en muchos casos– acudir al órgano jurisdiccional. A manera de ejemplo podría hacerse referencia a la Defensoría del Pueblo y a la SUNAT; aquella se encuentra facultada para interponer demandas de amparo en virtud al artículo 40 in fine del Código Procesal Constitucional, mientras que ésta puede cuestionar vía el contencioso-administrativo las decisiones adversas emitidas por el Tribunal Fiscal, siempre que cumpla con lo establecido por el artículo 157 del Código Tributario. En tales supuestos, resulta evidente que el órgano jurisdiccional también tendrá que respetar los principios y derechos contenidos en el artículo 139 (entre ellos el numeral 3) de la Constitución, no solo*

---

<sup>264</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. “El proceso constitucional de amparo”. En: ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*. Tomo I, Ob. Cit., p. 665.

*por ser normas objetivas, sino también porque deben comprenderse como derechos fundamentales de las partes titulares del proceso*<sup>265</sup>.

En esta sentencia se ha interpretado que la personería pública son titulares del derecho al debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y al debido procedimiento administrativo, precisando la inexistencia de una aparente antinomia con el Art. 05º inc. 09) del Código Procesal Constitucional, precisando que: *“En efecto, del artículo 200, numeral 2, de la Constitución y del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que consagra como uno de los fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, se desprende que, en casos como el presente, la pretensión debe ser analizada a fin de determinar si efectivamente ha existido afectación al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Optar por una alternativa contraria, en donde predomine la improcedencia de la demanda, claramente vaciaría de contenido los referidos derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas. (...) En suma, no se estaría procediendo conforme a la Constitución si prima facie se niega la posibilidad de que las personas jurídico-públicas puedan tutelar derechos como el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Por consiguiente, es claro que se debe pasar a analizar el fondo de la pretensión a fin de dilucidar la presente controversia*<sup>266</sup>.

Lo que nos lleva determinar que en nuestra doctrina y jurisprudencia sobre la materia, la personería pública sólo está legitimada para incoar amparos sólo para tutelar determinados derechos, pudiendo ser éstos vehículos para ingresar a un litigio estratégico en defensa de sus competencias, más aún si son competencias en materia ambiental, claro ello obedecerá a praxis judicial necesariamente activa.

En conclusión podemos sintetizar en este punto, que la legitimidad del derecho al medio ambiente sólo comprende a las personas afectadas, siendo en primer grado las personas naturales vulneradas o afectadas de su entorno

---

<sup>265</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 01407-2007-PA/TC de fecha 08-08-2008, Caso Intendencia de Aduana de Tacna, fundamento jurídico N° 09.

<sup>266</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 01407-2007-PA/TC de fecha 08-08-2008, Caso Intendencia de Aduana de Tacna, fundamente jurídico N° 12-13.

ambiental y las demás personas que de forma indirecta resulten perjudicadas o no, sino por motivos morales. Creemos que la legitimidad activa para la tutela del medio ambiente, debe ser amplia también para otras formas de personerías en especial de las personerías públicas, de lo contrario grupos sumamente vulnerables como los pueblos indígenas o los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial, estarían en una gran imposibilidad de incoar acciones de amparo por cuestiones de desconocimiento, y no depender de la gran filantropía de los demás entes como las ONG, asociaciones sin fines de lucro, la Defensoría del Pueblo.

### **3.7.2. Plazo de duración del proceso**

El objeto del proceso de amparo es la protección judicial de derechos fundamentales, a través de una tutela efectiva, rápida y breve; por lo que la normativa en estos procesos contempla plazos cortos para la resolución de estas demandas. Sobre estos plazos el profesor HUERTA GUERRERO, Luis Alberto<sup>267</sup>, precisa que pueden presentarse dos opciones de plazos: establecer un plazo máximo en cada una de las instancias que resuelven la demanda o establecer plazos por etapas del proceso.

#### **3.7.2.1. Plazo máximo para resolver por instancias**

En esta opción se establece un plazo máximo para resolver las demandas de amparo, en cada una de las instancias que intervienen. De esta manera se busca evitar la prolongación del proceso en base a diferentes interpretaciones u omisiones normativas sobre la duración de las respectivas actuaciones procesales (contestación, realización de la audiencia, etc.). Esta opción debería ser aplicada especialmente para la resolución del proceso a nivel de la primera instancia, que es la más importante, por cuanto la tutela urgente se concreta realmente en esta fase en el proceso.

---

<sup>267</sup> Cfr. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *“Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo”*, Ob. Cit., pp. 451-455.

En el Perú, el Código Procesal Constitucional no establece un plazo máximo para resolver un amparo a nivel de primera o segunda instancia, aunque sí lo hace respecto al

Tribunal Constitucional. En este sentido, el artículo 20º del Código dispone que dentro de un plazo máximo de treinta (30) días el Tribunal se pronuncia sobre el recurso de agravio constitucional interpuesto contra la decisión de segunda instancia. Se trata del único plazo máximo previsto para las instancias que conocen el amparo.

### **3.7.2.2. Plazos según etapas del proceso**

El proceso de amparo es sumarísimo pues contiene pocas etapas, lo cual es acorde con su objetivo, cual es brindar una tutela urgente de derechos fundamentales. En términos generales, el Código ha previsto plazos respecto a etapas específicas, que pueden ser agrupadas según las diversas instancias que intervienen en el proceso.

Desde esta perspectiva, a nivel de los juzgados el Código señala los siguientes plazos:

- *Plazo al demandante para subsanar las omisiones o defectos de la demanda declarada inadmisibile*: El artículo 48º del Código señala que si el Juez declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante tres (3) días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es apelable.

- *Plazo para contestar la demanda*: El artículo 53º del Código señala que en la resolución que admite la demanda, el Juez concede al demandado al plazo de cinco (5) días para que conteste.

- *Plazo para emitir la resolución del juez sobre el caso*: El artículo 53º del Código señala que cinco (5) días después de contestada la demanda o vencido el plazo para hacerlo el Juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral o el juez haya decidido realizar una audiencia, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización, pudiendo incluso dictar

sentencia en la misma audiencia. No se establece un plazo máximo para la realización del informe o la audiencia.

- *Plazo para la apelación y elevación del expediente:* El artículo 57º del Código dispone que la sentencia puede ser apelada dentro del tercer día siguiente a su notificación y el expediente es elevado dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la concesión del recurso.

A nivel de las Salas, el Código ha previsto los siguientes plazos:

- *Plazo para el trámite de apelación:* El artículo 58º del Código señala que la Sala debe conceder tres (3) días al apelante para que exprese agravios. Una vez recibida la expresión de agravios o en su rebeldía, se traslada por tres (3) días, fijando día y hora para la vista de la causa. Dentro de los tres (3) días siguientes de recibida la notificación, las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa. No se establece un plazo máximo para la realización de la vista de la causa.

- *Plazo para emitir sentencia en segunda instancia:* De conformidad con el artículo 58º del Código se expedirá sentencia dentro del plazo de cinco (5) días posteriores a la vista de la causa.

- *Plazo para presentar recurso de agravio constitucional y elevar el expediente al Tribunal Constitucional:* El artículo 18º del Código dispone que contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, que se interpone dentro del plazo de diez (10) días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres (3) días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad.

Respecto a los plazos ante el Tribunal Constitucional, el Código señala:

- *Plazos respecto al recurso de queja:* El artículo 19º del Código señala que contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional procede recurso de queja, que se interpone ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco (5) días siguientes a la notificación de la denegatoria. El recurso

será resuelto dentro de los diez (10) días de recibido. Si el Tribunal declara fundada la queja, conocerá también el recurso de agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad.

- *Plazo para emitir sentencia por parte del Tribunal Constitucional:* El artículo 20º del Código dispone que dentro de un plazo máximo de treinta (30) días el Tribunal se pronunciará sobre el recurso de agravio constitucional. Dentro de ese plazo se debe incluir la realización de la audiencia respectiva.

En un análisis conjunto de estos plazos resulta difícil señalar un plazo máximo legal de resolución del proceso de amparo, debido a los diferentes supuestos que pueden presentarse y que no son uniformes para todas las demandas. Tampoco es posible la suma de los plazos de las etapas procesales que se desarrollan en una instancia específica para determinar el plazo máximo legal a nivel de juzgados y salas, por la ausencia de plazos relacionados con determinadas actuaciones procesales<sup>268</sup>. En ese sentido, el plazo de desarrollo del proceso de amparo dependerá de las diversas actuaciones procesales y dinamismo que le otorguen las partes, más no dependerá por el plazo otorgado por cada instancia, ya que es carente en el Código Procesal Constitucional.

### **3.7.3. La prescripción**

Esta institución jurídica, suele ser muy importante, en el amparo ambiental, ya que los daños ambientales muchas veces son la acumulación de los efectos de las actividades contaminantes o degradantes que pueden ser opuestas como medio de defensa por el agresor. Al respecto, ANDALUZ WESTREICHER Carlos: “... *aun cuando dichas actividades provocan una lesión constante al derecho de gozar a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, sucede el caso de que los perjudicados no han accionado, a pesar del tiempo – frecuente años – desde que estos vienen produciéndose. Esta situación podría dar lugar a que le agente violador del derecho ambiental*

---

<sup>268</sup> *Ibíd.*, p. 455.

*pretende oponer la prescripción de la acción, con arreglo al artículo 44 del Código Procesal Constitucional*<sup>269</sup>.

Sin embargo, tal pretensión debe enervarse porque se trata de hechos continuados, lo cual significa que la violación o amenaza del derecho persiste; por lo tanto, no puede tomarse como termino de inicio del plazo de prescripción la fecha en que comenzaron las actividades consideradas contaminantes o degradantes. La única forma válida de oponer la prescripción es que la demanda de amparo se haya interpuesto luego de los sesenta días hábiles desde que cesaron dichas actividades (artículo 44, numeral 3, del Código Procesal Constitucional)<sup>270</sup>. Dicho criterio, nos parece racional ya que en efecto continuarían los actos dañinos y que estas no habrían cesado para el inicio del cómputo de prescripción.

### **3.8. El amparo ambiental**

Como se mencionó anteriormente sobre la naturaleza residual del proceso de amparo, que permite tutelar diversos derechos, dentro de ellos se encuentra el derecho a un medio ambiente y equilibrado; que la doctrina lo denomina como amparos ambientales, al respecto ETO CRUZ Gerardo: *“Podríamos conceptualizar que el amparo ecológico o ambiental como aquel proceso constitucional que tiene como finalidad restablecer de manera inmediata y urgente una serie de complejos y heterodoxos derechos fundamentales relacionados enunciativamente a la paz, la tranquilidad, a gozar de ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2, inciso 22), a la protección de la salud (artículo 7), a la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68), entre otros”*<sup>271</sup>.

Esta denominación de amparo ambiental o ecológico obedece a la propuesta tipológica del amparo en el Perú, según la materia, realizada por el autor antes mencionado; asimismo la finalidad de este proceso se vincula, de manera genérica con lo regulado en el artículo 01 del Código Procesal Constitucional, al respecto: *“Tiene por finalidad proteger, entre otros, el derecho*

---

<sup>269</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Ob. Cit., p. 724.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

<sup>271</sup> ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*. Tomo II, Ob. Cit., p. 464.

constitucional a la salud y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. La sentencia ordena que se reponga la situación al estado anterior de la violación o amenaza de violación del derecho, por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio de cualquier autoridad o persona”<sup>272</sup>. El amparo ambiental, como garantía del derecho fundamental a un medio ambiente, reviste de ciertas peculiaridades (como es su legitimación, criterios de prescripción, carga de la prueba, entre otros) y ello debido a la naturaleza del derecho fundamental en estudio; sin embargo, cabe la pregunta si el estado normativo, doctrinario y jurisprudencial del amparo ambiental prestan atención a estas peculiaridades.

## **CAPÍTULO IV**

### **DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS**

#### **4.1. La instrumentalización del derecho procesal**

Es sabido que los grandes postulados y axiomas de la teoría general del proceso<sup>273</sup> irradian sobre el derecho procesal de alguna disciplina, se entiende por derecho procesal, en palabras del maestro SILVA VALLEJO José Antonio, a: “... la ciencia jurídica de carácter instrumental, perteneciente al Derecho Público, que estudia el desenvolvimiento, esencia y finalidad de una serie de actos jurídicos sistemáticamente elaborados por los órganos jurisdiccionales del Estado y por cierto sujetos cuya conducta debe ajustarse a determinadas normas, principios y funciones que integran un conjunto; orientado, a su vez, hacia valores”<sup>274</sup>. Esta definición constituye una visión generalizada del actual paradigma que atraviesa el derecho procesal, esta definición que anticipa el contenido y problemática del derecho procesal quiere ir más allá de las clásicas y tradicionales definiciones dadas al respecto en un esfuerzo por sistematizar,

---

<sup>272</sup> REGGIARDO SAAVEDRA, Mario y COOPER DIAZ-UFANO, Romina. “La Tutela Procesal del Ambiente”, Revista de Derecho Administrativo, N° 06, Año, 03, Agosto – 2008, Lima, p. 195.

<sup>273</sup> “... un sistema de conceptos y principios elevados al grado máximo de generalización útil, y condensados inductivamente a partir de la confrontación de las diversas ramas del derecho procesal”. En: DINAMARCO, Cándido Rangel. *La instrumentalidad del proceso*. Communitas, Lima, 2009, p. 94.

<sup>274</sup> SILVA VALLEJO, José Antonio. *La Ciencia del Derecho Procesal*, Vol. 01, 2da. Ed., Lima, 2014, p. 37.

en condensada fórmula, los conceptos fundamentales de la ciencia y de la filosofía del proceso<sup>275</sup>. El actual paradigma que atraviesa el derecho procesal es denominado como la era de la instrumentalidad del proceso.

La instrumentalidad del proceso, surge debido a la necesidad de tutelar situaciones jurídicas que no pueden esperar porque requieren de una protección inmediata, y ello debido a la naturaleza del derecho que se trata proteger. Surge debido a que una vez afianzada la sistemática del Derecho Procesal de manera común en los diversos sistemas procesales (anglosajón y romano - germánico), surgió un problema, el proceso pasó a perder su contacto con los valores sociales, los cuales deben ser defendidos por él, perdiendo la visión finalista del mismo<sup>276</sup>.

Como enseña la doctrina, hablar de instrumentalidad del proceso o de su efectividad significa, en el contexto, hablar de aquel como algo puesto a disposición de las personas con miras a hacerlas más felices (o menos infelices), mediante la eliminación de los conflictos que las involucran con decisiones justas<sup>277</sup>. Asimismo, esta forma de concebir al proceso, deriva de la naturaleza publicista del proceso en la que el Estado también asume interés en el proceso<sup>278</sup>. Como quiera que sea, esta nueva forma de concebir al proceso influirá de manera alguna sobre las formas de tutela de los derechos.

Este nuevo paradigma del derecho procesal, trae consigo a las denominadas tutelas diferenciadas contemporáneas, y dentro las cuales se haya la tutela de urgencia satisfactoria, siendo éste último en la que podemos ubicar al proceso de amparo; toda vez que, está concebida para brindarle un tratamiento diferente a situaciones jurídicas que no pueden esperar porque requiere de una protección inmediata, ello en función del contenido del derecho que busca proteger, la importancia del mismo, etc. La tutela urgente satisfactoria

---

<sup>275</sup> *Ibidem*.

<sup>276</sup> SEVILLA AGURTO, PercyHowell. *“La instrumentalidad del proceso y el derecho procesal constitucional”*, Tomo 255, Gaceta Jurídica, Lima, Febrero – 2015, p. 197.

<sup>277</sup> DINAMARCO, Cándido Rangel. *Ob. Cit.*, p. 525.

<sup>278</sup> “...”, en la actualidad no existe Derecho Procesal que no esté premunido tanto del sistema privatístico como del publicístico, ello porque como quiera que los derechos subjetivos que están en juego son de las partes y quien resolverá sobre tales derechos es el Estado (a través del juez que lo representa), el mismo – Estado – que aparte de resolver sobre los derechos subjetivos de las partes tiene interés en que la solución del conflicto traiga consigo la paz social, por ende, en todo proceso jurisdiccional subyace un interés particular y a su vez un interés del Estado”. En: SEVILLA AGURTO, PercyHowell. *Ob. Cit.*, p. 198.

busca el reconocimiento pleno del derecho de manera definitiva y que la represión a la vulneración de dicho derecho sea efectiva y rápida. Ésta se canaliza a través de un proceso principal donde se obtendrá una sentencia de mérito que se pronuncie con autoridad de cosa juzgada sobre el conflicto puesto a conocimiento<sup>279</sup>.

En esa línea expositiva, podemos mencionar si el proceso constitucional de amparo habría experimentado la instrumentalización del proceso y con ello las nuevas formas de tutelar derechos, razón por la cual desarrollaremos a continuación entorno a la concepción del proceso por el Derecho Constitucional, y en particular el proceso de amparo.

#### **4.1.1. El proceso de amparo en el derecho procesal constitucional**

Los constitucionalistas, como paradigma del derecho, abordan al derecho procesal constitucional como un derecho constitucional concretizado<sup>280</sup>, es decir, al servicio de la Constitución. Al respecto el maestro LANDA ARROYO Cesar: *“En consecuencia, no se trata solo de aplicar la Constitución en función de las normas procedimentales, sino de darle a dichas normas un contenido propio, conforme a la Constitución, pues si bien el Derecho Procesal Constitucional también requiere partir y remitirse a los principios generales del Derecho Procesal, ello será posible en la medida que este último sea afín con los principios y valores constitucionales”*<sup>281</sup>. Ello nos obliga a dimensionar a los procesos constitucionales de manera independiente a los postulados del derecho procesal, salvo que su relación permita el cumplimiento del texto constitucional.

Continúa el profesor LANDA ARROYO Cesar: *“..., sobre este último punto cabe señalar que algunos principios y mecanismos del procedimiento civil*

---

<sup>279</sup> Cfr. VIERA ARÉVALO Rafael. Ob. Cit., p. 165.

<sup>280</sup> “El Derecho procesal constitucional es una concretización de la Ley Fundamental en dos sentidos: en que él mismo es un Derecho constitucional concretizado y en que le sirve al Tribunal Constitucional para concretizar la Ley Fundamental. La gran “capacidad de concretización” del Tribunal Constitucional, demanda ahora una fundamentación del Derecho procesal constitucional de carácter teórico constitucional”. Cfr. HÄBERLE, Peter. “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”. En su obra Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 27.

<sup>281</sup> LANDA ARROYO, César. “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: La experiencia del Perú”. En: Derecho Procesal Constitucional, Ius Et Veritas, Abril – 2011, Lima, p. 378.

*ordinario no pueden ser trasladados automáticamente al proceso constitucional, como es el caso del principio de justicia rogada, de la cosa juzgada y de la prescripción, “so pena de traicionar los objetivos últimos de la justicia constitucional”; puesto que, por citar un ejemplo, el principio de la justicia rogada impediría al juez constitucional indagar más allá de lo aportado por las partes en el proceso”<sup>282</sup>.*

En esa misma línea expositiva y en particular del proceso de amparo, el maestro ETO CRUZ Gerardo: “...*, para que se obtenga una tutela jurídica o jurisdiccional de contenido concreto a través de una resolución denominada sentencia, en este caso estimativa, se podrá apreciar que el amparo, en puridad, será de naturaleza procesal. Pero no solo ello, sino que tiene el predicado de ser procesal constitucional en dos vertientes: la de ser un proceso que afirma aspectos sustantivos de la Constitución, y por otro lado, porque no puede ser el amparo un proceso civil, ni laboral, sino un proceso que forma parte de la más pura cepa de la jurisdicción constitucional de la libertad*”<sup>283</sup>.

Es así, que para los constitucionalistas el derecho procesal constitucional no sufriría influencias determinantes del derecho procesal puro o clásico; lo que nos permite inferir esta situación de aislamiento, que el proceso de amparo no es influenciado por las bondades de la teoría del proceso, fruto de la instrumentalización del proceso de amparo, que si bien es cierto que los procesos constitucionales presentan ciertos mecanismos eficaces para la tutela de derechos ello no quiere decir que sus orígenes se remontan sólo al derecho constitucional, como se detallará a continuación.

#### **4.1.2. El proceso de amparo como instrumento**

Se precisó en el punto 4.1 que el proceso de amparo constituye una tutela de urgencia satisfactoria, ello debido a la naturaleza del derecho a tutelar y las circunstancias inmediatas de tutela que no toleran dilaciones de tiempo; esto último nos permite delimitar el objeto de la instrumentalización del proceso, al respecto: “*El instrumentalismo del proceso es el método por el cual se busca que*

---

<sup>282</sup> *Ibíd.*, pp. 378-379.

<sup>283</sup> ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*, Tomo I. Ob. Cit., p. 163.

*el derecho a la tutela judicial efectiva sea visto desde la óptica de los derechos fundamentales, es claro que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a que las personas puedan acceder al órgano jurisdiccional sin limitaciones arbitrarias, el derecho a que se transite por un procedimiento que respete las garantías procesales mínimas (debido proceso), y el derecho a que las resoluciones judiciales sean efectivas, lo que implica que sean ejecutadas en su integridad. Es decir la instrumentalidad del proceso es el cimiento para que el derecho a la tutela judicial efectiva prospere en la realidad”<sup>284</sup>.*

Desde óptica, de la instrumentalidad del proceso, se pudo identificar al amparo como una tutela de urgencia satisfactoria<sup>285</sup>, como se afirma también en doctrina: *“El proceso de amparo es una expresión de la Tutela de Urgencia Satisfactoria, pues su objetivo es proteger derechos de las personas cuya afectación o amenaza requiere ser suprimidos con suma rapidez”<sup>286</sup>*, todo ello porque el derecho a proteger no puede tolerar dilaciones temporales, no puede permitirse consumir situaciones injustas e inconstitucionales para el recurrente lo cual podría suscitarse aun tras el restablecimiento del derecho constitucional vulnerado de manera tardía.

Admitida esta situación de otorgamiento de tutela por el proceso de amparo, nos determina a inferir que éste es un instrumento concretizado del derecho procesal en general, cuyas bondades o axiomas son utilizadas por el amparo de manera directa e indirecta o en algunas ocasiones tergiversadas, como por ejemplo precisan los constitucionalistas que el principio de justicia rogada no es aplicable en el derecho procesal constitucional razón por la cual el juez constitucional está habilitado para actuar pruebas de oficios; situación que es tergiversada porque no sólo en el proceso constitucional existen pruebas de oficio también en la justicia ordinaria como es en los casos del Art. 194° del Código Procesal Civil y Art. 22° de la Ley Procesal del Trabajo.

Es inevitable la concepción del proceso de amparo como instrumento de manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva o la materialización del derecho

---

<sup>284</sup> SEVILLA AGURTO, PercyHowell. Ob. Cit., p. 200.

<sup>285</sup> VIERA ARÉVALO Rafael. Ob. Cit., p. 174.

<sup>286</sup> CAIRO ROLDÁN, Omar. “Justicia Constitucional y Proceso de Amparo”, Palestra, Lima, 2004, p. 176.

material, en este caso de principios y valores constitucionales; para dicho cometido el derecho procesal en este caso el derecho procesal constitucional deberá de acoplarse al derecho material; al respecto SEVILLA AGURTO PercyHowell: “...*, el Derecho Procesal como instrumento deberá de acoplarse al derecho material que servirá para la solución del conflicto, y las particularidades del derecho material irradiarán en el Derecho Procesal*”<sup>287</sup>, apreciándose que existe una relación íntima es decir, el derecho material y adjetivo se determinan mutuamente, criterio que nos parece razonable debido a las particularidades del caso y el derecho que se pretenden tutelar ya que todas no son de la misma naturaleza, debiendo acoplarse a tales demandas las formalidades del proceso induciendo dinamismo al proceso jurisdiccional.

Estando a que el derecho procesal constitucional fija un conjunto de remedios procesales ofrecidos por la Constitución, para el predominio de los valores que ella misma predica, se puede concluir que el derecho procesal constitucional presenta una postura instrumentalista, como también se aprecia en doctrina: “*Este carácter instrumental del Derecho Procesal permite entender a cabalidad el rol que cumple el Derecho Procesal Constitucional: se trata de un instrumento para garantizar la vigencia de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales*”<sup>288</sup>.

Podemos concluir de manera general en este punto que el derecho procesal constitucional a la fecha presenta una edificación aislada de la visión instrumental del proceso, perjudicando por ende sus fines trazados como la materialización de los valores y principios constitucionales; sin embargo, las actuaciones de oficio del juez constitucional en materia probatoria no constituyen una manifestación propia del derecho procesal constitucional ya que ello deriva de la visión instrumental del proceso, no obstante, es pertinente analizar de qué manera se ha recepcionado esta importación y como el derecho material (valore o principio constitucional) determina al proceso constitucional. Para los fines del presente trabajo nos decantaremos por la figura del proceso de amparo desde la visión instrumental del proceso, a fin de que el derecho al medio ambiente se

---

<sup>287</sup> SEVILLA AGURTO, PercyHowell. Ob. Cit., p. 199.

<sup>288</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel B. “La creación jurisprudencial de normas procesales: La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional”. En: SEVILLA AGURTO, PercyHowell. Ob. Cit., p. 199.

realice en la práctica, acoplándose las normas procesales, institutos y otros del proceso de amparo a éste derecho, y las que no se acoplen a dicha finalidad deben dejarse de lado.

#### **4.2. La ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo**

El Art. 09° del Código Procesal Constitucional, prescribe: “*En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa*”; lo que determina como regla general y principal que en el proceso de amparo no existe etapa probatoria, no obstante, el juez constitucional está investida de cierta discrecionalidad y sin afectar la urgencia del proceso para realizar actividad probatoria que no requieran actuación y las que estime por conveniente.

Este articulado es justificado por el Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia como: “*En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria porque en ellos no se declaran ni se constituyen a favor de ninguna de las partes derechos constitucionales, lo que sí puede suceder en los procesos ordinarios, en cuyo caso se ha previsto la etapa probatoria*”<sup>289</sup>. Advirtiéndonos esta cita jurisprudencial que el proceso constitucional es netamente restitutivo de derechos, razón por la cual la ausencia de etapa probatoria no es tan imperante y necesaria, por decirlo de alguna manera.

Entonces, mencionamos que la actuación probatoria es está sujeta a la discrecionalidad del juez constitucional, que ha motivado una jurisprudencia poco uniforme en materia de amparos ambientales, razón por la cual es menester identificar demás fundamentos y efectos de la ausencia probatoria en el amparo; a efectos de mediar un proceso de amparo ambiental desde la

---

<sup>289</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 01902-2005-PA/TC fundamento jurídico N° 04. Citado en: VERGARAY D'ARRIGO, Giuliana. “Alcances sobre el “amparo ambiental” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Gaceta Constitucional, Tomo N° 18, Junio – 2013, Lima, p. 19.

concepción instrumental del derecho procesal y con ello un particular modelo de justicia.

#### **4.2.1. Tutela de urgencia y ausencia probatoria**

La estructura del proceso de amparo, como la ausencia de etapa probatoria, plazos breves, naturaleza abreviada entre otras; creemos que se fundamenta básicamente en la naturaleza de los derechos a tutelar, existiendo peligro de irreparabilidad por el paso del tiempo, necesitando una pronta atención y efectiva atención, lo contrario sería realizar el proceso con diversas actuaciones probatorias que dilatarían el proceso constitucional. El objeto de la tutela del proceso de amparo, como se mencionó en el capítulo tres, está determinado por su estructura abreviada, la cual nos remite a la idea que en este no se conocen derechos ordinarios, sino fundamentales existiendo en ellas grados de complejidad.

Lo antes mencionado, también es asimilada por la doctrina nacional: “En consecuencia, la tutela sumaria es, desde nuestra perspectiva, consubstancial al amparo, no porque se discute en su seno derechos incuestionables (como sucede, por ejemplo, en el caso de procesos ejecutivos), sino porque la protección de los derechos fundamentales, por su vinculación con la dignidad humana, requiere un proceso rápido, expeditivo y eficaz que los tutele adecuadamente. Por ello, si la protección del derecho fundamental de que se trate (y aquí hay que apreciar, como veremos, derechos más complejos como los derechos sociales y los derechos colectivos) requiere una ampliación del término del proceso, ella debe efectuarse irremediabilmente, no pudiendo alegarse – creemos – la falta de estación probatoria para evitar la protección del derecho”<sup>290</sup>.

Similar criterio también expresa CASTILLO CÓRDOVA Luis: “*A fin de garantizar esta característica esencial del amparo, durante su tramitación no se contempla una etapa probatoria; en caso contrario, dejaría de ser un proceso sumarísimo, que se caracteriza por tener menos etapas procesales que los*

---

<sup>290</sup> LEÓN FLORIÁN Felipe Johan. “Sobre la prueba en el proceso de amparo”, Gaceta Jurídica, Guía Práctica N° 04, Lima, 2010, p. 75.

*procesos ordinarios. Las pruebas deben ser de “actuación inmediata, especialmente pruebas instrumentales y respecto de las cuales no exista sombra alguna de duda y que logren crear convicción en el juez”<sup>291</sup>.*

La naturaleza abreviada del amparo se justificaría en la naturaleza del derecho a tutelar, en contrario sensu, la presencia de estación probatoria atentaría la naturaleza abreviada del amparo, ya que ello generaría dilación procesal. No obstante, es innegable manifestar que la ausencia probatoria en el amparo incide de alguna manera en la procedencia y resolución de la controversia del amparo, en especial del amparo ambiental; ya que es un imposible jurídico la existencia de sentencia sin aludir al tema probatorio a fin de delimitar mínimamente la cuestión fáctica.

#### **4.2.2. ¿El amparo no está habilitado para conocer casos complejos?**

Será que el amparo deberá conocer controversias obvias o sólo casos de mera interpretación, ya que no estaría calificada para casos complejos que demanden estación probatoria, claro ello dependerá a la naturaleza del caso y derecho fundamental, como el derecho al medio ambiente. Existen una buena mayoría en doctrina que se decantan por este criterio, como citamos a continuación.

Al respecto SAGÜÉS, Néstor Pedro: “... *el amparo no está para atender conflictos complicados, pues requiere que la lesión a la Constitución sea inequívoca, sin necesidad de un estudio largo o prolongado de los hechos, ni de amplio debate y prueba. (...) el amparo estudia conductas de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas. En su consecuencia, la acción no se habilita para hechos o actos que no padezcan de notoria invalidez. Hay, sin embargo, un discreto análisis (fáctico, normativo y axiológico) en el amparo y, por tanto, no se excluyen de él algunos mecanismos probatorios mínimos, y un rápido juzgamiento de constitucionalidad. Pero no más; si el asunto es realmente intrincado, deberá remitirse a otro tipo de procedimiento*”<sup>292</sup>.

---

<sup>291</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Ob. Cit., p. 396.

<sup>292</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, Quinta edición, Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 246-249.

También, HERNÁNDEZ VALLE Rubén, expresa: “Este es justamente uno de los elementos que sirven para delimitar la frontera entre los procesos de amparo y los de carácter ordinario. En el amparo la violación o amenaza de conculcación se debe acreditar sin mayor debate probatorio. Por ello, cuando un acto, omisión o amenaza que en principio viola o amenaza violar un derecho fundamental pero para cuya acreditación se requiere de probanzas exhaustivas, en tal hipótesis el afectado tiene que plantear el asunto en la vía ordinaria y no residenciarlo en la jurisdicción constitucional”<sup>293</sup>.

Asimismo, CASTILLO CÓRDOVAL Luis: “Al desconocerse técnicas de interpretación constitucional o de probanza judicial, es posible que los jueces acepten tramitar por amparo pretensiones que no tienen nivel constitucional por no estar en juego el contenido esencial de un derecho fundamental; o pretensiones litigiosas, que se construyen a partir de hechos que requieren de una especial actividad probatoria”<sup>294</sup>.

La ausencia del tema probatorio en el amparo, encuentra justificación en su naturaleza abreviada, razón por la cual las causas que demanden complejidad probatoria deberán ser relegadas a la vía ordinaria; lo que trae consigo diversas consecuencias genéricas vinculadas a la procedencia y resolución de controversia del amparo, y de manera específica al: avocamiento del amparo sólo a casos de cuestiones de puro derecho o de interpretación, la obligación del demandante para acreditar su pretensión, la ausencia de la determinación de los hechos en el amparo y no avocamiento del amparo en casos de complejidad probatorio; lo que en suma nos deriva a una jurisprudencia poco uniforme y concedora sólo de casos que no adolecen complejidad.

No obstante, estando al fundamento de la ausencia probatoria en los procesos constitucionales, el Tribunal Constitucional<sup>295</sup> expresa: “la inexistencia de estación de pruebas (...) no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo, sino de la finalidad y objeto del proceso” que, según se infiere, se reduce

---

<sup>293</sup> HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. “La prueba en los procesos constitucionales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Número 5, 2006, p. 184.

<sup>294</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Sobre lo qué es y no es esencial al proceso de amparo”, *Gaceta Constitucional*, Tomo 66, Junio – 2013, Lima, pp. 77-78.

<sup>295</sup> En la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0976-2001-AA/TC fundamento jurídico N° 03.

principalmente a definir cuál es la interpretación constitucional legítima que corresponde en cada caso. Razonamiento que, por cierto, puede ser harto complejo para los operadores jurídicos, lo que nos lleva a determinar que el Tribunal Constitucional al requerir pruebas evidentes, la acreditación de hechos no es asunto que deba preocupar al juez constitucional, siendo lo más relevante en el proceso definir la interpretación que corresponda.

Sobre esta sentencia en particular (en similar sentido a la jurisprudencia citada al inicio de este ítem), la doctrina también precisa que: “... , *señala que tal proceso no tiene estación probatoria, porque allí no se dilucida la titularidad de los derechos que se invocan, sino solo su restablecimiento. Ello supone que quien solicita tutela en esta vía, mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado*”<sup>296</sup>. Es así que se exige en sede constitucional la tutela de derechos incontrovertibles es decir su titularidad de la misma no es problema para el proceso constitucional, lo más importante es la interpretación del acto cuestionado que inmiscuye de alguna manera al derecho que se invoca, y éste último es un gran problema porque la presentación de prueba evidente es trasladada al recurrente, desinteresando al juez constitucional.

Pareciera que el Tribunal Constitucional asumiera que se trata de un asunto menor, como si la acreditación de los hechos denunciados fuera siempre una tarea sencilla de ser superada. Si no fuera así por qué afirmaríamos que el amparo es “un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional” de tal suerte que “los términos de la controversia giran fundamentalmente en torno a una cuestión de interpretación constitucional”. Tales afirmaciones denotan que, para el Tribunal Constitucional, la previa dilucidación de los hechos

---

<sup>296</sup> VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo. “*Instituciones Probatorias en el amparo*”, Gaceta Jurídica, Guía Práctica N° 04, Lima, 2012, p. 96.

sobre los que recaerá la calificación jurídica constituye una tarea que no debería generar mayores problemas para el juez constitucional<sup>297</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia probatoria, ha oscilado entre la procedencia e improcedencia de demandas de amparo debido al carácter controvertido de la causa y la ausencia de una estación probatoria adecuada para dilucidarla. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha determinado, por ejemplo en el caso Baylón Flores<sup>298</sup> y con carácter de precedente vinculante que: *“En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos”*. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional en el caso Casimiro Hernández<sup>299</sup> ha establecido la declaratoria de improcedencia de la demanda, en materia de pensiones de invalidez, cuando no se cumplan las siguientes reglas probatorias por el actor: a) Cuando, luego de habersele brindado por el juez un plazo de 60 días para presentar el Certificado Médico de una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredite su enfermedad profesional, no la ha hecho; b) Cuando, luego del 19 de enero de 2008, el demandante no adjunte el Certificado Médico de una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, que acredite su enfermedad profesional.

De todos estos casos se advierte la condicionante del tema probatorio para la procedencia del amparo en un caso concreto, como el previsional y laboral; en estos supuestos parece que el Tribunal Constitucional realiza un valoración previa del tema fáctico, según la cual, cuando no puede efectuarse una definición clara de los hechos (por existir pruebas que producen enunciados fácticos contradictorios, o pruebas con un margen muy reducido de confiabilidad o simplemente no fueron presentadas, la demanda deberá de ser declara

---

<sup>297</sup> *Ibidem*.

<sup>298</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 206-2005-PA/TC de fecha 28 de Noviembre de 2005.

<sup>299</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 2513-2007-PA/TC de fecha 13 de Noviembre de 2008.

improcedente; a pesar que en los temas previsionales se evalúan netamente pruebas documentales e informe médicos recayendo toda la responsabilidad de esta actividad al demandante.

Sin embargo, existen criterios de procedencia en casos complejos, también en materia previsional, lo que no guarda coherencia con la solución brindada en otros casos. Así, el Tribunal también ha establecido que, ante la probanza inidónea o escasa de los hechos, no deberá decretarse la improcedencia, sino más bien declarar infundada la demanda<sup>300</sup>, por no haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental. Ello sucede, por ejemplo, en el caso de la acreditación de los años de aportación al régimen previsional. En efecto, en el caso Alejandro Tarazona Valverde<sup>301</sup>, el Tribunal ha establecido los medios probatorios que pueden acreditar fehacientemente los años de aportes al sistema pensionario, en ausencia de los cuales la demanda debe ser desestimada.

Hasta aquí podemos manifestar que el tema de la acreditación de la pretensión en temas de despido arbitrario y previsional, constituyen un criterio de procedibilidad del amparo, a parte de los reconocidos en el Art. 05° del Código Procesal Constitucional, apreciándose las intenciones del Tribunal Constitucional de optimizar el acceso al amparo en materia laboral y previsional, y ello también se podría asimilar el grado de fijación de la cuestión fáctica dependiente mayormente de pruebas documentales. La gran interrogante sería en amparos sumamente complejos como el amparo ambiental, que de acuerdo a estos criterios quedaría relegada a la vía ordinaria, salvo discreción y filantropía del juez constitucional.

#### **4.3. La prueba en el proceso de amparo ambiental**

En este punto analizaremos la naturaleza del caso y derecho fundamental (ya abordado en otro capítulo) tutelados en el amparo ambiental, a fin de rescatar la característica compleja presente en estos amparos; para después analizar la

---

<sup>300</sup> Cfr. LEÓN FLORIÁN Felipe Johan. Ob. Cit., p. 77.

<sup>301</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 4762-2007-PA/TC, publicada el 10 de Octubre de 2008, fundamento jurídico N° 26.

casuística constitucional, para tener un baremo del tratamiento de la prueba y la conclusión de estos en: procedente, improcedente, fundada o infundada.

#### **4.3.1. Las virtudes y defectos del amparo ambiental**

La acción de amparo ambiental es única, sui géneris, ante las otras demandas de amparo, al respecto ETO CRUZ Gerardo: “... *podemos concluir que la individualización de un amparo ecológico o ambiental es de singular importancia en la medida que este importa ciertas características particulares que inciden directamente en el tratamiento procesal de esta modalidad específica de amparo. Así, podemos hablar de una suerte de “particularidad” del amparo ambiental que se patentiza en aspectos como la legitimidad procesal, la carga de la prueba, el régimen de las medidas cautelares, el rol del juez y la eficacia de la sentencia estimatoria*”<sup>302</sup>.

En esa línea de ideas, se colige que las acciones de amparos; tiene cualidades especiales para la defensa del medio ambiente, como la legitimidad amplia para incoar este proceso, la prescindencia del agotamiento de las vías previas en materia ambiental ante la agresión irreparable o amenaza de violación del derecho fundamental de forma cierta e inminente; siendo el objeto del amparo la vigencia de los valores y principios constitucionales, sus pronunciamientos por ende son emitidos en observancia de muchas normatividades en estricta observancia de la constitución política y los derechos fundamentales; asimismo están provistas de medidas cautelares especiales diferentes a las del derecho civil; sin embargo, existen ausencia de etapas probatorias propiamente dichas; cuya presencia podría perjudicar la estructura del proceso y paradójicamente se requiere de una estación probatoria rígida debido a la presencia del daño ambiental (cuyas características también ya fue estudiada).

Si bien es cierto que la ausencia probatoria es contrapesada con la discrecionalidad del juez, nos preguntamos si esta discrecionalidad debe obedecer a algunos criterios de razonabilidad, algunos autores afirma que debería primar la verdad en el proceso como ZAMALLOA CAMPERO Eloy: “... *en honor a la verdad, esta norma no impide que el Juez realice actuaciones que*

---

<sup>302</sup> ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo* Tomo II, Ob. Cit., p. 467.

*considere indispensables, pero pone como condición que no debe de afectar la duración del proceso*<sup>303</sup>. Podríamos adherirnos a este objetivo de la búsqueda de la verdad en el proceso; sin embargo, desde el plano filosófico la verdad absoluta del conocimiento de un objeto es imposible, lo que podríamos es atribuir grados de certeza, en ese sentido es como dirigiremos al amparo dentro de esta tesis.

En conclusión el amparo ambiental, para los efectos del presente trabajo deberá de entenderse como proceso constitucional sumamente especial en la que su estructura se adecuará al derecho fundamental del medio ambiente para su realización, dejándose de lado todo ritualismo que no esté acorde con dicho fin, y ello debido a la naturaleza del derecho a tutelar (derecho difuso y condición para el desarrollo de los demás derechos) y los efectos nocivos del daño ambiental.

#### **4.3.2. La carga de la prueba en el proceso de amparo ambiental**

Como cuestión de precisión, es pertinente señalar que el amparo se inicia con la presentación de la demanda, para lo cual el legislador ha optado por establecer ciertos contenidos mínimos que debe reunir el acto postulatorio, que se encuentran prescritos en el Art. 42° del Código Procesal Constitucional; sobre ello el Tribunal Constitucional se condice con los postulados clásicos de la Teoría General del Proceso<sup>304</sup>. Entonces cabe la pregunta si estos supuestos constituyen requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda (y la del amparo no es la excepción), la doctrina precisa: *“Esta distinción no es banal, si tenemos en cuenta las distintas consecuencias que acarrea su incumplimiento: así en el primer caso, impide que la demanda produzca efectos jurídicos, pero el juez concede al demandante un plazo para subsanar la omisión advertida;*

---

<sup>303</sup> ZAMALLOA CAMPERO, Eloy. *“Derecho Procesal Constitucional – proceso de amparo y habeas corpus”*, Cromeo, Arequipa, 2013, p.133.

<sup>304</sup> En efecto, para la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 8108-2005-PA/TC, fundamento jurídico N° 03: “... en todo proceso, para que la relación jurídico procesal sea válida, es necesario que se cumpla con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Así, será necesario que en la etapa de calificación de la demanda se verifique la existencia de la capacidad procesal, la competencia y los requisitos de la demanda, componentes de los presupuestos procesales, así como la legitimidad procesal activa y el interés para obrar, componentes de las condiciones de la acción, a efectos de un iterprocedimental válido que lleve a una sentencia de mérito.

*mientras que, en el segundo, la demanda debe ser declarada improcedente*<sup>305</sup>. También agregado a estos supuestos se debe precisar en la demanda, lo regulado en el Art. 38° del citado Código Procesal, es decir que no sólo basta con la descripción de los hechos, sino también precisar cuál es el aspecto del contenido constitucional de los derechos alegados es el que se ha agredido.

De la lectura de las normas procesales para el arte de juzgamiento del proceso de amparo, no se precisa claramente el momento del aporte probatorio; pues ello deberá entenderse de acuerdo a su naturaleza abreviada, que deberá presentarse en la brevedad posible, lo contrario sería dilatorio y atentatorio con la estructura del amparo; siendo así, la presentación probatoria es presentada sin dilaciones de tiempo desde el inicio de la demanda, es decir deberá de ser presentada por la parte demandante debido al interés de éste. Al respecto la doctrina y jurisprudencia precisa:

*“En términos sencillos, ello significa que en el proceso de amparo se deben ofrecer medios probatorios que de manera casi inmediata permitan al órgano jurisdiccional – y a cualquier mortal – certificar la veracidad o la alta probabilidad de que los hechos denunciados son como efectivamente se han afirmado. Desde sus inicios, el TC predicaba que el amparo podía activarse “siempre que se acompañe prueba fehaciente de la vulneración constitucional” (STC Exp. N° 0396-2000-AA/TC, f.j. 1). Reiteradamente se dejó sentado que “las acciones de garantía constituyen sumarísimos mecanismos procesales de defensa pero solo respecto de derechos constitucionales traslúcidos y evidentes” (STC Exp. N° 0349-97-AA/TC, f.j. 5)”.*

Asimismo: “... corresponde al recurrente la puesta en evidencia del agravio, así como la precisión de los hechos en que se basa el mismo. En este sentido (...) no basta (...) la enumeración irresponsable de los supuestos derechos violados sin que exista argumento que vincule tales invocaciones con los hechos descritos (STC Exp. N° 8823-2006-PA/TC f.j. 04)”.

---

<sup>305</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *“Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano”*, Themis, Época 2, N° 27-28, 1994, pp. 119-129. En: ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*. Tomo I, Ob. Cit., p. 793.

Esto último también debe estar relacionado también sustancialmente con el inc. 06) Art. 42° del Código Procesal Constitucional que prescribe: El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de los que se pide; ya que la determinación de los hechos (violación y amenazas por acciones u omisiones) debe estar acreditada. Esta situación en el amparo ambiental es compleja debido a su naturaleza, al respecto: *“En las demandas de amparo presentadas para la tutela del derecho al medio ambiente, el tema de la prueba reviste especial importancia, pues corresponderá a la parte demandante acreditar la amenaza o afectación del derecho, sobre la base de elementos que en la mayoría de casos puede implicar la revisión de información altamente especializada sobre la materia (informes, expedientes técnicos, estudios de impacto ambiental, etc.), lo que puede llevar a las autoridades jurisdiccionales a considerar imposible resolver la controversia a través de un amparo”*<sup>306</sup>.

Concluimos en este punto, que los procesos de amparos ambientales en nuestra normatividad y jurisprudencia, están determinadas por la actividad probatoria que realice el amparista al momento de su incoación. Sin embargo, que sucedería si se presentan sólo indicios ello devendría en un pronunciamiento de improcedencia, infudada o activismo judicial, como veremos más adelante.

#### **4.3.3. Tratamiento jurisprudencial de la prueba en el amparo ambiental**

Partiremos con algunos datos estadísticos que fueron recogidos en la obra “Barreras Legales y Jurisprudenciales – en el acceso a la justicia ambiental en los ámbitos constitucional, civil y penal” del Dr. HERRERA ATENCIA Rubén, en la que se identifican diversas barreras o obstáculos que afronta los procesos constitucionales en su afán de proteger al medio ambiente (siendo: las vías igualmente satisfactorias, falta de estación probatoria y dictamen administrativo); cuyas muestras si bien no abarca la temporalidad total de nuestra investigación, ello nos servirá de referencia por tratarse de casos conocidos por el Tribunal Constitucional; al respecto:

---

<sup>306</sup> HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *“Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo”*, Ob. Cit., pp. 337.338.

*“Se han revisado todas las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional desde el año 1996 hasta el año 2007, encontrándose un total de 13 sentencias referidas directamente a la protección del medio ambiente.*

*[...]*

*De las trece sentencias constitucionales se ha detectado que únicamente tres sentencias declararon fundada la demanda, mientras que el resto ha declarado improcedente o infundada la demanda debido a la existencia de diversas barreras como por ejemplo, tres sentencias consideran que la vía administrativa y la contencioso administrativa constituyen vías igualmente satisfactorias, por lo que no procede la protección constitucional, una sentencia considera que es suficiente el dictamen administrativo emitido por la institución que otorgó el permiso de operación a una empresa, para que se exonere de responsabilidad a dicha empresa, sin tener en consideración que este dictamen podría estar parcializado, ya que emitir un dictamen contradictorio implicaría reconocer una autorización viciada; finalmente, tenemos que seis sentencias han establecido que a la ausencia de estación probatoria como una barrera de acceso a la justicia ambiental”<sup>307</sup>.*

De este estudio cuantitativo se evidencia que la barrera principal del acceso a la justicia constitucional es la ausencia de la etapa probatoria característico en este tipo de procesos; asimismo de las barreras identificadas en ellas como: las vías igualmente satisfactorias, falta de estación probatoria y dictamen administrativo o agotamiento de las vías previas; pertenecen sólo a los criterios de procedibilidad de la acción de amparo como abordamos anteriormente.

Con respecto a los casos concretos, existen una miscelánea de casos conocidos por el Tribunal Constitucional, en la que algunos el tema probatorio se realizan sin dilaciones de tiempo debido a una mera recabación (o revisión) documental e informes de entidades pertinentes para acreditar el hecho o acto

---

<sup>307</sup> HERRERA ATENCIA Rubén. Ob. Cit., pp. 71-72.

reputado de inconstitucionalidad y por otro lado existen casos sumamente complejos, cuya resolución no versan sobre el fondo del asunto y en otros sí, pero también existen otros casos que realizan diversos aportes a la tutela del derecho al medio ambiente y al desarrollo del derecho ambiental, como el desarrollo del principio precautorio.

En el supuesto que la controversia puede resolverse en base a la prueba documental que aporten las partes, sucedió cuando el Tribunal Constitucional declaró fundada una demanda porque consideró que el área destinada a un parque no podía ser adjudicada a una asociación de comerciantes para su conversión a mercado. En tal oportunidad, bastó con examinar las resoluciones e informes presentados por las partes para determinar que COFOPRI no tenía competencia para reasignar el destino de las áreas verdes –esa atribución le corresponde a las Municipalidades-, y que la recomendación expuesta en el Informe de la Oficina de Plan de Desarrollo Metropolitano de la Municipalidad de Lima justificaba la negativa a un cambio de uso (Exp. N° 03448-2005-PA/TC, F.J. 9)<sup>308</sup>.

Sin embargo, existen hechos que requieren una mayor intensidad probatoria, donde el Tribunal Constitucional en los pocos casos que ha conocido ha fijado algunos criterios que es importante resaltar. En primer lugar, ha reconocido jurisprudencialmente el principio precautorio el mismo “comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenazas sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el medio ambiente” (Exp. N° 0048-2004-AI/TC, F.J. 18)<sup>309</sup>. Aplicando este principio en un caso concreto declaró fundada una demanda de amparo pese a reconocer que científicamente no existía consenso respecto a si la propagación de ondas electromagnéticas afectaba el derecho a un medio ambiente sano y adecuado (Exp. N° 0964-2002-AA/TC, F.J. 11)<sup>310</sup>. En tales casos se admite que no se requiere una “certeza absoluta” (Exp. N° 3510-2013-

---

<sup>308</sup> Caso Asociación de Propietarios del Sector Imperial del Asentamiento Humano Pamplona Alta – Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 03448-2005-PA/TC de fecha 01 de Julio de 2005, dicha demanda fue declarada fundada sin discordia de magistrado alguno.

<sup>309</sup> Caso de las Regalías Mineras – suscitado entre José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos – Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0048-2004-PI/TC de fecha 01 de Abril de 2005.

<sup>310</sup> Caso Alida Cortez Gómez de Nano – Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0964-2002-AA/TC de fecha 17 de marzo de 2003, dicha demanda fue declarada fundada sin discordia de magistrado alguno.

AA/TC, F.J. 4)<sup>311</sup>, aunque sí “resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes proporcionales y razonables” (Exp. N° 4223-2006-PA/TC. F.J. 34)<sup>312</sup>.

En segundo lugar, el TC en este tipo de procesos puede – y debe – solicitar informes a las autoridades competentes a efectos de resolver adecuadamente la controversia. Así lo hizo en la demanda de amparo presentada contra una empresa por la contaminación producida por sus actividades industriales, pues afirmo en una controversia de esta naturaleza: “es obligación del juzgador constitucional presentar una atención preferente a su dilucidación, la que muchos veces depende, no solo de apreciar lo que las partes pueden alegar en un sentido u otro, sino de lo que se puede actuar en favor de un mejor esclarecimiento de las cosas. De ahí la necesidad de que, como en el presente caso, se haya optado por solicitar informaciones complementarias con la finalidad de que lo que va a resolverse responda a un adecuado razonamiento sustentados en suficientes elementos documentales o informativos”, (Exp. N° 3510-2003-AA/TC, F.J. 3)<sup>313</sup>.

Pese a que en dicho caso la demanda fue desestimada, el TC exhorto a los Ministerios de Salud y la Producción así como a la Municipalidad Provincial del Callao y Distrital de Bellavista, a que “a través de sus respectivos órganos competentes y dentro del marco de su sistema de gestión ambiental nacional, regional y local, realicen inspecciones periódicas en la empresa PRAXAIR Perú S.A., a fin de prevenir cualquier tipo de contaminación ambiental”. En todo caso, estos son límites que se presenta en el proceso de amparo<sup>314</sup>.

---

<sup>311</sup> Caso Julio César Huayllasco Montalva – Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 3510-2003-AA/TC de fecha 13 de Abril de 2005, dicha sentencia es sumamente peculiar debido a que fue declarada infundada con un voto singular del Magistrado Gonzales Ojeda, quien fundamenta su voto por ser declarada fundada la demanda.

<sup>312</sup> Cfr. ABAD YUPANQUI, Samuel B. “*El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado: Las dificultades del proceso de amparo para su tutela*”. Ob. Cit., pp. 205-206.

<sup>313</sup> Caso Julio César Huayllasco Montalva – Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 3510-2003-AA/TC.

<sup>314</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel B. “*El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado: Las dificultades del proceso de amparo para su tutela*”, Ob. Cit., p. 206.

Por último con respecto al desarrollo del principio precautorio en las acciones de amparos ambientales, recae en el Exp. N°04216-2008-PA/TC<sup>315</sup>, resultando particularmente relevante porque permite al Tribunal desarrollar aquello que denomina controles extraordinarios, los que se sustentan en el principio precautorio y medidas de cautela<sup>316</sup>. Que, precisa que de la revisión de los medios probatorios del caso no se ha generado certeza suficiente para determinar la vulneración del derecho a un ambiente sano y equilibrado; sin embargo, sí se brindaron indicios suficientes para activar mecanismos mínimos de protección. Por lo tanto, se concibieron la materialización de medidas de cautela, las que son entidades como medidas supletorias que sirven para brindar seguridad a los recurrentes frente a los indicios generados y que podrían tener impactos en su vida.

Sobre este caso cabe la pregunta si fue pertinente la adopción de estas medidas precautorias como pronunciamiento de fondo, al respecto: *“... el TC declara fundada en parte la demanda, no ordena la clausura de la planta de harina, sino que dispone la realización de medidas de cautela, esto es, ordena a la OEFA la realización de una investigación; a la Defensoría del Pueblo, que haga seguimiento al proceso de fiscalización realizado por esta última; y, a la Contraloría, que investigue las irregularidades administrativas. En principio, nos parece interesante el desarrollo de estas medidas de cautela, sin embargo, nos preguntamos si con ellas en el fondo, no se está quizás dilatando la debida protección los derechos afectados. ¿Por qué el TC no le pide a la OEFA y a la Contraloría que realicen estudios y una vez recibidos esos informes, analizados adecuadamente y despejadas las dudas, se pronuncie en forma definitiva, concediendo o rechazando la protección requerida? Si los procesos constitucionales buscan proteger los derechos fundamentales y restituir las cosas al estado anterior a la ocurrencia de la violación, nos preguntamos en qué grado estas medidas de cautela concreta esta finalidad “restitutiva”. En nuestra opinión, estas tienen una naturaleza provisional, pues no protegen en términos*

---

<sup>315</sup> Proceso que se inicia el 25 de mayo del 2007, cuando Nory Wilfredo Ramos, interpone demanda de amparo en contra de la Pesquera Natalia S.A.C., a nombre suyo y en representación de los agricultores del Valle de Pescadores del Distrito de Ocoña, Provincia de Camaná – Arequipa.

<sup>316</sup> Cfr. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *“La configuración del amparo ambiental y las medidas de cautela”*, Gaceta Constitucional, Tomo 64, Abril – 2013, Lima, pp. 169-170.

*concretos y materiales nada. En definitiva, las medidas de cautela resultan necesarias y oportunas, y eso se valora, pero de cara a los afectados, son insuficientes en la medida en que no concretan una adecuada tutela judicial efectiva*<sup>317</sup>.

Es importante también mencionar el caso del sobre vuelo de los aviones del Aeropuerto Jorge Chavez – Exp. N°6219-2006/TC; con fecha 14 de Septiembre del 2004, la Municipalidad Distrital de Bellavista, representada por su alcalde, interpone demanda de amparo contra el Ministro de Transportes y Comunicaciones, con el objeto de que se ordene en forma inmediata el cambio de ruta de los aviones que ingresan y salen del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, por considerar que es público y notorio que en forma diaria y constante la polución o ruidos molestos de los aviones comerciales que ingresan y salen del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, exceden ampliamente los instrumentos de gestión del área<sup>318</sup> y ocasionan un grave atentado contra la salud y la vida de las personas que viven en la Provincia Constitucional del Callao, y Específicamente, en el Distrito de Bellavista.

El Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía previa. En cuanto al fondo de la controversia, niega y contradice la demanda por considerar que no se han precisado los hechos u omisiones supuestamente violatorios de los derechos reclamados.

El Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Lima, con fecha 14 de Julio del 2005, declara infundada la excepción deducida e improcedente la demanda, fundamentalmente por considerar que de los términos de la demanda y de sus recaudos no se colige la existencia de una clara violación de los derechos invocados, informe que fue presentado por los recurrentes<sup>319</sup>, estimando que el petitorio demandado supone la necesidad de una etapa probatoria, a fin de

---

<sup>317</sup> *Ibidem*.

<sup>318</sup> límites establecidos en el Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido en Zona Residencial, que fija 60 dC para el horario nocturno frente a los más de 100 dC que se vienen produciendo, lo que ocasiona un evidente daño en la salud de los vecinos.

<sup>319</sup> Informe N° 418-2004/DEEPA, evacuado por la Dirección General de Salud, si bien concluye que el nivel de decibeles supera los límites del estándar nacional de calidad ambiental, ha sido elaborado durante un periodo de alto tráfico aéreo, lo que no permite acreditar que el nivel de ruido sea constante y permanente y menos aún actual, en relación con la fecha de presentación de la demanda.

corroborar la existencia de actos lesivos, no siendo el amparo la vía idónea para tal objetivo.

La recurrida confirma la apelada, esencialmente por sus mismos fundamentos, agregando que, conforme al inciso 2) del Artículo 5 del Código Procesal Constitucional, no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado<sup>320</sup>.

Ante ello, la Municipalidad demandante, interpone recurso de agravio constitucional, generándose el Exp. N° 6219-2006-PA/TC, pronunciándose el TC básicamente en cuestiones de forma, como se aprecia en el ítem 04 de la parte considerativa de la sentencia: *“El hecho de que este Colegiado se vea obligado a desestimar la presente demanda esencialmente por las razones de insuficiencia probatoria aquí graficadas, no significa que se esté pronunciando a favor o en contra de la legitimidad en torno de la pretensión de fondo, sino únicamente subraya la necesidad de que la demanda interpuesta, en caso de que resulte replanteada, sea canalizada con mayores elementos de discernimiento que los que actualmente aparecen en el expediente”*<sup>321</sup>.

Podemos advertir que la sentencia citada, fue iniciada por un ente válidamente legitimada por el código procesal constitucional y formulada de forma adecuada; sin embargo el TC ha obviado tutelar los derechos difusos demandados, por cuestiones netamente formales, no mostrando dinamismo el juez constitucional, a fin de realizar actividad probatoria de oficio, y cumplir su rol de garante de derechos fundamentales.

Asimismo, ni siquiera se hace alusión a la alteración del medio ambiente, todo versa sobre el tema salud. No obstante, habría que rescatar algo muy importante, se analizó los derechos vulnerados en forma directa que sería el derecho a la salud, ya que el derecho al medio ambiente sería la complementariedad de este o en todo caso sería el derecho vulnerado de forma

---

<sup>320</sup> Antecedentes de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° Exp. N° 6219-2006-PA/TC del 25 de setiembre del 2006.

<sup>321</sup> Fundamento N° 04 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 6219-2006-PA/TC del 25 de setiembre del 2006.

indirecta; sin embargo ello no era óbice para que el TC se pronuncie por dichas incidencias.

También en el caso sobre el relleno sanitario “La Vizcacha” en el Exp. N° 02170-2007-PA/TC<sup>322</sup>: “Que el 19 de abril de 202 los recurrentes interpusieron demanda de amparo contra la Empresa Municipal de Saneamiento Ambiental La Vizcacha y la Municipalidad Distrital de Puente Piedra solicitando se disponga la clausura definitiva del Relleno Sanitario “La Vizcacha”, porque su funcionamiento afecta su derecho a un medio ambiente sano y equilibrado (...) Que en el caso concreto fluye de autos que una vez agotada la vía administrativa el acto cuestionado puede ser discutido a través del proceso contencioso – administrativo establecido en la ley N° 27584. Dicho procedimiento constituye en los términos señalados en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, una “vía procedimental específica” para restituir los derechos constitucionales presuntamente vulnerados a través de la supuesta actividad ilegal de la Administración, a la vez que una vía “igualmente satisfactoria” respecto al “mecanismo extraordinario” del proceso constitucional, tanto más si su esclarecimiento requiere de un proceso con etapa probatoria”. Por lo que declararon improcedente la demanda.

Esta sentencia es un tanto contradictoria porque infiere en su emotio que la vía idónea para tutelar el derecho invocado es la vía contenciosa administrativa; sin embargo finaliza que el proceso de amparo carece de estación probatoria; infiriéndose así que no existió un pronunciamiento de fondo analizando el estado de vulnerabilidad del derecho fundamental invocado para ser atendido prioritariamente por el proceso de amparo o por el proceso contencioso administrativo; más aún si se argumentó que existe otra vía idónea para su tutela ya no existiría razón ni necesidad de alegar ausencia probatoria del amparo; ya que a criterio del colegiado de existir su procedencia obviándose el proceso contenciosos administrativo la demanda no sería atendible porque su esclarecimiento requiere de etapa probatoria.

---

<sup>322</sup> Caso suscitado entre Sixto Augusto ALBERCA ORTEGA y otro contra Empresa Municipal de Saneamiento Ambiental La Vizcacha y la Municipalidad Distrital de Puente Piedra – Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 02170-2007-PA/TC del 09 de noviembre del 2007.

Observándose de este listado de resoluciones del Tribunal Constitucional, se aprecia que la acreditación del acto u omisión inconstitucional que vulnera al derecho del medio ambiente o simplemente equiparado como el daño ambiental es mayormente documental y se encuentra al libre albedrío del juez. También el problema de fondo son con los casos que demanden actividad probatoria compleja, que muchas veces no está al alcance del amparista su comprobación; existiendo dos efectos: su procedencia o improcedencia, quedando al albedrío del juez constitucional no sujeta a canon alguno, y por último el principio precautorio al acreditar la incertidumbre científica, tiene como consecuencia la reposición del derecho invocado o sólo es una solución provisional. Por último, no existe un régimen probatorio especial, como periciales, carga de la prueba dinámica, siendo incierto muchas veces el pronunciamiento de fondo.

A demás, no quisiéramos concluir sin manifestar que la mayoría de las resoluciones antes mencionadas, concluyen que la vía idónea para tutelar el derecho del medio ambiente ante la presencia de actuaciones probatorias complejas sería el contencioso administrativo, situación que discrepamos porque ello dependerá del caso concreto, como detallaremos más adelante.

#### **4.3.4. El deber de instrucción o investigación del juez constitucional**

Cabe resaltar que el Tribunal Constitucional ha sustentado los que denomina “deber de investigación o de instrucción del juez constitucional”, dentro de los procesos de amparos ambientales y ello a fin de realizar actuación probatoria. En este orden de ideas, a través de la STC Exp. N° 02682-2005-PA/TC<sup>323</sup> el Tribunal ha sustentado lo que denomina “deber de investigación o de instrucción del juez constitucional”. Dicho deber se deriva del “principio de interpretación desde la Constitución”, por el cual se reconoce que el derecho al medio ambiente sano y adecuado “detenta un especial valor material en el sistema de derechos constitucionales dada su condición de presupuesto para el ejercicio de los otros derechos, tal como el caso del derecho a la vida, a la salud”, así como del artículo II del Código Procesal Constitucional, por el cual son fines

---

<sup>323</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 02682-2005-PA/TC, fundamento jurídico N° 06. Citado en: VERGARAY D'ARRIGO, Giuliana. Ob. Cit, p. 19.

esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Así, pues, al admitir la demanda, el juez debe *“acopiar toda información relevante que contribuya a formar plena convicción respecto a cada uno de los extremos del hecho controvertido – la amenaza o lesión del derecho al medio ambiente adecuado-, valiéndose, a tales efectos, de todas las instrumentales que pueda solicitarse de los órganos competentes e, incluso, de exigirlo así las características del caso, de efectuar una inspección ocular en el lugar de la presunta amenaza o lesión de un derecho constitucional”*<sup>324</sup>.

Este deber de instrucción del juez constitucional que parte del principio de interpretación desde la Constitución, es sumamente interesante para los fines de nuestra investigación, sólo cabe la pregunta ¿por qué no se realiza su invocación en todos los casos de amparos ambientales que realmente lo ameritan?, la respuesta está en el propio texto del Art. 09° del Código Procesal Constitucional que deja abierta a la discrecionalidad del juez la actividad probatoria.

Es interesante el principio de interpretación desde la Constitución, a fin de resaltar la importancia del derecho al medio ambiente, incluso dotándole de importancia como condición necesaria para el disfrute de otros derechos, jurisprudencia que no es tan seguida al parecer, pese que es expedida por el intérprete de la Constitución. Por otro lado, también en STC Exp. N° 05270-2005-PA/TC<sup>325</sup> el Tribunal considera que el deber de instrucción o investigación del juez “no implica que la parte demandante no deba actuar diligentemente a fin de probar su pretensión, ya que de lo contrario estaría procediendo temerariamente”, en todo caso, el juez puede solicitar la colaboración de agencias estatales. Adicionalmente, en la STC Exp. N° 04216-2008-PA/TC<sup>326</sup> el Tribunal determina que si el demandante ha realizado una labor probatoria diligente, puede solicitar la inversión de la carga de la prueba, para los casos en los que los medios probatorios resulten difíciles de obtener.

---

<sup>324</sup> Ibidem.

<sup>325</sup> STC Exp. N° 05270-2005-PA/TC, f.j. 20 Citado en: VERGARAY D'ARRIGO, Giuliana. Ob. Cit, p. 19.

<sup>326</sup> Ibidem.

Estas citas jurisprudenciales en materia de amparo ambiental es sin duda coadyuvantes para la labor del juez constitucional para tutelar el derecho al medio ambiente; sin embargo, estas al no constituir precedentes vinculantes y pese a la calidad del órgano que la expide no son seguidas, y como repetimos los amparos ambientales están sujetas a la discrecionalidad del juzgador.

Por último consideramos que el deber de juez instructor constitucional, también está relacionado con el principio de dirección judicial que debe determinar el rol del juez de amparo en el proceso: *“Bajo este principio. Como ya se podrá apreciar, el juez asume un rol determinante en el proceso constitucional de amparo, y no se limita a observar la actividad procesal de las partes, sino que va a ser quien la encamine hacia el resultado del proceso e, inclusive, promueva (a través de los mandatos judiciales correspondientes) los actos procesales necesarios a fin de impulsar el proceso, esclarecer los hechos, formarse convicción de los mismos y resolver en consecuencia, dándole así solución al conflicto de intereses de naturaleza constitucional que fuera puesto en su conocimiento”*<sup>327</sup>. Como vemos de esta cita, existe una influencia de la teoría general del proceso al admitir esta importación del principio de dirección judicial al proceso de amparo, para fines estrictamente constitucionales, lo cual mantiene sintonía con nuestra propuesta.

Asimismo, este principio de dirección judicial tiene relación con el deber de juez instructor en el tema probatorio, en las denominadas pruebas de oficio, al respecto ETO CRUZ Gerardo: *“La prueba de oficio, por ejemplo, puede resultar del impulso y la dinámica que el juez le imprima; lo que, por lo general, no ocurre en los procesos ordinarios. Así, este tipo de prueba está recogido en el artículo 9° del CPConst., que ha delegado en el juez la potestad de disponer de oficio la realización de alguna actuación probatoria que considere indispensable para la resolución de la controversia constitucional, aun cuando como el mismo código dispone, en este proceso constitucional no existe etapa probatoria”*<sup>328</sup>. Es hasta aquí de todo lo desarrollado que existen diversos

---

<sup>327</sup> HINOSTROZA MINGUES, Alberto. “Comentarios – Código Civil”, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 28-29. Citado por: ETO CRUZ, Gerardo (2013). *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*. Tomo I, Ob. Cit., p. 574.

<sup>328</sup> *Ibidem*.

insumos doctrinales y jurisprudenciales para alentar la actividad probatoria del juez, sin olvidar la naturaleza sumaria del amparo, a fin de tutelar el medio ambiente, entonces la propuesta en este trabajo es tratar reglar la discrecionalidad del juez a fin de obtener jurisprudencia uniforme.

#### **4.3.5. El amparo ambiental interpuesto contra la Minera Yanacohca S.R.L. y otro.**

Este caso es muy especial y no puede dejarse de hacer mención en el presente trabajo, si bien es cierto que se trata de un auto expedido por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 03673-2013-PA/TC<sup>329</sup>; pues sus efectos son bondadosos, ya que declara nula las resoluciones de primer y segundo grado al declarar estas la improcedencia liminar y confirmarla la demanda de amparo ambiental dirigida contra el proyecto minero mencionado y el Ministerio de Energía y Minas, que tenía por objeto la suspensión de la explotación del Proyecto Minero Conga y la Resolución Administrativa Directoral N° 351-2010-MEM/AAM que aprobaba el estudio de impacto ambiental de dicho proyecto, ello por constituir una amenaza al derecho fundamental a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado, por existir ciertos cuestionamientos en dicho instrumento de gestión ambiental; pese a que el actor acompañó en su demanda abundantes informes técnicos y periciales, fue declarada improcedente, por alegarse que el proyecto al estar paralizado no genera de por sí una amenaza y la solicitud de la suspensión de un acto administrativo se deberá de realizar en la vía administrativa correspondiente, es decir el actor debió agotar la vía administrativa (posiblemente ello fue una excepción formulada por la parte demandada para generarse este incidente).

Es importante este caso, pese a ser una resolución de un auto y no constituir precedente, el Tribunal Constitucional desarrolla argumentos muy interesantes, por tres motivos: Primero; precisa los aspectos o contenidos del derecho al medio ambiente haciendo énfasis al tema preservación y prevención de daños al mismo, que genera el principio de prevención que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia,

---

<sup>329</sup> Amparo ambiental interpuesto por Marco Antonio ARANA ZEGARRA contra la Minera Yanacocha S.R.L y el Ministerio de Energía y Minas, Auto contenido en el Exp. N° 03673-2013-PA/TC de fecha 11 de Diciembre de 2014.

poniendo el mayor celo posible en tal empeño; utilizando para ello el término daño medioambiental como menoscabo de dicho derecho. Segundo; reconoce la obligación de preservar y conservar un ambiente equilibrado, que debe igualmente ser cumplida por todos los órganos jurisdiccionales de todos los niveles, incluyendo a los encargados de administrar justicia constitucional. Tercero; deja entrever que el juez constitucional tiene diversos recursos establecidos por el código procesal constitucional (Arts. 09°, 53°, 22° y 119° del Código Procesal Penal) las cuales deben ser utilizadas de oficio para dilucidar la existencia de vulneración o amenaza de derechos fundamentales.

Esa línea argumentativa del Tribunal Constitucional, nos remite a la idea que una de las formas de tutela de uno de los contenidos del derecho al medio ambiente, como la preservación del medio ambiente, sería a través del principio de prevención y que dicho aspecto vincula a todos los órganos jurisdiccionales incluida la constitucional; asimismo, determina que el juez constitucional puede conocer causas de gran magnitud cuando de por medio existan temas técnicos, las mismas que fueron abordados y tratados de acreditar por la parte demandante en la medida posible; sin embargo, no va más allá, con respecto a la valoración de la prueba para la acreditación del daño ambiental en sede postulatoria de la demanda como dentro del proceso de amparo ambiental. Pudiendo en todo caso, tomar a esta sentencia como corolario: que son admisibles las demandas de amparo ambiental cuando el amparista ha tratado de comprobar con todos los medios y forma posible su pretensión, deberán de ser admitidas.

Respecto a los recursos establecidos en el Código Procesal Constitucional que refiere el Tribunal Constitucional, en particular el Art. 09° de dicho cuerpo normativo, parece inducir al juez constitucional a realizar actuaciones probatorias de oficio en el amparo ambiental; por ello es preciso reforzar las actuaciones de oficio en el amparo desde la óptica del proceso en general como: *“Debe entenderse que la introducción de la prueba oficiosa en el proceso debe obedecer a un ideal de justicia, es decir, para la realización de la justicia material en el caso concreto. Vale apoyar la idea que la actividad probatoria oficiosa es, en muchos casos, una necesidad impuesta por el Derecho*

a la tutela efectiva, que reclama una resolución de los conflictos planteados ante los órganos jurisdiccionales de acuerdo con la realidad de los hechos enjuiciados”<sup>330</sup>. Es ese ideal de justicia en busca de tutela que trataremos de implantar en el amparo ambiental propuesto en el presente trabajo.

#### **4.4. El proceso de amparo ambiental como instrumento**

Después de expresar que el proceso de amparo ambiental, es sumamente especial por su objeto y estructura; se debe tener presente que el tema probatoria es de suma importancia para cualquier proceso, más aún del proceso de amparo, al respecto: “*En el corazón del proceso de amparo, como en el de cualquier otro proceso, se encuentra específicamente toda la temática vinculada a la prueba, como actividad esencial a desarrollar en el marco de un juicio para aportar al juzgador la mayor claridad posible sobre los hechos en relación a los cuales versa el proceso*”<sup>331</sup>. Ello es muy acorde con nuestro modelo de amparo que tratamos de proponer (como instrumento).

No obstante por la propia naturaleza de la acción de amparo se omite una actividad probatoria, sólo están permitidas aquellas pruebas que no requieran actuación y las que el juez estime pertinentes, sin afectar la duración del proceso, según el código procesal constitucional. Lo que nos lleva a imaginarnos que existe una relación directamente proporcional e irreconciliable entre complejidad y urgencia; ya que mientras más compleja sea el caso habrá más dilación procesal.

Este modelo de proceso de amparo ambiental propuesto para los fines de la presente investigación, se relaciona con la instrumentalidad del proceso, es decir que el proceso de amparo ambiental será el instrumento idóneo para tutelar el derecho fundamental al medio ambiente y será la base del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en donde éste proceso se deberá adecuar al derecho material es decir al derecho del medio ambiente y dejar de lado toda ritualismo procesal que no cumpla con los fines de la materialización del derecho al medio

---

<sup>330</sup> RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: Un análisis racional y práctico*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona – Buenos Aires, 2011, p. 139.

<sup>331</sup> K. SAFI, Leandro. *El Amparo Ambiental*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 345.

ambiente; obviamente ello no demandará la desnaturalización del amparo en general.

Es así que el derecho material – derecho al medio ambiente, cuya vulneración se expresan en vulneraciones o amenazas reputadas como inconstitucional deberían ser equiparables o contenidos dentro del daño ambiental; siendo esta de naturaleza compleja y cargada de incertidumbres; se deberá de adecuar a los fines del amparo ambiental, para lo cual el diseño de prueba que presenta el amparo deberá de ajustarse a estas necesidades. Es decir, acreditar el daño ambiental que recoge la lesión del derecho al medio ambiente, que al final constituyen hechos, fenómenos o resultados fácticos.

Lo antes mencionado, encuentra sintonía con los actuales criterios sobre la decisión justa (el cual incidirá en un modelo de proceso justo), propuesta por el maestro TARUFO Michele<sup>332</sup> que servirá de base teórica para el presente trabajo. Cabe acotar, sin embargo, que el canon de justicia empleado por el Profesor Italiano que aquí asumieramos, es un ideal de justicia, en el mayor grado posible; esto es, en un nivel de corrección no absoluto donde pueda arribarse a una única respuesta correcta y justa, sino en un grado de racionalidad y razonabilidad lo más elevada posible<sup>333</sup>.

Así, la teoría de la decisión justa en el proceso judicial supone para Michele Taruffo, la presencia, necesaria y concomitante, de estos tres elementos:

- a) Corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso;
- b) Comprobación confiable de los hechos importantes del caso; y
- c) Empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión<sup>334</sup>.

En cuanto al primer elemento; tiene que ver con la definición de la premisa mayor del razonamiento judicial (quaestio iuris), solo reiteraremos que la definición de una regla justa para resolver el caso concreto ha tenido un gran

---

<sup>332</sup> TARUFO, Michele. *Ideas para una teoría de la decisión justa*. En: LEÓN FLORIÁN Felipe Johan. Ob. Cit., p. 56.

<sup>333</sup> *Ibidem*.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 57.

desarrollo en las últimas décadas, donde la ciencia jurídica a traspasado los estrechos límites del positivismo legalista que consideraba a la norma legal emitida por el parlamento la medida única de una decisión justa<sup>335</sup>.

Por su parte, en lo atinente a la *quaestiofacti*, esto es, a la determinación de los hechos en el proceso; puede decirse muy sucintamente que el ideal de decisión justa solo puede cumplirse si los enunciados fácticos definidos en la sentencia se corresponden, de modo racional y con un alto grado de probabilidad, visto el material probatorio actuado, con los hechos efectivamente ocurridos en la realidad. Una decisión basada en hechos equivocados, afirma Tarufo, no puede considerarse, en modo alguno, como una decisión justa<sup>336</sup>. Es sobre esta distinción de la importancia de los hechos en el proceso que hoy en día adquiere mayor importancia, a efectos de obtener un proceso justo y con ello una sentencia justa.

Por otro lado, existen tendencias de concepciones de la prueba en el proceso enfocadas al hecho preponderantemente, y que hace duras críticas a su formación teórica y práctica, con es la formulada por el Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante GONZÁLES LAGIER Daniel: “..., *la doctrina procesal ha construido un Teoría de la Prueba desde las normas, preocupándose fundamentalmente por las reglas que regulan la actividad probatoria o determinan qué pruebas están prohibidas. Por último, la teoría de la argumentación jurídica ha centrado su atención en la argumentación judicial, pero planteándose casi exclusivamente los aspectos de la decisión judicial relacionados con las normas (los argumentos interpretativos, la ponderación entre principios, los criterios de racionalidad normativa, etc.), relegando a un segundo plano la argumentación en materia de hechos*”<sup>337</sup>.

Es interesante el planteamiento del profesor GONZÁLES LAGIER Daniel, ya que nos permite deslumbrar la importancia de los hechos en la teoría de la prueba y en una decisión justa, ya que una decisión en hechos equivocados no sería una decisión justa. Lo mencionado también es seguido por otros autores

---

<sup>335</sup> *Ibidem*.

<sup>336</sup> *Ibidem*.

<sup>337</sup> GONZÁLES LAGIER, Daniel. “*QuaestioFacti (ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*”, N° 04, Temis – Palestra, Bogotá – Lima, 2005, p. 13.

como GOZAINI Osvaldo Alfredo: *“Determinar el hecho en el contexto de la decisión significa esencialmente definir cuál es el hecho “concreto” o “histórico” al que se aplica la norma idónea para decidir el caso o bien; pero no es lo mismo establecer cuál es el hecho controvertido para posteriormente decidir cuál es la norma que debe serle aplicada”*<sup>338</sup>. De ahí la necesidad de fijar los hechos en un proceso a efectos de obtener una decisión justa, el cual obtiene complementariedad con nuestro modelo de proceso de amparo; ahora, la siguiente cuestión sería determinar que hechos se conocerían en los procesos de amparos ambientales.

#### **4.4.1. Los hechos en el proceso de amparo ambiental**

Mencionábamos, como criterio de procedencia general del proceso de amparo en el Art. 02° del Código Procesal Constitucional, que procede frente a amenazas o violaciones de derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona; el cual, debe ser interpretado concordadamente con el Art. 42° inc. 04) del dicho código, que prescribe como requisitos de la demanda de amparo, la relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional. Siendo así, las amenazas o violaciones al derecho constitucional, al final originan la alteración del mundo exterior, que podríamos llamarlos como hechos reputados de inconstitucionalidad.

La carga de la prueba de los hechos reputados de inconstitucionalidad, o la precisa narración y comprobada de los hechos, deberán presentarse en la demanda de amparo a cargo del amparista, como anteriormente se ha desarrollado; la narración y acreditación de los hechos demandados están referidos a los hechos suscitados que generaron la vulneración o los que amenaza agredir a futuro al derecho constitucional. Al respecto COLERIO Juan a manera de recomendación: *“... que la narración fáctica debe redactarse como si se tratase de un cuento: una introducción al problema que permita ubicarnos en el espacio temporal de los hechos, cuándo y dónde se suscitaron los mismos,*

---

<sup>338</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “La prueba en el proceso civil peruano”, Normas Legales, Trujillo, 1997, p. 165. Citado por: TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La Prueba – En el Nuevo Proceso Penal*, EBRA, Lima, 2009, p. 47.

*los sujetos intervinientes y la vinculación concertada o accidental que los relaciona; un desarrollo que detalle cronológicamente los acontecimientos descritos; y, un cierre o conclusión, a modo de desenlace en el que lo antes expuesto constituya una consecuencia lógica*<sup>339</sup>.

Asimismo, sobre otras importancias de la determinación de los hechos en el proceso de amparo: *“Además, solo a través de una correcta y clara narración de los hechos se garantiza el contradictorio dentro del proceso, permitiendo a las partes hacer las alegaciones que estimen pertinentes y presentando las pruebas necesarias para fundar sus argumentaciones, así como al juez, determinar los hechos controvertidos*<sup>340</sup>.

Es por ello que la alegación de los hechos prima facie en el proceso de amparo es sumamente importante al ser un criterio de procedencia, garantizar el contradictorio y vincular a todos los sujetos procesales a la determinación de los hechos. Asimismo, también a manera de técnica para su postulación al proceso es interesante, como refiere COLERIO Juan, proponerlo a manera de un cuento, es decir, proponerlos como hechos acaecidos de una consecuencia lógica.

Esto último; nos lleva a inferir de qué manera la prueba debería ir aparejada para cumplir la finalidad de los hechos como una consecuencia lógica, o dicho de otra manera, que efectos debería causar sobre los hechos, al respecto: *“La certeza que se obtiene por medio de la inferencia probatoria nunca es una certeza lógica. Siempre hay un margen, mayor o menor, para el error. Esta es una de las razones por las que se ha dicho que la finalidad de la prueba no es descubrir la verdad de los enunciados que han de probarse, porque la verdad es un ideal inalcanzable. [...] La verdad absoluta no sólo es inalcanzable para los jueces, sino para todos. Pero eso no nos autoriza a abandonar los esfuerzos para que nuestro conocimiento de la realidad se aproxime lo máximo posible a la verdad*<sup>341</sup>. La prueba para los efectos del presente trabajo, nos

---

<sup>339</sup> COLERIO, Juan P. *Los hechos en la demanda*. Citado por: ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*, Tomo I, Ob. Cit., p. 799.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 798.

<sup>341</sup> GONZÁLES LAGIER, Daniel. Ob. Cit., pp. 105-106.

remitirá a grados de certeza, más nunca, la verdad absoluta, entonces nos preguntamos: ¿Cuáles serían estos hechos en el proceso de amparo ambiental?

#### **4.4.2. La determinación de los hechos causales en el amparo ambiental**

Estos hechos de una estructura lógica, obedece a una construcción causalista del hecho; es decir, en el caso del daño ambiental como resultado de la alteración de los componentes del entorno o ambiente constituyen un resultado o fenómeno, el mismo que es generada siempre por un hecho causal; entonces, el daño ambiental para efectos del presente trabajo y dentro del amparo significará el fenómeno o hecho generado por una causa o causas; siendo trabajo del amparista demostrar la relación entre el daño ambiental y la acción y/o omisión del demandado reputada de inconstitucionalidad.

Sobre el daño y la relación de causalidad: *“Por cierto que el estudio del nexo causal es complejo y lo es más aún en el tema que nos ocupa. En materia ambiental no es común que el daño haya sido causado por un único hecho. A menudo un daño ambiental no es la consecuencia de una causa única, sino de una serie de causas que participan conjuntamente en su realización, y que aún pueden ser realizadas por más de un sujeto. Por eso, es complejo averiguar cuál de las múltiples condiciones es la que lo causó y en qué medida, pues lo más probable es que más de una causa sea la que produjo el perjuicio”*<sup>342</sup>. Esta cita nos da la idea que en nexo causal o la relación de causalidad es compleja como el daño ambiental.

Asimismo, para ayudarnos a determinar la relación de causalidad entre el daño ambiental y los hechos inconstitucionales o acciones dañinas al ambiente, tendremos presente el factor tiempo; ya que estos son hechos pasados o continuados.

Primero nos atreveremos a precisar sobre hechos pasados, (como podría ser un derrame de mercurio en el transporte para una explotación minera o la rotura de un mineroducto, como circunstancias pasadas), cuyo hecho se encuentra cerrado sin posibilidad a manipularlo, no obstante, el futuro si podría

---

<sup>342</sup> MOSSET ITURRASPE Jorge, HUTCHINSON Tomás y ALBERTO DONNA Edgardo. *Daño Ambiental*, Tomo I, Ob. Cit., p. 67.

manipularse con algunas circunstancias y con ello comprobar de manera indirecta la verdad o grado de certeza, al respecto VON WRIGHT: “*Aunque no podemos inferir en el pasado y hacerlo diferente de cómo fue, podemos ser capaces de interferir en el futuro y hacerlo diferente de cómo sería en otro caso*”<sup>343</sup>. Este postulado es de suma utilidad ya que nos permitirá analizar que en una causa en determinadas circunstancias ocurrida en el pasado determinará un fenómeno y también si podremos construir esta causa podremos producir el resultado y con ello demostrar la relación entre causa y efecto; obviamente no podría realizarse estos experimentos en detrimento del ambiente ello será posible siempre con el auxilio técnico en todo caso.

Asimismo, con los hechos continuados, podríamos decir que la determinación del nexo causal podrá determinarse con la paralización del acto u omisión a fin de constatar si persisten sus efectos. En conclusión, ello dependerá de las manipulaciones de las causas.

Sobre este último, en una situación de este tipo, podemos realizar los siguientes experimentos complementarios:

- 1) Primero podemos producir p y observar qué sucede con q. Supongamos que, en efecto, q tiene lugar.
- 2) En segundo lugar, podemos, en una situación similar, abstenemos de producir p y observar de nuevo/qué sucede con q. Supongamos que q continúa ausente.

Si las circunstancias de las dos situaciones son semejantes en sus aspectos relevantes, podemos concluir que, en la última ocasión, si p hubiera tenido lugar, entonces q también habría ocurrido. En palabras de VON WRIGHT, con estos experimentos “hemos llegado tan “cerca” de la verificación del enunciado condicional contrafáctico como es lógicamente posible, lo que, ciertamente, no significa que las leyes causales, las conexiones nómicas, sean susceptibles de verificación concluyente”<sup>344</sup>.

---

<sup>343</sup> VON WRIGHT. *Causality and Determinism*, Columbia University Press, 1972, p. 39. Citado en: GONZÁLES LAGIER, Daniel. Ob. Cit., pp. 105-106.

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 133.

Claro sólo cabe precisar que estos experimentos no pueden realizarse en detrimento del ambiente, ello sería antiético, salvo el auxilio técnico que no apoyara en dicho cometido, lo que se podría realizar es realizar la observación de los acontecimientos ya ocurridos, como por ejemplo: En muchos pobladores aledaños al proyecto minero presentan enfermedades respiratorias y desde que el proyecto minero ha cambiado su método de explotación y/o paralizado su labores, en los pobladores no se han reportado caso alguno de enfermedades respiratorias.

Este último planteamiento, nos será de mucha ayuda para las labores de acreditación del daño ambiental en el amparo; utilizando diversos supuestos en que dichas actividades mineras se habrían realizado en determinadas condiciones (pueden ser concesiones, método de explotación, circunstancias climatológicas, temporalidad, espacialidad entre otras) y ocasionaron tal resultado; salvo que se realice un mini experimento ordenado por el juez, aunque ello podría ocasionar detrimentos al medio ambiente (como se mencionó); pudiendo ser en todo caso un primer criterio en abstracto.

Asimismo; el autor desarrolla el término contrafáctico, como aquellas causas y acontecimientos en que determinan el fenómeno, para tratar de comprobar el resultado en su ausencia, al respecto: *“Como hemos visto, para mostrar que la asociación entre dos sucesos no se debe a una mera casualidad (persistentemente reiterada, pero casualidad al fin y al cabo), sino a una necesidad natural, habría que mostrar que entre los acontecimientos que relacionamos existe algún tipo de vínculo que nos permita extraer un condicional contrafáctico relativo a lo que hubiera sucedido si el acontecimiento (o conjunto de acontecimientos) que llamamos causa hubiera tenido lugar en una ocasión en la que, de hecho, no tuvo lugar. Es nuestra convicción en la verdad de un enunciado contrafáctico de este tipo la que nos permite distinguir la regularidad accidental de la necesidad natural”*<sup>345</sup>.

Son estos elementos contrafácticos que se tienen que tratar de individualizar en el proceso de amparo ambiental, entendiendo que el hecho

---

<sup>345</sup> *Ibíd.*, 132.

resultante y su causa no es una relación de causalidad sino de necesidad natural, ya que no todas las causas determinarían un mismo hecho y ello se debería a un sin número de causas concatenadas<sup>346</sup> y tratar de explicar cada una de ellas probablemente nunca concluiríamos y más aún si la relación de causalidad entre el hecho reputado de inconstitucionalidad y el daño ambiental es compleja. La relación de causalidad natural en el presente caso puede entenderse con el siguiente ejemplo: Si decimos que el enunciado “el cobre siempre se dilata con el calor” expresa una necesidad de este tipo, estamos afirmando que el calentamiento de cualquier trozo de cobre “exige físicamente” su dilatación, esto es, que es físicamente imposible que, si se aplica a un trozo de cobre, éste no se dilate. Ahora bien, esto implica algo más. Supongamos que se nos muestra un trozo de cobre que luego se destruye. Entonces estaremos dispuestos a afirmar: “Si ese trozo de cobre hubiera sido calentado, se hubiera dilatado”. Este enunciado es un condicional contrafáctico, esto es, una afirmación acerca de hechos que, en realidad, no tuvieron lugar<sup>347</sup>.

Es en el amparo ambiental que el juez deberá de buscar el hecho contrafáctico como causalidad de relación de necesidad natural que deberá estar envuelta por pruebas periciales, a fin de determinar el daño ambiental; como por ejemplo: a raíz de una rotura de un mineroducto se habría contaminado una laguna y con ello diversos daños a la población, flora y fauna aledaña, aquí el enunciado fáctico sería: “Si no se hubiera vertido agentes extraños a la laguna, no existiría alteración en el entorno”, esta circunstancia obviamente deberá estar aparejada de una serie de actividades probatorias siendo principalmente la pericial, acreditándose así el daño ambiental.

---

<sup>346</sup> “Lo mismo ocurre con acontecimientos más complejos. Supongamos que ante dos fenómenos relacionados causalmente tratamos de encontrar de qué manera están conectados, qué mecanismos hace que el primero produzca el segundo. Por ejemplo, giro la llave de coche y éste, en condiciones normales, se pone en marcha. Dar el contacto es la causa de que el coche arranque. Vemos que los dos acontecimientos están conectados, pero no vemos cómo. Comencemos nuestra investigación: al girar la llave se cierra un circuito, al cerrarse el circuito salta un chispa, al saltar la chispa se produce una explosión en la gasolina, la fuerza de la explosión impulsa unos pistones,... Pero nos encontramos con que cada par de acontecimientos de esta serie está conectado de una forma apenas distinta de aquella en la que están conectados los acontecimientos terminales. ¿Por qué al cerrar el circuito salta la chispa? Bueno, pues porque el paso de la electricidad hace que... ¿Y por qué el paso de la electricidad hace que...? Cada pregunta nos remite a una nueva conjunción de fenómenos. Si pudiéramos llegar a través de estas preguntas a acontecimientos causales últimos, en realidad lo único que podríamos observar es que aparecen constantemente unidos. Y que no nos pregunten porqué”. Cfr. DANTO, Arthur. *Qué es filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 153. Citado por: GONZÁLES LAGIER, Daniel. Ob. Cit., pp. 115-116.

<sup>347</sup> *Ibid.*, p. 126.

Son estos criterios que usaremos para los fines de la presente investigación, siendo primero un aproximado abstracto sobre la manipulación del futuro (tratando de producir la causa y el efecto) y el otro criterio es individualizando el hecho contrafáctico, como acontecimiento causal.

Por último estos criterios tienen que ser reflejados con una teoría y prueba judicial que refleje un pleno conocimiento de los hechos por el juzgador, como es: “... *dada la complejidad del razonamiento probatorio, un buen juez no sólo debe conocer las normas sobre admisibilidad de las pruebas o sobre el procedimiento probatorio, sino también los métodos de conocimiento de otras ciencias, dado que su labor es muy semejante en lo esencial a la de científicos e historiadores. Además, dado que la inferencia probatoria no sólo toma como reglas de inferencia máxima de experiencia y presunciones, sino también definiciones y teorías (al menos cuando hay que interpretar los hechos probados), es importante que el juez esté al tanto del análisis de “conceptos fácticos”, como los de acción, causalidad, intención, consecuencia no intencional, omisión, etc., que, desgraciadamente, salvo algunas excepciones, tampoco han sido objeto de estudio por la Teoría del Derecho*”<sup>348</sup>. Es en esa medida que existe la necesidad que el juez constitucional conozca plenamente los hechos, razón por la cual el juez debe poseer mínimamente conocimiento de biología, ecología entre otros a fin de no ser tan dependiente del perito.

#### **4.5. Particularidades de la prueba ambiental**

De todo lo esbozado hasta aquí, con respecto a la naturaleza del derecho al medio ambiente y daño ambiental, como del proceso del amparo ambiental; es menester señalar que la prueba a postularse en el proceso de amparo debe estar revestida de ciertas peculiaridades, para su éxito; para lo cual nos remitiremos a las peculiaridades establecidas a la doctrina extranjera, al respecto K. SAFI Leandro<sup>349</sup>, expresa:

- a) *Preconstitución probatoria. La actividad probatoria puede comenzar antes del inicio del proceso, con la finalidad de documentar los hechos*

---

<sup>348</sup> Ibid., p. 107

<sup>349</sup>Cfr. K. SAFI, Leandro. Ob. Cit., pp. 349-355.

sustanciales del pleito, a fin de facilitar la tramitación de la causa, y ello ocurre cuando se levantan actas notariales sobre un cierto estado de cosas, se encomiendan estudios científicos sobre determinadas muestras, se solicitan diligencias preliminares o pruebas anticipada ante una situación de riesgo, etc.

- b) *Actuaciones administrativas.* No resultará extraño que en este tipo de conflictos ambientales existan actuaciones administrativas que puedan estar vinculadas a la situación que pretende tutelarse a través del amparo. En tales supuestos el litigante puede tener acceso previo a dichas actuaciones, para informarse de su contenido, extraer copias, etc., amén de poder ofrecerlas como prueba para que sean aportadas oportunamente al proceso.
- c) *Exclusión de la prueba confesional.* Una particularidad del amparo contra la autoridad estatal está dada por el hecho de resultar improcedente la producción de la prueba confesional (art. 7° Ley Nacional del Amparo de Argentina). Tradicionalmente se ha excluido esta prueba en juicios contra el Estado, por estimarse que la voluntad de la autoridad no es psicológica sino orgánica, resultante de un procedimiento previo al dictado del acto, por lo que no podría alterarse con la declaración de un solo funcionario. Usualmente se supe la ausencia de este medio de prueba con un informe a los fines de que se relaten los antecedentes del caso, diligencia que en el amparo público se habría considerado cumplida con el informe circunstanciado que oficia de responder a la demanda.
- d) *Importancia de la prueba pericial.* Las causas ambientales suelen ser campo propicio para la producción de pruebas periciales, habida cuenta que no son pocos los casos que presentan cuestiones técnicas y/o científicas que requieren de una aclaración a través de un experto en la materia (v.gr., composición química del agua, consecuencias en la salud de un producto, etc.). Estos casos suelen exigir ayuda interdisciplinaria, para lo cual resulta indispensable el auxilio de peritos. En estos casos la doctrina suele inclinarse por el requerimiento de informes periciales a universidades, instituciones científicas, colegios profesionales, etc., tanto por el nivel de especialización y prestigio que ostentan, cuanto por los

- menores costos económicos y temporales que insumiría la realización de esta prueba.
- e) *Importancia de las presunciones.* Otra de las particularidades que la doctrina señala en materia de prueba ambiental se da en el campo de las presunciones. A estos efectos se señala que la mayor dificultad que puede surgir en la tarea de acreditar con prueba directa algunos extremos de la responsabilidad ambiental, puede suplirse mediante la aplicación de presunciones, destinadas a integrar razonablemente los resultados del proceso en grado de probabilidad. No se trata de dispensar la aplicación de las cargas probatorias, ni de salirse del régimen de la sana crítica y menos aún de ingresar al campo de las libres convicciones, sino de contemplar la posibilidad de que en casos de pruebas difíciles se atenúe la carga de demostrar una certeza absoluta (casi imposible), para permitir que la convicción judicial se abastezca cuando se alcance un grado de probabilidad suficiente, eventualmente desvirtuable por la actividad de la contraria.
- f) *Flexibilización de las cargas probatorias.* También de manera general la doctrina sostiene que en materia ambiental se produciría un cierta morigeración de las cargas probatorias tradicionales, que usualmente colocan en cabeza del actor la tarea de acreditar los presupuestos de la pretensión que invoca. En estos procesos, la naturaleza de los bienes en juego y la posición desigual de las partes del pleito, vendrían a justificar la aplicación de las cargas dinámicas o incluso la inversión de la carga probatoria colocándola en cabeza de la demandada.
- g) *Mayor actividad oficiosa.* En coherencia con lo expuesto, se ha reconocido que en los procesos ambientales el juez tiene mayor campo de actuación oficiosa para avanzar en materia probatoria. Particularmente hemos considerado que en el amparo sería incompatible la amplia producción de prueba de oficio que prevé la norma, pues ello podría estar demostrando que no existe ilegalidad manifiesta o que la causa merece mayor debate y prueba, circunstancias que impiden la procedencia del proceso. Por ello estimamos más acertada la redacción de las normas que reconocen al juez, no ya la posibilidad de probar los hechos, sino de completar medidas para mejor proveer.

h) *Celebración de audiencias. Igualmente suele señalarse que en los conflictos ambientales, resulta fundamental el conocimiento directo e inmediato del juez sobre aquello que es objeto del proceso, propiciándose al efecto la mayor predisposición a la celebración de audiencias con finalidades diversas, entre ellas, ordenatorias e informativas, tendientes a ampliar la base de conocimiento de las cuestiones debatidas, depurar el material probatorio, y obtener información decisiva.*

Estas particularidades de la prueba en materia ambiental, se basan en la doctrina y legislación del hermano país argentino; siendo interesante el modelo procesal ambiental de dicho país interesante al prever situaciones de prueba como discrecionalidad del juez, prohibición de testimoniales, pruebas anticipadas, pruebas preconstituidas y la prueba dinámica. Los mismos que pueden ser perfectamente adaptados a nuestro proceso de amparo ambiental de manera general propuesto en este trabajo.

Asimismo, otro aspecto importante que debemos tener en cuenta al momento de acreditar el daño ambiental, es la carga de la prueba o las evidencias que acrediten el daño ambiental, que muchas veces son onerosas, complejas y hasta imposibles, al respecto: *“La carga de la prueba del daño ambiental representa una gran dificultad legal y científica respecto a la medición del grado de contaminación (...). La carga de la prueba es compleja y dificultosa por la cantidad de víctimas, sujetos contaminantes, peritos y por su naturaleza difusa... Las actividades contaminantes generadoras de daño ambiental afectan fundamentalmente un interés colectivo y privado, no sólo en el presente, sino a futuro e involucra a personas naturales por nacer, a diferencia del daño civil que normalmente afecta a personas individuales o sus bienes y raramente se extienden intergeneracionalmente”*<sup>350</sup>.

Entonces para un problema extraordinario de acreditación en un proceso jurisdiccional, como es tratar de acreditar el daño ambiental dentro de un proceso de amparo ambiental, se necesitará propuestas extraordinarias para su acreditación dentro de un proceso de amparo ambiental, ello a fin de coadyuvar

---

<sup>350</sup> VIDAL RAMOS, Roger. Ob. Cit., p. 302.

a la labor jurisprudencial constitucional, y no tratar de relegar casos complicados al contencioso administrativos por presentar estaciones probatorias ampliar, sin evaluar quizá el caso concreto ya que no toda complejidad probatoria puede ser exenta de conocimiento por el proceso de amparo ambiental; ya que el juez constitucional deberá tener presente que: *“... creemos que el Tribunal Constitucional no ha tenido en consideración que el problema ambiental, no es un problema que puede esperar dos o tres años que dura un proceso judicial (contencioso administrativo)”*, por lo que existe una necesidad impostergable de que se busque proteger al medio ambiente de manera ágil y la acción de amparo debería ser la acción por excelencia en esta búsqueda de protección”<sup>351</sup>.

Como mencionamos, estando a la complejidad del daño ambiental y como daño sui géneris el proceso de amparo deberá de flexibilizarse ello sin afectar su estructura, sino buscar un espacio de conciliación entre urgencia y complejidad dentro del amparo ambiental.

#### **4.6. El auxilio judicial de organismos técnicos especializados en el proceso de amparos ambientales**

Para el desarrollo de este punto, traemos a consideración un artículo académico del maestro FOY VALENCIA Pierre, en el cual, hace referencia del reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional<sup>352</sup>, sobre la necesidad de auxilio técnico dentro de los procesos constitucionales en materia ambiental, al respecto:

*“Una de las características del Derecho Ambiental es la interdisciplinarietà tanto en relación con las disciplinas jurídicas como con las no jurídicas; en ese sentido el Tribunal Constitucional reconoce el requerimiento del auxilio de organismos técnicos especializados en materias cuyo conocimiento le resulta ajeno, como es el ambiental y en*

---

<sup>351</sup> HERRERA ATENCIA Rubén. Ob. Cit., p. 78.

<sup>352</sup> En el presente caso, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de amparo que cuestionaba la construcción de un colegio en la zona de amortiguamiento de Los Pantanos de Villa con una autorización ambiental expedida por una autoridad incompetente, al verificar posteriormente en el proceso, que la autorización de esta construcción cuenta con la opinión favorable del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNAP) sobre el impacto ambiental, ello al recabar tal información dentro del proceso a manera de actos de prueba. Así, el Colegiado precisó, que no se lesionó el derecho a un ambiente sano y equilibrado. En el Caso María del Carmen Gloria Reátegui Rosselio de Navarro y otros – Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 00470-2013-PA/TC del 02 de Mayo de 2013.

*particular el de las áreas naturales protegidas (ANP). Y como es de suponer los informes de tales entidades contienen aspectos técnicos jurídicos y extrajurídicos altamente especializados. Por ejemplo el poder deslindar y esclarecer el grado de impacto de una construcción en una determinada singularidad espacial v. gr. Las ANP y las zonas de amortiguamiento, en función del correlato legal que ha venido desarrollándose sobre la materia en el país, desde mucho antes que tales áreas sean reconocidas constitucionalmente (...).*

*De otra parte, en este orden de “auxilios institucionales”, es importante señalar que se suelen confundir las diversas autorizaciones y documentaciones oficiales que giran en torno a la viabilidad ambiental de alguna actividad o proyecto en el marco del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental (SEIA) y el hasta ahora vigente concepto de ventanilla única, mediante la cual una sola autoridad es la que deberá otorgar propiamente lo que se conoce como la certificación ambiental (resolución administrativa que aprueba el instrumento de gestión ambiental mediante la cual queda autorizada la ejecución de la acción o proyecto propuesto). En efecto, en el caso en comento, se advierte una confusión sobre el rol que cumple el informe u opinión previa favorable de parte del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP antes INRENA) así como el del Patronato de Defensa de los Pantanos de Villa (PROHVILLA) que no pertenece al sistema nacional de áreas protegidas (SINANPE) sino a la Municipalidad Metropolitana de Lima y con la cual tiene un contrato de administración.*

*Para finalizar, creemos que el TC ha podido revestirse de muchos más argumentos normativos especializados en relación con las ANP, para ser más contundentes en sus fundamentos infraconstitucionales, salvo mejor parecer”<sup>353</sup>.*

Esta unidad de entidades estatales que deben coadyuvar a la tutela de los derechos fundamentales – derecho al medio ambiente, ya que ello refleja los

---

<sup>353</sup> Cfr. FOY VALENCIA, Pierre. “TC reconoce el requerimiento del auxilio de organismo técnico especializado”, *Gaceta Constitucional*. Tomo 69, Lima, Ed. El Buzo E.I.R.L., 2013, pp. 55-56.

lineamientos de las líneas constitucionales como uno de los fundamentos en que se basa esta investigación, ya que existe una tensión entre el Derecho Constitucional y su vinculación con las instituciones públicas, que a decir de ZELADA BARTRA Jaime Víctor: *“El moderno enfoque amplía el horizonte del Derecho Constitucional más allá del solo fenómeno jurídico, pues si bien es verdad que el tema central de su estudio son las normas constitucionales reguladoras de las instituciones del Estado, tales normas se comprenderán mejor, aprovechando los resultados de otras disciplinas, como la Sociología o la Ciencia Política. El examen formalista resulta insuficiente, porque la verdad política de un régimen no está expresada de manera integral en el texto constitucional; por tanto, no basta el análisis exegético de las normas constitucionales, sino que se hace necesario desentrañar las verdaderas fuerzas políticas y sociales que fundamentan el sistema constitucional, las que se manifiestan en el funcionamiento concreto de las instituciones políticas y las fuerzas sociales que operan en los hechos”*<sup>354</sup>.

En esa línea de ideas es necesario, que los magistrados constitucionales, fundamenten sus decisiones entendiendo el tema técnico por lo menos a grandes rasgos y no ser un simple ente de recabación o inspector de certificados de autorizaciones, debiendo agotar todos los medios que este a su alcance, claro ello dependerá del caso concreto, que desarrollaremos a continuación; lo cual es admisible sustentar o motivar una sentencia que ha seguido un dictamen pericial cuyas razones no entiende, no desde un punto de vista científico, sino desde la perspectiva meramente descriptiva.

#### **4.7. Criterios para determinar el daño ambiental generado por la minería dentro del proceso de amparo ambiental.**

De todo lo desarrollado hasta aquí, hemos precisado que el amparo ambiental se presenta como un instrumento idóneo para el acceso de la justicia ambiental, frente a las demás vías; sin embargo, su tutela se ve mermada por la ausencia de etapa probatoria ante casos que demanden pericias complejas, relegando mayormente estos a la justicia administrativa – proceso contencioso

---

<sup>354</sup> ZELADA BÁRTRA, Jaime Víctor. “Líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo y la teoría de materialización de valores”, *Suplemento de Análisis Legal del Peruano – Jurídica*, N° 376, Año 08, Octubre – 2011, p. 07.

administrativo (incluso sin establecer la figura jurídica de la remisión de oficio), existiendo una especie de incertidumbre al momento de interponerse una demanda de amparo ambiental, ya que esta podría declararse infundada o improcedente y/o fundada o procedente en casos similares.

Este grado de incertidumbre, se complica más aún frente al daño ambiental generado por la actividad minera como causante de menoscabo al ambiente y por ende al derecho al medio ambiente; cuya actividad es muy congénita a nuestra realidad e incluso en nuestra región de Ancash, catalogada como un daño sui generis de alta complejidad para su determinación y más aún no presenta ningún rasgo o naturaleza jurídica. Es en este estado de cosas, que el amparo ambiental ha estado afrontando al daño ambiental con diversos insumos desde ámbito estrictamente constitucional, dejándose poco o nada influenciar por la teoría general del proceso.

Asimismo, como se ha desarrollado, el proceso de amparo no deberá conocer causas en las que existen otras vías y que estas sean igualmente satisfactorias, es así que los daños ambientales generados por la minería ilegal deberá ser conocido por la vía penal, como bien se encuentra tipificado en el Art. 307°-A y siguientes del Código Penal<sup>355</sup> y por presentar el proceso penal una estación probatoria amplia y adecuada para la acreditación del daño ambiental.

Nuestra propuesta de amparo ambiental para acreditar al daño ambiental generada por la minería esta provista o dependerá del caso concreto. Es por ello que el proceso jurisdiccional deberá de ser un escenario de observación de hechos, debemos traer a colación la importancia de la jurisprudencia, al respecto Vilhelm LUNDSTEDT expresa: *“Naturalmente, las actividades jurídicas (la legislación y la administración del derecho), al igual que la ciencia del derecho, han estado siempre fuertemente influidas por los puntos de vista sociales (...), bajo la influencia de las consideraciones sobre el bienestar social, se han visto forzados a distorsionar su método de la justicia más allá de lo reconocible (...). Como ciencia, la jurisprudencia se debe basar en la experiencia en la observación de hechos y sus relaciones y, en consecuencia, ser una ciencia*

---

<sup>355</sup> Artículo adicionado por el Art. Primero del Decreto Legislativo N° 1102 (29/02/2012), que entró en vigencia a los quince días de su publicación.

*natural*<sup>356</sup>. Es así, que para cierto sector de la filosofía del derecho, la jurisprudencia es un escenario de ciencia basado en experiencias, pero no en la experiencia predictiva como las ciencias exactas, más por el contrario en una ciencia que sea detallista en los hechos que juzgue y teniendo presente el bienestar social.

También se deberá de tener en cuenta que nuestra propuesta de amparo ambiental tendrá influencia de los postulados del proceso como instrumento; en la que el Estado mantiene cierto interés en las resultas del caso, ya que con ello implícitamente estaría alcanzando la paz y bien común para sus miembros, como uno de sus fines. Asimismo, se deberá de tener en cuenta que la preservación del amparo es obligación de todas las personas y del Estado, más aún de los juzgadores en todas las instancias y materias como la constitucional. Asimismo, nuestro modelo de amparo no puede alterar su estructura más por el contrario se tratará de conciliar el tema complejo y urgencia.

Es por ello que al momento de interponerse un amparo ambiental, el juzgador deberá de revisar, además de los criterios de procedencia habilitantes del amparo, minuciosamente el hecho demandado y su acreditación diligente (ello deberá ser entendido como la forma más óptima posible de acreditar el hecho por el amparista) e identificar si los hechos reputados de inconstitucionalidad versan sobre amenazas y/o violaciones; dependiendo de ello el proceso versará sobre actuaciones documentales y/o periciales respectivamente. Posteriormente cualquiera que sea su decisión, es decir si el juzgador se decanta sobre amenazas, el desarrollo del amparo será sobre pruebas documentales y si versan sobre violaciones el desarrollo de la prueba será documental y pericial, de igual manera será al demandarse hechos de amenaza y violación; siendo así, las reglas que proponemos para acreditar el daño ambiental dentro del amparo ambiental, serán:

#### **A.- Si el amparo ambiental sólo requiere actuación documental**

---

<sup>356</sup> NUÑEZ Álvaro. *“Modelando la Ciencia Jurídica – Positivismo y Derecho”*, Tomo N° 07 – Palestra Editores, Lima, 2014, pp. 164-166.

Para aquellos casos en que el amparo ambiental está dirigida contra actos que constituyan amenazas ocasionados por aquellos proyectos mineros que estén a punto de iniciar y que trate de desarrollar cierta etapa de vida minera con la ausencia y/o observación de alguna concesión, autorización, instrumento de gestión ambiental, permiso o licencia, o haberse expedido estas por una autoridad incompetente, o ser estas no acordes con el tipo de actividad que pretende realizar la empresa minera o ser estas ya expiradas. En estos casos el amparista y el juez deberán realizar la siguiente conducta procesal:

**a.1)** El amparista al interponer la demanda, deberá precisar el hecho de manera lógica y concatenada, que cause amenaza al derecho del medio ambiente con la ausencia y/o cuestionamiento de las autorizaciones, concesiones, instrumentos de gestión ambiental, licencias y/o permisos; y presentar toda la documentación posible que este a su alcance: como resoluciones administrativas, la documentación cuestionada, actas respectivas de la participación ciudadana, opiniones de peritos de parte y en caso de estar imposibilitado de presentar cierta documentación indicar su ubicación, como solicitar al juez de la causa recabe algunos informes al juez de la causa.

**a.2)** El juez deberá verificar si el amparista ha cumplido con precisar la amenaza demandada y su acreditación documental, de ser así declarará la admisibilidad del amparo y de ser necesario requerirá la documentación e informe pertinente al demandado o a las entidades competentes del sector, como también puede ordenar a estas emita informe técnico o una apreciación en abstracto sobre la idoneidad de los documentos cuestionados en el hipotético caso de ser aplicados en la realidad. De lo contrario podrá realizar la inadmisibilidad a fin que estas sean subsanadas, siempre que la conducta procesal del demandante sea diligente de lo contrario puede ser declarada improcedente, realizando una remisión de oficio a la vía correspondiente<sup>357</sup>.

---

<sup>357</sup>Art. 12° de la Ley N° 27584 que regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, que prescribe: “En aquellos casos en los que se interponga demanda contra las actuaciones a las que se refiere el Artículo 4°, el Juez o Sala que se considere incompetente conforme a ley, remitirá de oficio los actuados al órgano jurisdiccional que corresponda, bajo sanción de nulidad de lo actuados por el Juez o Sala incompetente”.

**a.3)** Dentro del proceso de amparo, el juez valorará toda la documentación e informes técnicos (de ser el caso) recabados, pasará a individualizar la etapa de vida minera cuestionada que demande la ausencia, observación y/o expiración de las autorizaciones, concesiones, permisos o licencias de estas; a fin de determinar si en efecto existe una ausencia, se ha incumplido el trámite regular de su expedición y/o mantiene ciertas observaciones no acorde con la actividad a desarrollar. Para posteriormente hacer frente esta situación con el principio de prevención, ya que no podría valorarse las irregularidades y carencias de estas en beneficio de la actividad minera y la informalidad; en detrimento del medio ambiente y dejando de lado el principio de prevención, ya que todas las autorizaciones mencionadas forman parte del sistema de gestión ambiental y el mero incumplimiento de ellas podría generar de por sí una amenaza de daño ambiental, declarándose fundada la demanda y ordenar los efectos correctivos necesarios.

**a.4)** Asimismo, de constatarse que la actividad de la vida minera presenta todas las autorizaciones correspondientes y las autorizaciones e instrumentos de gestión ambiental son idóneos para el medio ambiente (en el caso de ordenarse la apreciación en abstracto), se declarará infundada la demanda.

## **B.- Si el amparo ambiental sólo requiere pruebas periciales y documentales**

En estos casos, el amparo ambiental estará dirigido contra hechos que constituyan violaciones o violaciones y amenazas conjuntamente para el medio ambiente ocasionados por la vida de una mina en operación debido a observaciones, incumplimientos, ausencias y/o defectos de instrumentos de gestión ambiental, autorizaciones, permisos o licencias como son: PAMA, DÍA, ECA, EIA, Proceso de Participación Ciudadana, etc; como también, para cuestionar cierto método utilizado para el desarrollo de la vida minera; ante ello la conducta procesal del juez y el amparista será:

**b.1)** El amparista deberá precisar el hecho reputado de inconstitucionalidad de manera concatenada y lógica, estableciendo relación entre el hecho que constituye violación para el derecho del medio ambiente y la actividad de la vida de una mina desarrollada con observaciones, ausencias y/o

defectos de instrumentos de gestión ambiental, autorizaciones, permisos, licencias u otros; adjuntando a la demanda el instrumentos de gestión ambiental cuestionado, vistas fotográficas del estado actual del lugar supuestamente dañado (y de ser posible vistas fotográficas del lugar antes de iniciarse el proyecto cuestionado), actas notariales o de jueces de paz, informes periciales de parte, documentación administrativa, certificados médicos de pobladores en caso de afectación a la salud, informes de profesionales en zootecnia y/o veterinarios en caso de afectación de animales doméstico y/o fauna de la zona, opiniones de biólogos y/o botánicos en caso de afectaciones a la fauna; entre otras de creer conveniente; en este caso el amparista deberá agotar todos los medios para acreditar su pretensión.

**b.2)** El juez deberá evaluar los criterios antes expuestos, de estar presentes todos estos deberá declarar admisible la demanda o en su defecto declarar inadmisibile a fin que el amparista subsane la omisión, siempre que se advierte la diligencia procesal del amparista; como también, al advertir que no existe ni la más mínima diligencia probatoria del amparista o ser una demanda temeraria, lo declarará improcedente realizando una remisión de oficio a la vía pertinente<sup>358</sup>.

**b.3)** El juez al expedir el auto admisorio, precisará en ella:

- El requerimiento de toda la documentación necesaria al demandado y entidades competentes a fin de superar la ausencia de pruebas documentales presentadas por el amparista, pudiendo ser estas: las autorizaciones administrativas, inventarios de los recursos naturales antes del proyecto, remisión de los diversos instrumentos de gestión ambiental que requiera la actividad demandada, informes de entidades competentes (Ministerio del Ambiente, SERNAP, DIGESA, ANA, DGAAM, entre otros).

---

<sup>358</sup>Art. 12° de la Ley N° 27584 que regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067.

- Aplicará la figura del Litisconsorcio Facultativo a fin de incluir al proceso a diversas entidades estatales vinculadas con la protección del medio ambiente y recursos naturales.
- Solicitará la realización de las pericias técnicas necesarias, las cuales pueden estar a cargo de Universidades Públicas u otras entidades públicas vinculadas al tema técnico pericial como el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses ya que los mismos cuentan con peritos ambientales.
- Practicar una inspección ocular en el lugar materia de daño ambiental, con la debida participación de los sujetos procesales: demandante, demandado, peritos oficiales y/o equipo multidisciplinario, perito de partes, litisconsortes que se apersonen a la causa, a fin de constatarse de manera panorámica alteración alguna de manera evidente en el entorno y recabar las muestras por los peritos a cargo. Debiendo el juez asegurar y apercibir a todos los sujetos para su debida concurrencia a la diligencia.
- Las personas que sufrieron afectación a su salud, en caso de afectaciones a la salud de los pobladores aledaños al proyecto, así como los animales de la zona que fueron afectados, serán sometidos a un examen complementario de toxicología a fin de determinarse el agente causante.
- Realizada todas estas diligencias y recabadas todas los resultados periciales el juez deberá convocar a una audiencia única respectiva.

**b.4)** Las actuaciones de la audiencia única se realizará con la dirección del juez en el siguiente orden y con el objeto de:

- Las partes sustenten su pretensión,
- Meritar todo el acervo probatorio documentario de manera conjunta presentada por las partes y las entidades competentes.
- Los peritos (oficiales y de parte) exponen y ratifican sus conclusiones periciales a fin que el juzgador interprete y aclare algunos puntos de los resultados periciales.

- Determinar si la causa puede ser resuelta, solamente con la celebración de una o dos audiencias.

**b.5)** De existir alguna observación y/o ausencia de autorizaciones, licencias, concesiones, instrumento de gestión ambiental, entre otros; el juez deberá de complementar esta observación, determinando el hecho contrafáctico, a fin de acreditar la relación de causalidad natural (el cual será entendida como una explicación natural o física, ejemplo: la ausencia de tal elemento químico tóxico no hubiera generado la alteración armónica de los elementos del ambiente o perjudicado la salud de pobladores), de acreditarse este hecho contrafáctico, como relación entre el daño ambiental y la actividad minera, se deberá declarar fundada la demanda.

**b.6)** De no existir ninguna observación y/o deficiencia en las autorizaciones e instrumentos de gestión ambiental, y sin embargo, se logre determinar el hecho contrafáctico con auxilio técnico, se deberá declarar fundada la demanda por constituir una violación al medio ambiente.

**b.7)** De existir observaciones y/o deficiencia en las autorizaciones e instrumentos de gestión ambiental, y no se logre determinar o no exista el hecho contrafáctico, se declarará fundada la demanda por constituir amenaza al medio ambiente y se ordenará las acciones correctivas pertinentes.

**b.8)** De no ser posible, el establecimiento de la relación de causalidad como necesidad natural, entre el resultado (daño ambiental) y la actividad demandada, y de no ser posible determinarse en las autorizaciones e instrumentos de gestión ambiental cuestionamiento alguno, se deberá acreditar el grado de incertidumbre, obviamente con el auxilio judicial, y de acreditarse la incertidumbre, se declarara fundada la demanda en aplicación del principio precautorio.

**b.9)** De revisarse, que la resolución de la causa requiere de mayor actuación probatoria previa opinión técnica y/o la celebración de más de dos audiencias, el juez deberá declarar su incompetencia y realizar una remisión de oficio a la vía correspondiente.

Para mejor síntesis, presentamos el siguiente cuadro:

<b>X/Y<sup>359</sup></b>	<b>Documental</b>	<b>Pericial</b>	<b>Sentido del fallo</b>
Amenaza	X	Ausencia de Y	Fundada
	X	Y	Fundada
	Ausencia de X	Ausencia de Y	Infundada
Vulneración y/o Amenaza	X	Ausencia de Y	Fundada
	X	Y	Fundada
	X	Y°	Fundada
	YY	YY	Incompetencia

Estas son las reglas propuestas a fin de tratar de acreditar el daño ambiental; obviamente, no es un modelo acabado que solucionará todo el complejo problema del tema probatorio en el amparo ambiental, al menos es una aproximación general para poder realizar una determinada praxis fundada en la tutela de derechos. Todas estas reglas deben de ser envueltos con los postulados de la argumentación jurídica<sup>360</sup>, quizá no como una concepción

<sup>359</sup> La leyenda será:

(X) = Existen evidencias documentales, como existencia de observaciones a instrumentos de gestión ambiental expedidas por autoridades incompetentes; como también puede ser la ausencia de instrumentos de gestión ambiental.

(Y) = Existencia del nexo causal, acreditada pericialmente, como la acreditación del hecho contrafáctico.

(Y°) = Existencia de incertidumbre de la existencia de daño ambiental a través de los órganos de prueba

(YY) = Necesidad de abundante actuación probatoria.

<sup>360</sup> "El Derecho no puede, naturalmente, reducirse a argumentación, pero el enfoque argumentativo del Derecho puede contribuir de manera decisiva a una mejor teoría y a una mejor práctica jurídica. Sin embargo, la teoría general del Derecho, al menos hasta fechas muy recientes, no incluía el de "argumentación" como uno de sus conceptos básicos (...) el Derecho puede concebirse como una empresa dirigida a la resolución (o al tratamiento) de cierto tipos de problemas mediante la toma de decisiones por medio argumentativos. (...). De manera que, si esto es así bien podría decirse que la argumentación (la tarea de suministrar esas razones) acompaña las decisiones como la sombra al cuerpo: argumentar y decidir son facetas de una misma realidad". En: ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación – Concepciones de la Argumentación*, Barcelona, Ed. Ariel S.A., 2006, pp. 61-62.

terminada del derecho pero si como una herramienta para la toma de decisiones en un caso concreto.

Para finalizar este punto, debemos mencionar que nuestra propuesta de reglas probatorias se inicia con la determinación prima facie del hecho que el juez constitucional realiza previamente, es decir si esta consiste en una violación o amenaza, para después fijar que en caso de ser la primera situación realizar una actividad netamente documental y la segunda situación será documental y pericial, este último criterio es el más completo porque también aborda el tema de la amenaza y violación conjuntamente; realizada esta labor se desarrollan sub reglas para valorar el resultado de la actuación probatoria y pericia; por otro lado, también se ha desarrollado criterios para determinar la complejidad y declarar la incompetencia del amparo para reglar a otras vías jurisdiccionales como la acción contenciosa.

Todos estos criterios contribuyen al derecho la tutela jurisdiccional efectiva y materialización del derecho al medio ambiente como derecho precedente para el disfrute de los demás derechos, con ello mediamos en el amparo ambiental la urgencia y la complejidad. Este modelo de justicia constitucional es la que deberá de imperar en el modelo de Estado Constitucional en la que nos situamos; no obstante, al margen del modelo ius filosófico que optemos, siempre debemos tener presente la tutela de los derechos fundamentales fundando las decisiones en los hechos para después el derecho.

#### **4.8. VERIFICACIÓN DE HIPÓTESIS**

De todo lo expuesto hasta aquí, consideramos justificadamente que hemos demostrado nuestra hipótesis de trabajo, cual es, que el proceso constitucional de amparo ambiental es el medio más importante e idóneo para la protección del derecho fundamental al medio ambiente frente a la vulneración o amenaza por daño ambiental, no obstante, su acceso es impredecible y dilatado en el tiempo; debido a la ausencia de una estación probatoria sólida y por la complejidad del daño ambiental; existiendo una divergencia entre tutela urgente y complejidad; siendo necesaria la fijación de algunas reglas generales o específicas para la acreditación del daño ambiental y con ello evitar su rechazo

liminar, incertidumbres y dilaciones procesales; claro ello desde luego sin modificar la estructura del amparo.

## **CONCLUSIONES**

1. El derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado, está regulado en nuestra Constitución Política conjuntamente con el derecho a la paz, la tranquilidad y el disfrute del tiempo libre y al descanso; es una disposición constitucional, que no precisa su contenido y esta es establecida por la doctrina jurisprudencial. El derecho fundamental a un medio ambiente no se encuentra regulado en ningún instrumento internacional; sin embargo, lo expuesto no significa la ausencia de un marco internacional sobre el derecho al medio ambiente, sino la ausencia del reconocimiento de este derecho en los instrumentos internacionales específicos sobre derechos humanos. Desde esta perspectiva, en las últimas décadas se han adoptado importantes declaraciones sobre la materia a nivel de Naciones Unidas, como por ejemplo: Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972), Carta Mundial de la Naturaleza (1982) y otros.
2. El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a un medio ambiente, según nuestra jurisprudencia constitucional es: el acceso al medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; y que éste ambiente se preserve, generando éste último aspecto constitucional el principio de prevención y conservación que obliga a todos los entes

estatales y particulares su cumplimiento, en especial los aparatos jurisdiccionales incluyendo la vía constitucional.

3. La viabilidad de la vida de una mina, demanda de muchos estudios interdisciplinarios concordados; no obstante, las diversas disciplinas realizan aislamientos frente a las demás disciplinas quizá por su campo de rigurosidad y alta especialidad, situación que nos lleva a la siguiente interrogante ¿Quién es el profesional idóneo para concatenar o armonizar todos estos estudios interdisciplinarios? Ya que muchas veces se trata de priorizar el tema rentable o económico para después hacer frente a los demás estudios ambientales y sociales; toda vez, que en el caso contrario, de existir sólidos estudios interdisciplinarios de viabilidad se reducirían o no existirían diversos conflictos sociales a causa de esta actividad extractiva.
4. No existe una definición clara del medio ambiente, en la normatividad nacional y jurisprudencia constitucional; existiendo algunas veces una concepción amplia y otras veces una concepción estricta; debiendo de entenderse en todo caso por medio ambiente, al conjunto de elementos y/o factores que actúan de forma individual o asociada, las cuales hacen posible la vida en todas sus expresiones dentro de un lugar y momento determinado.
5. No existe en nuestra normatividad y jurisprudencia constitucional, un régimen jurídico o naturaleza jurídica del daño ambiental, cuya categoría es más trabajada y utilizada en las ciencias extrajurídicas. Las características del daño ambiental, no acostumbran ser concurrentes; existiendo en el estado peruano daño ambiental generada por la actividad minera (no ilícita), las cuales desarrollan ciertas características del daño ambiental.
6. La acción de amparo se presenta como una garantía constitucional y como una tutela de urgencia satisfactiva idónea para la tutela del derecho al medio ambiente; sin embargo, sus criterios de procedibilidad y su estructura hacen que se torne ineficaz frente al daño ambiental. Sólo se deberá habilitar el proceso de amparo ambiental ante la supuesta presencia del daño ambiental y no para cualquier menoscabo al medio

ambiente, ya que el amparo ambiental no está limitado para conocer casos en que demanden actuaciones probatorias complejas.

7. Se ha tornado jurisprudencialmente como un criterio de procedibilidad que el amparo no puede conocer causas complejas que demanden demasiada actividad probatoria, declarándose su improcedencia; sin embargo, dicha praxis judicial no es acorde con un verdadero proceso de amparo. El modelo de proceso de amparo propuesto en la presente tesis debe estar influenciado por los postulados de la teoría general del proceso, como la instrumentalidad del proceso que tiene como objeto materializar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, a fin que la ausencia de la estación probatoria del proceso de amparo se torne un espacio de conciliación entre urgencia y complejidad.
8. El proceso de amparo ambiental es una manifestación del derecho a la protección de los derechos fundamentales y el derecho a la tutela jurisdiccional, prescritas de manera implícita y explícita en la Constitución Política del Perú, razón por la cual presenta ciertas peculiaridades para dicho fin, como es la ausencia de etapa probatoria, ya que sólo en el proceso de amparo se conocen causas restitutivas de derecho y de interpretación constitucional; dejando de lado la importancia de la fijación de los hechos.
9. El proceso de amparo ambiental, como instrumento, nos remite a la idea de determinación del hecho reputado de inconstitucionalidad, entendiendo las demandas de flexibilización de la prueba en materia ambiental, razón por la cual la acreditación del hecho equiparado con el daño ambiental es una tarea dinámica que vincula al juez y a las partes, deberá ser una finalidad previa para después aplicar la normatividad probatoria pertinente, ello a través de los criterios de determinación del nexo causal como es la producción de la causa y efecto y la individualización del hecho contrafáctico; para después restituir o no el derecho fundamental al medio ambiente.
10. El desconocimiento de técnicas de interpretación constitucional o de probanza judicial, posibilita que los jueces acepten tramitar en el amparo ambiental pretensiones que no tienen nivel constitucional por no estar en juego el contenido esencial del derecho fundamental; o pretensiones

litigiosas, que se construyen a partir de hechos que requieren de una especial actividad probatoria. Razón por la cual, se deberá prima facie determinar si la demanda versa sobre una amenaza o vulneración del derecho fundamental, siendo para el caso de las amenazas resolverse con actuaciones documentales, mientras tanto para los casos de las vulneraciones y/o amenazas, necesariamente se deberá de realizar actuaciones periciales, debiendo de contraponer el resultado de los mismos con los principios de prevención y precautorio.

### **RECOMENDACIONES**

1. Se recomienda que el estándar de prueba en el amparo ambiental, propuesto en esta tesis, es que el rol del Juez Constitucional y de las partes en la producción de la prueba no pueden ser igual o complementaria; sino, deberá existir contrapesos, es decir, que los sujetos procesales involucrados en el amparo, deberán de aportar toda la carga probatoria posible que este a su disposición; no se trata de suplir el rol de cada una de las partes, sino de compatibilizar o de coadyuvar a la parte más débil.
2. Se recomienda, a los jueces constitucionales tener mayores facultades para el manejo activo del caso, para llegar a la búsqueda de la verdad. Es un criterio errado establecer que sólo los procesos constitucionales son procesos de interpretación constitucional, al ser netamente restitutivo de derechos, dando ya por sentado a los hechos reputados de inconstitucionalidad o dejándoles en un segundo plano.
3. Se recomienda a los amparistas, que desean acreditar el daño ambiental de suma complejidad, acompañen a su pretensión solicitudes de medidas cautelares; y solicitar la figura de la Litis Consorte Facultativa a efectos de involucrar al proceso diversas autoridades públicas y/o privadas, vinculadas al objeto de la causa, como son OEFA, Municipalidades, SERNANP, SENACE, INAIGEM, ONGS y otros. Ello teniendo como

fundamento, que uno de los contenidos del derecho fundamental a un medio ambiente, tiene una transcendencia de prevención vinculada a todas las personas jurídicas y/o naturales de naturaleza pública o privada.

### BIBLIOGRAFÍA

1. ABAD YUPANQUI, Samuel B. *“El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado: Las dificultades del proceso de amparo para su tutela”*, Revista de Derecho Administrativo, N° 06, Año 3, 2008.
2. ABAD YUPANQUI, Samuel B. *“La creación jurisprudencial de normas procesales: La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional”*. En: SEVILLA AGURTO, PercyHowell. *“La instrumentalidad del proceso y el derecho procesal constitucional”*, Tomo 255, Gaceta Jurídica, Lima, Febrero – 2015.
3. ABAD YUPANQUI, Samuel. *“El proceso constitucional de amparo”*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
4. ALARCO LA CRUZ Manuel Antonio. *“La actividad minera y el derecho a la salud en el Perú”*, Gaceta Constitucional, Tomo 70, Ed. El Búho, Lima, Octubre del 2013.
5. ALBALADEJO, Manuel. *“Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”*, Abril-Junio MCMLXIII, tomo XVI, fasc. II. En: VIDAL RAMOS, Roger. *La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en el Sistema Peruano*. Lima, Ed. Lex& Iuris, 2014.
6. ALEGRE CHANG, Ada. *“Derecho al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la “vida”*. Los Derechos Fundamentales – Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

7. ALEXY, Robert. “*Sobre la estructura de los principios - Tercera Parte de Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*”. Externado. Colombia, N° 28, p. 99.
8. ANDALUZ WESTREICHER Carlos. *Derecho Ambiental – Ambiente Sano y Desarrollo Sostenible: Deberes y Derechos*, 1era. Ed., Lima, Bellido, 2004.
9. ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*, 4ta. Ed., Lima, Grijley, 2013.
10. ARNAU G. Jaime, En: NOGUERA RAMOS, Ivan. *Tesis de Post Grado*. Lima, Editorial EDDILI, 2003.
11. ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación – Concepciones de la Argumentación*, Barcelona, Ed. Ariel S.A., 2006, pp. 61-62.
12. BARRIOS, Rosa. “*Informe legal de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental en relación a la demanda de acción de amparo planteada para solicitar la clausura del botadero Municipal de la Provincia de Maynas, Loreto*”. *Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - Serie de Política y Derecho Ambiental*, N° 20, 1998.
13. BENDEZÚ DE LA CRUZ Mario Alejandro. “*Cómo Identificar una Minera Junior de Éxito*”, [Tesis de Grado], Pontificia Universidad Católica del Perú – Facultad de Ciencias e Ingeniería, Lima, 2014.
14. BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría general de los derechos humanos*, México D.F. UNAM, 1989.
15. CAIRO ROLDÁN, Omar. “*Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*”, Palestra, Lima, 2004.
16. CAMPOS NORIEGA, Miguel Ángel; DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe y otros. “*Minería: ¿fuente de esperanza o víctima de sí misma?*”, *Ius Et Veritas*, Vol. 15, N° 31, Lima, 2005.
17. CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y medio ambiente*, Madrid, DYKINSON, 2004. En: HERRERA ATENCIA, Rubén. *Barreras Legales y Jurisprudenciales – en el acceso a la justicia ambiental en los ámbitos constitucional, civil y penal*, Lima, Jurista Editores, 2011.
18. CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *Guía de Derecho Ambiental*, Jurista Editores, Lima, 2009.

19. CARO CORIA, Carlos. *“Presupuesto para la estabilidad del ecosistema como bien jurídico penal”*, Vol. II, 2001. En: VIDAL RAMOS, Roger. *La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en el Sistema Peruano*. Lima, Ed. Lex& Iuris, 2014.
20. CASAS, Sergio. *“Responsabilidad por daños al medio ambiente”*. En: VIDAL RAMOS, Roger. *La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en el Sistema Peruano*. Lima, Ed. Lex& Iuris, 2014.
21. CASTILLO CORDOVA, Luís. *“Comentarios al Código Procesal Constitucional”*, Tomo I, 2da. Ed., Lima, Palestra Editores, 2006.
22. CASTILLO CORDOVA, Luis. *“Sobre lo qué es y no es esencial al proceso de amparo”*, Gaceta Constitucional, Tomo 66, Junio – 2013, Lima.
23. COLERIO, Juan P. *Los hechos en la demanda*. En: ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*, Tomo I, El Búho, Perú, 2013.
24. Comisión Europea. *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental*. Luxemburgo, 2000.
25. DANTO, Arthur. *Qué es filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1984. En: GONZÁLES LAGIER, Daniel. *“QuaestioFacti (ensayos sobre prueba, causalidad y acción)”*, N° 04, Temis – Palestra, Bogotá – Lima, 2005.
26. DE ECHAVE, José. *Minería y Comunidades: Construyendo un proceso de toma de decisiones frente a operaciones mineras*. 2001. En: CAMPOS NORIEGA, Miguel Ángel; DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe y otros. *“Minería: ¿fuente de esperanza o víctima de sí misma?”*, Ius Et Veritas, Vol. 15, N° 31, Lima, 2005.
27. DELGADO SILVA, Ángel. *“Las municipalidades en el cuadro estatal de distribución de competencias medio ambientales”*. Revista de Derecho Administrativo. N° 06 – Año 3, Agosto - 2008.
28. DELGADO TOVAR, Walther Javier. *Incautación y Decomiso: Pretensiones Olvidadas por el órgano Persecutor del Delito*, Tomo N° 52, Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima, 2013.
29. DIAZ COUTIÑO, Reynol. *Desarrollo Sustentable – una oportunidad para la vida*, 2da. Edición, México, Litográfica Ingramex, 2011.
30. DINAMARCO, Cándido Rangel. *La instrumentalidad del proceso*. Communitas, Lima, 2009.

31. El Comercio, Año 174 - N° 88.570, Lima 20 de abril del 2014.
32. El Peruano; Año: 188/N°24319, 09 de enero del 2014.
33. ETO CRUZ Gerardo, MESINAS MONTERO Federico G. y otros. “*El Tribunal Constitucional Reescribe el Derecho – Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho*”, Lima, Gaceta Jurídica - El Búho, 2011.
34. ETO CRUZ, Gerardo. “*Nuevas decisiones y cambios en los procesos de amparo y hábeas corpus*”, Gaceta Constitucional, Lima, El Búho, 2011.
35. ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*, Tomo I, El Búho, Perú, 2013.
36. ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*. Tomo II, El Búho, Lima, 2013.
37. FERRER DUPUY, *Perspectiva Jurídico – Financiera del Medio Ambiente*. En: YACOLTA ESTARES, Daniel Irwin. *Derecho Tributario Ambiental*, Lima, Ed. Grijley, 2009.
38. FIORAVANTI, Maurizio, Los derechos fundamentales, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Trotta, 1996. En: LANDA ARROYO Cesar en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>, accedido el 11-03-16.
39. FOY VALENCIA, Pierre. “*TC reconoce el requerimiento del auxilio de organismo técnico especializado*”, *Gaceta Constitucional*. Tomo 69, Lima, Ed. El Buho E.I.R.L., 2013.
40. FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza. *El Medio Ambiente y su Tutela Jurisdiccional*, Lima, Ed. Grijley, 2012.
41. GARCÍA MONTÚFAR, Guillermo y Millitza FRANCISKOVIC INGUNZA. *Derecho Minero*. Segunda Edición. Lima, 2001.
42. GARCÍA TOMA Víctor. *Derechos Fundamentales*. 2da. Ed., Lima, ADRUS, 2013.
43. GARCÍA YZAGUIRRE, José Víctor. *El Test de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Arequipa – Perú, ADRUS, 2012.
44. GIL RAMÓN, Vladimir Roberto. *Aterrizaje Minero – cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Ancash, Perú*, Lima, IEP., 2009.

45. GONZÁLES LAGIER, Daniel. “*QuaestioFacti (ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*”, N° 04, Temis – Palestra, Bogotá – Lima, 2005.
46. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. “*Concepto y fundamento de los derechos humanos*”. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Volumen 14, 1991.
47. GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “La prueba en el proceso civil peruano”, Normas Legales, Trujillo, 1997, p. 165. En: TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La Prueba – En el Nuevo Proceso Penal*, EBRA, Lima, 2009.
48. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *Luigi FERRAJOLI y Juan RUIZ MANERO - Un debate sobre principios constitucionales*, 1era. Ed., Lima, Palestra, 2014.
49. GUÍA PARA LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR Y EL AMBIENTE DURANTE LA EXPLORACIÓN DE URANIO (Lima - 2013) – Preparado por Consorcio Roche, Golder, ACCC – Año 2011, por encargo de PERCAN – Proyecto de Reforma del Sector de Recursos Minerales Perú.
50. HÄBERLE, Peter, "Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania", Pensamiento Constitucional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú-Maestría en Derecho Constitucional, s. a., s. n., 1994, pp. 45 y ss.; Kröger, Klaus Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, pp. 13-30; asimismo, Pérez Luño, Antonio, Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 295-316. En: LANDA ARROYO Cesar en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>, accedido el 11-03-16.
51. HÄBERLE, Peter. “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”. En su obra *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*, Lima, Palestra Editores, 2004.
52. HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1997.
53. HAKANSSON NIETO Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*, 2da. Ed., Lima, Palestra Editores, 2012.

54. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. Tercera edición. México, D.F: Mc Graw-Hill, 2003.
55. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. “La prueba en los procesos constitucionales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Número 5, 2006.
56. HINOSTROZA MINGUES, Alberto. “Comentarios – Código Civil”, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 28-29. En: ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*, Tomo I, El Búho, Perú, 2013.
57. [http://cooperacion.org.pe/main/images/MAPAS/informes%20concesiones/2014/Sexto%20Informe%20de%20concesiones%20mineras%20octubre\\_2014.pdf](http://cooperacion.org.pe/main/images/MAPAS/informes%20concesiones/2014/Sexto%20Informe%20de%20concesiones%20mineras%20octubre_2014.pdf). Accedido el 07-01-16.
58. <http://elcomercio.pe/peru/lima/antamina-fue-notificada-multa-derramecobre-ancash-noticia-1585128>, ingresado el 20 de Diciembre del 2014.
59. <http://elcomercio.pe/peru/lima/antamina-fue-notificada-multa-derrame-cobre-ancash-noticia-1585128> . Accedido el 10-01-16.
60. <http://larepublica.pe/07-04-2013/el-uranio-que-duerme-en-las-alturas>. Accedido el 07-01-16.
61. <http://larepublica.pe/10-12-2014/proyectos-mineros-detenido-involucran-us-25-mil-millones>. Accedido el 08-01-16
62. <http://www.antamina.com/sobre-antamina/quienes-somos/nuestra-historia/>. Accedido el 09-01-16.
63. <http://www.defensoria.gob.pe/conflictossociales/objetos/paginas/6/48reporte-mensual-de-conflictos-sociales-n-122.pdf>, accedido el 14 de Junio del 2014.
64. [http://www.elpais.com/articulo/internacional/Alerta/Japon/contaminacion/radiactiva/alimentos/agua/elpepuint/20110319elpepuint\\_3/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internacional/Alerta/Japon/contaminacion/radiactiva/alimentos/agua/elpepuint/20110319elpepuint_3/Tes). Accedido el 10-01-16.
65. [http://www.ingemmet.gob.pe/documents/73138/363931/CM\\_OTORGADAS\\_12\\_2014.pdf/e64941e3-7c21-4cb8-ba6a-339902a7dcb3](http://www.ingemmet.gob.pe/documents/73138/363931/CM_OTORGADAS_12_2014.pdf/e64941e3-7c21-4cb8-ba6a-339902a7dcb3). Accedido el 07-01-16.
66. <https://es.wikipedia.org/wiki/Antropog%C3%A9nico>, accedido el 29 de abril de 2016.

67. <https://www.uco.es/rsu/cooperacion/sites/default/files/field/pdf/Impacto%20de%20la%20mineria%20en%20el%20Peru%20y%20alternativas%20al%20desarrollo.pdf>. Accedido el 08-01-16.
68. HUERTA GUERRERO Luis. “*Constitucionalización del derecho ambiental*”, Ius Et Veritas, N° 71, Lima, 2013.
69. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. “*Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo*”, [Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho], Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.
70. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *Los procesos de amparo y hábeas corpus: un análisis comparado*. En: ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*, Tomo I, El Búho, Perú, 2013.
71. HUNT, P. “*El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: Misión al Perú*”, E/CN.4/2005/51/Add.3. En: <https://www.uco.es/rsu/cooperacion/sites/default/files/field/pdf/Impacto%20de%20la%20mineria%20en%20el%20Peru%20y%20alternativas%20al%20desarrollo.pdf>. Accedido el 08-01-16.
72. Información reportada a la Defensoría del Pueblo, mediante Oficio N° 1213-2013-PP/MINAM, el 13 de noviembre de 2013.
73. JORDANO FRAGA, J. *La propuesta del derecho a un medio ambiente adecuado*. En: MOSSET ITURRASPE Jorge, HUTCHINSON Tomás y ALBERTO DONNA Edgardo. *Daño Ambiental*, Tomo I, 2da. Edición, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2011.
74. K&H - KnightPiésold Consultores S.A. y HallamKnightPiésoldLtd (1999) “Addendum 3 del EIA para el Proyecto Antamina (volumen II)”. CMA, Lima. Disponible en <http://www.minem.gob.pe/archivos/dgaam/estudios/antamina/proyectoantamina.htm,manuscrito>. Accedido el 09-01-16.
75. K. SAFI, Leandro. *El Amparo Ambiental*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012.
76. KAHATT Karim y AZERRAD Cecilia. “*Evaluación del Impacto Ambiental en Minería: a propósito del Nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera*”, Revista de Derecho Administrativo, N° 06, Año, 03, Agosto – 2008, Lima, p. 315.

77. LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *Derecho Ambiental Contemporáneo – Crisis y Desafíos*, Lima, San Marcos, 2011.
78. LANDA ARROYO, César. “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: La experiencia del Perú”. En: *Derecho Procesal Constitucional*, Ius Et Veritas, Abril – 2011, Lima.
79. Leibholz Gerhard, Stuttgart y otros. Citados por LANDA ARROYO Cesar en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>, accedido el 11-03-16.
80. LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna*. En: LANDA ARROYO, César. “*Derecho Procesal Constitucional - El Proceso de Amparo en América Latina*”, Lima, Ed. Ius Et Veritas, 2011.
81. LEÓN FLORIÁN Felipe Johan. “Sobre la prueba en el proceso de amparo”, *Gaceta Jurídica*, Guía Práctica N° 04, Lima, 2010.
82. LOPERENA, Demetrio. *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, Cívitas. En: VIDAL RAMOS, Roger. *La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en el Sistema Peruano*. Lima, Ed. Lex& Iuris, 2014.
83. LÓPEZ MENUDO, Francisco. “*El derecho a la protección del medio ambiente*”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Lima, Número 10, 1991.
84. MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*, Madrid, 1991. En: YACOLTA ESTARES, Daniel Irwin. *Derecho Tributario Ambiental*, Lima, Ed. Grijley, 2009.
85. MARTÍN-RETORTILLO BAGUER, Lorenzo e Ignacio de OTTO Y PARDO. *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
86. MASSÉ, Frederic y CAMARGO, Johana. *Los retos de la Gobernanza Minero-energética*. Editorial de la Universidad Externado. Colombia, 2013.
87. MILLÁN U. Augusto. *Evaluación y Factibilidad de Proyectos Mineros*, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1998.
88. MONROY GÁLVEZ, Juan. “*Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano*”, *Themis*, Época 2, N° 27-28, 1994, pp. 119-129. En: ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*, Tomo I, El Búho, Perú, 2013.

89. MORENO TRUJILLO, Eulalia. “*La protección jurídico – privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*”. En: HERRERA ATENCIA, Rubén. *Barreras Legales y Jurisprudenciales – en el acceso a la justicia ambiental en los ámbitos constitucional, civil y penal*, Lima, Jurista Editores, 2011.
90. MOSSET ITURRASPE Jorge, HUTCHINSON Tomás y ALBERTO DONNA Edgardo. *Daño Ambiental*, Tomo I, 2da. Edición, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2011.
91. NUÑEZ Álvaro. “*Modelando la Ciencia Jurídica – Positivismo y Derecho*”, Tomo N° 07 – Palestra Editores, Lima, 2014.
92. PACHAS, Víctor Hugo. *El Sueño del corredor minero*, Gomian, Lima, 2012.
93. PANTOJA DOMÍNGUEZ, Lizardo. “*¿Puede cuestionarse vía amparo un proceso de querrela concluido por acuerdo conciliatorio?*”. *Gaceta Constitucional*, Tomo 64, Lima, Ed. El Búho, 2013.
94. PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales - Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999.
95. PECES-BARBA, Gregorio. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, Mezquita, 1982. En: PEREZ LUÑO Antonio Enrique, IGLESIAS GARZÓN Alberto (Coord.) y otros. (2013). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV, Vol. I, Libro I, Madrid, DYKINSON.
96. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Quinta edición, Madrid, Tecnos, 1995.
97. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.
98. PULGAR VIDAL, Manuel y AURAZO, Adriana. *Mejorando la Participación Ciudadana en el Proceso de Evaluación Ambiental en Minería*. Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo. 2003. En: ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*, 4ta. Ed., Lima, Grijley, 2013.

99. REGGIARDO SAAVEDRA, Mario y COOPER DIAZ-UFANO, Romina. “*La Tutela Procesal del Ambiente*”, Revista de Derecho Administrativo, N° 06, Año, 03, Agosto – 2008, Lima.
100. RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: Un análisis racional y práctico*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona – Buenos Aires, 2011.
101. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. “*La configuración del amparo ambiental y las medidas de cautela*”, Gaceta Constitucional, Tomo 64, Abril – 2013, Lima.
102. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, Quinta edición, Astrea, Buenos Aires, 2007.
103. SANMARTINO, Patricio. “*Principios Constitucionales del Amparo Administrativo*”, Lexis Nexos – AbeledoPerrot, 2003. En: VIERA ARÉVALO Rafael: “*Aspectos Procesales del Amparo*”, Ius Et Veritas, Vol. 24, N° 49, Lima, Diciembre - 2014.
104. SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos - un ensayo de fundamentación*. 2da Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007.
105. SEVILLA AGURTO, PercyHowell. “*La instrumentalidad del proceso y el derecho procesal constitucional*”, Tomo 255, Gaceta Jurídica, Lima, Febrero – 2015.
106. SILVA VALLEJO, José Antonio. *La Ciencia del Derecho Procesal*, Vol. 01, 2da. Ed., Lima, 2014.
107. Smit, R. Atlas: “Amazonía bajo presión” Red Amazónica de Información Socioambiental Georreferenciada – RAISG, citado por el Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina. En: <https://www.uco.es/rsu/cooperacion/sites/default/files/field/pdf/Impacto%20de%20la%20minería%20en%20el%20Peru%20y%20alternativas%20al%20desarrollo.pdf>. Accedido el 08-01-16.
108. TARUFO, Michele. *Ideas para una teoría de la decisión justa*. En: LEÓN FLORIÁN Felipe Johan. “Sobre la prueba en el proceso de amparo”, Gaceta Jurídica, Guía Práctica N° 04, Lima, 2010.
109. TOMÁS HUTCHINSON, MOSSET ITURRASPE Jorge y otro. *Daño Ambiental*, Tomo II, 2da. Edición, Argentina, Rubinzal - Culzoni Editores, 2011.

110. VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo. "*Instituciones Probatorias en el amparo*", Gaceta Jurídica, Guía Práctica N° 04, Lima, 2012.
111. VERA ESQUIVEL, Germán. *Introducción al Derecho Internacional del Medio Ambiente*, 1era. Edición, Lima, Ed. Ara Editores, 2011.
112. VERGARAY D'ARRIGO, Giuliana. "Alcances sobre el "amparo ambiental" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Gaceta Constitucional, Tomo N° 18, Junio – 2013, Lima.
113. VÉSCOV, Enrique. *Teoría General del Proceso*, Segunda Edición, Bogotá, Ed. Temis S.A., 1999.
114. VIDAL RAMOS, Roger Pavletich. "*La Responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano*", [Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial], Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2013.
115. ZAMALLOA CAMPERO, Eloy. "*Derecho Procesal Constitucional – proceso de amparo y habeas corpus*", Cromeo, Arequipa, 2013.
116. ZELADA BÁRTRA, Jaime Víctor. "Líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo y la teoría de materialización de valores", *Suplemento de Análisis Legal del Peruano – Jurídica*, N° 376, Año 08, Octubre – 2011.