



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Escuela Académico Profesional de Derecho

TESIS:

ELEMENTOS QUE COMPLEMENTAN EL CONTENIDO
CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL
MEDIO AMBIENTE

PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

PRESENTADO POR:
ELVIS FERNANDO HERRERA CABANILLAS

Cajamarca, mayo de 2021

A Dios doy gracias, por darme fuerza y paciencia para realizar esta investigación. A mis padres y hermanos por darme apoyo y ánimo en todo momento. A mis profesores, asesor y amigos por sus inmensurables consejos y grandiosas enseñanzas

Lo que define uno u otro contenido jurídico de un derecho humano positivado será su directa e intensa vinculación a la naturaleza y esencia del derecho, el que a su vez viene estrechamente vinculado a la naturaleza y esencia humana.

(Luis, Castillo Córdova)

La mejor herencia que podemos dejarle a nuestros hijos es: Amor, conocimiento y un planeta en el que puedan vivir. Sin ambiente no hay futuro.

(Anónimo)

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO.....	iv
RESUMEN.....	x
ABSTRACT.....	xi
CAPÍTULO I.....	3
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	3
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.1.1. Contextualización o problemática.....	3
1.1.2. Descripción del Problema	8
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	9
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	9
1.4. OBJETIVOS	10
1.4.1. General	10
1.4.2. Específicos.....	10
1.5. DELIMITACIÓN.....	11
1.5.1. Espacial	11
1.5.2. Temporal.....	11
1.6. LIMITACIONES	11
1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS	12
1.7.1. De acuerdo al fin que persigue.....	12
1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación	12
1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	12

1.8. HIPÓTESIS	13
1.9. MÉTODOS	13
1.9.1. Generales	13
1.9.2. Específicos.....	14
1.10. TÉCNICAS	16
1.10.1. Observación Documental.....	16
1.10.2. Argumentación	16
1.11. INSTRUMENTOS.....	17
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA.....	17
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN	17
CAPÍTULO II.....	19
MARCO TEÓRICO	19
2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO.....	19
2.1.1. Teoría Iusnaturalista	19
2.1.2. Teoría positivista	22
2.1.3. Teoría historicista.....	26
2.1.4. Teoría pragmática	27
2.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DERECHOS HUMANOS	28
2.2.1. Edad antigua.....	30
2.2.2. Edad media.....	30
2.2.3. Edad moderna	32
2.2.4. Edad contemporánea.....	33

2.3. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS	36
2.4. CARACTERÍSTICAS DE DERECHOS HUMANOS	37
2.4.1. Universalidad	37
2.4.2. Interdependencia	38
2.4.3. Indivisibilidad.....	40
2.4.4. Progresividad	41
2.4.5. Indisponibilidad	43
2.4.6. Limitables.....	44
2.4.7. Imprescriptibilidad	46
2.5. GENERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	47
2.5.1. Derechos de primera generación	48
2.5.2. Derechos de segunda generación.....	49
2.5.3. Derechos de tercera generación	53
2.5.4. Derechos de cuarta generación	55
2.5.5. ¿Es válida en la actualidad la distinción de los derechos en generaciones?	56
2.6. CONTENIDO JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	61
2.6.1. Contenido esencial.....	61
2.6.2. Contenido constitucionalmente protegido.....	72
2.6.3. Sustento constitucional directo.....	74
2.6.4. Diferencia entre contenido esencial y contenido constitucionalmente protegido.....	75
2.6.5. Elementos para delimitar el contenido de los derechos fundamentales	77

2.7. DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE	79
2.7.1. Origen del derecho fundamental al medio ambiente	79
2.7.2. Teorías sobre el medio ambiente	84
2.7.3. Concepto de medio ambiente	87
2.7.4. Dimensiones del derecho al medio ambiente	89
2.7.5. Características del medio ambiente	91
2.7.6. Fundamentos del derecho al medio ambiente	96
2.7.7. Principales principios del derecho al medio ambiente	99
2.7.8. Posturas sobre la ética ambiental ¿Derecho al medio ambiente o derecho del medio ambiente?	113
2.8. RECONOCIMIENTO EN TEXTOS CONSTITUCIONALES	119
2.8.1. Derecho comparado.....	119
2.8.2. Constituciones del Perú	130
2.9. RECONOCIMIENTO EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS	140
2.9.1. Sistema universal de protección de derechos humanos.....	140
2.9.2. Sistema interamericano de protección de derechos humanos	144
2.9.3. Sistema europeo de protección de derechos humanos.....	153
CAPITULO III.....	160
3.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	160
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	181
CONCLUSIONES.....	192
RECOMENDACIONES.....	195

LISTA DE REFERENCIAS.....196

Mi agradecimiento a mis distinguidos maestros que, con nobleza y entusiasmo, vertieron todo su conocimiento, tiempo y consejos. A mis padres y hermanos porque supieron guiar mi camino y son el aliento para seguir adelante. Asimismo, a mis amigos que siempre me han prestado su apoyo, y en especial a mi asesor por su apoyo y consejos que me animan a crecer como profesional y persona, y por guiarme en este trabajo.

LISTA DE ABREVIACIONES

En la presente investigación toda vez que se haga referencia a las abreviaturas, se entenderá como a continuación se establece:

TC	: Tribunal Constitucional.
STC Exp. N°	: Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N°.
Corte IDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CIDH	: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CADH	: Convención Americana de Derechos Humanos.
DUDH	: Declaración Universal de Derechos Humanos
DUDHE	: Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes.
PIDESC	: Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
DADESC	: Declaración Americana de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
CEDH	: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
TEDH	: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

RESUMEN

La importancia y necesidad, ha permitido que el medio ambiente esté previsto en los tratados internacionales y en las constituciones de cada país. En la Constitución de 1993, lo ubicamos como derecho fundamental, en el artículo 2 inciso 22) que concordado con el artículo 66 a 69 forman lo que el Tribunal Constitucional ha llamado la Constitución Ecológica. No obstante, para analizar un derecho fundamental, no basta su positivación, sino que es imprescindible identificar y delimitar su contenido, pues toda disposición constitucional o convencional es indeterminada. En particular sobre el medio ambiente esa delimitación se torna aún más complicada por su naturaleza sui generis, cabiendo sostener en la actualidad de la revisión normativa y jurisprudencial- pese a lo señalado por el máximo intérprete de la Constitución- que todavía no existe una definición precisa de su contenido “constitucionalmente protegido” o no está del todo delimitado. Por lo que nuestro objetivo principal estará orientado a determinar los elementos que complementen dicho contenido, para lo cual se ha estructurado una investigación básica, con alcance descriptivo y análisis cualitativo, utilizándose el método dogmático, hermenéutico y argumentativo y la técnica de la observación documental que contenga la normativa, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

PALABRAS CLAVE: Contenido constitucionalmente protegido, contenido esencial, derechos fundamentales, medio ambiente.

ABSTRACT

The importance and necessity has allowed that the environment be provided for in international treaties and in the constitutions of each country. In the 1993 Constitution, we place it as a fundamental right, in Article 2, subsection 22), which, in accordance with Article 66 to 69, form what the Constitutional Court has called the Ecological Constitution. However, to analyze a fundamental right, its positivity is not enough, but it is essential to identify and define its content, since all constitutional or conventional provision is indeterminate. In particular on the environment, this delimitation becomes even more complicated due to its sui generis nature, Nowadays, it is possible to sustain the normative and jurisprudential review-I weighed to tha indicated the highest interpreter of the Constitution - that there is still no precise definition of its “constitutionally protected” content or is not completely delimited. So our main objective will be oriented to determine the elements that complement said content, For this purpose, a basic investigation has been structured, with descriptive scope and qualitative analysis, using tha methods dogmatic, hermeneutical and argumentative and the technique of documentary observation that contains the national and international regulations, doctrine and jurisprudence.

KEY WORDS: *Constitutionally protected content, essential content, fundamental rights, environment.*

INTRODUCCIÓN

La ampliación e internacionalización de los derechos fundamentales, ha permitido la incorporación de nuevos derechos y/o contenidos y ha extendido la titularidad o legitimidad para invocar su protección, tal es el caso del medio ambiente que se ha posicionado como un tema obligatorio en la agenda política nacional e internacional.

Sin embargo, el derecho al medio ambiente, pese a tener reconocimiento nacional e internacional en las normas de máximo rango, presenta una concepción jurídica indeterminada de lo que se entiende por medio ambiente, concepto que varía constantemente y que dificulta delimitar su contenido.

Sobre su contenido, el máximo intérprete de la Constitución se ha pronunciado en varias sentencias manteniendo su criterio; sin embargo, un sector de la doctrina postula que aún no se tiene una definición precisa al respecto y, es aquí donde versa este trabajo.

La presente investigación consta de tres capítulos. El primero de ellos muestra los aspectos metodológicos, es decir, se explicitan los lineamientos generales que se han seguido para el estudio y análisis de las instituciones jurídicas, teniendo en cuenta el planteamiento del problema, la hipótesis y los objetivos.

El segundo capítulo aborda los derechos de manera general, su evolución, concepto, características, fundamento y generaciones.

Luego se analiza el contenido jurídico de los derechos fundamentales, y dentro de éste su contenido esencial y las teorías al respecto. Asimismo, se aborda el tema del contenido constitucionalmente protegido y de sustento constitucional directo, así como se analiza la diferencia entre las dos primeras instituciones jurídicas.

Aunado a ello, se hace un estudio del derecho fundamental al medio ambiente, empezando por su origen, concepto, dimensiones, características, fundamentos y principios. Además, se hace un recorrido en las Constituciones de Europa y de América Latina que reconocen el medio ambiente como derecho fundamental, entre estas últimas, la constitución peruana. Finalmente, se identifica los instrumentos internacionales de sistema universal y de los sistemas europeo y latinoamericano que protegen el medio ambiente.

Ahora bien, el capítulo tercero se avoca al análisis y discusión dogmática del derecho fundamental al medio ambiente en la constitución peruana, para luego analizar su contenido “constitucionalmente protegido” determinado por el Tribunal Constitucional y partiendo de ello nos avocamos a la contrastación de hipótesis desde disposiciones convencionales y constitucionales y la doctrina.

Por último, en el capítulo cuarto se establecen las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización o problemática

El derecho a gozar de un medio ambiente de calidad, así como su protección en la legislación internacional y nacional ha surgido en las últimas décadas, y debido a su importancia “hoy el ambiente se ha posicionado como un tema obligatorio en la agenda política nacional e internacional” (Wieland, 2017, p. 21).

Si partimos desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (sistema universal), constatamos que el derecho al medio ambiente no está positivado. Sin embargo, años después, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12 lo incorpora como derecho y establece la obligación de los Estados de tomar medidas para el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente a fin de que toda persona disfrute del más alto nivel de salud física y mental. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes en su artículo 3, reconoce al medio ambiente como derecho.

Igualmente, la Organización de las Naciones Unidas en la Resolución de la Asamblea General 45/94 estableció que todas las personas tienen derecho a vivir en un ambiente adecuado para su salud y bienestar, y en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano aprobada en Estocolmo 1972, y en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, consolida dicho criterio.

Por otro lado, en el sistema (regional) europeo encontramos a la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea del año 2000, que en su artículo 37, establece que las políticas de la Unión integrarán y garantizarán un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad según el principio de sostenibilidad. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha protegido de manera indirecta el derecho a vivir en un medio ambiente de calidad, al amparo del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al vincular su contenido con el derecho a la vida privada personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio (STEDH, caso López Ostra Vs. España, de fecha 09 de diciembre de 1994; y, STEDH, caso Moreno Gómez vs. España, de fecha 16 de noviembre de 2004).

Por su parte, en el sistema (regional) interamericano ubicamos al Protocolo de San Salvador- Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, que en su artículo 11 prescribe el derecho a vivir en un

medio ambiente sano y el deber de las partes de promover su protección, preservación y mejoramiento. Además, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, señala en su artículo 19 que los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable y tienen el derecho-deber a su conservación y protección.

Aunado a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha protegido el derecho al medio ambiente no de manera directa, sino vinculado con la protección de otros derechos, como el derecho a la vida (caso Yakye Axa vs. Paraguay, de fecha 17 de junio de 2005, párr. 161-162), derecho a la consulta previa (caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, de fecha 28 de noviembre de 2007, párr. 133; caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, de fecha 27 de junio de 2012, párr. 166), acceso a la información (caso Claude Reyes y Otros vs. Chile, de fecha 19 de setiembre de 2006, párr. 76), entre otros derechos. Además, ha señalado que el derecho a un medio ambiente sano es independiente y distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos (Opinión Consultiva OC -23/17 de fecha 15 de noviembre de 2017, párr. 63); es decir, el medio ambiente constituye, hoy en día, un derecho autónomo.

En el ámbito nacional, el medio ambiente, lo ubicamos en calidad de derecho fundamental, en el artículo 2 inciso 22) de la Constitución, que establece que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, y que concordado con el artículo 66 a 69 forman lo que el Tribunal Constitucional ha llamado la Constitución Ecológica (STC Exp. N° 3610-2008-PA/TC, World Cars Import, 2008, F.J. 33).

Es innegable el avance a nivel legal, jurisprudencial y doctrinario del derecho fundamental al medio ambiente; sin embargo, para una adecuada protección, es necesario conocer aquellas facultades que lo configuran, toda vez que, si “el objeto de protección jurídica no es claro, la propia intervención del derecho será vaga, imprecisa e ineficaz” (Alegre, 2010, p. 3). Y es el Tribunal Constitucional que a través de sus sentencias ha venido identificando el contenido de los derechos fundamentales.

En particular, sobre el derecho al medio ambiente, de la disposición constitucional se desprende que este al poseer una estructura compleja y sujetos titulares indeterminados hace aún más difícil su delimitación y, ese carácter complejo, dinámico y colectivo, ha permitido al Tribunal Constitucional señalar que “el medio ambiente extiende su ámbito de tutela, hasta aspectos de carácter psicológico” (STC Exp. N° 0018-2001-AI/TC, Colegio de Abogados del Santa, 2002, FJ. 6).

El supremo intérprete de la Constitución, en sus primeras sentencias sobre el medio ambiente ha delimitado su contenido, señalando que comprende el derecho a gozar del mismo y el derecho-deber a que el medio ambiente se preserve.

A pesar de ello, su contenido constitucionalmente protegido es impreciso y quizás esto se justifica, por un lado, debido al “interés público que trasciende el ámbito individual de cada persona y transgeneracional, porque está asociado a la vida de las actuales y futuras generaciones” (Alegre, 2010, p. 6), y por otro, a “la aún novedad del derecho ambiental y la falta de instituciones jurídicas consolidadas a través del tiempo y las generaciones, conllevan a que sea muy difícil aún delimitar claramente el ámbito y contenido de este derecho” (Alegre, 2010, p. 8).

Además, lo fijado por el TC no es su contenido esencial sino el contenido constitucionalmente protegido, pues el primero se determina con el criterio metodológico de la ponderación; es decir, “cuando el derecho se ejerce” (Canosa, 2006b, p.199), o cuando se analice “el fondo del caso” (Sosa, 2008a, p. 20); mientras que el segundo es “la posición iusfundamental prima facie protegida; es decir, el contenido inicialmente protegido” (Sosa, 2008a, pp. 22-25).

1.1.2. Descripción del Problema

Para analizar un derecho fundamental, no basta su positivación, sino que es imprescindible identificar y delimitar su contenido, pues “todo derecho fundamental significa y vale su contenido” (Castillo, 2005, p. 04), porque “no se puede formular ni aplicar un sistema de garantías de derechos fundamentales si antes no se conoce cuales facultades y atribuciones y con qué alcance dispensa un determinado derecho fundamental a su titular” (Castillo, 2002, p. 3).

En particular la determinación del contenido del derecho fundamental al medio ambiente es una tarea complicada, toda vez que no solo contiene enunciados lingüísticos con mayor grado de indeterminación normativa, sino una estructura compleja y titulares indeterminados, de ahí que ha permitido calificarlo incluso como “derecho a un todo” (Figueruelo, 2005, p.11). En ese mismo sentido el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que la determinación de ese contenido es más problemática, pues la expresión medio ambiente tiene un contenido difícilmente delimitable (STC Exp. N° 0964-2002-AA/TC, Alida Cortez Gómez De Nano, 2003, F.J. 8).

Ahora, el máximo intérprete de la Constitución ha fijado su contenido esencial, sin embargo, ese contenido aún no está del todo delimitado, cabiendo sostener, que “la delimitación del contenido del derecho al medio ambiente es una labor complicada, siendo factible afirmar que respecto de su contenido todavía no existe una definición precisa

como sí ocurre con los denominados derechos civiles, políticos y sociales” (Huerta, 2012, p. 41), siendo necesario identificar y delimitar con mayor precisión.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los elementos que complementan el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente a partir de su análisis normativo y jurisprudencial?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La protección de un derecho fundamental es imprescindible, sin embargo, no se tendrá dicha protección si es que su contenido constitucionalmente protegido no está bien delimitado, ya que adoptar un concepto muy estricto pueden dejar fuera de protección aspectos importantes del derecho, y si defendemos uno muy amplio, la protección del derecho puede verse difuminada a aspectos intrascendentes.

Entonces, se tiene una justificación práctica, debido a que la delimitación del contenido constitucionalmente protegido permite utilizar las garantías adecuadamente y así alcanzar un goce efectivo, pues conociendo las posiciones jurídicas que merecen protección constitucional se puede lograr la efectividad del derecho, caso contrario “muy poco podrían hacer los jueces, en efecto en la protección del bien jurídico si es que no se dotase de contenido concreto y no existiesen órganos institucionalizados que

ejecutasen dicha protección” (Figuerola, S.F, párr. 41) y que al final “acaban siendo preceptos constitucionales de moda pero difícilmente interpretables y aplicables” (Canosa, 2006b, p. 152).

Además, tiene una justificación teórica que consiste en el análisis propio del derecho debido que analizar un derecho fundamental exige identificar y/o delimitar su contenido, pues la disposición constitucional siempre es imprecisa o indeterminada. Entonces, el aporte consiste en complementar el contenido constitucionalmente protegido fijado por el Tribunal Constitucional comprendiendo otros elementos a partir de la normativa y jurisprudencia nacional o extranjera.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. General

Determinar los elementos que complementan el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente a partir de su análisis normativo y jurisprudencial.

1.4.2. Específicos

- A. Definir la postura asumida en la presente investigación acerca de la concepción de contenido constitucionalmente protegido.
- B. Identificar los elementos del derecho al medio ambiente que han sido considerados por la normativa y jurisprudencia.

C. Delimitar las discusiones acerca de los alcances del contenido del derecho fundamental al medio ambiente.

D. Elaborar una propuesta doctrinaria acerca del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente.

1.5. DELIMITACIÓN

1.5.1. Espacial

Dado que se trata de una investigación básica con alcances teóricos y dogmáticos, no es posible determinar un ámbito espacial, debido a que se analizará la normativa nacional y jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera; ampliando, por lo tanto, los límites de la investigación más allá del derecho nacional.

1.5.2. Temporal

Tratándose de una investigación básica con alcances teóricos y dogmáticos, no es posible determinar un ámbito temporal, pues no se puede hacer un corte específico de tiempo, debido a que los métodos a utilizar son el dogmático, histórico y hermenéutico.

1.6. LIMITACIONES

No existen limitaciones para el desarrollo de la presente tesis.

1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS

1.7.1. De acuerdo al fin que persigue

La investigación es básica, debido a que se busca incrementar el conocimiento jurídico existente; es decir, tiene por finalidad “mejorar el conocimiento per se, más que generar resultados o tecnologías que beneficien a la sociedad en un futuro inmediato” (Tam, Vera y Oliveros, 2008, p.146); en ese sentido, demanda un estudio doctrinario, dogmático y jurisprudencial, que no se valdrá de manipulación de variables ni modificación de la realidad.

1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación

La presente investigación es de alcance descriptivo, porque permitirá describir el fenómeno, especificar su naturaleza, propiedades, elementos, teorías del derecho fundamental al medio ambiente y, a la vez, será necesario identificar con más precisión su contenido constitucionalmente protegido. No obstante, este análisis nos conduce a un alcance de tipo explicativo que permitirá explicar el porqué de la imprecisa delimitación de su contenido y si ello puede influir en una protección deficiente.

1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

El enfoque en la presente investigación es el cualitativo, puesto que no habrá medición numérica, no habrá grupos de control ni variables,

sino que “explora de manera sistemática los conocimientos y valores que comparten los individuos en un determinado contexto espacial y temporal” (Monje, 2011, p. 12).

1.8. HIPÓTESIS

Los elementos que complementan el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente a partir de su análisis normativo y jurisprudencial, son:

- A. El acceso a la información sobre actividades y proyectos que podrían tener impacto ambiental.
- B. El acceso a la participación pública en la toma de decisiones medioambientales, y
- C. El acceso a la justicia para la protección del medio ambiente.

1.9. MÉTODOS

1.9.1. Generales

A. Deductivo- inductivo

En la presente investigación se utilizará el método deductivo puesto que se analizará la normativa internacional y nacional, las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH en cuanto al derecho fundamental al medio ambiente. Es decir, se parte de premisas generales sobre los derechos fundamentales para llegar

a conclusiones particulares sobre el contenido del derecho fundamental al medio ambiente y, a la vez, la noción de contenido constitucionalmente protegido y esencial puede aplicarse a los derechos fundamentales en general.

B. Analítico- sintético

Este método se utilizará debido a que consiste en “descomponer mentalmente un todo en sus partes y cualidades, en sus múltiples relaciones, propiedades y componentes. Permite estudiar el comportamiento de cada parte. La síntesis es la operación inversa, que establece mentalmente la unión o combinación de las partes” (Rodríguez, Jiménez y Pérez Jacinto, 2017, p. 8-9). Entonces este método será de utilidad para descomponer los elementos, estructura y componentes del derecho fundamental al medio ambiente para analizarlo de manera individual y luego en conjunto.

1.9.2. Específicos

A. Dogmático

Teniendo en cuenta que “este método actúa en base a lo que está previamente establecido” (Ramos, 2004, p. 488), será de suma utilidad, debido a que permitirá el análisis de las disposiciones normativas y otros actos normativos jurisprudenciales y

doctrinarios, que permitirá una mejor comprensión y aplicación del derecho fundamental al medio ambiente.

C. Hermenéutico

Se utilizará este método para aproximarnos a la explicación ontológica actual del derecho fundamental al medio ambiente. En tal sentido nos es útil, ya que permite el análisis de los textos y el contexto social, y así determinar con mayor precisión el contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente.

D. Histórico

Este método nos permitirá estudiar los antecedentes del fenómeno, partiendo por sus orígenes, transformaciones hasta llegar a la concepción actual. Es necesario conocer el avance no solo de su reconocimiento si también de cómo se ha ido perfilando su contenido, de ahí que se analizará los instrumentos documentales a través del tiempo.

E. Argumentativo

El derecho requiere de fundamentos subyacentes para la construcción de sus instituciones, y entendiendo que el método argumentativo consiste en “avaluar una conclusión con una serie de razones y de pruebas de apoyo” (Lasa-Aristu y Amor, 2016, p.74), será necesario este método, en el presente caso, para

determinar los elementos que complementan el contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente.

1.10. TÉCNICAS

1.10.1. Observación Documental

En la presente investigación se utilizará la técnica de la observación- documental, observación de documentos que contengan la normativa, jurisprudencia y doctrina; es decir, consiste “en observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis” (Sánchez, 2015, p. 9); mucho más, si se tiene en cuenta que el estudio será cualitativo, no empírico y no experimental.

1.10.2. Argumentación

La argumentación es una técnica que corresponde al método dogmático significa “avaluar una conclusión con una serie de razones y de pruebas de apoyo” (Lasa-Aristu y Amor, 2016, p. 74), será eficiente para la estructuración de los fundamentos que servirán de base para la construcción de la figura de los actos de resguardo y el respaldo de su regulación.

1.11. INSTRUMENTOS

En la presente investigación, se utilizará como instrumento de investigación la hoja guía.

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA

Debido a que se trata de una investigación básica, teórico – dogmática, no cuenta con unidad de análisis, universo ni muestra.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En el Perú, son pocos los trabajos de investigación que analizan el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente. Así lo expresan los entendidos en la materia “sobre el contenido del derecho al medio ambiente desde una perspectiva constitucional, lo que más existe son artículos del derecho comparado. A nivel nacional la literatura es casi inexistente” (Huerta, 2012, p.16), este material internacional se ocupa del contenido del medio ambiente, sobre todo inspirados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los pocos trabajos nacionales, tan solo se ocupan en citar de manera formal o textual lo que el Tribunal Constitucional ha fijado como contenido esencial del derecho al medio ambiente, mas no profundizan en ello.

En ese contexto, hasta la elaboración del presente trabajo no encontramos investigación alguna que haya buscado determinar con mayor precisión el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente, por lo que consideramos que nuestro trabajo podría servir de referencia para el desarrollo de posteriores investigaciones en una similar línea de análisis, que tome como referencia no sólo los criterios utilizados y el estudio sustantivo del derecho al medio ambiente, su evolución y su contenido, sino también la legislación procesal constitucional (aspecto formal), ya que conociendo su contenido permitirá acudir al sistema de garantías y por ende lograr una eficaz protección.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO

Si entendemos que fundamentar significa demostrar que el Derecho sirve para algo, entonces puede fundamentarse desde varios ámbitos, por lo que, los fundamentos no solo son jurídicos, sino que también pueden ser de carácter filosófico, sociológico o teórico, ya que estos son un elemento crucial de los actuales sistemas políticos – jurídicos.

Es conocido que la evolución de los derechos va unida a su fundamentación, y como tal no existe una posición única, a pesar que la dignidad aparezca, tal vez, no como el único, pero si el más importante principio- derecho desde donde es posible explicar y entender la justificación de los derechos.

En ese entendido a lo largo de los años, se han sostenido varias teorías que tratan de explicar el fundamento del derecho o derechos.

2.1.1. Teoría iusnaturalista

Los representantes más saltantes de esta corriente son Santo Tomás De Aquino y Emanuel Kant para quienes el derecho tiene un origen divino y racional, es decir, el derecho proviene de la ley natural o puesta por Dios en la naturaleza del hombre.

Los iusnaturalistas sustentan los derechos en la naturaleza del ser humano, esto es, existe un derecho natural, consistente en un ordenamiento universal que se deduce de la propia naturaleza humana, válido en cualquier tiempo y lugar. Para ellos, los derechos nacen como “derechos innatos, inalienables e imprescriptibles que se hacen derivar de la propia condición humana” (Murillo, 2000, p.283).

Los argumentos en defensa del iusnaturalismo se pueden apreciar en una de las tragedias mitológicas de Sófocles, cuando Antígona señala que los derechos no son de hoy ni de ayer, sino que nadie sabe cuándo nacieron¹. Con ello se aludía a la existencia de

¹ Edipo tuvo dos hijos Polinice y Eteócles, quienes a la muerte de su padre acordaron turnarse anualmente el trono de Tebas, pero tras el primer año Eteócles no quiso ceder el trono a su hermano, por lo que Polinice se sublevó contra Tebas, dándose muerte mutuamente. Frente a ello asume el poder Creonte (tío), quien dispone que ha Eteócles se le otorgue honores de ley y digna sepultura, mientras que para el otro dispone que no se le entierre, y se deje su cuerpo a la intemperie e inclemencia del tiempo, por haber traicionado a su propia patria Tebas y decretando, además, que quien se atreviera a enterrar su cuerpo, su castigo sería la muerte. Antígona hermana de los dos, decide revelarse contra el mandato y dar sepultura a Polinice, la cual considera justa conforme a las leyes naturales que son superiores a las humanas. Al llevar a cabo su plan es sorprendida por los centinelas quienes informan y es llevada a Creonte, quién le condena a muerte. Antígona en su defensa evoca las leyes naturales que son justas, así cuando pregunta CREONTE: ¿Y aun así osaste transgredir estas leyes?

Antígona responde:

“Es que no fue Zeus, ni por asomo, quien dio esta orden, ni tampoco la Justicia aquella que es convecina de los dioses del mundo subterráneo. No, no fijaron ellos entre los hombres estas leyes. Tampoco suponía que esas tus proclamas tuvieran tal fuerza que tú, un simple mortal, pudieras rebasar con ellas las leyes de los dioses anteriores a todo escrito e inmutables. Pues esas leyes divinas no están vigentes, ni por lo más remoto, sólo desde hoy ni desde ayer, sino permanentemente y en toda ocasión, y no hay quien sepa en qué fecha aparecieron. ¡No iba yo, por miedo a la decisión de hombre alguno, a pagar a los dioses el justo castigo por haberlas transgredido! Pues que había de morir lo sabía bien, ¡cómo no!, aunque tú no lo hubieras advertido en tu comunicado”. (Extraído y consultado con fecha 08 de febrero de 2020 de, <https://dramaticas.una.edu.ar/assets/files/file/artes-dramaticas/2014/2014-ad-una-cpu-2015-texto-antigona-sofocles.pdf>).

derechos no establecidos por el hombre, sino que le son inherentes por su condición de ser humano, esto es, “lo propio, lo inseparable y lo indisoluble a la persona humana” (Polo, 2013, p. 75), siendo que:

Al ordenamiento jurídico no le incumbe crear y otorgar los derechos y libertades de la persona, sino que su función reside en reconocer esos derechos inviolables e inherentes al ser humano, que son superiores a las leyes positivas y al arbitrio de los gobiernos. (Pérez, 1988, p. 116)

En efecto, para el iusnaturalismo que se funda en cuestiones metajurídicas o metafísicas, hay principios y valores superiores que otorgan validez a las normas positivadas y justifican la obediencia al derecho puesto, y como tal, los derechos son anteriores y superiores al Estado; es decir, “la fundamentación de esos derechos, se encuentra en el Derecho natural, no en el derecho positivo. Pero, además, esos derechos naturales son anteriores y superiores al Derecho positivo y, por tanto, inalienables” (Fernández, 1984, p. 87).

De lo anterior se deduce que esta corriente no niega la existencia del derecho positivo, sino que sostiene que el derecho natural está por encima o es superior, a diferencia del positivismo que solo admite el derecho puesto, así:

Por iusnaturalismo entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por

positivismo jurídico, entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo. (Bobbio, 2015, p.122)

Ahora bien, las objeciones no se han hecho esperar, así pues, entre otras, se critica que de sus argumentos nace la llamada falacia naturalista, “en ella se hace una inferencia errónea al pasar de la naturaleza a la ley, del hecho al valor” (Aguilera, 2011, p. 51). Asimismo, se argumenta que encierra una peligrosa metáfora, ya que “en base a esa metáfora de los derechos innatos, cualquier hombre se cree legitimado para resistir contra los gobiernos que, a tenor de sus creencias personales, violan sus pretendidos derechos innatos, universales e imprescriptibles” (Pérez, 1988, p. 121).

2.1.2. Teoría positivista

El positivismo fundamenta que el derecho existe porque tiene reconocimiento en normas escritas, creadas y aplicadas por el Estado, y como tal “no acepta la idea de que los derechos humanos puedan preexistir al derecho positivo” (Aguilera, 2011, p. 46). Kelsen (1934) como máximo exponente del positivismo defendía la idea del derecho positivo librado de cuestiones extrajurídicas y que sólo se basa en la existencia de normas escritas creadas y aplicadas por el Estado.

Las concepciones positivistas plantean una postura jurídica monista,

en el sentido que solo se admite la existencia de un único derecho: El derecho positivo. Fuente del derecho solo puede ser el derecho, dejando de lado cuestiones morales, sociales, políticas o ideológicas. Solo es derecho el creado y aplicado por el Estado, al único que debemos obedecer. Un ejemplo de defensa del positivismo la podemos ubicar en los diálogos de Platón (Critón) sobre la muerte de Sócrates quien bebió la cicuta fiel al respeto de la aplicación de la ley².

² Sócrates al ser sentenciado a pena de muerte, acusado de corromper a los jóvenes atenienses propagando sus ideas contra los dioses, y estando a la espera de la ejecución, es visitado por Critón quien le propone escapar a otra ciudad y salvarse, y no dar el gusto a sus enemigos, la mayoría lo apoya. No obstante, Sócrates, rebate con el argumento de cumplimiento fiel a la ley, así pues, considera que si escapa estaría liquidando las leyes, que son las que sostienen en pie a la ciudad de Atenas y ello sería muy injusto. Sin ley no hay ciudad y sin ella no hay orden y hombres justos. Se podría decir que, Sócrates le dio más importancia a la justicia y al cumplimiento de la ley que a su propia vida. Aduce:

¿Y qué responderemos, si las leyes dicen: "Sócrates, ¿es ese acaso el convenio estipulado entre tú y nosotras?, ¿no te comprometiste a someterte a las sentencias que la ciudad pronunciase?". (...). Pues bien, si naciste, fuiste criado e instruido merced a nosotras, (...) ¿crees tener los mismos derechos que nosotras y consideras que te está permitido obrar con las leyes como ellas intenten obrar contigo? (...) ¿Cómo, pues, vas a disfrutar de esa igualdad con respecto a tu patria y esas leyes, de suerte que, si nosotras tratamos de quitarte la vida, por considerarlo justo, intentes también tú, en la medida de tus fuerzas, matarnos, para defenderte, a nosotras, las leyes y la patria, y digas que esa conducta es justa, tú, un hombre que siente verdadera preocupación por la práctica de la virtud? Tal vez eres tan sabio que se te oculta que la patria es más digna de respeto que la madre, el padre y los antepasados todos, y más venerable, sagrada y considerada tanto entre los dioses como entre los hombres sensatos, y que hay que adorarla, ceder ante ella y halagarla, cuando está enojada, más que al padre, y persuadirla o hacer lo que mande, y sufrir de buen talante lo que ordene sufrir, tanto si se trata de recibir golpes o de aguantar cadenas como si nos conduce a la guerra a correr el riesgo de ser heridos o muertos? ¿Ignoras que hay que hacer eso, que así lo exige la justicia, que no? hay que ablandarse, retroceder ni abandonar el puesto, sino que, en la guerra, ante el tribunal y, en todas partes hay que llevar a cumplimiento lo que la ciudad y la patria ordenen, (...). Pues bien, Sócrates, añadirían tal vez las leyes, piensa si decimos verdad, al afirmar que no es justo lo que tratamos de hacernos. Veamos: nosotras te trajimos al mundo, te criamos y educamos, hicimos partícipes de todos los bienes que nos fue posible a ti y a todos los demás ciudadanos. (...). Ea, pues, Sócrates; obedece a tus nodrizas, que somos nosotras, y no estimes a tus hijos, ni el vivir ni otra cosa alguna por encima de la justicia. (Platón, 399 y 394 a.c).

En ese sentido, y según esta corriente los derechos fundamentales, son “categorías jurídico formales y no valores éticos o filosóficos, que deben ser interpretadas y aplicadas según las reglas del método jurídico tradicional” (Pérez, 1988, p. 122). Así pues “los derechos fundamentales, como todos los restantes derechos, son una creación técnico- jurídica que opera como garantías formales del funcionamiento del sistema político del Estado de Derecho” (Pérez, 1988, p. 121).

De esta manera, los derechos fundamentales tendrían un carácter constitutivo, ya que una vez positivados pueden ser exigidos (argumento de cumplimiento), a diferencia del iusnaturalismo que propugna un argumento declarativo, esto es, que existen antes y fuera del Estado.

Por su parte Norberto Bobbio (2015), distingue tres tipos de positivismo. a) Un positivismo metodológico, que separa entre derecho real (hecho) y derecho ideal (valor, cómo debería ser), siendo que el jurista debe ocuparse del primero, de manera valorativamente neutral. b) Un positivismo teórico, que se identifica a la teoría estatalista del derecho, que define a las normas en función de su coactividad, que es exclusiva y excluyente del Estado. La ley es la única fuente del derecho, su interpretación y aplicación es mecánica, su objeto de estudio es el derecho en sí que es autosuficiente y coherente. c) Un positivismo como ideología, que

sostiene prestar obediencia a las leyes positivas con independencia de su contenido, obediencia incondicional al derecho positivo, culto fiel a la legalidad. El derecho por el solo hecho de ser positivo es justo, su validez se mide por quién y cómo se dio. (p. 105-108)

Ahora bien, hasta aquí, se constata el antagonismo entre estas dos teorías, la primera que se cimienta en valores metafísicos, eternos, inmutables y ahistóricos y la segunda en su escepticismo axiológico y su marcado formalismo.

Sin embargo, consideramos que ambas olvidan que no puede haber una única fundamentación. El iusnaturalismo, por un lado, olvida el carácter histórico de los derechos, pues muchos de estos están marcados por las luchas sociales premunidas de exigencias o necesidades en un determinado tiempo y lugar y que antes no eran considerados derechos ahora lo son, tal es el caso del medio ambiente, y por otro lado, porque los principios morales o metajurídicos no garantizan por sí mismos su cumplimiento, no pueden ser exigidos y porque la aplicación de los derechos a situaciones concretas siempre plantea problemas de interpretación.

Por su parte, el positivismo olvida que su incorporación en un texto constitucional o legal no basta, sino que es necesario saber quién y cómo se controla su cumplimiento o cómo se protegen y efectivizan, o como dice el doctor Pérez Luño que el positivismo marcado por “su

formalismo le impide comprender que la lucha por los derechos humanos no se culmina con su recepción jurídico-positiva, sino con su plena realización en el seno de las relaciones sociales” (Pérez, 1988, p. 127).

2.1.3. Teoría historicista

Los representantes más saltantes son Savigni y Hegel, para quienes el fundamento del derecho es la experiencia histórica cultural del individuo. Los derechos son el producto de una formación paulatina, progresiva o gradual y, como tal, “manifiestan los derechos variables y relativos a cada contexto histórico que el hombre tiene y mantiene de acuerdo con el desarrollo de la sociedad” (Fernández, 1984, pp. 100-101).

Siendo esto así, para esta corriente, los derechos tendrían un origen social y serían relativos, históricos y variables, cuyo fundamento estaría en las necesidades sociales de cada contexto histórico y en las posibilidades de satisfacerlas. La fuente es la costumbre, ella lo forma, o “el derecho como el lenguaje, como la costumbre, como la constitución, está determinado por el “espíritu del pueblo” (Volksgeist)” (Rivera & Bautista, 2004, p. 209).

Como se puede apreciar, y conforme lo señala Fernández Eusebio (1984), las diferencias con la fundamentación iusnaturalista son claras:

1. En lugar de derechos naturales, universales y absolutos, se habla de derechos históricos, variables y relativos. 2. En lugar de derechos anteriores y superiores a la sociedad, se habla de derechos de origen social (en cuanto que son resultado de la evolución de la sociedad). (p. 101)

Afirmamos, que si bien no se puede negar la naturaleza humana, pero tampoco se puede negar que algunos derechos fundamentales, tienen una fundamentación histórica, así pues, algunos que parecían no tener la consideración de fundamental en una época o en una cierta civilización, ahora sí lo son, debido a las exigencias según necesidades sociales, económicas o culturales del hombre en un lugar y tiempo determinado, tal es el caso del medio ambiente que no era considerado como derecho fundamental en tanto no se tuvo conciencia de su importancia y necesidad para la propia protección de la especie humana; sin embargo, en la actualidad su protección se encuentra en textos constitucionales y convencionales.

2.1.4. Teoría pragmática

Para Norberto Bobbio principal pensador de esta teoría, no existe un fundamento absoluto de los derechos del hombre. El principal problema de nuestro tiempo, frente a los derechos fundamentales no es su justificación, sino su protección, constituyendo un problema político más que filosófico.

No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino

cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados. (Bobbio, 1991, p. 64)

Según esta postura, la clave no está ya en la fundamentación de los derechos, sino en su efectividad. De qué sirve saber cuántos o cuáles derechos son reconocidos y protegidos- casi todos lo están explícita o implícitamente-, sino se sabe cómo protegerlos, este es el problema.

Razón no le falta al maestro italiano, pues el gran problema hoy en día en mi opinión, radica en cómo protegerlos de manera eficaz y, este problema, en particular, se extiende al derecho fundamental al medio ambiente, ya que no solo carece de un contenido preciso, sino que también la falta de juzgados especializados en la materia contribuye a ello. Véase que, en nuestro país, solamente existen juzgados especializados ambientales en Madre de Dios y Ucayali, lo que impide, muchas veces, que los conflictos socio-ambientales se resuelvan por los cauces institucionales ante el poder judicial y que, al contrario, terminan en protestas sociales con pérdidas materiales o personales.

2.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS

Los derechos y la historia tienen íntima conexión, porque aquellos están ligados a acontecimiento históricos de trascendencia universal. Son conquistas resultantes de hechos históricos guiados por exigencias de

dignidad, libertad e igualdad.

La historia, nos muestra los profundos cambios políticos, sociales y económicos a los que no ha sido ajeno el ámbito constitucional y por ende los derechos, pues, por muy bien que haya sido elaborado un texto constitucional en su momento, siempre es necesario adaptarse a los nuevos cambios sociales o tecnológicos que muchas veces determinan o influyen en el proyecto político del país.

Los derechos han aparecido positivizados en tanto se fueron identificando como necesidades de las sociedades y producto de las luchas sociales, hasta constatarse que los derechos “pasaron a convertirse en parte esencial y fundamental de todos los textos constitucionales, y ya hoy día en norma de universal observancia en la comunidad internacional” (Martínez, 1999, p. 248).

Ahora, la evolución de los derechos ha ido unida a la fundamentación de los mismos, que de manera progresiva y cambiante han ido adquiriendo relevancia y utilizados como escudo frente a la tiranía, porque en unos inicios no se tuvo conciencia de su importancia, pues no interesaban en su reconocimiento, protección y promoción y menos en su respeto. En ese sentido estos han pasado por varias etapas conforme a continuación de manera somera se aprecia.

2.2.1. Edad antigua

La edad antigua comprende desde la aparición de la escritura hasta el año 476 (caída del imperio romano de occidente). En esta etapa la idea de los derechos es desconocido, el ser humano era un ser comunitario y por ende carente de libertad o ésta sólo lo tenían algunos estratos sociales por obra de los Dioses; así, verbigracia, los esclavos no eran considerados personas, sino objetos- no eran dueños ni de sí mismos- e igualmente, las mujeres tampoco tenían derechos.

Asimismo, no existía una separación entre lo humano y lo divino, el poder religioso y político eran lo mismo, lo que impidió una autonomía individual, así, por ejemplo, “en la antigüedad grecorromana, no se llegó a tener idea clara y precisa de la dignidad del hombre como individuo y de sus correspondientes derechos frente a la comunidad y autoridad política” (Solís, S.F., p. 79).

2.2.2. Edad media

Se considera que esta etapa comprende desde el año 476 (caída del imperio romano de occidente) hasta el año 1453 (caída de Constantinopla). Se caracteriza por ser una sociedad teocéntrica, un dominio religioso despiadado; y, estamental, una viviente desigualdad, no existían derechos para todos.

A lo largo de la Edad Media, la influencia de la Iglesia católica fue importantísima. En muchos sentidos, esta institución tenía más poder que las naciones. A menudo, los reyes y las reinas eran forzados a actuar de acuerdo con los deseos del clero y la corrupción en la Iglesia católica era común. (Angulo, S.F., párr. 2)

A diferencia de la etapa anterior, en esta etapa se da los primeros atisbos por la preocupación de los derechos.

Puestas así las bases filosófico-teológicas de los derechos humanos, tanto frente a los demás hombres como frente a la comunidad, la Edad Media, por boca de sus teólogos más preclaros, como santo Tomás de Aquino, y otros que siguieron sus enseñanzas, se ocupó por delimitar con claridad los derechos y deberes de los hombres frente a la vida social y política. (Solís, S.F., p. 80)

Así pues, encontramos la proclamación de derechos en Europa; no obstante, el reconocimiento formal de algunos derechos y garantías que constituyen un límite y garantía frente al poder, no eliminó la situación que algunos (los siervos) no tengan derechos y estén sometidos a la justicia de su amo. Los derechos quedan documentados de manera visible, así, se considera que:

Es en Inglaterra donde se encuentra uno de los documentos más trascendentales en la historia de los derechos humanos, la Carta Magna de 1215. Su reconocimiento llega a grado tal que hay quienes la consideran el antecedente más remoto de los derechos humanos en Occidente. (Solís, S.F, p. 85)

2.2.3. Edad moderna

Se entiende que esta etapa comprende desde el año 1453 hasta el año 1789 (Revolución Francesa). Se caracteriza por una sociedad antropocéntrica e individualista.

En esta etapa, la teoría de los derechos, influenciados por el humanismo, adquiere sistematización, gracias a que se producen determinados acontecimientos trascendentales, como la petición de derechos en Inglaterra en 1628, la declaración de derechos en 1689, y las revoluciones burguesas como son la norteamericana y la francesa y su respectiva declaración de derechos, como son la Declaración de Virginia de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789, ambas en contextos y tradiciones culturales distintas, que propiciaron la dación de normas destinadas a tutelarlos y protegerlos. Los derechos:

Son un producto de la modernidad y su consolidación en la cultura occidental resultaría impensable al margen de los elementos que definen a aquella en el plano ético-político, a saber: la separación entre la moral y el derecho y entre la religión y el estado, el derrumbe del orden feudal -estamental y el surgimiento de una sociedad de individuos que se presumían, al menos formalmente, libres e iguales. (Escobar, 2005, p. 4)

La importancia de los derechos ya es reconocida desde las primeras declaraciones, así por ejemplo el artículo 16° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789

afirmaba que “una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.

Además, de la proclamación o reconocimiento de derechos, se establece un sistema de pesos o contrapesos entre los poderes, con lo que se busca eliminar absolutismo o la arbitrariedad.

2.2.4. Edad contemporánea

Comprende desde la revolución francesa hasta la actualidad. El reconocimiento formal de los derechos comienza a darse con gran ímpetu después de la segunda guerra mundial con la creación de la Organización de las Naciones Unidas como reacción ante las barbaridades que vivió la humanidad durante la primera mitad del S. XX.

Sin olvidar que antes ya se había discutido que toda persona tenga un mínimo de derechos, terminada la segunda guerra mundial, los derechos fundamentales adquieren reconocimiento supranacional (internacionalización y positivación), nace un sistema mundial guiado por documentos y organismos internacionales (Comisión y corte interamericana de derechos humanos, ONU, Tribunal Europeo de Derechos humanos) destinados a su protección.

No obstante, en un primer momento la positivación de los derechos,

que se produce mediante la incorporación de los mismos a declaraciones, carece de valor jurídico. En sus inicios se concibe que “las declaraciones de derechos humanos no tienen eficacia constitutiva, sino meramente declarativa” (Diez-Picazo, 2000, p. 222), luego ya se celebran los tratados o convenciones de cumplimiento obligatorio por los Estados partes.

Ahora bien, en la cultura norteamericana, los derechos (y la constitución) se conciben como normas superiores, judicialmente protegidas e inderogables por el legislador; mientras que, la cultura europea, al contrario, confía en la ley el reconocimiento de los derechos, esto es, en el legislador y no en la garantía judicial.

En esa línea, no se puede dejar de mencionar que en el Estado de Derecho se concebía a la Constitución como una norma carente de fuerza vinculante, sin operatividad (contenía una mera declaración de derechos), y por el contrario a la ley se le consideraba como “acto normativo supremo e irresistible, al que en línea de principio no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento” (Zagrebel'sky, 1992, p. 24). Sin embargo, en el Estado Constitucional esa visión cambia y “la ley un tiempo medida de todas las cosas en el campo del derecho, cede el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición” (Zagrebel'sky, 1992, p. 40); es decir, es gracias “a la fundamentalidad de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado Constitucional

postula la supremacía política de la Constitución y, derivadamente, su supremacía jurídica o supralegalidad” (Gascón Abellán & García Figueroa, 2015, p. 21).

En ese orden de ideas, se desprende que la historia de los derechos está ligada a la historia del constitucionalismo, la lucha contra el absolutismo como limitación y control del poder político por medio del derecho, por lo que se puede decir que:

Se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho. (Pérez, 1988, p.19)

De ahí que la Constitución no solo es norma política, sino también una norma jurídica, en la cual sus contenidos son de cumplimiento obligatorio, porque a la par se habilitan órganos³ para su defensa como norma suprema en sí y para la protección de los derechos fundamentales.

³ Se ha objetado que la configuración de los derechos como normas vinculantes y el establecimiento de su control a un órgano distinto del legislativo (Poder Judicial o TC), ha traído consigo la objeción de que dichos órganos carecen de legitimidad democrática directa y por ende no deberían invalidar decisiones legislativas, toda vez que, con ello, se estaría permitiendo que los derechos y la democracia estén en conflicto.

2.3. CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

No puede darse una definición precisa de lo que son los derechos fundamentales, sin embargo, siguiendo al distinguido catedrático, Pérez Luño, se puede afirmar que:

Se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada. (Pérez, 1988, p.46)

Por su parte, el jurista Alemán Robert Alexy señala que los derechos fundamentales tienen naturaleza de principios y “los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende las posibilidades reales sino también de las jurídicas” (Alexy, 2007, p. 68). Es decir, tienen un contenido normativo que se expande en la mayor medida posible y cuyo cumplimiento debe efectuarse en el mayor grado óptimo.

Véase que los derechos pertenecen a la esencia humana, hunden sus raíces en ella, que gracias a su constitucionalización se les ha entendido no como meros ideales sino como aquello que posee operatividad jurídica inmediata que vincula al Estado y particulares o como lo señala el maestro Mesía que las “teorías jurídicas y jurisprudenciales de los principales tribunales destacan que los derechos fundamentales detentan en los ordenamientos jurídicos el máximo rango, la máxima fuerza jurídica y la

máxima importancia” (Mesía, 2008, p.20).

De ahí que los derechos fundamentales, además, de ser derechos subjetivos son elementos objetivos del ordenamiento jurídico en su conjunto, esto es principios y valores que completan el sustrato axiológico sobre el que la constitución se levanta, así lo entiende el Tribunal Constitucional Peruano, cuando afirma que los derechos fundamentales poseen un doble carácter “son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas” (STC Exp. N° 3330-2004-AA/TC, Ludesminio Loja Morí, 2005, F.J. 9).

2.4. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS

2.4.1. Universalidad

Esta característica, conforme lo señala Peces Barba (1999, p. 299), puede ser entendida desde tres ámbitos, el lógico, temporal y espacial y si bien los tres coexisten, cada uno se ocupa de un aspecto. El plano lógico o racional, entiende que la titularidad de los derechos se adscribe a todos los seres humanos; el plano temporal, considera que son válidos en todo momento; y, el plano espacial, admite que su extensión alcanza a todas las sociedades, sin excepción.

Cuando se habla de universalidad de los derechos, casi siempre se está haciendo alusión al plano lógico dado que la titularidad de los

derechos se adscribe a todos los seres humanos, sin distinción alguna. Somos portadores de derechos por la propia condición de ser humano. Proyecta el derecho de todo ser humano a tener derechos.

La fuente de donde se deriva la universalidad de los derechos lo constituye la dignidad humana que como un valor no instrumental (fin y no medio) constituye el fundamento y límite del goce y ejercicio de los derechos. Esta constituye la primera y principal fuente, a pesar que no es la única, toda vez que a mérito del artículo 3 de la Constitución hay otros principios como la soberanía del pueblo, forma republicana de gobierno y estado democrático de derecho de donde se pueden desprender otros derechos, como algunos que han surgido para las personas jurídicas.

2.4.2. Interdependencia

Esta característica nos muestra que los derechos tienen implicaciones mutuas, cada derecho encuentra su sentido pleno en relación con los demás, por ende, existen en coordinación y cooperación mutua, formando un sistema.

Así, no pueden concebirse de manera aislada, todos necesitan el uno del otro para poder efectivizarse y/o realizarse. Todos forman parte de un bloque de respeto, protección, garantía y promoción por parte del Estado y particulares. Por lo tanto, los derechos civiles y políticos no pueden vivir sin los derechos económicos, sociales o culturales o

a la inversa, y como tal “la relación entre ambos tipos de derechos no debe basarse en criterios de contraposición y antagonismo, sino en criterios de complementariedad (...) los unos no pueden existir ni consolidarse sin los otros” (Iriarte, 2012, p. 227). Al respecto, el Tribunal Constitucional Peruano ha establecido que:

El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada. (STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC, Azanca Alhelí Meza García, 2004, F.J. 19)

En ese mismo sentido, la Corte IDH ha sostenido la naturaleza indivisible e independientemente de los derechos; así, en el caso Buendía expreso que los Derechos Económicos Sociales y Culturales y los derechos civiles son interdependientes, “ambas categorías deben ser entendidas integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades en que resulten competentes para ello” (Caso Acevedo Buendía y Otros -Cesantes y Jubilados de la Contraloría-, sentencia del 1 de julio del 2009, serie C N° 198, párr. 101) y lo ha ratificado en la Opinión Consultiva sobre medio ambiente y los derechos:

La Corte reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser

entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. (Opinión Consultiva OC-23/17, Corte IDH, 2017, F.J. 57)

2.4.3. Indivisibilidad

Los derechos al forman un bloque único no pueden ser situados uno sobre otro, deben ser igualmente respetados y protegidos. Así lo ha expresado nuestro máximo intérprete de la Constitución cuando señala que todos los derechos “constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí” (STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC, Azanca Alhelí Meza García, 2004, F.J. 11).

La interdependencia e indivisibilidad son como dos caras de una misma moneda y ambas coexisten, así mientras la indivisibilidad implica que los derechos deben entenderse como un todo integrado sin separación, ningún derecho es excluyente; la interdependencia muestra que los derechos necesitan los unos de los otros para tener operatividad.

En otros términos, la indivisibilidad tiene un haz negativo, la interdependencia un haz positivo; la primera implica negación de separación, la segunda expresa vinculación entre derechos.

Así, por ejemplo, en la proclamación de Teherán de 1968 (artículo 13), adoptada en la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, haciendo alusión a esta característica se señaló que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. Así como en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de Viena de 1993, en el principio 5 se señaló que todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratarlos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.

2.4.4. Progresividad

En las últimas décadas se ha ido incorporando nuevos derechos a las Constituciones, siendo que una vez declarada su fundamentalidad no puede adoptarse medidas que supongan un retroceso en el estándar de su protección, así, los derechos son inherentes a la persona, por lo que siempre es posible extender el ámbito de protección o incorporar nuevos derechos que anteriormente no estaban reconocidos.

En ese sentido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 12, señala que cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar

medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Por su parte el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, haciendo alusión a esta característica, establece el deber de los Estados Partes de adoptar las providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, en la medida de los recursos disponibles por vía legislativa u otros medios apropiados. Aunado a ello el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 1 establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias de orden interno o cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente protocolo.

Entonces, como se puede apreciar es tarea de los Estados de adoptar las medidas necesarias para la protección efectiva de los

derechos sociales, que defiende los derechos civiles y políticos al igual que los derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, más allá de ello, el Tribunal Constitucional ha indicado que el principio de progresividad constituye un concepto objetivo y no subjetivo y que “no supone absoluta imposibilidad de regresión (...) en materia de derechos sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de recursos que disponga el Estado y siempre que existan razones de interés social” (STC Exp. N° 0001-2004-AI/TC y Exp. N° 0002-2004-AI/TC (acumulados), más de 5, 000 ciudadanos, 2004, F.J. 55).

2.4.5. Indisponibilidad

Entiéndase como aquello que el titular no está moralmente autorizado para prescindir de los derechos fundamentales. No pueden ser renunciados ni revocados, dado que trascienden la esfera individual. No se puede privar o auto privarse de ellos y nadie puede desposeer, arrebatar, negociar o anularlos.

Esta característica se puede entender desde dos aristas una activa y una pasiva, la primera, se constituye como una prohibición o intangibilidad de estos por el propio sujeto titular, y la segunda, consiste en la condición de limitables por derechos de otros sujetos.

Así también, lo ha previsto el artículo 30° Declaración Universal de Derechos Humanos cuando señala que nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

Cabe señalar, sin embargo, que no es lo mismo la titularidad de un derecho que el ejercicio del mismo, esta característica se refiere a la titularidad del derecho más que al ejercicio del mismo, en cuanto a su ejercicio pueden ser disponibles:

Ya que el ejercicio depende de la titularidad y que los individuos no pueden modificar las normas constitucionales, es razonable afirmar que la disponibilidad de los derechos fundamentales está referida al ejercicio de los derechos, a sus manifestaciones subjetivas; mas no a ámbitos objetivos, es decir, no a normas iusfundamentales ni a la propia titularidad de los derechos. (Sosa, 2008c, p. 508)

2.4.6. Limitables

Se parte de la idea que ningún derecho es absoluto, y por lo tanto puede ser limitado- por ejemplo, a través del test de proporcionalidad- para preservar otros derechos o bienes fundamentales.

El carácter limitado de los derechos es una evidencia que no admite contradicción alguna, esto porque el reconocimiento de un derecho

es universal y general requiriendo su ejercicio de la coordinación y compatibilidad entre todos y cada uno de ellos. Los derechos de una persona terminan donde empiezan los derechos de los demás.

Si los derechos no son absolutos, entonces pueden ser limitados y estos límites pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes o derechos constitucionales.

De esta forma, se reconocen diversos límites para los derechos fundamentales, así el máximo garante de la constitucionalidad española en la Sentencia 11/1981 del 08 de abril en su fundamento 7, ha precisado los tres tipos de límites que operan en los derechos fundamentales:

límite	tipo	ejemplo
Límites inmediatamente derivados de la constitución o que ésta establece en sí misma.	Límites internos	El artículo 34 de la Constitución de 1993 señala: Los miembros de las fuerzas armadas no pueden postular a cargos de elección popular, mientras no hayan pasado a situación de retiro.
Límites mediata e inmediatamente derivados de la constitución por la	Límites externos	El artículo 2, inciso 5 de la constitución de 1993 prescribe que se tiene derecho de acceso a la

necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales.		información pública, con excepción de la que afecta la intimidad personal, y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad.
Límites mediata e inmediatamente derivados de la constitución por la necesidad de preservar o proteger otros bienes constitucionalmente protegidos.	Límites externos	El artículo 2, inciso 11 de la constitución de 1993 prevé que la libertad de tránsito puede limitarse por razones de sanidad, mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería, o que el artículo 2, inciso 12 que prevé que el derecho de reunión, puede ser limitado por motivos probados de seguridad o sanidad públicas.

El carácter limitable, la podemos ubicar también en la Convención Americana de Derechos Humanos cuando en su artículo 30 establece que las restricciones permitidas por ella, al goce y ejercicio de los derechos, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general.

2.4.7. Imprescriptibilidad

Esto significa que no pueden prescribir, es decir, que no pierden vigencia o perecen por el transcurso del tiempo. Son para toda la vida, no tiene fecha de caducidad por ningún motivo.

Cabe señalar que ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos ni en ningún otro documento de este tipo, se reconoce la

imprescriptibilidad como un principio o característica de los derechos, a excepción de las convenciones sobre delitos de lesa humanidad.

La imprescriptibilidad, en este ámbito, está referida para aplicar la sanción correspondiente, esto es, que el pasar del tiempo no impida investigar y sancionar a los responsables de determinados crímenes, entre los que figuran principalmente los de guerra, los de lesa humanidad y la desaparición forzada de personas.

2.5. GENERACIONES DE LOS DERECHOS

Los derechos pueden clasificarse en base a su función y estructura. Por su estructura se clasifican según la naturaleza de la facultad que otorga a su titular. Así, “se suelen señalar los siguientes tipos: a) derechos de defensa, que facultan a exigir la no interferencia; b) derechos de participación, que facultan a realizar actos con relevancia pública; c) derechos de prestación, que facultan a reclamar un beneficio” (Diez-Picaso, 2000, p. 228).

Ahora, la clasificación más conocida es la que se realiza según su función en derechos de primera, segunda y tercera generación (algunos incluyen una cuarta generación) y es la que analizaremos a continuación. Sin embargo, esta clasificación sólo puede aceptarse con fines pedagógicos, mas no como una clasificación válida que determine e incida en la eficacia de los mismos, porque al fin y al cabo todos son fundamentales y todos gozan de protección. De ahí que dicha clasificación tenga un valor académico más que práctico.

La constitución de 1993 distingue formalmente entre derechos fundamentales de la persona (Capítulo I del Título I), y derechos sociales y económicos (Capítulo II del mismo Título I); sin embargo, tal distinción tanto desde el punto de vista sustantivo o material como procesal no tiene relevancia en cuanto a la eficacia normativa de ambos tipos de derechos.

Digo que todos son fundamentales, porque no interesa la ubicación formal en la constitución, pues la dignidad irradia todo el ordenamiento jurídico, mucho más si conforme al artículo 3 de la Constitución, que prevé la cláusula de apertura constitucional, la enumeración de los derechos establecidos no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. Así se ha señalado que:

En origen, las declaraciones de derechos, fieles a su raigambre liberal, contenían solamente derechos civiles y políticos, es decir los derechos tendientes a garantizar tanto ciertos ámbitos de autonomía individual frente al Estado (inviolabilidad del domicilio, legalidad penal, libertad de imprenta, etc) como facultades de participación en los asuntos públicos (derecho de sufragio, derecho de participación, etc). No obstante, la progresiva democratización del Estado liberal y, la aparición de la moderna democracia de masas condujo a que las declaraciones de derechos se proclamasen también derechos sociales (sindicación y huelga, educación, sanidad, etc). (Diez-Picazo, 2000, p. 223)

2.5.1. Derechos de primera generación

En cuanto a los derechos de primera generación, que son los reconocidos en las declaraciones de los siglos XVII y XVIII, y

reiterados en el constitucionalismo decimonónico, tienen una justificación iusnaturalista, ostentan un *status negativus*, por ser derechos de defensa frente al Estado, se trata de una protección que pretende una omisión del Estado de afectaciones ilegítimas de la esfera del individuo o permite combatir o reparar afectaciones o intervenciones ya ejecutadas.

Estos derechos nacen como de titularidad individual y tienen un carácter defensivo, como límite a la actividad del Estado. Priorizan, protegen y fomentan el derecho a la libertad. Son derechos autoaplicativos. Así esta primera generación “fue -y sigue siendo, porque con avaricia debemos esforzarnos en retenerla- la de los clásicos derechos civiles que, de algún modo, expresan a la libertad negativa o libertad "de” (Bidart, 1989, p. 196).

Como su nombre indica estos derechos son los primeros en reconocerse, son los llamados derechos civiles y políticos, siendo su valor guía la libertad.

2.5.2. Derechos de segunda generación

Son los llamados derechos económicos, sociales y culturales y buscan garantizar al ser humano condiciones mínimas que hagan posible su vida en sociedad de manera digna. La inserción de los derechos sociales comenzó a finales de la primera guerra mundial,

específicamente con la constitución mexicana (Querétaro) de 1917 y la alemana de Weimar de 1919.

Estos derechos tienen como valor guía la igualdad y por ende son “más difíciles que los civiles para adquirir vigencia sociológica, porque normalmente requieren prestaciones positivas (de dar o de hacer) por parte de los sujetos pasivos, se inspira en el concepto de libertad positiva o libertad “para”” (Bidart, 1989, p. 196).

Se arguye que, son conquistas del hombre contemporáneo y que “la historia de los derechos nos muestra cómo, en su catálogo, se van paulatinamente incorporando derechos que satisfacen necesidades que surge, y que considera imprescindible proteger a través de dicha figura” (Iriarte, 2012, p. 219).

La ampliación e internacionalización⁴ de los derechos, ha traído consigo la aparición de derechos que ostenta un *status positivus* o *activus*, esto es, exigen prestaciones positivas por parte del Estado y permiten al ciudadano participar en la vida estatal. A decir de la doctora Alvites estos derechos cumplen tres funciones:

(i) función correctora de los procesos sociales porque amplían la eficacia de los derechos fundamentales de libertad, permitiendo su ejercicio por un número mayor de individuos; (ii) función igualadora porque posibilitan la

⁴ Las declaraciones de derechos internacionales han introducido estándares mínimos, por debajo de los cuales la comunidad internacional estima que no se respetan los derechos humanos.

realización de la igualdad material entre los seres humanos y (iii) función liberadora debido a que completan y dotan de mayor densidad a las libertades fundamentales, construyendo la libertad fáctica. (Alvites, 2008, p. 19)

El Tribunal Constitucional citando a German Bidart Campos, ha expresado que “los derechos sociales no son distintos de los derechos individuales, sino que son la ampliación de estos” (STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC, Azanca Alhelí Meza García, 2004, F.J. 11). En consecuencia, no solo buscan garantizar condiciones de vida digna, sino remover los obstáculos para que sea real y efectiva.

Su finalidad es la satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos, a través de la prestación de bienes y servicios. Se trata de derechos que se concretan en acciones que se orientan a modificar las estructuras económicas, sociales y culturales de una comunidad y buscan cubrir las carencias materiales de los individuos. (Alvites, 2008, p. 18)

Se puede decir, que atienden a planteamientos democráticos y socialistas, por tanto, no es posible sin el apoyo y complemento de los demás, la relación entre los derechos liberales y sociales es de complementariedad antes que de instrumentalidad.

Sin embargo, hay quienes objetan que no es posible exigir el cumplimiento de tales derechos frente a los jueces, porque estos no son competentes para ello, sino que son los órganos políticos quienes deben cumplir sus funciones legislativas, de organización o presupuestales para la vigencia efectiva de dichos derechos, quizás

la dificultad, pero que no impide su efecto normativo, se presenta en que “el Estado Social y Democrático de Derecho no cuenta con una estructura institucional propia destinada a garantizar aquellos elementos que le dan contenido, sino que se vale de lo formulado por el Estado de Derecho liberal para los derechos individuales” (Alvites, 2008, p. 18).

Por eso los derechos sociales surgen en compás del tránsito del Estado Legislativo al Estado Social de Derecho, en donde los poderes públicos juegan un papel activo, ya que asumen la tarea de proporcionarles a los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para satisfacer sus necesidades básicas, es decir, velan por su procura existencial; por ello “estos derechos se dirigen a explicitar las exigencias de los valores de la igualdad y de la solidaridad, de igual modo que las libertades públicas concretan y desarrollan los valores de la libertad y la dignidad humana” (Pérez, 1988, p. 183).

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional ha establecido que la exigibilidad judicial de un derecho social depende de tres factores, como “la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando se compruebe que puede efectuar acciones concretas para la ejecución de políticas sociales” (STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC, Azanca Alhelí Meza García, 2004, F.J. 33). Es

quizás con este último criterio que se pretende distorsionar que tales derechos queden librados a lo económicamente posible.

Tal vez dicho argumento se sustente en el artículo XI de la Disposición Final de la Transitoria de la Constitución, que dispone que los derechos que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente. Sin embargo, los derechos sociales, por mandato de la propia Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, vinculan por igual a los poderes públicos y particulares de respetarlos y protegerlos, mucho más si el principio de progresividad es aplicable en consonancia con los tratados internacionales sobre derechos humanos.

2.5.3. Derechos de tercera generación

Se dice que son derechos de los pueblos, cuya titularidad es colectiva o difusa, y como tales, ensalzan el valor de solidaridad dado que buscan el bienestar de todos los integrantes de la sociedad sin más distinción que la que otorgan los propios términos de la equidad.

Sin extraviar la noción de subjetividad de los derechos del hombre, la rodea más intensamente de un contorno supraindividual o colectivo, porque lo que en ese conjunto de derechos se formula como tal muestra el carácter compartido y concurrente de una pluralidad de sujetos en cada derecho de que se trata. (Bidart, 1989, p. 197)

Su carácter colectivo o difuso permite argüir que esta generación se caracteriza porque busca una mejor calidad de vida, por eso la obtención de estos derechos no es pacífica, así encontramos en esta categoría el derecho al desarrollo de los pueblos, derecho a la paz, a los recursos naturales, del patrimonio cultural y artístico, etc.

En vista que estos derechos están guiados por la solidaridad aquí se suele ubicar al derecho fundamental al medio ambiente. El titular de estos derechos es la sociedad como tal y pretenden proteger y preservar a la colectividad en sí misma. Así, Bidart Campos (1989) ejemplando con el derecho al medio ambiente señala que:

Si tomamos al azar un derecho que se suele ahora colocar en la tercera generación, como es el derecho a la preservación del medio ambiente, hay que decir que todos los hombres que viven en un mismo ámbito (ciudad, región, etcétera) tienen subjetivamente ese derecho, pero como el bien a proteger es común, el derecho personal de cada uno y el de todos forma una titularidad que aun cuando sigue siendo subjetiva de cada sujeto, uno por uno, es a la vez compartida por esa pluralidad en la sumatoria de un interés común. (p. 197)

Por otro lado, debemos advertir que, si los derechos de primera generación (considerados por algunos los más importantes o los primeros en protegerse) no eran considerados como tal, o al menos no lo eran algunos, el medio ambiente como derecho de tercera generación no era preocupación ni necesidad, y por ende no estaba positivado como tal, hasta que, la degradación ambiental permitió tomar conciencia que de él no solo depende la conservación del ser

humano como especie y de las demás seres vivos sino también una calidad de vida digna. Sin un ambiente saludable no es posible la existencia del hombre menos la calidad de vida.

Aunado a ello, advertimos que el derecho procesal constitucional ha venido conviviendo con un sin número de derechos constitucionales de tercera generación, los cuales son difíciles de invocar titularidad exclusiva o personalísima, no necesariamente quien interponga la demanda debe ser el directo afectado o tener interés en lo particular, así pues, si una población local no tiene los medios o argumentos necesarios para sustentar una demanda, nada debe impedir para que un ciudadano ajeno a la localidad interponga la demanda.

2.5.4. Derechos de cuarta generación

La doctrina no es pacífica en cuanto a si existe una cuarta generación de derechos, pero algunos autores defienden la idea que nos encontramos avanzando en esta nueva etapa normativa. Es así que para algunos esta categoría de derechos “se encuentran sustentados en la necesidad de asegurar el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación a todos los individuos” (Altamirano, 2017, p. 7).

No obstante, opinamos que, si existiera esta generación, responden a una necesidad provocada por la misma humanidad pero que por sí misma no son indispensables, así, por ejemplo, el acceso al mundo

digital persigue mejores condiciones de vida, pero no es algo esencial sin lo cual el ser humano deje de existir.

2.5.5. ¿Es válida en la actualidad la distinción de los derechos en generaciones?

Una extendida concepción viene a asumir que entre derechos individuales y derechos sociales existe, además, de una diferente génesis histórica, una serie de diferencias estructurales.

Así, se señala que, por su origen, los derechos civiles y políticos surgen con las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII y dentro de una concepción filosófica individualista (considera al ser humano autónomo, autosuficiente y aislado y propugnan un Estado abstencionista); en cambio, los derechos económicos, sociales y culturales, surgen de las reivindicaciones sociales de finales del siglo XIX, en el contexto de una concepción ideológica socialista y marxista (Estado intervencionista).

Si bien, no se puede negar que ambas categorías de derechos tengan una génesis histórica distinta, ello no faculta a considerar a los derechos sociales o colectivos/difusos como menos importantes o que sirvan de medio para la realización de los derechos individuales, pues no cabe duda que en el fondo ambos mantienen una misma fundamentación basada en valores universalizables como la dignidad, la libertad y la igualdad. En ese sentido lo entiende

la doctrina cuando señala que “la relación que existe entre los derechos liberales y sociales es una relación de complementariedad, integridad, unidad, antes que una relación de condicionalidad o instrumentalidad, o, en otros términos, de medio a fin” (Chávez, 2008, p. 55).

En cuanto a las diferencias estructurales, entre otras, estaría marcada por la concepción que los derechos civiles y políticos plantean al Estado pretensiones de no intervención, mientras que los derechos sociales exigen pretensiones positivas o activas. Así, mientras que los primeros se hacen valer frente o al margen del Estado, los segundos se hacen valer con o dentro del Estado.

Aunado a ello, se alega que los jueces no serían competentes para proteger los derechos sociales, es decir, no estarían legitimados para intervenir en asuntos que compete al poder político, caso contrario se afectaría el principio democrático.

Al respecto, debemos señalar que, si bien nadie niega que compete al parlamento decidir las políticas sociales y económicas, también nada faculta desconocer el carácter normativo y vinculante de los derechos sociales. Al final también son derechos fundamentales.

Más allá de ello, la clasificación de los derechos en generaciones tiene un valor más académico o pedagógico que práctico, porque

todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, y culturales o colectivos/difusos, son fundamentales y como tales tienen la misma fuerza normativa, el mismo tratamiento constitucional y requieren de una abstención y a la vez de una actitud promotora o prestacional del Estado. No basta que el Estado no haga algo (no intromisión), sino que es necesario que haga todo lo posible para que los derechos sean tengan efectividad.

En esa dirección, no hay diferencias materiales, porque todos tienen la misma fuerza normativa constitucional- todos son fundamentales y no hay norma que explícitamente establezca límites-; ni formales, porque todos están protegidos, todos tienen una garantía, y es que “en la Constitución peruana están reconocidos mecanismos de protección de derechos con una misma eficacia constitucional” (Castillo, S.F, p. 144). Así lo ha señalado también el Tribunal Constitucional:

De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección –negativas– y de garantía y promoción –positivas– por parte del Estado” (STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC, Manuel Anicama Hernández, 2005, F.J. 32).

Asimismo, no hay diferencia en cuanto a las exigencias negativas o positivas, pues todos los derechos, obligan a abstenerse de toda acción u omisión encaminada a impedir o dificultar de forma directa

e indirecta, mediata e inmediata el ejercicio de un derecho o bien jurídico, pero también obligan a una actuación activa a fin de respetar, promover y garantizar los derechos, de ahí que conjugan para las autoridades obligaciones de no hacer y obligaciones de hacer. Pues todos implican negatividad y positividad a la vez. Entonces, “no hay derechos gratuitos y derechos caros; todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que al menos los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas” (Chávez, 2008, p. 56).

Quizás, solo exista una diferencia de grado, de mayor peso en las obligaciones de defensa o prestación según la naturaleza del derecho en cuestión; es decir, algunos derechos se identificarán más con obligaciones positivas, mientras otros más con obligaciones negativas, pero nada faculta negar que todos prescriben obligaciones activas y pasivas, así:

La distinción entre obligaciones de hacer y de no hacer no parece, sin embargo, del todo convincente. Lo mismo es posible decir que el estado cumple una obligación de hacer en el caso de un derecho civil que una obligación de no hacer en el caso de un derecho social y viceversa. Lo que distingue es, en todo caso, la intensidad de esa obligación, pero no la obligación en sí. (Campos, 2013, p. 12)

Definitivamente, esta idea se puede constatar, en particular con el derecho al medio ambiente que nos ocupa, que tanto desde un punto de vista sustantivo o adjetivo, permite sostener que siendo uno de

tercera generación es considerado un derecho fundamental (artículo 2 inciso 22 de la Constitución) al igual que los demás derechos de primera o segunda generación y, como tal, comporta obligaciones negativas y positivas.

Igualmente, lo ha entendido el TC, en la STC Exp. N° 4223-2006-PA/TC, Máximo Medardo Mass López, 2007, (f.j. 5), que comporta obligaciones negativas (faz reaccional) y positivas (faz prestacional) del Estado y particulares de maximizar los esfuerzos para que los componentes medio ambientales estén aptos para el disfrute de las generaciones actuales y venideras. Así, no solo se asume la obligación de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el medio ambiente, sino que también nacen obligaciones destinadas a conservarlo, las mismas que se traducen en un haz de posibilidades de conservación, prevención y compensación.

Asimismo, en su aspecto adjetivo, al igual que otros derechos de primera o segunda generación, el medio ambiente tiene la misma protección constitucional, conforme al artículo 37 del Código Procesal Constitucional (lista enunciativa y no taxativa) a través del proceso constitucional de amparo, siendo que cualquier persona está legitimada para interponer una demanda en defensa de derechos difusos, como es el caso del medio ambiente, según el artículo 40 del mismo cuerpo normativo.

2.6. CONTENIDO JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.6.1. Contenido esencial

La doctrina mayoritaria señala que la idea de contenido esencial se incluyó por primera vez en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Siguiendo esta línea, dicho concepto ha sido incorporado, además, en otros textos constitucionales europeos como la constitución de Portugal de 1976 y de España de 1778. Asimismo, se incorporó en la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

Por su lado, nuestra constitución de 1993 al igual que su predecesora la de 1979, conforme lo ha expresado el Tribunal Constitucional, carece de un dispositivo similar al artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn o al artículo 53.2 de la Constitución española; sin embargo, la limitación de los derechos se deriva de la distinción de planos en los que actúa el poder constituyente y el legislador ordinario (STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC, José Antonio Álvarez Rojas, 2004, F.J. 16), y en ese entendido dicho Colegiado, ha suplido dicho vacío y a través de sus sentencias, ha venido delimitando el contenido de algunos derechos y empleándolo como técnica para resolver controversias.

Ahora bien, las Constituciones europeas que han adoptado este concepto jurídico, no han dado una definición de lo que se entiende

por contenido esencial, no obstante, de dicho término se puede desprender un aspecto negativo, entendiendo como parámetro o límite de actuación del legislador, y un aspecto positivo de afirmación de una sustancia intangible inmediatamente constitucional en cada derecho.

En ese sentido el Tribunal Constitucional Español en la SC N° 11/1981, de fecha 08 de abril de 1981 en el fundamento jurídico 8, ha señalado que para poder aproximarse al contenido esencial de un derecho cabe seguir dos caminos: El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho, de tal manera que el contenido esencial “lo constituye aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así”.

El segundo camino consiste en tratar de buscar en lo que se ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos en ese sentido contenido esencial sería “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.

De lo señalado, se advierte que el contenido esencial del derecho vendría a ser la sustancia sin la cual el derecho deja de ser aquello a que la norma fundamental se refiere, es el límite de límites, el límite último e infranqueable que limita la posibilidad de limitar, señalando un límite impasable. Se estructura por las cualidades intrínsecas o esenciales sin las cuales el derecho deja de ser, se desnaturaliza, y se convierte en otro distinto, que se torna impracticable.

Por su parte el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que:

El contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada. (STC Exp. N° 1042-2002-AA/TC, Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rímac, 2002, F.J. 2.2.4)

Ahora, es preciso anotar, que el contenido esencial de los derechos fundamentales no solo se extrae de las normas constitucionales, sino también de las internacionales e interpretaciones de los tribunales (internacionales) y ese ha sido el criterio del máximo intérprete de constitucionalidad al señalar que el contenido esencial no solo ha de extraerse a través de la disposición constitucional, sino también, bajo los alcances del derecho internacional de los derechos humanos lo que comprende a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos se

han expedido (STC Exp. N° 8123-2005-PHC/TC, Nelson Jacob Gurman, 2005, F.J. 22).

De otro lado, cabe precisar que no se vulneraría el contenido esencial de un derecho fundamental si únicamente se afecta a las modalidades de su ejercicio sin hacer peligrar su propia existencia, pues el contenido esencial protege de intervenciones arbitrarias e irrazonables.

Para explicar el contenido esencial de los derechos se ha elaborado varias teorías, las mismas que a continuación se explicitan.

A. Teoría absoluta

Esta teoría parte de la idea que:

Los derechos fundamentales son mandatos de optimización en el sentido que tienen un contenido que tiende a expandirse ilimitadamente; pero en la medida que no es posible una pacífica convivencia con base en derechos ilimitados, surge la necesidad de frenar la expansión y –de ser el caso– contraer el contenido expandido hasta un punto que haga posible la convivencia humana. (Castillo, S.F, p. 148)

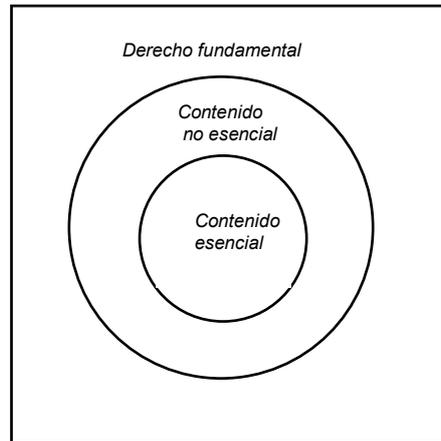
En ese sentido, se sostiene que el contenido esencial de cada derecho es uno y siempre el mismo. Es decir, está determinado a priori para cada derecho fundamental, dicho contenido será general y válido para siempre y en todos los casos como una huella digital, siendo inconstitucional cualquier incidencia que

transgreda ese ámbito normativo. El doctor Luis Castillo Córdova, nos explica en los términos siguientes:

Conocido es que la llamada teoría absoluta de los derechos fundamentales afirma la dualidad del contenido de un derecho fundamental. Una parte nuclear y otra parte periférica. La primera sería la esencial del derecho que no admite ser limitada, restringida ni sacrificada; porque de serlo supondría la vulneración del derecho mismo. Esa parte es absoluta para los destinatarios de los derechos fundamentales que, como se sabe, lo son tanto el poder público como los particulares. Así, el Legislador, el Gobierno, el Juez ni el particular pueden limitar la parte esencial del derecho. Por otro lado, la parte periférica viene a ser la no esencial del derecho; la cual podrá ser limitada, restringida o sacrificada, siempre y cuando ello sea necesario para salvar otro derecho fundamental o un bien jurídico constitucional. (Castillo, S.F, p. 147-148)

En esa misma dirección, ahondando más en los argumentos de esta teoría, y con una claridad muy ilustrativa, Sánchez Gil, nos explica del siguiente modo:

Imaginando el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos, entiende que la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y a la sección circunferencial exterior, como la parte accesoria o contingente de los mismos; dicho núcleo sería la parte intocable de estos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita, en cambio en la parte contingente pueden establecerse restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas. (Sánchez, S.F, pp. 111-112)

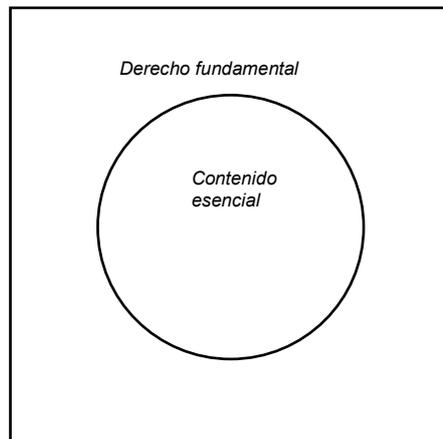


Más allá de ello, esta teoría ha merecido varias críticas entre ellas y de modo genérico; por un lado, la imposibilidad de determinar con exactitud y objetividad el límite entre lo esencial y no esencial, pues “no sólo presentaría infranqueables dificultades a la hora de establecer el contenido de cada una de las partes aludidas, sino que, fundamentalmente, no encontraría respaldo alguno en el texto ni en el sentido de protección de cada derecho fundamental” (Salazar, SF, p. 145). Además, se objeta por no tomar en cuenta el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, considera cada derecho de manera individual y aislada, olvidando que muchas veces el contenido de un derecho nace o se amplía conforme a los cambios sociales o tecnológicos. Sumándose, además, la idea que no tomaría en serio a la persona y Constitución, ya que adoptar “esta teoría implicaría quebrantar el principio de unidad y normatividad de la Constitución” (Castillo, 2002, p. 12).

B. Teoría relativa

A diferencia de la anterior, esta señala que el contenido de los derechos fundamentales, no se puede determinar a priori, es decir, su contenido esencial:

No es preestablecido y fijo, sino que es determinable solo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación. (Sánchez, S.F., p.112)



Si los derechos son ponderable y deben ser ponderados, la técnica de la proporcionalidad y dentro de ella la ponderación serviría para delimitar el contenido esencial del derecho fundamental, lo que trae la consecuencia lógica que el contenido esencial no puede realizarse en abstracto sino según las circunstancias de un caso concreto; por ende, el contenido del derecho fundamental no es estático con una fijación establecida para siempre, sino que, tiene un alcance variable y dependiente

del significado jurídico de los elementos fácticos y jurídicos que definen una concreta controversia *iusfundamental*.

En ese sentido, el contenido esencial conforme lo señala el jurista ilustre Robert Alexy, sería “aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que son acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental” (Alexy, 2008, p. 259). Por lo que “no existe ningún núcleo duro que el legislador esté prohibido de traspasar, como tampoco ninguna esfera accesoria a su libre disponibilidad. La limitación solo puede ser considerado inconstitucional si no es objetiva ni razonable” (Mesía, 2008, p. 24).

Por su parte el catedrático Castillo Córdova (S.F), contrario a las teorías conflictivistas, señala que, si bien el contenido constitucional es único y es calificado como tal no para diferenciarlo de un supuesto contenido no esencial, sino para significar que todo brota de la esencia del derecho y por ende no puede ser sacrificado, no hay derechos vencidos ni vencedores, caso contrario, supondría su desaparición, de ahí que para él sea posible “caracterizar el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental como un contenido único, limitado y delimitable” (p. 149)

La objeción que se ha hecho a esta teoría es que cae en el casuismo, y por ende va contra la certeza o predictibilidad jurídica. Además, defenderlo “equivale a relativizar por completo el estatuto jurídico de los derechos fundamentales, sujetándolos a la posibilidad de una permanente restricción, que puede incluso llegar a su completo sacrificio” (Salazar, S.F, p. 145).

C. Teoría institucional

El promotor de esta teoría es el jurista alemán Peter Haberle y para entenderlo se debe partir del aspecto objetivo de los derechos fundamentales, como la manifestación de un orden material y objetivo de valores que sustentan el ordenamiento jurídico, es tal sentido “el contenido esencial del derecho se deduce del cuadro general de la Constitución compuesto por bienes e intereses que es necesario ponderar” (Mesía, 2008, p. 24). Ello pues, el contenido de un derecho no puede desprenderse de manera aislada y al margen de los demás:

La teoría institucional sostiene que el contenido esencial de los derechos fundamentales, por un lado, no es algo que pueda ser desprendido aislada e independientemente del conjunto de la Constitución y de los otros bienes constitucionalmente reconocidos, los cuales son también merecedores de tutela al lado de los derechos fundamentales; y, por otro lado, que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites de estos, que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad. (Salazar, S.F, p. 146)

Es así que, para esta teoría el contenido esencial de los derechos fundamentales, no es algo que se pueda desprender de por sí de un derecho e independientemente de los otros derechos y bienes constitucionales. Al contrario, para su determinación deben tomarse en conjunto, como una unidad. No solo tomarse en cuenta las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores implícitos, así como los tratados internacionales y las sentencias nacionales e internacionales, que muchas veces es a través de esta vía que se determina el contenido de un derecho.

La determinación y protección de dicho contenido se erige como “una garantía institucional que hace referencia a los fines objetivamente establecidos por la Constitución, y en función de los cuales, precisamente, se reconocen los derechos y libertades fundamentales” (Pérez, 1988, p. 78). Por lo que:

Como los derechos fundamentales tienen una vertiente institucional y no sólo de derecho subjetivo, su contenido esencial viene determinado por el sentido, el alcance y las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales en una sociedad democrática y pluralista. De ahí que la protección del contenido esencial debe entenderse como una garantía institucional con la cual se quiere hacer referencia a los fines objetivamente institucionalizados en la Constitución y en función de los cuales se reconocen los derechos y libertades fundamentales. (Mesía, 2008, p. 24)

En ese sentido Pérez Luño (1988), señala que “la postura institucional supone un planteamiento sólido para superar la conceptualización del <contenido esencial> a partir de ideas tales como las de <la voluntad>, <el interés> o <la protección jurídica>” (pp. 78-79).

D. Teoría a la que se adhiere el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional al considerar que no puede determinarse el contenido (esencial) de los derechos a priori y al margen de los demás principios, se adhiere a la última teoría, en tal dirección, coincidimos con el doctor Mesía cuando señala que “en nuestro país el Tribunal Constitucional se ha referido a las diversas teorías al momento de resolver los procesos constitucionales, habiendo optado finalmente por la teoría institucional” (Mesía, 2008, p. 24).

En varias sentencias dicho tribunal, ha señalado que debe tomarse en cuenta los principios y valores constitucionales como una unidad, buscando su compatibilización para alcanzar una convivencia pacífica. Así:

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales

manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. (STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC, Manuel Anicama Hernández, 2005, F.J. 21)

2.6.2. Contenido constitucionalmente protegido

El Código Procesal Constitucional, al haber establecido en el artículo 5 inciso 1 que “no proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”, tuvo como finalidad combatir la amparización de causas o, si se quiere, evitar la sobrecarga constitucional de pretensiones que carecen de contenido constitucional; así, se ha señalado un doble fundamento:

De acuerdo con lo señalado hasta ahora, podemos concluir, por un lado, que el fundamento social de la regla incorporada por el artículo 5.1 del CPConst. es evitar la llamada amparización de causas y; por otro lado, que el fundamento jurídico de tal regla es evitar el dispendio de recursos (tanto de las partes como del aparato judicial) en el trámite de procesos inútiles, esto es, realizar el principio de economía procesal. (Velásquez, 2008, p. 463)

Ahora bien, si esa fue la finalidad, entonces que debemos entender por contenido constitucionalmente protegido. La doctrina señala que puede ser entendido en dos sentidos, como:

1) el contenido esencial de un derecho constitucional; o – considerando que se trata de una causal de improcedencia– (2) un contenido más amplio que el de “contenido esencial”, en tal sentido, un ámbito garantizado previo al establecimiento de restricciones y límites al derecho. (Sosa, 2008a, p. 20)

Nos adherimos a la segunda posición y al haberse establecido como causal de improcedencia, alude a un ámbito normativo del derecho más amplio que el de contenido esencial, por lo que su análisis se realiza de manera previa, justamente para buscar la posición *iusfundamental prima facie* que merece protección constitucional antes que se apliquen los límites al mismo, esto es:

El concepto de contenido constitucionalmente protegido se refiere a la posición *iusfundamental* del demandante, relacionada con disposiciones y normas de igual carácter; empero, solo entendido como posición protegida *prima facie* (o inicial), sin aplicar los límites normativos y propios del caso. (Sosa, 2008a, p. 25)

Pese a las diferencias, se suele tomar como sinónimos los términos contenido constitucionalmente protegido y contenido esencial, y en ese sentido lo ha entendido el máximo intérprete de la constitución, en la sentencia sobre derecho a la pensión, cuando señalo que “todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial” (STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC, Manuel Anicama Hernández, 2005, F.J. 21).

2.6.3. Sustento constitucional directo

El artículo 38 del Código Procesal Constitucional indica que: “No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

Se aprecia que dicha disposición exige dos cosas concatenadas e inseparables, lo primero que el derecho tenga sustento constitucional y segundo que ese sustento constitucional sea directo. Veamos cada una de ellas.

Cuando se exige que el derecho tenga sustento constitucional debe entenderse a aquello que tenga su base u origen en la constitución, o en otras palabras que la norma suprema sea la fuente de dicho derecho.

Ahora bien, pero no basta eso, sino que además se exige que ese sustento constitucional sea directo, y como tal debe entenderse que el derecho se desprenda de manera directa e inmediata de la Constitución, o conforme al colegiado supremo constitucional que “la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección” (STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC, Manuel Anicama Hernández, 2005, F.J. 11).

En ese sentido, tendrá sustento constitucional directo “si es posible desprenderlo (inmediatamente) o adscribirlo a una norma de derecho fundamental” (Sosa, 2008a, p. 27). Es decir, si el contenido se desprende directa e inmediatamente de un enunciado lingüístico de la Constitución (contenidos directamente estatuidos) o, si puede adscribirse como uno de los sentidos interpretativos válidos posibles de estos enunciados gramaticales (norma).

2.6.4. Diferencia entre contenido esencial y contenido constitucionalmente protegido

A mi juicio, ambas instituciones difieren en cuanto a su contenido y el momento de análisis. Pues el contenido constitucionalmente protegido se determina de manera previa, antes de limitar su ejercicio, justamente identifica aquellas facultades que merecen protección constitucional; mientras que, el contenido esencial aparece al analizar los límites al ejercicio de los derechos, al analizar el fondo del caso, después de la ponderación, algo imposible de hacer al evaluar la procedencia de la demanda (como exige el código procesal constitucional), ambos se analizan en etapas diferentes:

De acuerdo con esta propuesta, queda claro que el objeto de análisis del juez en la etapa postulatoria y en la etapa decisoria es diferente. Mientras que, en el primer caso, solo evalúa que lo alegado “caiga” en el área de los derechos fundamentales, en el segundo evalúa si tal intervención en los derechos es legítima o no. (Velásquez, 2008, p. 474)

Y eso tiene sentido, toda vez que, si aceptáramos que son sinónimos, traería la consecuencia lógica que toda demanda que ha sido admitida debe también ser fundada; es decir, “si siguiéramos la idea original del sistema propuesto, concluiríamos absurdamente que en todos los casos donde se admitió la demanda debió declararse fundada y que serían contradictorias aquellas sentencias que desestiman la demanda, a pesar de haber sido admitidas” (Velásquez, 2008, p. 471).

Además, se puede diferenciar ambas instituciones conforme señala Velásquez Meléndez citando a López Muñoz, que, en el contenido constitucionalmente protegido y contenido esencial, se hace un análisis diferente, así “en el primer supuesto solo se evalúa si el acto alegado afecta el ejercicio de un derecho, mientras que, en el segundo, se analiza si tal acto lo lesiona o conculca” (Velásquez, 2008, p. 473).

En ese orden de ideas, entonces lo que delimita el Tribunal Constitucional es el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y no en sí su contenido esencial, aunque nada impide que luego del análisis, el primero pueda convertirse en su contenido esencial.

2.6.5. Elementos para delimitar el contenido de los derechos fundamentales

Conforme se señala “el punto de partida para el análisis jurídico de todo derecho fundamental es identificar y delimitar su contenido” (Huerta, 2012, p. 36) y delimitar el contenido de un derecho fundamental implica determinar aquellas facultades que lo integran, o sea aquellas facultades de acción que el derecho depara a su titular, y como contrapartida el conjunto de obligaciones predicadas al poder público para garantizar su plena vigencia.

Naranjo (2000) citado por Huerta (2012), señala que la delimitación del contenido implicaría el análisis de tres elementos.

[La] delimitación del derecho puede comprender tres componentes: un elemento subjetivo, un elemento sustantivo y, finalmente, un elemento formal. Llamamos elemento subjetivo de la delimitación del derecho fundamental al conjunto de sujetos activos y pasivos del mismo. Se establece así quién puede ser titular del derecho fundamental y frente a quién se puede ejercer, a quién obliga. El elemento objetivo del ámbito del derecho, por su parte, haría referencia al objeto del derecho, conjunto de facultades o ámbito de inviolabilidad que éste otorga a sus titulares. Finalmente, el elemento formal, lo constituyen las garantías específicas que pueda poseer, en su caso, el derecho fundamental. (p. 37)

Por su parte, y compartiendo el mismo criterio, nuestro Tribunal Constitucional en el caso (STC Exp. N° 0665-2007-AA/TC, Telefónica del Perú S.A.A, 2007, F.J. 5), estableció que la estructura de análisis de constitucionalidad del acto lesivo comprende tres fases: Primero,

determinar del ámbito normativo del derecho fundamental. Se trata, de que el tribunal indague sobre las posiciones iusfundamentales prima facie garantizadas por el derecho. Segundo, verificar si el o los actos lesivos suponen una intervención en el ámbito protegido del derecho fundamental; y, tercero, determinar si la intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental se encuentra justificada, tanto desde una perspectiva formal como material.

Ahora, y lo que en esta sección interesa, el análisis de la primera fase, esto es, identificar el ámbito normativo del derecho, implica determinar quién es el sujeto activo o titular del derecho, quién o quiénes son sus sujetos pasivos o los obligados, y cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas prima facie por el derecho.

Además, continúa dicho Colegiado que en la fase de análisis de la intervención puede presentarse dos caminos, el primero, si se constata que el acto lesivo no constituye una injerencia en el ámbito del derecho prima facie protegido, el análisis concluye porque escapa al ámbito constitucional (artículos 5.1 y 38 del Código Procesal Constitucional), y segundo, si se constata que se ha producido una intervención en el ámbito normativo prima facie garantizado por el derecho, se pasa a la tercera fase.

Por último, Sosa Sacio (2008a), ha señalado que la determinación del contenido constitucionalmente protegido, consta de los siguientes

pasos: a) Ubicarnos en la disposición que reconoce el derecho invocado (constitucional, tratados de derechos humanos o jurisprudencia nacional e internacional), b) Establecer la norma directamente estatuida o adscripta, c) Determinar si la posición iusfundamental inicialmente protegida del demandante calza en la norma (subsumir hechos y demás elementos en la norma), y d) Determinar la intervención y el grado de la misma en el ámbito normativo del derecho del demandante. (pp. 28-29)

De lo señalado hasta aquí, se puede aseverar que para determinar el contenido constitucionalmente protegido de un derecho no solo se debe tomar en cuenta la disposición constitucional, está es solo el punto de partida, sino también se debe analizar otros textos convencionales o la interpretación que estos se haya hecho, así como otros elementos extrajurídicos.

2.7. DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE

2.7.1. Origen del derecho fundamental al medio ambiente

Históricamente no se podría hablar de un derecho fundamental al medio ambiente, tal como lo conocemos hoy en día, “a lo largo de la historia, las primeras normas conocidas en materia ambiental fueron establecidas con el objetivo de proteger la propiedad privada más que al aspecto ambiental propiamente dicho” (Kerguelén, S.F, p. 1). De ahí su ubicación dentro del derecho privado en general y dentro

de este, específicamente, en el derecho civil.

Así, por ejemplo, en el código de Hammurabi de Babilonia, los mandatos estaban dirigidas a la protección de la propiedad privada o animales como instrumentos de trabajo para la agricultura, pero no a las especies en sí mismas como elementos de un medio ambiente.

En el derecho romano no existen normas que se ocupen del medio ambiente, siendo que su protección llegó de forma indirecta e involuntaria a través de la protección de otros derechos, principalmente el derecho a la propiedad, o sea que obedecía a intereses económicos.

Sin embargo, se dice que dentro de las primeras medidas del Derecho romano de carácter ambiental se puede visualizar en la Ley de las XII Tablas (476 a.c.), que prohibía enterrar a los muertos dentro de la ciudad, así como Cicerón prohibía la incineración y hacer tumbas cercanas a una casa ajena, “sin duda alguna estas normas se constituyeron en una medida higiénica de salud pública muy importante en materia ambiental” (Kerguelén, S.F, p. 3).

Por otra parte, los primeros atisbos, a nivel legal, de protección del medio ambiente en América Latina, lo ubicamos en la Gran Colombia:

Simón Bolívar en su calidad de presidente de la Gran Colombia expidió el decreto 5 de julio de 1825 para proteger la fauna en Chuquisaca, también el decreto de 19 de diciembre del mismo año, que buscaba proteger el agua en Bogotá. El decreto de diciembre 02 de 1827 sobre la policía general, donde se reglamentaba el manejo de la salubridad del ambiente y la estética de las poblaciones y, más tarde, el decreto de julio 31 de 1829 que buscaba conservar los bosques de los que se venía extrayendo la madera y las sustancias medicinales. (Kerguelén, S.F, p. 5)

No obstante, los principales cambios notables en materia ambiental en las constituciones latinoamericanas se dan en las décadas de los 70 y 80 influenciadas por las conferencias de las Naciones Unidas de Estocolmo de 1972, el informe de Bruntland de 1987 y de la conferencia de Rio de 1992.

La regulación constitucional de lo ambiental es un acontecimiento reciente (en los años setenta) y tiene lugar, paradójicamente, no en los países más sensibilizados con los problemas ambientales sino en aquellos otros cuyos procesos de transición a la democracia (Grecia, Portugal y España) vinieron acompañados del prurito regulador de todo lo nuevo. (Canosa, 2006b, p. 162)

Es así que, en los años setenta, en América Latina todavía no existía una normatividad ambiental. Un instrumento normativo específico la ubicamos en Colombia, específicamente el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente de 1974, que en su artículo 7 proclama que toda persona tiene derecho a disfrutar de un ambiente sano. Este constituyó uno de los primeros esfuerzos de integración sobre la legislación ambiental, una norma sustantiva que establece el derecho al disfrute del medio

ambiente constituyéndose en utilidad pública e interés social.

Es, la Declaración de Estocolmo de 1972 que surgió en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio, el primer instrumento internacional que plasma la preocupación por el medio ambiente y lo declara como derecho fundamental. Contribuyó a la globalización del mismo. En esta cumbre se crea el programa de las naciones unidas sobre el medio ambiente (ONU ambiente) y si bien no posee carácter vinculante, ha tenido el mérito de comprometer éticamente a los países que lo firmaron.

Entendemos, que el reconocimiento de medio ambiente como derecho fundamental surge de la necesidad y después que el ser humano se da cuenta y toma conciencia que su deterioro pone en peligro su propia existencia y de las demás especies; es decir, “no existía ninguna preocupación por el ambiente hasta tanto no hubo una necesidad inmediata, tangible y preocupante” (Cuadrado, S.F., p. 105).

Paralelamente a la consolidación constitucional de protección de los derechos fundamentales, marcada por la introducción de derechos sociales y culturales (constitución de España, Portugal y Grecia), en las que se establece en una triple dimensión, como derecho subjetivo, como deber individual y como imposición a los poderes públicos de defenderlo, se ha producido el fenómeno de la

internacionalización que obran en declaraciones y pactos que se firmaron en los años 80 y 90.

Y este afianzamiento es producto, entre otras cosas, por la preocupación que generaron algunos desastres ecológicos, como el desastre de Seveso (Italia) de 1976 por un incendio industrial de una fábrica de químicos causando una gran contaminación con dioxina que causó daños para la salud e integridad física (deformaciones o alteraciones en la piel) y el desastre industrial de Bhopal (India) de 1984 por fuga a la atmosfera de isocianato de metilo (gas tóxico) de una fábrica de plaguicidas en la cual murieron miles de personas y animales.

Sin embargo, y a pesar de ello, fechas no muy lejanas, se negó su carácter de derecho fundamental, y tan solo se le consideró como un principio rector de la política social y económica del Estado, así nos muestra algunas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Español y que llegaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde dicho derecho alcanzó protección al ser vinculado con otros derechos fundamentales como la vida, la inviolabilidad del domicilio o el derecho a la vida privada personal y familiar.

Ahora, no cabe duda, que el medio ambiente, se ha constituido en uno con mayor incidencia o preocupación en nuestros días que no necesita demostración. Necesitamos de él y vivimos en su

problemática. En consecuencia, podemos afirmar que cualquier menoscabo al mismo se traduce en un daño a los derechos humanos, porque la cuestión ambiental es un tema de supervivencia del ser humano, al constituir una *conditio sine qua nom* desde un punto de vista físico y biológico para el goce y ejercicio de los otros derechos.

En conclusión, se puede decir, que en unos inicios la protección del medio ambiente se dio como consecuencia o al vincularlo a otros derechos, pero existe la tendencia a protegerlo en sí mismo, a sus componentes, independientemente de las cuestiones ambientales que surjan al proteger los demás derechos. Asimismo, su protección, dejó de ser un deber únicamente del Estado y se extendió a la sociedad.

2.7.2. Teorías sobre el medio ambiente

A. Teoría estricta

Esta teoría sostiene que el medio ambiente estaría conformado por dos elementos, así “los elementos naturales son sólo el agua y el aire” (Yacolca, 2012, p. 117).

Como se puede apreciar, bajo este criterio solamente comprenden el medio ambiente aquellos elementos naturales al servicio del hombre, que está “asociado a un ámbito

fundamentalmente físico que engloba al aire, el agua y los medios de transmisión de los mismos, como elementos naturales de titularidad común” (Alegre, 2010, p. 3). Por lo tanto, quedan excluidos, los elementos sociales, culturales o urbanísticos.

Esta concepción limitada, no ha tenido acogida en la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, por lo que actualmente ha dejado de tener asidero y ha sido casi desechada.

B. Teoría amplia

Esta teoría en general es la más aceptada por la doctrina, jurisprudencia y legislación. Defiende la idea que el medio ambiente “comprende lo natural o físico y el conjunto de elementos aportados por el hombre y que se relacionan con su calidad de vida, como lo cultural, lo social y el propio ordenamiento del territorio” (Alegre, 2010, p. 3).

Esta concepción se adoptó en la Conferencia de Naciones Unidas de Estocolmo (1972) cuando se definió al medio ambiente como el conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos o indirectos sobre los seres vivos y las actividades humanas.

En esa misma dirección, de la disposición constitucional contenida en el artículo 2, inciso 22) de la Constitución de 1993

se puede colegir que el legislador ha optado por una postura amplia de medio ambiente, pues “se acoge a las corrientes de una materialidad amplia de lo ambiental, tanto desde la perspectiva legal, como jurisprudencial” (Alegre, 2010, p. 5). En igual sentido, nuestro Tribunal Constitucional se ha apegado a esta teoría cuando señala:

El ambiente se entiende como un sistema; es decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí. Por ende, implica el compendio de elementos naturales –vivos o inanimados– sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen en la vida material y psicológica de los seres humanos. Por dicha razón, es objeto de protección jurídica y forma parte del bagaje de la tutela de los derechos humanos.

El ambiente es concebido como el medio en el cual se encuentran contenidos todos los factores que hacen posible la existencia humana y la de los demás seres vivos. Por consiguiente, alude a todas las condiciones e influencias del mundo exterior que rodean a los seres vivos y que permiten –de una manera directa o indirecta– su sana existencia y coexistencia. (STC Exp. N° 0018-2001-AI/TC, Colegio de Abogados del Santa, 2002, F.J. 6)

Esta teoría aún puede dividirse entre aquellos que defienden un concepto “muy amplio” de medio ambiente, y aquellos otros que defienden simplemente un concepto “amplio o intermedio”. Para la primera el ambiente sería todo aquello en el que el hombre se desenvuelve, de ahí que incluso sea calificado como “derecho a un todo” (Figueroa, 2005, p.11). Por su parte, para quienes defienden un concepto intermedio, este no solo comprendería

elementos naturales, sino también elementos sociales y culturales.

Es así, que Gianni (1984) citado por Ferrer (2001) y a la vez citado por Daniel Irwin Yacolca, parte de la consideración tripartita del medio ambiente, estando constituido por:

Elementos culturales: El ambiente en cuanto conservación del paisaje, incluyendo tanto las bellezas naturales como monumentos y centros históricos; Elementos naturales: El ambiente en cuanto protección del suelo, aire y agua, y; Elementos urbanísticos: El ambiente en cuanto objeto de la disciplina jurídica. (Yacolca, 2012, p.120)

2.7.3. Concepto de medio ambiente

Autorizada doctrina señala que el medio ambiente al estar compuesto por varios elementos es un concepto jurídico indeterminado, así lo afirma Fernando López Ramón citado por Pérez Sola, que “no es posible definir anticipadamente qué sea el medio ambiente adecuado, porque se trata de un concepto jurídico indeterminado, apropiado para desenvolverse en su concreta aplicación” (Pérez, 2017, p. 953). Mucho más, si se tiene en cuenta que, el medio ambiente “no tiene una naturaleza estática sino dinámica” (Yacolca, 2012, p. 116).

Las constituciones de 1979 y 1993, que han tratado el medio ambiente, solo han reconocido el derecho y han precisado

determinadas cualidades o estándares de calidad que debe ostentar, sin embargo, la doctrina y jurisprudencia sobre todo el Tribunal Constitucional se ha ocupado de precisar el contenido y alcances del mismo:

El medio ambiente se define como (...) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos. (STC Exp. N° 0048- 2004-PI/TC, José Miguel Morales Dasso y más de 5000 mil Ciudadanos, 2005, F.J. 27)

Siguiendo ese orden de ideas, se podría decir, que el medio ambiente constituye el medio en el que se encuentran todos los factores que hacen posible la existencia humana y la de los demás seres vivos; es decir, alude al compendio de elementos naturales (vivos e inanimados), sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos), y así lo entiende la Corte Internacional de Justicia que “el medio ambiente no es un concepto abstracto, sino que representa el espacio viviente, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, en particular de las generaciones venideras” (Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, 1996, F.J. 29).

En los últimos años, la preocupación ambiental ha permitido, incluso,

cambiar la visión de la naturaleza, así se ha avanzado en algunos países de una visión antropocéntrica a una visión *biocéntrica* o *ecocéntrica* como es el caso de Ecuador y Bolivia en el que la naturaleza es considerada como sujeto de derecho en sí misma. Y al parecer esta es la tendencia, conforme a lo argumentado por la Corte IDH cuando expresa que “el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal” (Opinión Consultiva OC-23/17, Corte IDH, 2017, F.J. 63). Es decir, siguiendo la línea interpretativa de dicho Tribunal, el medio ambiente debe ser protegido como derecho autónomo que protege sus componentes como intereses jurídicos en sí mismos.

2.7.4. Dimensiones del derecho al medio ambiente

El derecho al medio ambiente, además de ser un derecho subjetivo que permite a cada ser humano y otras especies vivientes gozar de un medio ambiente de calidad, tiene una dimensión colectiva que permite o proyecta una convivencia o coexistencia humana digna de las generaciones presentes y futuras. De ahí que se desprenda, la obligación del Estado de velar por el bienestar social, entendiéndolo “en sentido amplio, en el cual se incluya al Estado y a la propia sociedad la responsabilidad de la protección del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras” (Yacolca, 2012, p. 113).

En este sentido, el derecho al medio ambiente posee una doble dimensión: Individual y social. En el primer aspecto, todos y cada uno de los seres humanos tienen derecho a vivir dentro de un medio que les permita desarrollarse adecuadamente y que no cause algún daño a los demás derechos. En el otro, dicho derecho se hace extensivo a colectividades humanas presentes y venideras para que tengan un medio propicio y apto para su convivencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva sobre medio ambiente y obligaciones del Estado, ha indicado que este posee una doble dimensión individual y colectiva.

El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. (Opinión Consultiva OC-23/17, Corte IDH, 2017, F.J. 59)

Es preciso anotar que, en igual sentido, la Ley General del Medio Ambiente en el artículo I de su Título Preliminar, destaca la dimensión individual y colectiva del medio ambiente cuando ha establecido que, 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.

Por su parte, la Corte Suprema de México en el Amparo en Revisión 307/2016, concluye que el derecho humano al medio ambiente posee una doble dimensión: una primera que pudiéramos denominar objetiva o ecologista, que protege al medio ambiente como un bien jurídico fundamental en sí mismo, que atiende a la defensa y restauración de la naturaleza y sus recursos con independencia de sus repercusiones en el ser humano; y, la subjetiva o antropocéntrica, conforme a la cual la protección de este derecho constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos reconocidos en favor de la persona.

2.7.5. Características del medio ambiente

A. Difuso

Conforme al artículo 82 del Código Procesal Civil, el interés difuso, es entendido como aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial.

En esa dirección, se entiende por derecho difuso, a aquel en que nadie en particular es titular exclusivo y excluyente, sino que, al mismo tiempo, todos los miembros de un grupo son titulares, pero esa titularidad es indeterminada o difícil de determinar puesto que “es un derecho que lo titularizan todas y cada una de las personas” (STC Exp. N° 0964-2002-AA/TC, Alida Cortez Gómez De Nano, 2003, F.J. 8). Se diferencia del derecho colectivo porque éste pertenece a un número determinable de personas, a un grupo numerable o limitado.

Quizás, su cualidad más saltante y que lo hace diferente a los demás, es ser difuso, toda vez que nadie tiene titularidad exclusiva sobre el medio ambiente, y así lo entendió la Ley 23506 en su artículo 26 modificada en 1990, por el artículo 140° del Decreto Legislativo N° 613 (Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales) que, en el caso del derecho al medio ambiente, cualquier persona está legitimada para interponer una demanda de amparo e igual atribución tienen las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, cuyo objeto es la defensa del medio ambiente, y ésta ha sido la línea adoptada por el Código Procesal Constitucional en su artículo 40, en cuanto a la defensa de derechos difusos, como es el caso del medio ambiente.

A pesar de ello, algunas cortes, como es la Corte Suprema de México en el Amparo en Revisión 307/2016, han optado por una legitimidad activa amplia pero no ilimitada de medio ambiente, así ha adoptado la teoría del entorno adyacente, para determinar la legitimidad activa, según la cual ostentan legitimidad activa aquellos que habitan o utilizan las áreas de influencia de un determinado ecosistema, entendidas estas como las zonas o espacios geográficos en los que impactan los servicios ambientales que prestan los ecosistemas y que benefician a los seres humanos y al propio medio ambiente. Considerando, en consecuencia, que dichas áreas de influencia constituyen un problema casuístico que habrá de resolverse caso por caso.

En ese sentido, solo la persona o comunidad que habita o se beneficia de los servicios ambientales que un ecosistema brinda, se encontraría legitimada para interponer una demanda de amparo. Es decir, según esta teoría, el interés legítimo para promover un amparo en materia ambiental depende de la especial situación que guarda la persona o comunidad con el ecosistema vulnerado, particularmente, con sus servicios ambientales, y por ende dicha legitimidad se determinará en el caso concreto.

Nuestro legislador y el Tribunal Constitucional han optado por la legitimidad activa ilimitada para la protección del medio ambiente

como derecho difuso, en consecuencia, cualquier persona natural o jurídica está facultada o legitimada para interponer una demanda constitucional de amparo a favor del medio ambiente.

B. Estructura compleja

Se dice que tiene una estructura compleja porque está compuesto por varios elementos bióticos, abióticos y ecosistemas que permiten al hombre desarrollarse física, moral, social y espiritualmente, en su aspecto natural y artificial, y en su dimensión individual y colectiva.

Su complejidad es evidente porque nadie sabe a ciencia cierta cuáles y cuántos son los elementos que lo conforman. Así, como no existe una definición unánime de medio ambiente, tampoco se sabe cuáles son sus elementos “ni siquiera existe un concepto de medio ambiente nítido que supere las meras descripciones de sus elementos señeros. Tampoco hay acuerdo en cuáles son esos elementos” (Canosa, 2006b, p. 159).

A pesar de ello, cualesquiera sean sus elementos, todos forman un sistema complejo y dinámico, no debiendo ser entendidos desde una perspectiva individual y atomizada sino por el contrario de manera sistemática y ordenada, porque todos interactúan y se retroalimentan entre sí.

C. Dinámico

Tiene tal cualidad porque va acogiendo nuevos componentes, que “en un principio solo abarcaba el medio ambiente natural, y que, con el paso del tiempo, ha ido evolucionando e incorporado nuevos elementos del ambiente construido, el paisaje y elementos culturales o de valor histórico” (Araujo, S.F, párr. 5).

De ahí que la autora citada también lo califique como un derecho mutante, en el sentido que no es estático sino dinámico, esto es, “se está ante un derecho cuyos perfiles constitucionales pueden ser objeto de una interpretación mucho más extensiva, lo que implica que los ámbitos del derecho ambiental aumenten progresivamente en el futuro” (Huerta, 2013, p. 484).

D. Intergeneracional y transfronterizo

Esta característica, nos ayuda a entender que la preocupación y consecuente protección del medio ambiente, se hace imprescindible, no solo para las generaciones presentes, sino también, para las generaciones futuras. La satisfacción de nuestras necesidades, no debe comprometer la satisfacción de las necesidades de las generaciones venideras.

Es transfronterizo, porque cualquier afectación significativa al medio ambiente repercutirá en los países aledaños. El medio

ambiente no conoce fronteras físicas entre países, por lo que, es tarea de todos promover su protección y mejoramiento. La defensa y el mejoramiento del medio ambiente y la mitigación de la degradación ambiental para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad y para ello la cooperación entre los Estados es fundamental.

2.7.6. Fundamentos del derecho al medio ambiente

A. Teoría utilitaria

La teoría utilitaria, arguye que la protección del medio ambiente más que en criterios solidarios se sustenta en la necesidad de satisfacer las necesidades humanas. Los criterios que subyacen son económicos (utilitarios), porque permite conseguir beneficios económicos, en ese sentido, “el derecho al medio ambiente ha sido abordado principalmente en función de su relevancia para que el ser humano pueda desarrollar sus actividades, razón por la cual un primer fundamento de este derecho es estrictamente utilitario” (Huerta, 2013, p. 479).

Entonces, si nos hacemos la pregunta ¿por qué se protege el medio ambiente? o ¿para qué sirve?, ésta contestaría que se protege porque hace posible el desarrollo de determinadas actividades económicas; es decir, su protección y cuidado facilita

la satisfacción de las necesidades a través de la explotación de los recursos naturales, permitiendo el bienestar.

B. Teoría de la solidaridad

Según esta teoría la protección del medio ambiente se sustenta, porque permite a la persona tener una vida digna, vivir con bienestar material. El ideal que inspira como fundamento a la convivencia humana en un Estado de derecho es el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general, de ahí el merecimiento de su protección.

En ese entendido, y haciéndonos la misma pregunta anterior ¿por qué se protege el medio ambiente? o ¿para qué sirve?, en base a este criterio se argumentaría que la protección del medio ambiente tiene como base criterios solidarios o de equidad; es decir, de supervivencia humana y de todo ser viviente (intergeneracional y transgeneracional), toda vez que con su cuidado no sólo se beneficia el país en donde se produce la protección sino también el planeta⁵ en su conjunto.

En mérito a ello, es que se ha ubicado al medio ambiente en los derechos de tercera generación, “existen autores para quienes el

⁵ Un ejemplo la podemos encontrar en la protección de la selva Amazónica que sirve para la captura de carbono y con ello merma el calentamiento global, brinda cobijo a cientos de especies animales y vegetales, producen ingentes cantidades de oxígeno, etc.

principio de solidaridad constituye el fundamento de este derecho, que constituye también el fundamento central de los denominados derechos de tercera generación” (Huerta, 2013, p. 479).

Afirmamos que, ambas teorías son válidas y no deben entenderse de manera excluyente, sino en conjunto, no solo está la equidad intergeneracional o la dignidad sino también la satisfacción de necesidades humanas como sustento de su cuidado. Si bien está permitido satisfacer nuestras necesidades a través de la explotación de los recursos naturales, dicha actividad debe hacerse de manera “racional” sin comprometer la subsistencia de las generaciones futuras, mucho más, si el cuidado del medio ambiente ya es una necesidad actual, y es así, porque “la naturaleza, que hemos puesto en peligro, vale no sólo para continuar explotándola, sino también para disfrutarla en esa clave, inexplicable quizás, pero sentida como algo valioso que desaparece, más aún cuando nuestra supervivencia depende de ello” (Canosa, 2006b, p. 154).

Y este criterio ha sido asumido por la Corte Suprema de México en el Amparo en Revisión 307/2016, que se debe proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas,

como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos.

2.7.7. Principales principios del derecho al medio ambiente

A. Prevención

Más vale prevenir que lamentar se suele escuchar a menudo, esta frase representa el principio de prevención, y en atención al medio ambiente es preferible evitar los daños, antes que tener que indemnizar perjuicios que pueden ser sumamente costosos para la sociedad y Estado, a decir, del Tribunal Constitucional “este principio garantiza que se tomen las medidas necesarias a fin de evitar que los daños al ambiente se generen o que, en caso se lleguen a producir, la afectación sea mínima” (STC Exp. N° 01206-2005-AA/TC, Asociación de Promotores de Salud del Vicariato San José del Amazonas Blandine Masicote Perú, 2007, F.J. 7).

El principio de prevención consiste en la adopción de medidas de carácter jurídico, administrativo, político, social o cultural destinadas a la protección de los derechos humanos y en particular sobre el derecho al medio ambiente tiende a su protección de manera anticipada a fin de evitar el deterioro del

mismo, por lo que reclama actuar antes que se produzca el daño. Exige actuar ante un daño potencial, justamente para evitar que este se produzca, debido a que se conoce los daños significativos y se tiene certeza científica de su producción. Existe una relación de causa efecto.

De esta manera, para la Corte interamericana de Derechos Humanos se trata de que “la obligación de prevención prevista por el derecho ambiental es una obligación de medios, no de resultado” (Opinión Consultiva OC-23/17, Corte IDH, 2017, F.J. 123). De tal manera que, si no se pueden evitar totalmente, se pueda disminuir, pero lo ideal es actuar adoptando las medidas de manera oportuna para tal fin. El Tribunal Constitucional ha precisado que el principio de prevención “se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, lo que ha sido concretizado por el legislador ordinario” (STC N° 01206-2005-AA/TC, Asociación de Promotores de Salud del Vicariato San José del Amazonas “Blandine Masicote Perú, 2007, F.J. 10).

En opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este principio comprende un conjunto de medidas que el Estado debe adoptar entre:

Las medidas que debe adoptar un Estado para cumplir con el principio de prevención, entre otras son

“obligaciones específicas de los Estados se encuentran los deberes de: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer un plan de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental. (Opinión Consultiva OC-23/17, Corte IDH, 2017, F.J. 145)

No debemos esperar llegar al principio contaminador-pagador para actuar, porque ello implicaría patrimonializar derechos o valores invaluable. Y esto tiene sentido conforme lo ha expresado el Tribunal Constitucional que “si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible” (STC N° 0964-2002-AA/TC, Alida Cortez Gómez De Nano, 2003, F.J. 10).

También, la ubicamos en el artículo VI del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, en el cual señala que la gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental y en el artículo 11 prevé que, sin perjuicio del contenido específico de la Política Nacional del Ambiente, el diseño y aplicación de las políticas consideran los siguientes lineamientos: (...)

b. La prevención de riesgos y daños ambientales, así como la prevención y control de la contaminación ambiental, principalmente en las fuentes emisoras. En particular, la promoción del desarrollo y uso de tecnologías, métodos, procesos y prácticas de

producción, comercialización y disposición final más limpias.

Ahora bien, toda actividad tiene un efecto medioambiental, el hombre no puede realizarse sin determinadas actividades, por lo que, no cualquier daño se previene, sino los que son irreversibles y de cierta gravedad, y es el criterio asumido por la Corte IDH Opinión Consultiva OC-23/2017, cuando señala que este principio no impone un deber absoluto de prevenir cualquier daño, sino de prohibir aquellas actividades que puedan causar un daño significativo o de cierta gravedad al medio ambiente.

En conclusión, este principio es de suma importancia, pues los daños ambientales tienen las características de ser amplios, patrimoniales y no patrimoniales, individuales y colectivos en forma indistinta, no bastando que las leyes se apliquen conforme a los derechos fundamentales, sino que también es obligación de todos los organismos públicos (y privados obviamente) promover la protección de dichos derechos, ya que la acción u omisión de un particular o funcionario público puede lesionar otros derechos.

B. Precautorio

Este principio ha sido definido por el inciso 3 del artículo 3 del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, en el sentido que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible,

la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. Así, éste opera ante la amenaza de un daño y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos, o en otras palabras “las medidas que se deben adoptar en casos donde no existe certeza científica sobre el impacto que pueda tener una actividad en el medio ambiente” (Opinión Consultiva OC-23/17, Corte IDH, 2017, F.J. 175).

El principio de cautela se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Este exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente, las causas y efectos se conocen, aquel opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos.

La diferencia más saltante entre el principio de prevención y el precautorio se encuentra en la certeza del daño. En cuanto al segundo principio, no existe evidencia científica que establezca que determinadas actividades produzcan algún daño al medio ambiente. En cambio, con el de prevención si estamos hablando de daños concretos, tangibles y potenciales. El principio de prevención se adelanta a los hechos, construye mecanismos de protección del medio ambiente que impidan daños futuros e irreversibles. (Baldovino, Benzaquén y Monteferr, 2009, p. 349)

Queda claro entonces que ante la situación en la que no se conoce los daños y no se tiene certeza científica de su producción, “la solución que plantea el principio precautorio nos obliga a actuar en la penumbra, en los confines del conocimiento científico, con la finalidad de preservar al ser humano y/o a su ambiente de un posible daño grave o irreversible” (Verna, 2010, p. 116), o si se quiere, frente a la falta de certeza respecto de un eventual daño al ambiente, no puede existir indefensión. Este principio lo ubicamos en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente.

Asimismo, el principio precautorio ha sido reconocido en sendos instrumentos internacionales, tales como la Declaración de Río de 1992, firmada durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio ambiente y Desarrollo, que en su principio 15 establece, con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. La Convención sobre Cambio Climático de 1992, en el numeral 3 de su artículo 33 señala las partes deberán tomar medidas precautorias para anticiparse, prevenir o minimizar las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Además, en enero de 1998, la Declaración de *Wingspread* sobre el principio precautorio ha señalado que cuando una actividad representa una amenaza para la salud humana o para el medio ambiente, deben tomarse medidas

precautorias aun cuando algunas relaciones de causa y efecto no hayan sido totalmente determinadas de manera científica.

De otro lado, en el año 2005, se publicó el informe del grupo de expertos sobre el principio precautorio de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST), elaborado a petición de la UNESCO, el cual esbozó una definición práctica del citado principio. Allí se señaló que “cuando las actividades humanas pueden acarrear un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, se adoptarán medidas para evitar o disminuir ese daño.

No obstante, opinamos que, no se puede aplicar dicho principio a cualquier actividad y bajo cualquier argumento de desinformación o pretexto, pues la incertidumbre científica no es sinónimo de arbitrariedad o falta de razonabilidad y proporcionalidad, sino que se debe contar con información confiable (estudios científicos o técnicos) que establezcan alguna posible correlación entre una acción u omisión y un posible daño ambiental, pero que no existe todavía consenso de la comunidad científica porque “el principio precautorio nos enfrenta a una incertidumbre imposible de vencer según el estado en que se encuentre la ciencia en el momento de la decisión” (Verna, 2010, p. 120).

Y así lo ha entendido el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad que “aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, 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” (STC Exp. N.º 9340-2006-PA/TC, Asociación Civil Autogestionaria de Servicios de Saneamiento de la Zona Cerro Verde -JAPACEV, 2007, F.J. 4)

El principio precautorio se origina en la búsqueda de mayor eficacia y eficiencia en la actuación gubernamental para la protección ambiental, de ahí que sus elementos son la incertidumbre⁶ científica, gravedad y probabilidad del daño, medidas razonables y proporcionales y exigibilidad y provisionalidad de las medidas.

C. Principio contaminador- pagador

Por este principio jurídico se entiende que quien causa un daño al medio ambiente debe cargar con los gastos de la aplicación de medidas tendientes a la mitigación de los perjuicios medioambientales, por lo que a mayor daño mayor costo. Es decir, quien contamina paga.

⁶ Entiéndase como el estado de cosas signado por la duda o la falta de certeza sobre un determinado fenómeno y/o sus implicancias.

Consideramos que este principio debe entender en sentido amplio, si se han producido los daños, el sujeto o empresa debe adoptar las medidas necesarias para hacer frente a la situación con el fin de reparar los daños, y en caso de una amenaza cierta e inminente (aún no producido el daño) debe adoptarse medidas preventivas para evitarlo.

A este principio también se le denomina internalización de costas y está previsto en el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611). No obstante, los costos de la recuperación ambiental serán siempre más elevados que los de una acción preventiva, por lo que luego cobraría protagonismo el principio de prevención.

D. Sostenibilidad

En el ámbito de las Naciones Unidas, la Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano de 1972 introdujo la premisa básica que el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.

Luego en los años 80, las Naciones Unidas establecieron una Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que en

1987, presentó el Informe Brundtland que concluyó que debían satisfacerse las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras a la satisfacción de sus propias necesidades y que la protección del ambiente y crecimiento económico deberían afrontarse como una cuestión única, no como algo contrapuesto e inevitable, que permita alcanzar niveles mínimos de desarrollo a quienes vienen por debajo de las necesidades esenciales humanas.

Este informe socioeconómico adoptó la idea que el desarrollo sostenible debe girar en base a tres pilares como son el ambiental, el económico y el social, así, también, se dijo que el desarrollo sostenible no es un estado concreto, sino un proceso de cambio en donde la explotación de recursos, la dirección de las inversiones, la orientación de los desarrollos tecnológicos y los cambios institucionales, deben ser consistentes con el futuro, así como con el presente.

En nuestro sistema interno, este principio lo ubicamos en el artículo V de la Ley General del Ambiente que busca modular la actividad económica a la preservación del ambiente, el cual tendrá que servir de soporte vital también para las generaciones venideras. Se busca con ello una integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos, de tal manera que

los derechos de las actuales generaciones no deben ser la ruina de las aspiraciones de las generaciones futuras.

Es en base a este principio que surge la responsabilidad social empresarial⁷, debe entenderse no como un acto voluntario de parte del empresario, sino todo lo contrario como un acto imperativo y necesario, una obligación ineludible, de cumplimiento obligatorio, ingresando dentro del ámbito del orden público y buenas costumbres y dándole el carácter de normas de mínima convivencia social. Dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.

Este referente constitucional no se encuentra propiamente explicitado en nuestra Constitución salvo indirectamente cuando se afirma en el artículo 59 acerca del ejercicio de las libertades de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria siempre que no sean lesivos a la seguridad pública y si es que interpretamos en esa dirección el concepto de seguridad ambiental. (Foy, 2009, p. 97)

Por otro lado, en cuanto a la relación entre empresa y medio ambiente, no encontramos disposición explícita en nuestra Constitución, a diferencia de otras constituciones de América Latina, que si prevén dicha relación, como es la constitución de

⁷ Por eso es que la economía social de mercado condiciona que esta se lleve a cabo en armonía con el interés social o bien común.

Colombia que en su artículo 58 prevé que la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica; la constitución de Ecuador en su artículo 315 señala que las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley funcionarán como sociedades de derecho público con altos parámetros ambientales; la constitución de Venezuela que en su artículo 12, prevé que todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de protección del ambiente; la constitución de Brasil en su artículo 170 que establece el orden económico fundado en la mejora del trabajo y la libre iniciativa, observando el principio de protección del medio ambiente.

Como se puede notar en estas constituciones a las libertades económicas le otorgan una función social y dentro de sus limitaciones está la protección del medio ambiente. Es decir, a la libertad de empresa se le exige altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales, por lo que, la relación entre libertad de empresa y medio ambiente es indisoluble, imponiéndola como obligación altos parámetros y criterios ambientales.

Afirmamos que, las libertades económicas, de empresa y trabajo no deben ser lesivas a la moral, la salud y las seguridades públicas y al medio ambiente como una manifestación de estas últimas, conforme la Ley General de Ambiente, prevé en su artículo 6 que el ejercicio de los derechos de propiedad, libertad de trabajo, empresa, comercio e industria están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo del ambiente.

En otras palabras, con este principio se busca que la extracción de los recursos naturales sea racional, las libertades económicas se lleven con responsabilidad “vale decir, de un Derecho empresarial ambiental, o si se quiere de cómo el Derecho ambiental sirve al Derecho de la empresa” (Foy, 2009, p. 99).

E. Cooperación

Este principio se desprende del artículo 26 la CADH que establece la obligación de cooperar internacionalmente a efectos del desarrollo y protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, el Protocolo de San Salvador según su preámbulo y los artículos 1, 12 y 14, enuncia la cooperación entre los Estados.

La buena fe en la actuación entre Estados, hace nacer la obligación de cooperación entre ellos, y tratándose de proyectos

que puedan afectar el medio ambiente esa obligación se constituye en más saltante:

En el caso concreto de actividades, proyectos o incidentes que puedan generar daños ambientales significativos transfronterizos, el Estado o los Estados potencialmente afectados requieren de la cooperación del Estado de origen y viceversa, a efectos de adoptar las medidas de prevención y mitigación que fueran necesarias para garantizar los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción. (Opinión Consultiva OC-23/17, Corte IDH, 2017, F.J. 182)

Este principio lo ubicamos en la Declaración de Estocolmo sobre el Ambiente Humano de 1972, cuyo principio 24 declara que todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados.

La obligación de cooperación es una obligación entre Estados. Dentro de esta obligación, el derecho internacional ha precisado los siguientes deberes específicos que son exigibles a los Estados, en materia ambiental, para el cumplimiento de esta obligación: 1) el deber de notificación y 2) el deber de consultar y negociar con los Estados potencialmente afectados. (Opinión Consultiva OC-23/17, Corte IDH, 2017, F.J. 186)

Aunado a ello la Corte IDH ha incluido en la obligación de cooperación, el deber de intercambio de información interestatal distinto a la información que se debe suministrar como parte del deber de notificación.

2.7.8. Posturas sobre la ética ambiental ¿Derecho al medio ambiente o derecho del medio ambiente?

Sobre la interacción entre el medio ambiente y los derechos humanos podemos identificar tres posiciones al respecto. Así, vamos desde la posición que niega un derecho de la naturaleza, pasando por las que defienden tal idea hasta una postura mixta. Las primeras son las posturas antropocentristas, las segundas son las biocentristas o ecocéntricas y las terceras son las posturas intermedias.

A continuación, se analiza cada una de estas posturas, no sin antes, dejar constancia que todas ellas admiten la existencia de conexiones entre los derechos humanos y la protección ambiental, pero discrepan en cuanto a cómo se produce esta interacción.

A. Antropocentrismo

El antropocentrismo, parte de la idea que “contempla al ser humano como centro y medida de todas las cosas” (Espinosa, 2015, p. 24). El ser humano dotado de dignidad es el centro de toda preocupación, por lo que solamente él puede ser fuente y destinatario, alfa y omega de las normas jurídicas, siendo que

éstas, deben interpretarse y aplicarse en el sentido que más favorezcan a su goce y ejercicio (principio pro persona).

Si nos preguntamos ¿existe un derecho fundamental *a/* medio ambiente o *del* medio ambiente?, los que defienden esta postura dirían que existe un derecho al medio ambiente y no del medio ambiente, toda vez que no se le puede otorgar derechos a entes inanimados, que no pueden expresar su voluntad, mucho más, si el medio ambiente es un concepto vago o impreciso.

Incorporar la protección del medio ambiente en los instrumentos de los derechos humanos convertiría a éste, como así se defiende desde esta postura, en un objetivo supeditado al fin último de proteger las condiciones de la especie humana y, por lo tanto, la degradación ambiental importa en tanto en cuanto afecta al goce y ejercicio de los derechos humanos, y no por el valor de los ecosistemas en sí mismos. (Espinosa, 2015, p. 24)

Véase pues, que los que defienden esta postura, consideran que la protección de la naturaleza está condicionada a las aspiraciones e intereses del ser humano, esto es, si es que su degradación afecta al goce y ejercicio de sus derechos y no por el valor de los ecosistemas que tengan en sí mismos.

Se puede afirmar que la declaración de Estocolmo tiene una visión antropocéntrica, toda vez que parte de la idea que el hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual

le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. Asimismo, nuestra Constitución tiene una visión antropocéntrica, toda vez está encarna una vocación personalista ya que ubica a la persona humana en un estado de primacía como centro de organización social y estatal (artículo 1), haciendo plausible la apertura constitucional de otros derechos (artículo 3), debiendo el Estado velar y garantizar su plena y efectiva vigencia (artículo 44).

Se critica a esta postura porque admite la mercantilización de la naturaleza, así, se “considera que dicha corriente es el germen de la autodestrucción, al ser un enfoque egoísta de la especie humana” (Mantilla, 2015, p. 432). O como lo señala Rodríguez - Palop citado por Espinosa (2015) entre las consecuencias negativas, están “la privatización de los bienes y servicios naturales, la amplificación de la brecha económica y social y el fomento del mercado de la contaminación entre otras” (p. 29).

B. Biocentrismo

A diferencia de la postura anterior, si nos preguntamos ¿existe un derecho fundamental *a/* medio ambiente o *del* medio ambiente?, los que defienden esta postura dirían que existe un derecho del medio ambiente o naturaleza.

En ese sentido, defienden la idea que los ecosistemas tiene un valor en sí mismos, así se “atribuye a la naturaleza valor intrínseco (y no por los beneficios que aporta al ser humano) y considera como objeto de protección los recursos y bienes naturales en función de este valor inherente” (Espinosa, 2015, p. 25).

Aunado a ello, se considera que todas las especies y los ecosistemas forman un todo, por lo que deben ser protegidas de igual manera, todos tiene un valor desde el punto de vista moral, mucho más si el ser humano necesita de la naturaleza para vivir.

De ahí que:

Las posturas biocentristas también surgen de detectar los peligros de una actitud antropocéntrica extrema (o antropocentrismo “fuerte”, referido arriba) que reduce el valor de los recursos ecológicos a sus utilidades para el ser humano, en términos económicos y a corto plazo, pues ello contribuiría a fomentar una explotación insostenible de los recursos naturales. (Espinosa, 2015, p. 28)

La Corte IDH, así como la Declaración de Río de 1992, el Convenio de Aarhus y Escazú, estos últimos sobre el Acceso a la Información, a la Participación y a la Justicia, tienen una inclinación por esta postura, en tanto buscan preservar los bienes naturales ambientales con independencia de sus efectos sobre el ser humano. Asimismo, la Corte Suprema de México, en la sentencia del Amparo en Revisión 307/2016, ha señalado que

este derecho no sólo atiende al derecho de los seres humanos de vivir en un medio ambiente sano y digno, sino también protege a la naturaleza por el valor que tiene en sí misma.

Un argumento esgrimido con frecuencia es que, del mismo modo que las personas jurídicas, los niños pequeños o las personas en grado de “incompetencia” (como aquellas en estado vegetativo) tampoco pueden expresar sus necesidades, sino que hay una autoridad jurídica las representa, así ocurre con los bienes de la naturaleza. (Espinosa, 2015, p. 26)

Con ello, adoptar esta posición, se permitiría sancionar cualquier acción u omisión (acto lesivo) que atente contra el medio ambiente como patrimonio de la humanidad, aunque no lesionen o pongan en peligro derechos los derechos del hombre.

No obstante, las críticas que se han formulado a esta postura se resumen en lo señalado por Anton y Shelton citados por Espinosa (2015) que sería “un contrasentido de reconocer un derecho a los seres no humanos o no vivos, la vaguedad de este potencial derecho o su difícil aplicación judicial por la imposible determinación de lo que el “medio ambiente” podría preferir como interés propio” (p. 27).

En conclusión, para resumir, estas dos posturas se diría que:

Tenemos entonces por un lado una corriente donde se afirma que el hombre es el centro del cosmos y, por lo tanto, la interacción entre el hombre y los recursos

naturales siempre debe favorecer al hombre o rondar en torno a él; por el otro lado, tenemos una corriente más conservacionista que nos dice que el ambiente es el centro del cosmos y, por tanto, el hombre es solo un ingrediente dentro de la gran interacción de la vida. (Mantilla, 2015, p. 427).

C. Intermedias

Habíamos dejado sentado la interdependencia e indivisibilidad de los derechos y esta postura, justamente, parte de la relación entre medio ambiente y derechos, y consideran que “entre ambas áreas existen una relación de interdependencia e influencia recíproca, de modo que se perjudican y/o se benefician mutuamente” (Espinosa, 2015, p. 30).

No cabe duda, que el ser humano depende de los ecosistemas y los servicios que éstos proveen y al mismo tiempo que toda actividad humana tiene impacto sobre el medio ambiente, por lo que, somos conscientes que la preservación de todos los micro-ecosistemas permite que el hombre puede existir o vivir en condiciones dignas, de ahí que las aspiraciones e intereses del ser humano no pueden conllevar, aunque sea por su propia supervivencia, una destrucción de su entorno natural.

En ese orden de ideas, la afectación del medio ambiente tarde o temprano afecta a la persona humana, porque este constituye el espacio vital donde se realizan los demás derechos de las personas. Sin naturaleza el hombre no puede existir, aunque, al

contrario, la naturaleza si puede existir y mucho mejor si el hombre no existiera.

Los derechos y el medio ambiente no se excluyen, sino que se complementan e interrelacionan, y así lo han entendido los organismos de las Naciones Unidas dedicados a la protección ambiental y de los derechos humanos, el PNUMA y la ACNUDH, que en más de una ocasión han dejado sentado que la interdependencia entre los derechos y el medio ambiente se ha vuelto innegable. Un ambiente saludable es necesario para el pleno disfrute de los demás derechos y al mismo tiempo, el ejercicio de los derechos, es fundamental para la protección del medio ambiente.

Los regímenes que regulan ambas áreas están interconectados y presentan un núcleo de valores y de intereses comunes. Posiciones como éstas entienden que, en tanto que el ser humano es un ser “ecológicamente incrustado”, su protección no puede entenderse como algo absolutamente aislado de la del medio ambiente. (Espinosa, 2015, p. 44)

2.8. RECONOCIMIENTO EN TEXTOS CONSTITUCIONALES

2.8.1. Derecho comparado

A. Textos constitucionales de Europa

El reconocimiento del medio ambiente como derecho

fundamental ha sido reconocido en casi todas las Constituciones Europeas, excepto en la constitución de Italia de 1948, que no hace referencia expresa al derecho a un ambiente sano, ello quizás porque su texto constitucional es anterior a la década de los sesenta, años que marcaron el despegue de la conciencia ambientalista. No obstante, ha sido protegido vía jurisprudencial al vincularlo con la protección del patrimonio histórico y artístico de la nación y la salud.

La Constitución alemana, que data del año 1948, tampoco reconocía expresamente este derecho, y no fue sino hasta el año 1994 que, mediante una enmienda constitucional basada en la jurisprudencia, se estableció el deber del Estado de proteger las condiciones naturales indispensables para la vida como parte de su responsabilidad con las generaciones futuras, así en el artículo 20 estableció que el Estado protegerá las bases naturales de la vida mediante legislación y en concordancia con la ley y la justicia, por medio de acciones ejecutivas y judiciales, todo dentro del marco del orden constitucional.

La primera Constitución europea en adoptar el derecho a un entorno saludable y ecológicamente equilibrado, es la constitución de Portugal de 1976 que reconoce explícitamente, en el capítulo correspondiente a los Derechos y Deberes Sociales- en el artículo 66 inciso 1 que todos tienen derecho a un medio

ambiente de vida, salubre y ecológicamente equilibrado, y el deber de defenderlo. Asimismo, establece el derecho de las personas naturales y jurídicas a recibir compensaciones por los daños causados al ambiente, cuando les afecte directamente.

Una mención especial merece la constitución de España de 1978 que en su artículo 45, establece:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

En dicho país al medio ambiente no se reconoce como derecho fundamental pues no se encuentra ubicado en la sección sobre los derechos fundamentales, sino en la que corresponde a los principios rectores de la Política Social y Económica, de ahí que se considere que tiene “una visión progresista del derecho en tres dimensiones: Como derecho subjetivo, como deber ciudadano de conservarlo y como principio rector de las actividades del Estado” (Figueroa, 2005, p.12).

Por su parte Francia en el 2004 elaboró una carta constitucional

del medio ambiente en la que recoge varias disposiciones constitucionales. Así, de un total de 10 artículos, el primero, segundo y tercero dispone que cada uno tiene el derecho de vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso de la salud y el deber de participar en la preservación y la mejora del medio ambiente y de prevenir las alteraciones al medio ambiente o limitar sus consecuencias. Asimismo, el artículo 4 y 5 impone el deber de toda persona de contribuir a la reparación de los daños ambientales, según las condiciones de la ley. Igualmente, el artículo 6 prevé la promoción del desarrollo sostenible y el artículo 7, 8 y 9 trata del acceso a la información y educación ambiental y la contribución a mejorar y preservar el ambiente de la investigación e innovación.

Véase que el reconocimiento como derecho fundamental de manera expresa, en la mayoría de las constituciones se da de la década de los 70 hacía adelante, al compás de las declaraciones que surgen por esa misma década.

B. Textos constitucionales de América Latina

La mayoría de los textos constitucionales de América Latina han incorporado al medio ambiente como derecho fundamental, y su correlativo deber de protegerlo. Asimismo, algunas le han otorgado la categoría de principio rector de la política estatal.

De una lectura de dichas constituciones se puede constatar que no reconocen y protegen cualquier medio ambiente, sino uno de calidad, pues la mayoría le otorga distintos calificativos al medio ambiente, así lo adjetivan que debe ser adecuado, equilibrado, sano, apto o saludable, o sea que exigen estándares mínimos de calidad ambiental. Asimismo, se puede advertir que todas ellas reconocen el medio ambiente con una mayor extensión que la vigente constitución peruana.

Entre las constituciones que lo han previsto como derecho para su disfrute son la constitución política del Estado de Bolivia de 2009 que a través de su artículo 33 establece las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

Un caso de singular importancia es el de Ecuador, debido a la fuerte protección constitucional que otorga al ambiente. Así su Constitución de 2008, en su artículo 14 sección segunda del capítulo segundo del título II, reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay* (...) y se declara de interés público la preservación del ambiente, la

conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados. El artículo 15 establece la obligación del Estado, de promover el uso de tecnologías limpias, y de energías alternativas no contaminantes de bajo impacto, tanto en el sector público como en el privado.

Asimismo, tiene un capítulo sobre los derechos de la naturaleza, reconociendo expresamente a ésta como sujeto de derecho. En efecto, el artículo 72 prescribe el derecho a la restauración de la naturaleza y el artículo 71 prevé:

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

La Constitución Política de Costa Rica, en su artículo 50, título V- Derechos y garantías individuales, prevé que toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El Estado garantizará, defenderá y preservará este derecho.

La constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4 del capítulo I del Título I- De los derechos humanos y sus Garantías- señala que toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. El estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quién lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Asimismo, la constitución Nacional de la República de Paraguay, en el artículo 7, sección II del Ambiente señala que toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, constituyendo objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente.

Ahora, entre las constituciones que lo han previsto más que derecho como deber de su cuidado o protección, ubicamos a la constitución política de la República de Guatemala, que en su sección VII sobre Salud, Seguridad y Asistencia Social, el artículo 97 prescribe que el Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico, para lo cual dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, flora, de la tierra y

del agua se realicen racionalmente, evitando su depredación.

Po su lado, la constitución de Honduras en el artículo 145, Capitulo VII del Título III- De la salud, prescribe el Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas.

Además, la constitución política de la República de Panamá, capitulo VII del título III – Régimen ecológico en su artículo 118, prevé que es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana. Y el artículo 119 contempla que el Estado y todos los habitantes tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas.

En la Constitución de Uruguay, el artículo 47 señala que la protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. Y la constitución de la República de El Salvador en su artículo 117- Título V – Orden Económico, estipula que es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad

e integridad del medio ambiente para garantizar el desarrollo sostenible.

Entre las constituciones que lo han previsto de manera expresa como derecho- deber son la constitución de Chile, que en su artículo 19 inciso 8 señala que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza, y para protegerlo se establecerán restricción a otros derechos o libertades mediante ley.

La constitución política de Colombia, en su artículo 79, señala que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo, siendo deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para tales fines.

La constitución de Argentina en su artículo 41 (incorporado mediante la reforma constitucional de 1994) prescribe que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin

comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará la obligación de recomponer, conforme a ley y las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Asimismo, prohíbe el ingreso de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

La constitución de la República Federativa del Brasil, en el artículo 225, capítulo VI Del medio ambiente, establece que todo el mundo tiene derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado, de uso común del pueblo y esencial a la saludable calidad de vida, imponiéndose al poder público y colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

Por su parte la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 127 capítulo IX- De los derechos ambientales-prescribe que es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los

procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidas, de conformidad con la ley.

En la constitución Política de Nicaragua, en su artículo 60, Capítulo III- Derechos sociales- establece que los nicaragüenses tienen derecho de habitar en un ambiente saludable; es obligación del Estado la preservación, conservación y rescate del medio ambiente y de los recursos naturales.

En la constitución de la República Dominicana, sección IV - Derechos colectivos y medio ambiente, en su artículo 66 y 67 establece que el Estado reconoce los derechos e intereses colectivos y difusos, los cuales se ejercen en las condiciones y limitaciones establecidas en la ley.

En consecuencia, protege la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y la flora y la protección del medio ambiente y la preservación del patrimonio cultural, histórico, urbanístico, artístico, arquitectónico y arqueológico. Constituyen deberes del Estado prevenir la contaminación, proteger y mantener el medio

ambiente en provecho de las presentes y futuras generaciones. En consecuencia 1. Toda persona tiene derecho, tanto de modo individual como colectivo, al uso y goce sostenible de los recursos naturales; a habitar en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo y preservación de las distintas formas de vida, del paisaje y de la naturaleza.

2.8.2. Constituciones del Perú

A. Constitución de 1979

De una revisión de las Constituciones peruanas del siglo XIX no se encuentra un capítulo que trate de manera sistemática a los derechos sociales y de solidaridad ni unas garantías destinadas a su protección. Los poquísimos derechos sociales y de solidaridad estaban aislados y no se les reconocía esa condición de fundamentales. En las constituciones del siglo XX si bien se incorporaron mayores derechos sociales y de solidaridad, estos al igual que en las anteriores no tenían explícitas unas garantías para su protección.

Es la constitución de 1979, que sistematiza de mejor manera los derechos sociales y de tercera generación y les otorga las garantías para su tutela. En particular sobre el medio ambiente, se puede decir que la constitución de 1979, lo introdujo por primera vez como derecho fundamental; sin embargo, no lo

incorporó en la sección de los derechos fundamentales sino en el capítulo correspondiente a los Recursos Naturales, ubicado en el Título sobre el Régimen Económico.

Así, el constituyente de 1978, influenciado por las constituciones de España de 1978 (artículo 45) y de Portugal de 1976 (artículo 66), incorporó en el artículo 123 el medio ambiente en los términos siguientes:

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.

Como se puede apreciar, esta disposición constitucional a diferencia de la actual establecía una dimensión tripartita del medio ambiente: a) Como derecho subjetivo a habitar en un ambiente saludable, b) Como deber de todos de conservar el medio ambiente y c) Como un conjunto de obligaciones de preservación del paisaje y naturaleza y prevenir y controlar la contaminación.

A pesar de ello, la carta magna de 1979 contenía una disposición que fue interpretada en el sentido que implicaba negar la protección judicial de los derechos sociales y de solidaridad. Así la Sexta Disposición General y Transitoria señalaba que las

disposiciones constitucionales, que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente. La Ley Anual de Presupuesto contempla el cumplimiento gradual de esta disposición. Este enunciado normativo fue similar a la contenida en la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución actual, que señala las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplicarán progresivamente.

Ahora bien, más allá de ello, es preciso anotar que, si bien no estaba en la sección de derechos fundamentales, ello no impedía su protección, pues se puede argüir que gozaba de protección constitucional, según lo prescrito en el artículo 4 de la misma carta magna que extendía a la categoría de derecho fundamental cualquier otro derecho constitucional de naturaleza análoga que se funde la dignidad de la persona y obviamente el medio ambiente ostentaba dicha calidad.

B. Constitución de 1993

El medio ambiente, lo ubicamos en calidad de derecho fundamental, en el artículo 2 inciso 22) de la Constitución de 1993 en el título referido a la persona y la sociedad, que establece:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: ...

22. 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.

El medio ambiente, constituye un derecho fundamental, con un doble carácter: Es un derecho subjetivo de naturaleza constitucional, configuración legal y protección judicial, que hace posible nuestra existencia y una mejor calidad de vida (vida digna), pero también, se constituye en un elemento esencial del ordenamiento jurídico, un principio institucional de la política económica (empresarial) ambiental, que concordado con el artículo 66 a 69 forman lo que el Tribunal Constitucional ha llamado la Constitución Ecológica⁸ (STC Exp. N° 3610-2008-PA/TC, World Cars Import, 2008, F.J. 33).

Del texto constitucional se desprende que no basta gozar de cualquier medio ambiente, sino que ha precisado que tal derecho debe ostentar dos cualidades, esto es, debe ser equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (finalidad).

⁸ La Constitución ecológica 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. De ahí que, el Estado debe adoptar un conjunto de acciones, con el fin de preservar y/o conservar el ambiente. Por ello el artículo 66 de la Constitución establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. El artículo 67 dispone que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales, y el artículo 68 prescribe que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas y el artículo 69 señala que el Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

De otro lado, es preciso anotar que surge a la vista la diferencia entre las constituciones de 1979 y 1993, mientras que la primera se establecía el derecho a “habitar” un “ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado”, la constitución actual de 1993, establece el derecho a “gozar” de un “ambiente equilibrado y adecuado”.

De la disposición constitucional, se desprende que el constituyente se preocupó en proteger no cualquier medio ambiente, sino uno conciertos estándares de calidad, así, debe ser equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, por lo que merece analizar cada uno de los adjetivos empleados en dicha redacción.

a. Medio ambiente equilibrado

Según la Real Academia de la Lengua Española se entiende por el adjetivo equilibrado lo ecuánime, sensato o prudente.

En ese sentido, por un ambiente equilibrado debe entenderse el balance o equilibrio que debe existir en los ecosistemas o condiciones ambientales para que de manera estable y armónica posibiliten la interacción de los seres vivos con su entorno. El conjunto de elementos naturales, sociales y culturales, que influyen o condicionan la existencia o coexistencia, interactúen entre sí de manera conjunta y

armónica, lo que “significa adecuación y sostenibilidad, puesto que existe una debida correspondencia de las partes respecto de un todo que debe ser homogéneo y armónico” (Castillo, S.F, p. 199).

El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que, por medio ambiente equilibrado, debe entenderse como:

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. (STC Exp. N° 0964-2002-AA/TC, Alida Cortez Gómez De Nano, 2003, F.J. 8)

Además, asumiendo una concepción amplia de medio ambiente, dicho Colegiado ha precisado que, a esos elementos naturales, también se le debe “sumar los elementos sociales y culturales aportantes del grupo humano que lo habite” (STC Exp. N° 0018-2001-AI/TC, Colegio de Abogados del Santa, 2002, FJ. 7).

b. Medio ambiente adecuado

Según la Real Academia de la Lengua Española se entiende por el adjetivo adecuado aquello que es apropiado para alguien o algo.

Atendiendo a ello, un ambiente adecuado será aquel que es saludable o apto para que el ser humano y las demás especies tengan una existencia con dignidad (al desarrollo de la vida) y esto tiene que ver, a mi consideración, con los servicios ambientales que prestan los diferentes ecosistemas.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que, por medio ambiente adecuado, debe entenderse como:

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. En efecto, en el Estado democrático de derecho de nuestro tiempo ya no sólo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables. (STC Exp. N° 0964-2002-AA/TC, Alida Cortez Gómez De Nano, 2003, F.J. 8)

El Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador, en un informe estableció que, para calificar al medio ambiente de sano (adecuado) dependerá de los componentes del medio

ambiente, así, precisó que la calificación de 'sano' depende de que los elementos constitutivos del medio ambiente (como por ejemplo el agua, el aire, o el suelo, entre otros) detenten condiciones técnicas de calidad que los hagan aceptables, de acuerdo con estándares internacionales.

c. Finalidad

La constitución señala que se necesita de un medio ambiente adecuado "al desarrollo de la vida", esta es la finalidad de su protección.

Definidamente, la previsión medio ambiente equilibrado y adecuado "al desarrollo de la vida", conforme lo señala Aldo Figueroa Navarro (S.F), tiene una doble finalidad. La primera característica se relaciona con uno de los fines de protección del ambiente que es la protección de la existencia del ser humano como especie, y con ello de las otras formas de vida, y el segundo aspecto tiene que ver con la segunda finalidad, la defensa de calidad de vida natural.

En síntesis, podemos decir que lo que busca el constituyente, es que el hombre no solo exista o viva (coexistencia), sino que viva bien, es decir, que el vivir se desarrolle en condiciones adecuadas o acordes a su dignidad.

C. Protección constitucional del medio ambiente

a. Primer periodo (Ley N° 23506)

Este periodo se identifica porque los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales estuvieron dispersos en diferentes leyes.

La Ley N° 23506- Ley de hábeas corpus y amparo (publicada el 08 de diciembre de 1982 hasta 01 de diciembre de 2004) constituyó la primera y principal norma de desarrollo legal de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales.

Esta ley en sus inicios no incluída de manera expresa al medio ambiente como objeto de protección a través del proceso constitucional de amparo, sin embargo, en una modificación en 1990 al artículo 26- legitimidad para presentar demandas de amparo-, se incluyó el siguiente texto:

Cuando la acción se interponga por violación o amenaza de violación de derechos constitucionales de naturaleza ambiental, podrá ser ejercida por cualquier persona, aun cuando la violación o amenaza no lo afecte directamente. Igual atribución tienen las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, cuyo objeto es la defensa del medio ambiente.

Quedando de esta manera explícita su protección constitucional a través del proceso de amparo. No obstante, el hecho de que esta ley no lo incluía de manera expresa hasta antes de esta modificatoria de 1990, conforme lo señala el doctor Huerta, no implicaba que carecía de protección constitucional.

Respecto a la protección del derecho al medio ambiente, la lista de derechos protegidos por el amparo prevista en el artículo 24º de la Ley N° 23506 no lo incluía. Si bien ello no significaba que no pudiese acudir al amparo para su protección, pues dicha lista era sólo enunciativa y no taxativa, refleja que no se trataba de uno de los derechos que el legislador estuviese interesado en resaltar expresamente como protegido por esta vía. (Huerta, 2012, p. 229)

b. Segundo Periodo (Código Procesal Constitucional)

Este periodo comprende desde el 01 de diciembre de 2004 en que entra en vigencia el actual Código Procesal Constitucional, que derogó de manera expresa a la Ley N° 23506 y sus modificatorias.

Sin duda, la aprobación del Código fue uno de los avances legislativos más importantes con miras a fortalecer la protección judicial de derechos fundamentales, siendo el primer código constitucional que se emitía a nivel de América latina. Así se señala.

Los aportes del Código se pueden resumir en: a) la unificación en un solo cuerpo legal de la legislación procesal constitucional, b) el tratamiento de los procesos constitucionales desde la perspectiva de la teoría general del proceso, y c) la incorporación o reforma de importantes instituciones jurídicas, como el precedente vinculante, la actuación inmediata de sentencia impugnada, el trámite de las medidas cautelares, el reconocimiento del carácter subsidiario del proceso de amparo y el establecimiento de mecanismos coercitivos para el cumplimiento de las sentencias. (Huerta, 2012, p. 232)

En particular sobre el medio ambiente, cabe señalar que, a diferencia de la etapa anterior, el código procesal Constitucional, en su artículo 37 inciso 23, lo incluye de manera expresa en su lista de derechos fundamentales que pueden ser protegidos por el proceso de amparo.

2.9. RECONOCIMIENTO DEL MEDIO AMBIENTE EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

2.9.1. Sistema universal de protección de derechos humanos

A. Reconocimiento a nivel normativo

En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 constatamos que el medio ambiente no está reconocido como derecho, y esto se explica porque la preocupación por el medio ambiente a nivel mundial comenzó en los años 70 con la Conferencia de Estocolmo. No obstante, sí nos entrega los primeros atisbos para su protección a través del artículo 25 que

dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar. De acá se puede desprender que “indirectamente” se protege el medio ambiente, en tanto éste se constituye en el presupuesto básico para que toda persona pueda tener un nivel de vida adecuado que le asegure salud y bienestar.

Empero, años más tarde, ubicamos el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (entro en vigencia en 1976), que en su artículo 12, de manera expresa y genérica establece la obligación de los Estados de tomar medidas para el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente a fin de que toda persona disfrute del más alto nivel de salud física y mental.

Si bien, se constata que no recoge el derecho al medio ambiente como un derecho autónomo dentro del catálogo de derechos económicos y sociales, sí obliga a los Estados adoptar medidas que contribuyan al mejoramiento del medio ambiente, para que, como presupuesto, permita el disfrute y goce de otros derechos.

Aunado a ello y conscientes de su importancia y del auge ambiental, la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes en su artículo 3, reconoce el derecho al medio ambiente como un derecho individual y colectivo en que todo ser

humano y toda comunidad tienen derecho a vivir en un medio ambiente sano, equilibrado y seguro, a disfrutar de la biodiversidad presente en el mundo y a defender el sustento y continuidad de su entorno para las futuras generaciones.

Además, la Organización de las Naciones Unidas en la Resolución de la Asamblea General 45/94 estableció que todas las personas tienen derecho a vivir en un ambiente adecuado para su salud y bienestar, y en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano aprobada en Estocolmo 1972, y en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, consolidó dicho criterio.

Si bien, las resoluciones de la Asamblea General de la ONU no poseen efectos vinculantes, excepto cuando enuncian una regla de derecho internacional, han sido capaces de persuadir a los Estados a tomar medidas necesarias para proteger, conservar y mejorar el medio ambiente.

Ahora bien, la Declaración de Estocolmo de 1972, fue el motor de arranque de la protección jurídica del medio ambiente a nivel mundial. Proclama que los Estados partes coinciden que el ser humano es obra y artífice del medio que lo rodea y que su intervención ha generado la transformación del ambiente en el que vive y se desenvuelve, muchas veces causando un daño.

Esta conferencia internacional constituye el primer llamado de las Naciones Unidas a que los países conserven y preserven el medio ambiente, estableciendo criterios y principios (veintiséis) comunes en el ámbito internacional que sirvan de guía e incentiva la creación de mecanismos institucionales para tal fin. Así el principio uno establece que “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. ...”. Además, en esta declaración se creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), principal autoridad mundial ambiental encargada de coordinar las actividades relacionadas con el medio ambiente y promover su cuidado.

Por otra parte, la declaración de Río (1992) que fue adoptada por los Estados partes en la Conferencia de las Naciones sobre Medio Ambiente y Desarrollo, tiene como objetivo principal establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas. La consigna versaba sobre desarrollo económico que satisfaga las necesidades de las generaciones actuales sin perjudicar el medio ambiente ni comprometer la capacidad de futuras generaciones de satisfacer

sus necesidades. En esta conferencia, también, se declaró que tanto la pobreza como la riqueza imponen estrés al medio ambiente, que las sociedades industrializadas deben reducir sus efectos sobre medio ambiente mediante patrones sostenibles de producción y consumo, y que los países en desarrollo necesitan asistencia para que sus economías sean respetuosas del medio ambiente.

Asimismo, y muestra del avance de la protección del medio ambiente, es la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (13 de setiembre de 2007), aprobado por 143 países, en el artículo 29 inciso 1) establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos.

2.9.2. Sistema interamericano de protección de derechos humanos

A. Reconocimiento a nivel normativo

En cuanto a nuestro sistema regional Interamericano, en principio, debemos empezar precisando que tanto la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada en 1969 y vigente desde 1978) no reconocen de forma expresa el derecho al medio ambiente.

Los Estados partes de la CADH, acordaron incorporar un Protocolo que reafirme, desarrolle y fortalezca determinados derechos (derechos económicos y sociales), así como incluir progresivamente otros derechos y libertades, como es el caso del derecho a un medio ambiente sano. Así, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- Protocolo de San Salvador (aprobado en 1988 y vigente desde 1999)- reconoce en su artículo 11 de forma expresa el derecho al medio ambiente en los términos siguientes:

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.

Como se puede apreciar, esta disposición lo contempla como derecho a gozar de un medio ambiente, pero también como correlato la obligación de que el mismo se preserve, proteja y mejore; sin embargo, como es característico de una disposición constitucional o convencional no pormenoriza otros aspectos, pues “esta disposición es bastante general, no detalla aspectos específicos” (Huerta, 2012, p. 69).

Además, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, prescribe en su artículo 19, sobre Derecho a

la protección del medio ambiente sano, que:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos.
4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

Pese a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha conocido petición alguna por vulneración de dicho derecho. Ello, porque no está reconocido dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos no pudiendo alegarse de manera directa su afectación; sin embargo, se le ha conectado para su protección con otros derechos. Así la Comisión y Corte IDH, ha vinculado su vulneración con el derecho a la vida, la salud, consulta previa de los pueblos indígenas, libre desarrollo de la personalidad de los pueblos, etc.

B. Decisiones de los órganos de protección

La Corte IDH no tiene competencia para conocer peticiones del Protocolo de San Salvador, excepto conforme a su artículo 19 inciso 6, que puede conocer peticiones individuales de derechos

contemplados en el artículo 8 inciso 1 literal a) derecho de sindicación y el artículo 13 derecho de educación, quedando por lo tanto excluido de una protección directa el derecho al medio ambiente, pues no se reconoce un mecanismo para su protección.

No obstante, la Corte IDH ha protegido el derecho al medio ambiente no de manera directa, sino vinculado con la protección de otros derechos, como se puede apreciar:

A pesar de la ausencia de referencia al medio ambiente en casi todos los instrumentos normativos interamericanos, la Comisión y la Corte Interamericanas han construido una amplia gama de obligaciones estatales destinadas a mantener un grado de calidad en el medio ambiente. (Shelton, 2010, p. 113)

Con el derecho a la vida, en la cual precisó que este derecho no se limita a la supervivencia en sí, sino que se extiende a la promoción de una vida con dignidad, ejercida de forma completa con el acceso a los beneficios de la cultura, la salud, la alimentación, educación y un medio ambiente sano (Caso Yakye Axa vs. Paraguay, de fecha 17 de junio de 2005, párr. 161-163).

En este caso, la Corte IDH falló a favor de los indígenas y sostuvo que la larga dilación en devolver sus tierras a esta comunidad constituía una falla al deber del Estado de Paraguay de protegerla y lo ordenó que ofreciera una protección efectiva a las costumbres

de estas comunidades indígenas, así como, a sus características económicas y políticas, así también, le ordenó que monitoreara las vulnerabilidades de la comunidad y que reconociera los derechos que están asociados al derecho de propiedad que está directamente relacionada a las tradiciones y expresiones, costumbres, rituales, valores, arte, y relaciones con la naturaleza.

También se ha protegido por intermedio del derecho a la consulta previa. Así, en el caso *Saramaka vs Surinam*, cuyos hechos consisten en que el Estado de Surinam empezó a otorgar concesiones a terceros para actividades madereras y de minería del Pueblo Saramaka, sin consulta previa, generando que las concesiones madereras otorgadas dañaran el medio ambiente.

En este caso, la Corte precisó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los sarakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones (*Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 133-134).

Además, la Corte señala que si bien los terrenos pertenecen al pueblo Saramaka, esto no significa que el Estado no pueda

otorgar concesiones, sin embargo, de hacerlo, debe respetar tres garantías, así, a) se debe asegurar la participación de la comunidad en todo plan de explotación de los recursos que en su territorio se encuentran, b) se debe garantizar que el pueblo Saramaka obtendrá beneficios de aquellas concesiones en virtud del principio de indemnización; y, finalmente c) el Estado debe cerciorarse que entidades independientes y técnicas realicen estudios de impacto social y ambiental previos a la ejecución de cualquier medida que pudiera afectar el medio ambiente

Otro caso en el que se protegió el medio ambiente a través de este derecho tiene que ver con la concesión estatal de tierras indígenas para la exploración petrolera sin el consentimiento del Pueblo Indígena (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 166).

Definitivamente, en este caso, se protege el medio ambiente a través del derecho a la consulta previa, derecho contemplado en el artículo 6 del tratado 169 de la OIT⁹. Al respecto en Perú el 23 de agosto de 2011, el Congreso de la República aprobó por unanimidad la Ley N° 29785, “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el

⁹ Adoptado en la Sesión 76va de la Conferencia de la OIT en Ginebra, el 27 de junio de 1989, entró en vigor el 5 de setiembre de 1991. Fue aprobado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253, el 2 de setiembre de 1993, y ratificado el 17 de enero de 1994. Entró en vigencia para el Perú el 02 de febrero de 1995.

Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, siendo promulgada por el presidente de la República el 06 de setiembre de 2011 y publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de setiembre del 2011.

Además, la Corte IDH, también en el caso de los Mayagna (Sumo) de Awas Tingni vs Nicaragua, dictó sentencia a favor de los indígenas. El conflicto versó porque el gobierno no entregaba a los indígenas el título de propiedad sobre sus tierras. Esto se agravó aún más con el reclamo de otros grupos sobre parte de esas tierras, propiedad de los Mayagna, y la concesión otorgada a una empresa para la explotación de los recursos forestales, sin el consentimiento de dicha comunidad.

Aunado a ello, se protege el derecho al medio ambiente, con el derecho de acceso a la información ambiental, y acá ubicamos el caso de la negativa del Estado de Chile de proporcionar información sobre un proyecto de deforestación a tres ciudadanos chilenos. En este caso la Corte IDH señaló que el derecho a la libertad de expresión prevista en el artículo 13 de la Convención, también engloba dentro de su alcance el derecho de acceso a la información, en particular sobre temas ambiental (Claude Reyes y Otros vs. Chile, de fecha 19 de setiembre de 2006, párr. 76).

Además, y de manera más precisa tenemos la Opinión Consultiva sobre medio ambiente, consistente en que el 14 de marzo de 2016, Colombia presentó una solicitud de opinión consultiva relativa a la interpretación de los derechos a la vida e integridad personal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos frente a amenazas al medio ambiente marino en la región del Gran Caribe, producidas por la realización de grandes obras de infraestructura.

En esta Opinión la Corte estableció que el Medio ambiente constituye un derecho fundamental autónomo, protegido en sí mismo. Por consiguiente, estableció obligaciones negativas y positivas de los Estados. Las primeras prohíben a los Estados injerencias en los derechos fundamentales, y las segundas, obligaciones de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar un derecho. Estas últimas, pueden ser sustantivas o procesales. Las sustantivas exigen a los Estados el establecimiento de normativas específicas y la regulación de aquellas actividades de las que pueda resultar un riesgo para los derechos de las personas, y, las procesales establecen el deber estatal de proporcionar información a los ciudadanos sobre las actividades que supongan un riesgo para sus derechos, así como de poner a su disposición los mecanismos judiciales o administrativos para poder determinar las responsabilidades en

caso de que se llegue a producir una lesión en los derechos protegidos.

Es más, se puede sostener que, conforme lo señala Espinosa (2015), los (aún insuficientes) avances en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, así como a la evolución de propuestas como la Declaración de derechos de los campesinos en el seno de las Naciones Unidas, se puede sostener que hay elementos para avanzar hacia un reconocimiento de los derechos de participación de las comunidades locales no indígenas en las decisiones que las afecten dentro del sistema regional interamericano.

Con ello, existe la tendencia a que el concepto del derecho a la consulta que la jurisprudencia interamericana ha desarrollado en relación a los pueblos indígenas, se haga extensivo a todas las personas afectadas por políticas de desarrollo y proyectos a gran escala o como lo señalada el Centro para la Defensa del Derecho Internacional Ambiental (CIEL), que no existen razones para negar igual protección a comunidades locales que dependen de su medio ambiente para su sustento y bienestar, y que se ven amenazadas por proyectos de desarrollo u otras actividades. La explotación de los recursos naturales, sin las exigencias legales o cumpliendo a medias, en un pueblo indígena o no tiene el mismo impacto en relación a la contaminación o degradación

ambiental.

2.9.3. Sistema europeo de protección de derechos humanos

A. Reconocimiento a nivel normativo

La Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales no contempla disposición alguna en la cual se haga mención al derecho al medio ambiente.

Sin embargo, si está reconocido en la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea, que en el artículo 37 -Protección del medio ambiente, establece que las políticas de la Unión integran y garantizan con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.

Ahora bien, el hecho que no esté reconocido el derecho al medio ambiente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no ha sido obstáculo para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desarrolle jurisprudencia sobre situaciones lesivas a este derecho, pues “tales casos han sido resueltos identificándose la afectación del derecho a la salud o la vida, es decir, estableciendo una conexidad entre la afectación al medio ambiente y los derechos de primera y segunda generación” (Huerta, 2012, p. 82).

B. Decisiones de los órganos de protección

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha protegido de manera indirecta el derecho a vivir en un medio ambiente de calidad, al amparo del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al vincularlo con el derecho a la vida, la inviolabilidad del domicilio y a la vida privada personal y familiar.

Siguiendo a la doctora Espinoza Gonzáles (2015), quien hace un estudio de las decisiones del Tribunal de Estrasburgo en su tesis de doctorado, se puede partir que uno de los primeros casos, que se presentó ante dicho Tribunal, en relación a la interacción entre los derechos humanos y cuestiones ambientales es el caso Powell y Rayner vs. Reino Unido, por la contaminación acústica causada por aviones en el aeropuerto de Heathrow.

En esta oportunidad, dicho Colegiado consideró que la operación de un aeropuerto internacional es un objetivo legítimo del Estado y el consiguiente impacto negativo sobre el medio ambiente no puede ser totalmente eliminado, así pues ponderó, la necesidad de asegurar por parte, del Estado, un adecuado equilibrio entre los interés del individuo y de la comunidad a través de la protección del medio ambiente, puesto que la contaminación afecta el bienestar de las personas y le impide el disfrute de su vida individual y social.

Sin embargo, en un caso similar, años más tarde en el caso *Hatton y otros vs. Reino Unido* consideró que, el Estado no logró un justo equilibrio entre el bienestar económico de Reino Unido y el efectivo derecho de que los peticionarios gozaren de sus hogares y de sus vidas privadas y familiares, por lo que se violó el artículo 8.1 del Convenio Europeo.

Así pues, siguiendo a la doctora Espinoza (2015), otro caso muy conocido y citado por la doctrina, es el caso de *López Ostra vs. España*. Cuyos hechos consisten en que en 1988 en la ciudad de Lorca (Murcia), comenzó a funcionar, sin licencia, una estación depuradora de agua y tratamiento de residuos sólidos, construida con subsunción pública. Desde su funcionamiento defectuoso empezó a despedir gases, humos y malos olores, provocando problemas en la salud a varias personas. El Ayuntamiento suspendió el funcionamiento, excepto el tratamiento de aguas residuales, por lo que los problemas a la salud continuaron.

La señora Gregoria López acude al proceso de protección de derechos fundamentales, siendo desestimados en ambas instancias, pese a la opinión favorable del Ministerio Fiscal. El Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el amparo por ser, a su, juicio manifiestamente infundado. Desde octubre de 1992 a febrero de 1993, ella y su familia son realojados en el centro de Lorca, pero la incertidumbre y las condiciones medioambientales

adversas, así como la recomendación del pediatra de la hija de la señora López Ostra, hicieron que cambiara de domicilio.

Frente a ello recurre al TEDH, quien señaló que se había violado efectivamente el artículo 8 del CEDH, pues la vulneración del derecho al respeto del domicilio no se circunscribe a las vulneraciones concretas o físicas, como la irrupción no autorizada de otra persona en su domicilio, sino que también incluye agresiones inmateriales o incorpóreas, como ruidos, emisiones, olores y otras injerencias. Asimismo, las vulneraciones graves al medio ambiente pueden afectar el bienestar de una persona y privarle del aprovechamiento de su domicilio y vida privada y familiar, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas.

Con esas deslumbrantes argumentaciones, a pesar que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no está protegido el medio ambiente, se sancionó al Estado español porque no supo encontrar un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca —contar con una planta depuradora—y el efectivo disfrute por parte de la actora del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada personal y familiar, porque a lo largo de tres años la demandante tuvo de soportar malos olores y emisiones.

Otro caso muy significativo, comentado por la doctora Espinoza (2015), que se protegió el medio ambiente por contaminación acústica se presentó en el caso Pilar Moreno Gómez vs. España. Los hechos consisten en que, en 1974, el Ayuntamiento de Valencia autorizó la apertura, de salas de baile nocturnos como bares, pubs y discotecas, en las proximidades de la vivienda de la accionante, haciendo imposible el descanso de las personas que viven en el sector. Ante ello varios vecinos se quejaron por deterioro y los ruidos. En 1993, el Ayuntamiento de Valencia solicita un peritaje, concluyendo que los niveles sonoros eran inadmisibles y sobrepasaban los límites autorizados, siendo que en 1996 dictó una Ordenanza para la protección del medio ambiente contra la contaminación acústica y ese mismo año declaró “zona acústicamente saturada”.

A la señora Pilar Moreno, estos hechos le impedían dormir y descansar (insomnio) causándole serios problemas de salud. En 1997, presentó una reclamación al Ayuntamiento de Valencia, fundamentándose para ello en su derecho a la vida e integridad física y moral y a la intimidad personal y a la inviolabilidad del domicilio. El mismo año presentó un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, sin embargo, este rechazó la demanda.

En 1998, interpuso amparo ante el Tribunal Constitucional, quién

le denegó porque no acreditó el lapso temporal en que padeció el insomnio y tampoco probó que sea a causa de los hechos.

Frente a ello, acudió al Tribunal de Estrasburgo, quien constató que la demandante vive en una zona en la que el escándalo nocturno es innegable, provocando a todas luces perturbaciones en la vida cotidiana de la demandante, sobre todo los fines de semana.

La decisión gira en torno a un aspecto novedoso y es el valorativo respecto de la entidad o consistencia de la prueba. Así el Tribunal consideró que sería excesivamente formalista exigir tales pruebas en el presente caso a la demandante, ya que las autoridades municipales habían ya calificado la zona en la que vive la demandante como zona acústicamente saturada.

En consecuencia, habida cuenta de la intensidad de los perjuicios sonoros, fuera de los niveles autorizados y durante las horas nocturnas, y durante varios años, el Tribunal aprecia una vulneración en los derechos protegidos por el artículo 8, no como autor directo, por expedir licencia de manera ilimitada, pero si por su incapacidad de actuar para impedir que un tercero vulnere el derecho alegado por la demandante. La pasividad de la Administración frente al escándalo nocturno.

Estas sentencias son muy ilustrativas que constituyen, sin lugar a dudas, una novedad en la protección del medio ambiente. Se puede desprender que el Tribunal de Estrasburgo sanciona al Estado ya sea por acción, por ser este quien cause daños al medio ambiente, o por omisión, cuando no se cuente con una normativa adecuada para proteger el medio ambiente. Asimismo, el Tribunal recuerda en su jurisprudencia por la cual el Convenio quiere proteger derechos concretos y efectivos, y no teóricos o ilusorios.

De esta manera, además de protegerse el derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada personal y familiar se protege también el medio ambiente. En ambos casos, se apela al justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y el de la sociedad en su conjunto.

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. DISCUSIÓN

3.1.1. Postura asumida en la presente investigación acerca de la concepción de contenido constitucionalmente protegido

El contenido constitucionalmente protegido, se considera como sinónimo del concepto de contenido esencial, pese a que este último no encuentra regulación ni en la Constitución ni en el Código Procesal Constitucional, a diferencia del primero que está previsto como causal de improcedencia de los procesos constitucionales en el artículo 5 inciso 1 del Código Procesal Constitucional, teniendo como finalidad, entre otras, evitar la sobrecarga o saturación de demandas que carecen de sustento constitucional.

La línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, no ha sido uniforme, pero en la mayoría de sus sentencias lo considera como sinónimos, pese a que ambos conceptos son distintos; así pues, el contenido constitucionalmente protegido constituye el ámbito normativo de un derecho que merece protección constitucional (procesos constitucionales), de tal manera que esas facultades se definen de manera previa, antes de limitar su ejercicio, siendo en consecuencia, su ámbito más amplio que el de contenido esencial. Es pues, la posición *iusfundamental prima facie* protegida, sin aplicar

los límites normativos y propios del caso.

Por ello, el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental no puede desprenderse por sí del derecho e independientemente del conjunto de los otros derechos y bienes constitucionales. Además, éste no solamente ha de extraerse de la disposición constitucional, sino también, de los alcances del Derecho internacional de los Derechos Humanos que comprende también a la jurisprudencia de los instrumentos internacionales, que forman parte de nuestro derecho doméstico, conforme lo prevé el artículo 55 (eficacia normativa) y IV (eficacia interpretativa) de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

En ese orden de ideas, el contenido constitucionalmente protegido difiere del contenido esencial, pues en aquel se analiza si acto lesivo que se alega cae en la esfera del ejercicio de un derecho fundamental, mientras que, en el segundo, se analiza si tal acto lo lesiona o amenaza, por lo que toma en cuenta las circunstancias concretas del caso cuando se examina el fondo del asunto.

Ello conlleva a señalar, además, que ambos se analizan en etapas procesales diferentes, caso contrario, si fueran lo mismo, sería un contrasentido analizar dos veces lo mismo. Así, el contenido esencial se presenta al analizar el fondo del caso, esto es, al verificar si la intervención en el derecho tiene una justificación legítima, razonable

o proporcional, por lo tanto, corresponde a la etapa probatoria.

En consecuencia, tiene un alcance dinámico y dependiente de las circunstancias concretas del caso y las consideraciones sociales, económicas y culturales que son o deben ser tomadas en cuenta no solo al formularse las normas, sino también al aplicarlas.

Por su parte el contenido constitucionalmente protegido, se observa en la primera etapa del proceso, esto es en la etapa postulatoria, que analizará, entre otros, el sujeto activo o titular del derecho y el sujeto pasivo o a quien obliga, el ámbito normativo del derecho o facultades *iusfundamentales prima facie* protegidas por el derecho, además, si la garantía específica está prevista o es la adecuada para proteger el derecho.

Nótese que, la diferencia tiene funcionalidad práctica, así pues, una demanda puede ser admitida pero desestimada, de lo contrario, si lo aceptáramos como sinónimos, entonces una demanda que ha sido admitida debe también ser fundada, es decir, el Juez estaría compelido a declarar fundada la demanda que admitió, y si se obrará a la inversa, entonces, la decisión sería contradictoria, algo fuera de la lógica y justificación jurídica y común.

En otros términos, no se puede brindar una adecuada, oportuna o eficaz protección si es que se considera el contenido de un derecho

de manera previa, genérica, abstracta e inmutable como una huella digital, válido para todos los casos por igual y por siempre (ningún caso es igual a otro).

Siguiendo ese orden de ideas, a mi consideración, tanto el contenido constitucionalmente protegido y el contenido esencial de un derecho fundamental no pueden ser estáticos. Asumir ello, conllevaría no sólo a desconocer la interdependencia e indivisibilidad de los derechos y su interpretación sistemática (principio de unidad y concordancia práctica de la Constitución), sino que, también, se estaría ignorando, que, con los avances tecnológicos o científicos, algunos derechos van ampliando su contenido. Asimismo, en una sociedad diversa y desigual, tales contenidos pueden variar según cada sociedad o cultura, como es el caso de las comunidades indígenas y nativas que tiene derecho a la consulta previa.

Sin embargo, también, puedo sostener que, si bien ambos conceptos son distintos, en algún momento el contenido constitucionalmente protegido de un derecho puede convertirse en un contenido esencial, es decir, pueden coincidir, pero esto será al final y no al inicio.

En consecuencia, concluyendo esta sección, podemos entender que, lo que delimita el Tribunal Constitucional es el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y no en sí su contenido esencial, este último es circunstanciado y por ende

variable.

3.1.2. Elementos del derecho al medio ambiente que han sido considerados por la normativa y jurisprudencia

El Tribunal Constitucional a través de sus sentencias ha venido identificando el contenido constitucionalmente de los derechos fundamentales, los cuales orientan a los operadores jurídicos a dirimir los conflictos, pues para brindar una adecuada protección y analizar un derecho fundamental, es necesario identificar y delimitar su contenido jurídico.

En el caso particular del derecho fundamental al medio ambiente, pese al avance legal, jurisprudencial y doctrinario, siempre ha estado presente la dificultad de determinar sus facultades que lo configuran, o por lo menos, esta determinación es más problemática que los otros derechos, dificultando, entre otras cosas, una adecuada protección; muestra de esa complejidad (carácter complejo, dinámico y colectivo), es que el Tribunal Constitucional ha señalado que el medio ambiente extiende su ámbito de tutela, hasta aspectos de carácter psicológico, de lo que resulta un contenido no del todo claro y preciso.

El máximo intérprete de la Constitución, en el caso Regalías Mineras (STC Exp. 0048-2004-PI/TC), ha fijado el contenido “esencial” del derecho fundamental al medio ambiente, el mismo que estaría

compuesto por dos elementos; por un lado, el derecho a gozar de ese medio ambiente y, por otro, el derecho a que ese medio ambiente se preserve; este criterio se ha mantenido hasta la actualidad en su línea jurisprudencial.

Si analizamos el primer elemento, se tiene que la Real Academia de la Lengua Española entiende por el término gozar, la acción de sentir placer o alegría a causa de algo o tener o poseer algo bueno, útil o agradable. Así, pues, el Tribunal Constitucional ha señalado que 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.

Más allá de lo que diga el máximo intérprete de la Constitución al respecto, este elemento es genérico e impreciso, no nos dice mucho, el gozar forma parte de las facultades propias o inherente a todo derecho, así pues, tengo derecho a gozar de mi libertad, de mi vida, de mi propiedad, etc., dependerá de las circunstancias y contexto determinar si se está impidiendo o dificultando el derecho a gozar del medio ambiente equilibrado y adecuado.

En todo caso, este aspecto comportaría la facultad de poder disfrutar o usar los servicios ambientales que brindan los ecosistemas y que

influyen o condicionan la coexistencia o convivencia del ser humano y demás especies con su medio.

En cuanto al segundo elemento, la Real Academia de la Lengua Española por el verbo preservar entiende proteger o resguardar anticipadamente a alguien o algo de algún daño o peligro. Así pues, el Tribunal Constitucional ha señalado que este elemento entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute, y que tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

A mi juicio, más que un derecho constituye un deber del Estado y particulares de mantener las condiciones ambientales en situaciones saludables o aptas para su disfrute.

Definitivamente la preservación ambiental es fundamental para la existencia y la realización de otros derechos, pues varios derechos requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima. No se puede disfrutar de los demás derechos o del propio medio ambiente si previamente no se tiene la obligación y conciencia de preservarlo y mejorarlo.

En consecuencia, podemos entender que, el medio ambiente como

derecho fundamental comporta obligaciones negativas (faz reaccional) y positivas (faz prestacional). Las primeras como una imposición para evitar o abstenerse de cualquier daño o degradación ambiental y, las segundas como un impulso para maximizar los esfuerzos para que los componentes medio ambientales estén aptos para el disfrute de las generaciones actuales y venideras, las mismas que se traducen en posibilidades de conservación, prevención y compensación. Ambas obligaciones alcanzan al Estado y particulares.

En cuanto a la preservación, el Estado ha avanzado algo al estipular los instrumentos de gestión ambiental, tales como los límites máximos permisibles que miden la concentración de elementos o sustancias físicas, químicas y biológicas, que caracterizan a un efluente o a una emisión, que al ser excedido causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente; los estudios de impacto ambiental destinados a medir el daño y a calcular el monto de la inversión que atenúen el daño; el plan maestro dentro de las áreas naturales protegidas de uso directo o indirecto, que determina que actividades son compatible con la categoría, la zonificación asignada, los planes de manejo del área, y los fines y objetivos para los cuales se estableció el área, conforme al artículo 27 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas.

Sin embargo, el Colegiado Constitucional no ha considerado lo que

dice la normativa internacional en cuanto al deber de mejoramiento del medio ambiente, que está previsto tanto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12 que establece la obligación de los Estados de tomar medidas para el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente a fin de que toda persona disfrute del más alto nivel de salud física y mental, sino también, el Protocolo de San Salvador reconoce de forma en su artículo 11, el deber de los Estados promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Por eso, existen otros aspectos o ámbitos no considerados por el TC como su contenido constitucionalmente protegido que van de la mano con los principios de prevención y precaución, de ahí que existan factores favorecen la tesis de incorporaron a su contenido constitucionalmente protegido el acceso a la información y participación medioambiental.

En otros términos, el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente fijado por el TC no se condice con los derechos prácticos y justiciables mencionados en el párrafo anterior, mucho más si ya se cuenta con una ley de consulta previa que reconoce de manera expresa estos derechos sobre materia ambiental. Así pues, en nuestro país el 23 de agosto de 2011, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 29785, "Ley del

Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, siendo promulgada por el presidente de la República el 06 de setiembre de 2011 y publicada en el diario oficial El Peruano al día siguiente.

3.1.3. Discusiones acerca de los alcances del contenido del derecho fundamental al medio ambiente

Una manifestación de la ampliación e internacionalización de los derechos fundamentales, es la incorporación de nuevos aspectos o elementos y, con ello, la ampliación de su contenido, esta ha sido la tendencia en las declaraciones, convenciones o tratados y en la propia jurisprudencia nacional e internacional.

En particular, sobre el derecho fundamental al medio ambiente, pese a lo delimitado por el Tribunal Constitucional aún no existe un consenso en cuál es su verdadero contenido o se considera que aún no lo está del todo definido y, esta aseveración, se debe a su naturaleza *sui generis* y su tendencia expansiva o dinámica al estar compuesto e ir abarcando otros elementos distintos los unos de los otros, pero que deben ser entendidos de manera integral como un sistema y no de manera fragmentaria.

Si esto es así, entonces, nos preguntamos ¿De la Constitución, tratados, declaraciones y jurisprudencia, se desprende únicamente

entre el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente lo que ha precisado el Tribunal Constitucional? ¿Son suficientes o bastan los elementos que ha delimitado el Tribunal Constitucional para concretizar el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado? ¿Cómo puedo preservar o mejorar el medio ambiente si ante un proyecto o actividad significativa, no se ha considerado entre su contenido constitucionalmente protegido el acceso a la información o participación ambiental?

En principio, no debemos perder de vista que, en los últimos años, se ha ido abriendo paso de una visión antropocéntrica a una ecocéntrica, como es el caso de la constitución de Ecuador y Bolivia que protege a la naturaleza en sí misma, esto es, ya no solo el ser humano es el centro y medida de todo, sino que existen otras especies con las cuales comparte su hábitat, por lo que debe regular sus actividades para proteger a la naturaleza en sí misma.

Esta ha sido la inclinación de la Corte IDH, al señalar que el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, así pues, el medio ambiente debe ser protegido como derecho autónomo que protege sus componentes como intereses jurídicos en sí mismos. Por lo que, si bien, el hombre es el actor principal que necesita satisfacer sus necesidades a través de la explotación de los

recursos naturales, esto debe hacerlo de manera racional, tomando en cuenta que sin una naturaleza o está degradada, el hombre no podría existir.

Véase que, en la normativa internacional, tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo de San Salvador y la declaración de Estocolmo reconocen de forma expresa, no solo, la obligación de los Estados a la protección y preservación del medio ambiente, sino también a buscar su mejoramiento, no obstante, este aspecto, no ha sido considerado por el Tribunal Constitucional.

Aunado a ello, en el Sistema Europeo ubicamos a la Convención de Aarhus que trata sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, asimismo, la declaración de Río de 1992 y, más reciente, el acuerdo de Escazú (aún se está a la espera de la ratificación para que entre en vigencia) prevén el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe, aspectos que tampoco han sido considerados por el Tribunal Constitucional dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente.

Ello, ha permitido que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y,

su par, la Corte IDH, hayan venido protegiendo el derecho al medio ambiente de manera indirecta al vincularlo con otros derechos, y dentro de su jurisprudencia se ha señalado que se vulnera el medio ambiente si es que, entre otras cosas, no se brinda el acceso a una información y participación ambiental.

Por ello, el derecho al ambiente implica, también, el derecho a acceder a la información necesaria para protegerlo y protegerse contra daños ambientales actuales o potenciales, pues, como se sabe, la sola consagración de derechos no es garantía de su efectividad, que es lo que al final importa. Si no tengo participación para prevenir un daño ambiental o no tengo información sobre posibles daños es tener un derecho a medias.

Los derechos de acción ambiental son prácticos y justiciables, debido a que permiten a los ciudadanos y/o grupos contribuir de modo activo a la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente, permite que las poblaciones afectadas (que habitan o utilizan los servicios ambientales) sean escuchadas, tengan voz y voto.

Como señala Alegre Chang (2010), la tutela constitucional a este derecho, será dinámica y estará asociada a los propios condicionamientos culturales que se establezcan en cada época e irá acompañada de la tutela a otros derechos complementarios, por lo

que, estos derechos procedimentales constituyen, mecanismos efectivos y flexibles para la consecución de una justicia ambiental.

No dudamos que, ante esta situación, seguramente se objetará con el argumento que estos derechos la ubicamos de manera explícita en la Constitución y Tratados de Derechos Humanos, y por ende que se trata de derechos interdependientes. Sin embargo, ello no impide que, estos, formen parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente, pues este por su naturaleza exige, si se quiere lograr una efectiva protección, preservación y, mejoramiento una activa participación informada. No olvidemos que existen derechos que forman parte del contenido de otros derechos como, por ejemplo, el derecho de objeción de conciencia dentro del derecho a libertad de conciencia o religión, el derecho al plazo razonable o estrictamente necesario, el *ne bis in idem* dentro del derecho a la libertad personal o debido proceso, etc.

3.1.4. Propuesta doctrinaria acerca del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente.

Partiendo de declaraciones y tratados y lo que sostiene la doctrina, considero que el contenido fijado por el Tribunal Constitucional, puede complementarse con otros elementos- utilizando la terminología de dicho Tribunal- o derechos de acción ambiental, es decir, además de un contenido material cabría un contenido formal.

Ello nos permite aducir que el contenido del derecho al medio ambiente no solo estaría constituido por el derecho a gozar del mismo y el deber a que se preserve (y mejore), sino que, también, posee un contenido instrumental que facilita adoptar de mejor manera las políticas ambientales y que desde un inicio están destinadas a preservarlo y mejorarlo, y esa tarea será cumplida si es que se tiene como punto de partida un diálogo entre Estado y Comunidades, que empieza con el acceso a una información oportuna, completa, veras y de buena fe que permita conocer las causas y efectos de un determinado proyecto, para luego tener acceso a participar de manera oportuna, equitativa y transparente en la toma de decisiones medioambientales.

Una forma de contribuir a su protección, preservación y mejoramiento es teniendo una activa información y participación, así pues un proyecto o actividad económica que pudiera degradar el medio ambiente, debe realizarse con la participación de los actores para que de manera libre, previa e informado presten su consentimiento conforme a lo expresado en el convenio 169 de la OIT y ello tiene base, además, en el artículo 67 de la Constitución que establece la Política Nacional del Ambiente, como un conjunto de directivas y políticas dirigidas a la acción del Estado para la conservación y defensa del medio ambiente. Caso contrario, y la experiencia testifica, se genera caos y atraso, que se termina en protestas sociales con pérdidas materiales y humanas.

Uno de los primeros instrumentos internacionales que prevé el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, la ubicamos en el sistema regional europeo y nos estamos refiriendo a la Convención de Aarhus, que fue firmada en junio de 1998 y vigente desde el 30 de octubre de 2001.

En efecto, el objetivo de dicho convenio es contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y bienestar. Definitivamente esta Convención, constituye la norma internacional vinculante más detallada e importante que se encuentra vigente a esta fecha y, que, en nuestro país puede servir como pauta orientadora o estimuladora.

Asimismo, los derechos de acción ambiental de manera específica están recogidos en varios instrumentos internacionales. La Declaración de Río en su principio 10 establece que, el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda.

Aunado a ello, y en base al principio 10 de la declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo y siguiendo la línea europea, en el año 2018 se firmó el acuerdo de Escazú (Costa Rica), que trata sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la

justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe, no obstante, aún no entra en vigencia porque se está a la espera de la ratificación por al menos 11 países, entre los cuáles se encuentra nuestro país.

En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Para lo cual los Estados deben facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos.

Así pues, en nuestro país el 23 de agosto de 2011, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, siendo promulgada por el presidente de la República el 06 de setiembre de 2011 y publicada en el diario oficial El Peruano al día siguiente. Con ella al situar al ser humano como participante activo e informado de la vida pública y de las decisiones (medioambientales) que lo afectan, facilita una buena gobernanza, transparencia, y una gestión pública inclusiva y participativa.

De lo anteriormente señalado, consideramos que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente es dual, conformado por contenidos materiales y formales (procedimentales).

La dimensión material ha sido identificada por el Tribunal Constitucional, no obstante, opinamos que debe formar parte de su contenido, el deber de que el medio ambiente se mejore progresivamente. No basta preservar el medio ambiente, esto es, mantenerlo en el estado (actual) en el que se encuentra, es decir, que no se mejore ni empeore; sino que es imprescindible y debe promoverse su mejoramiento, lo que se traduce en que el Estado y particulares tienen la obligación de promover o buscar su avance o mejora.

A diferencia de la preservación, con el mejoramiento se busca que las condiciones ambientales cambien para bien, esto es, haciéndolo pasar a un estado mejor, más sano o limpio; vale decir, lograr su optimización tanto a nivel de políticas públicas como de actuaciones civiles, por ejemplo, la forestación y reforestación, la administración de servicios públicos básicos relativos a la tutela del medio ambiente, etc.

La obligación de la protección y mejoramiento del medio ambiente como meta imperiosa de la humanidad, está explicitada en la

declaración de Estocolmo que en su artículo 1 establece no solo el derecho a un medio ambiente de calidad que permita una vida digna y gozar de bienestar, sino también la obligación de proteger y mejorar para las generaciones presentes y futuras.

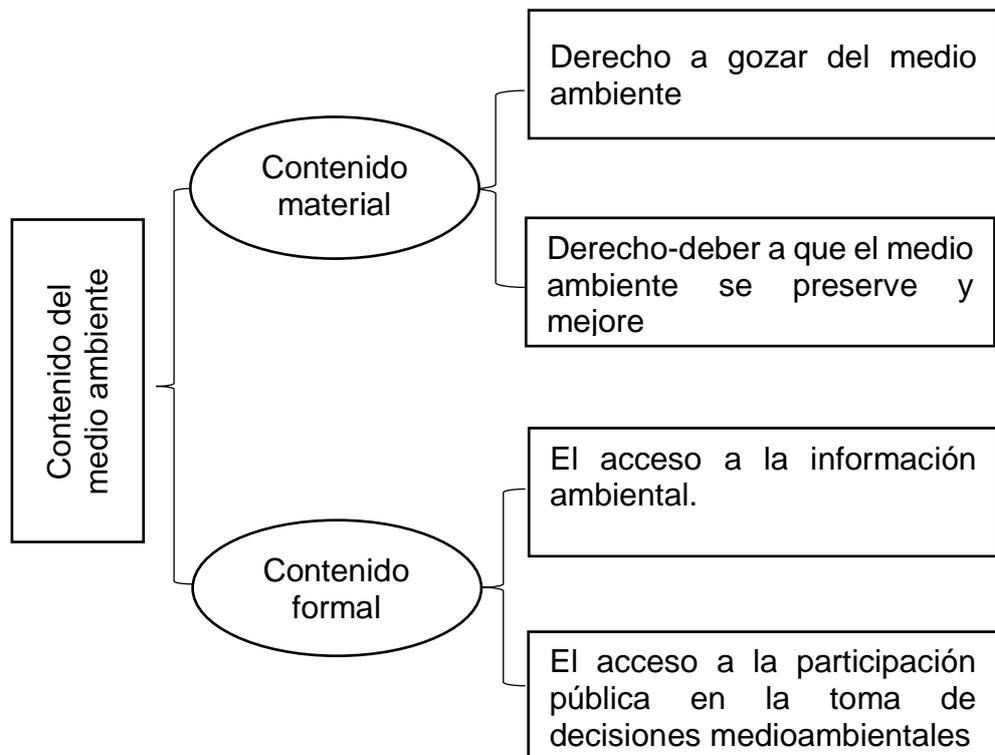
Asimismo, algunas constituciones, de manera explícita han previsto el mejoramiento del medio ambiente, tal es el caso de constitución de Paraguay, que en su artículo 7, sección II del Ambiente señala que toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, constituyendo objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente.

De la misma forma, los contenidos formales estarían conformados por los derechos de acción ambiental que comprende el derecho a la participación pública en la toma de decisiones medioambientales y el acceso a la información sobre actividades o proyectos que podrían tener impacto ambiental significativo.

Empero, pese a que varios instrumentos internacionales establecen el acceso a la justicia ambiental conforme a las citas realizadas, sin embargo, afirmamos que este aspecto, no forma parte de su contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente, porque, justamente, es por este medio que se hace valer el contenido de cualquier derecho fundamental cuando se viola o

amenaza y no solamente del medio ambiente. El acceso a la justicia forma parte de la tutela jurisdiccional efectiva.

En consecuencia, el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente estaría conformado por:



Con ello, ayudamos a entender que lo que se debe buscar es un antropocentrismo o ecocentrismo moderado, no ilimitado, ninguno de los extremos es conveniente, y consiente que toda actividad genera un impacto ambiental, un gran proyecto o actividad con mayor razón, por lo que en base a ello, es que necesitamos cuidar y mejorar los ecosistemas, no solamente, en pro de la calidad de vida sino también que se protege a la naturaleza por el valor que tiene en sí misma conforme lo entiende la Corte Suprema de México.

Sin naturaleza no es posible la existencia del hombre, menos la calidad de vida, pero también el ser humano tiene que satisfacer sus necesidades con la explotación de los recursos, pero de manera racional. La preservación y mejoramiento del medio ambiente se logrará si es que se tiene el acceso a la información y participación medioambiental de manera oportuna que permitan la toma de decisiones de manera racional y proporcional; esto es, por un lado, la protección de los derechos y, por otro, el tan ansiado desarrollo de los pueblos y del país.

Con esta propuesta doctrinaria sobre el contenido constitucionalmente del derecho fundamental al medio ambiente se estaría en consonancia con la normativa internacional de la que nuestro país es parte, así como con la jurisprudencia emitida por la Corte IDH y por la CIDH.

3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.2.1. El acceso a la información sobre actividades y proyectos que podrían tener impacto ambiental.

El medio ambiente para su pronta y efectiva realización necesita de una activa información y participación, ya sea para otorgar la llamada licencia social o para prevenir posibles daños ambientales; es decir, aquello que, en el caso de las Comunidades Indígenas y Nativas, se traduce en la consulta previa.

El derecho a la información de manera genérica goza de cobertura constitucional a través de la previsión contenida en el numeral 4 del artículo 2 de la Constitución y que según el Código Procesal Constitucional está protegida a través del proceso de amparo, conforme al numeral 3 del artículo 37.

Aunado a ello, el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar la información bajo el control del Estado (salvo restricciones de ley), lo que comprendería, en particular, la información sobre actividades o proyectos que podrían afectar o tener un impacto ambiental negativo, pues constituyen asuntos de interés público.

La obligación específica de acceso a la información en asuntos relacionados con el medio ambiente se consagró en el principio 10 de la Declaración de Río, que señala que toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.

Así, por ejemplo, en el caso *Claude Reyes y Otros vs Chile*, consistente en la negativa del Estado Chileno de brindar a tres ciudadanos chilenos cierta información solicitada al Comité de Inversiones Extranjeras relacionada con un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo por las empresas forestal Trillium y el proyecto Rio Condor, la Corte IDH estableció que el acceso a la información (ambiental) pública y de interés colectivo es un derecho humano protegido por el artículo 13 de la Convención Americana y por ende el estado chileno había infringido dicho derecho.

Ahora bien, este derecho se complementa con el de participación, por lo que debe darse de manera previa, así una vez que se esté informado se puede participar de manera transparente y en igualdad de condiciones.

Algunas constituciones han previsto de manera explícita el acceso a la información ambiental, tal es la constitución de Argentina que en su artículo 41 (incorporado mediante la reforma constitucional de 1994) prescribe que todos tiene el derecho a gozar del medio ambiente y el deber de preservarlo y las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Su alcance, comporta, por un lado, el derecho de las personas a recibir información y, por otra, la obligación del Estado de suministrarla, de tal manera que cualquier persona pueda tener acceso a la información que se encuentra bajo el control del Estado, y esta debe ser completa, comprensible y actualizada. Así también, lo establecen, las Directrices de Bali y distintos instrumentos internacionales que el acceso a la información ambiental debe ser asequible, efectivo y oportuno.

Por otro lado, señalamos que, al tratarse de un derecho difuso como el medio ambiente, la información debe ser entregada sin necesidad de exigir acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción.

Por último, en cuanto al momento de brindarse la información, esta

debe ser oportuna, es decir anterior a la fase de exploración y explotación de un proyecto. Al respecto el principio 19 de la Declaración de Río señala que los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe.

De las precisiones teóricas y conceptuales realizadas, esta primera sección de nuestra hipótesis planteada ha sido contrastada.

3.2.2. El acceso a la participación pública en la toma de decisiones medioambientales

De manera genérica, este constituye un derecho que goza de cobertura constitucional a través de la previsión contenida en el numeral 17 del artículo 2 de la Constitución y cuya protección se viabiliza según lo prescrito en el numeral 14 del artículo 37 del Código Procesal Constitucional a través del proceso de amparo.

Asimismo, el derecho a la participación de los ciudadanos en la dirección de los asuntos públicos se encuentra consagrado en el artículo 23.1.a) de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo que comprendería, en particular, la participación en los

asuntos medioambientales.

Definitivamente, constituye un derecho de los individuos, en tanto es la expresión y objetivo de un sistema de valores del Estado Constitucional Democrático basado en la tolerancia e inclusión y en específico en el acceso a la participación pública ambiental.

También, se consagró en el principio 10 de la Declaración de Río que estipula que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos.

Además, la Carta Mundial de la Naturaleza, prevé el derecho a la participación en la toma de decisiones medioambientales, cuando señala que toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernan directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización.

En ese sentido, el ser humano tiene derecho a participar en la vida pública y contribuir con su pensamiento y acciones al bienestar general. Caso contrario, si no participa o se le escucha a la sociedad en la toma de decisiones ambientales entonces se quedará en declaraciones románticas carentes de efectividad. La participación permite integrar puntos de vista y preocupaciones y que las decisiones sean ponderadas y razonadas. Mucho más si la finalidad de la consulta en sí es no solo lograr un acuerdo sino también un consentimiento sobre la medida legislativa o administrativa.

El derecho a vivir en un medio ambiente sano y su vínculo con otros derechos como la vida, salud, propiedad, servicios públicos básicos, etc., nos ayuda a comprender la necesidad de ir más allá de la visión proteccionista y la necesidad de incluir un enfoque participativo. Una participación abierta e inclusiva. Una democracia ambiental.

El Convenio 169 de la OIT se convirtió, desde su aprobación, en el mejor instrumento para hacer respetar el derecho a la participación en materia ambiental de los pueblos indígenas, para que, a través de un diálogo intercultural, les consulte sobre los proyectos de inversión que pueden afectar su vida, costumbres y territorio, y tiene por objeto efectuar un análisis consensuado sobre los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su comunidad.

En consecuencia, el Estado no solo está obligado a realizar la consulta, sino a recibir el consentimiento antes de adoptar la decisión. Por eso, es necesario el contacto que deben tener el Estado y las empresas extractivas con las poblaciones indígenas y aledañas del proyecto, establecer puentes de diálogo y participación en los cuales se sientan representadas y consideradas. Ello permitirá el otorgamiento de la licencia social, generando confianza en la población y una mayor seguridad en las inversiones privadas, en la que todos saldremos ganando.

El alcance de la participación pública en temas medioambientales, permite que el Estado garantice oportunidades efectivas de participación desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar el público sobre estas oportunidades, y estos mecanismo de participación pública, conforme lo ha expresado la Corte IDH en la opinión consultiva OC-23/17, son variados e incluyen, entre otros, audiencias públicas, la notificación y consultas, participación en procesos de formulación y aplicación de leyes, así como mecanismos de revisión judicial.

Es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, y el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo nativa e indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo, pues ello no

les otorga derecho de veto.

Como dice el TC, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, y ese consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. (STC Exp. 0022-2009-PI/TC, Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos, 2010, F.J. 25).

En cuanto al momento de la participación, esta debe llevarse bajo el principio de buena fe desde las primeras etapas del plan, y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. De tal manera que las condiciones de la participación deben realizarse de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información.

Con ello, dejamos sentado que definitivamente al ser obligatorio llevar a cabo una consulta previa, antes de un proyecto o actividad, entonces forma parte de su contenido constitucionalmente protegido, toda vez que si no desconoce entonces se puede acudir a la vía constitucional a exigir tutela urgente y efectiva.

En el derecho comparado, el derecho a la participación ambiental

está previsto de manera expresa, tal es el caso de constitución de Colombia que en su artículo 79, expresa que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

De las precisiones teóricas y conceptuales realizadas, esta segunda sección de nuestra hipótesis planteada ha sido contrastada.

3.2.3. El acceso a la justicia para la protección del medio ambiente

El acceso a la justicia, tiene base constitucional, puesto que si bien no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993 se trata de un contenido implícito del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, así como nace del artículo 25 de la CADH, en que los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, los mismos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, conforme lo prevé el artículo 8.1 del mismo cuerpo normativo.

Así pues, la tutela jurisdiccional efectiva, comprende además del acceso a la justicia, la decisión fundada en derecho y la ejecución de la misma, luego de haber atravesado un proceso judicial

preestablecido, que prevé formalidades que, a pesar de ser flexibilizadas y un poco informales en los procesos constitucionales, exige probar la violación o amenaza de violación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, por lo que esta es la vía que se activa para protegerlo en ámbito judicial o administrativo.

En particular, el acceso a la justicia en asuntos ambientales, permite acceder, de acuerdo a las garantías del debido proceso, a instancias jurisdiccionales o administrativas de impugnar cualquier acción u omisión en que no se hayan respetado el derecho de información o participación o el contenido material ambiental.

Entonces, con este derecho se permite al individuo velar porque se apliquen las normas ambientales y con ello se constituye en un medio para remediar cualquier violación o amenaza a los derechos fundamentales que hubiera sido causada por el incumplimiento de normas ambientales, incluyendo los recursos y la reparación.

En ese sentido, pese a que autorizada doctrina como el doctor Pérez Sola y Raúl Canosa, y varios instrumentos internacionales, consideran dentro de su contenido del derecho al medio ambiente el acceso a la justicia ambiental, sin embargo, como se colige, este aspecto no forma parte en sí de su contenido constitucionalmente protegido, pues no forma parte de las facultades que lo configuran,

sino que, aparece justamente, para hacer valer su contenido cuando se viola o amenaza “cualquier” derecho y no solamente el medio ambiente.

En consecuencia, esta sección de la hipótesis no ha sido contrastada.

Por último, si bien en nuestra hipótesis no estaba planteada la obligación que el medio ambiente se mejore, a lo largo de la presente investigación – análisis normativo- ha surgido este contenido del medio ambiente.

CONCLUSIONES

1. El contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental debe ser entendido como la posición iusfundamental protegida prima facie, previo al establecimiento de los límites normativos y propios del caso.
2. Los elementos del derecho al medio ambiente que han sido considerados por el Tribunal Constitucional, son el derecho a gozar del medio ambiente y el derecho a que el medio ambiente se preserve.
3. Se determinó que la doctrina, normativa y jurisprudencia internacional establecen, también, como contenido del derecho fundamental al medio ambiente, los derechos de acción ambiental y el deber de promover su mejoramiento, sin embargo, el Tribunal Constitucional no los ha considerado como parte de su contenido.
4. En esta investigación se ha elaborado una propuesta doctrinaria acerca del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente, el mismo que tiene un contenido dual, conformado por contenidos materiales y formales.
5. Se determinaron los elementos que complementan el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente, a partir de una revisión normativa y jurisprudencial, constituidos por el deber a que el medio ambiente se mejore y los derechos de acción ambiental, excepto el derecho de acceso a la justicia ambiental que no forma parte de su contenido.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Tribunal Constitucional, encargado de determinar el contenido de los derechos fundamentales, tener en cuenta la normativa y jurisprudencia internacional a fin de que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente sea ampliado, y con ello evitar alguna responsabilidad internacional del Estado.
2. Se recomienda al Tribunal Constitucional, para que en su jurisprudencia no utilice como sinónimos la concepción de contenido esencial y contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, la diferencia tiene una funcionalidad práctica y teórica.
3. Se recomienda a los miembros del Congreso de la República que conformarán la nueva y siguiente legislatura, vuelvan a debatir y ratifiquen el Acuerdo de Escazú, ello se condice con la democracia ambiental e inclusiva, que permitirá una protección efectiva del medio ambiente, así como de los defensores ambientales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. Libros

- Aguilera Portales, R.E. (2011). *Teoría de los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Grijley E.I.R.L.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales (Segunda ed.)*. (C. Bernal Pulido, Trad.) Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bidart Campos, G. (1989). *Teoría general de los derechos humanos* (Primera ed.). México: Instituto de investigaciones jurídicas
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. (R. De Asís Roig, Trad.) Madrid, España: Sistema.
- Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*. (E. Díaz, E. Garzón Valdez, A. Grepí y A. Ruiz Miguel, Trads). Editorial Trotta S.A.
- Campos, G. J. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Fernández, E. (1984). *Teoría de la justicia y derechos humanos (Primera ed.)*. Madrid, España: Debate S.A
- Gascón Abellán, M., y García Figueroa, A. (2015). *La argumentación en el Derecho, algunas cuestiones fundamentales (Segunda ed.)*. (P. Grandez Castro, Ed.) Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
- Kelsen, H. (1934). *Teoría pura del derecho*. (G. Robles Morchón, & F. Sánchez, Trads.) Viena, Austria: Trotta, S.A.
- Lasa-Aristu, A., & Amor, P. (2016). *La importancia de la argumentación en los trabajos de investigación*. Barcelona.

- Monje Álvarez, C. (2011). *Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa*. Neiva: Universidad Surcolombiana.
- Peces-Barba Martínez, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.
- Pérez Luño, A. E. (1988). *Los Derechos Fundamentales (Tercera ed.)*. Madrid, España: Tecnos, S.A.
- Platón. (399 y 394 a.c.). *Critón* (Sexta edición 1982 ed.). (F. García Yague, Trad.) Buenos aires, Argentina: Aguilar Argentina S.A de Ediciones.
- Polo G, L.F. (2013). *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Lima, Perú: Grández Gráficos S.A.C.
- Ramos Suyo, J.A. (2004). *Elabore su tesis en Derecho /pre y posgrado*. Lima, Perú: San Marcos.
- Rivera Ore, J., & Bautista Tomá, P. (2004). *Introducción al Derecho*. Lima, Perú: Ediciones jurídicas.
- Sánchez Sánchez, M. (2015). *Técnicas de investigación*. Hidalgo: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.
- Wieland Fernandini, P. (2017). *Introducción al derecho ambiental*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Zagrebelsky, G. (1992). *El derecho dúctil*. (Marina Gascón, Trad.) Madrid: Trotta S.A.

B. Revistas

- Alvites Alvites, E. (junio de 2008). Democracia y derechos sociales. Reflexiones en torno a su exigibilidad y satisfacción. *Gaceta Constitucional* (6), 17-33.

- Baldovino, S., Benzaquén, S. & Monteferr, B. (abril de 2009). Áreas de conservación regionales e hidrocarburos. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional que suspende las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el ACR Cordillera Escalera. *Gaceta Constitucional* (16), 338-352.
- Campos Bernal, H. (2013). Cuadernos de trabajo del CICAJ. ¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? (4), Primera, 1-43. (A. Guevara Gil, Ed.) Lima, Perú: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) de la PUCP.
- Canosa Usera, R. (2006). Contenido constitucionalmente protegido y sustento constitucional directo de los derechos protegidos a través de los procesos constitucionales. *Gaceta Constitucional* (12), 17-31.
- Chávez Rabanal, M. G. (junio de 2008). Los derechos sociales y su configuración en el ordenamiento constitucional peruano. *Gaceta Constitucional* (6), 51-64.
- Diez-Picaso Giménez, L. M. (octubre de 2000). Aproximación a la idea de derechos fundamentales. *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (2), 221-231.
- Foy Valencia, P. (setiembre de 2009). Protección ambiental, empresa y jurisprudencia del tribunal constitucional. *Gaceta Constitucional* (21), 95-105.
- Gamarra Richle, S. (mayo de 2010). Protección constitucional del derecho a un ambiente sano y equilibrado. Análisis de la STC Exp. N° 05533-2008-PHC/TC. *Gaceta Constitucional* (29), 263-270.

- Iriarte Pamo, N. (2012). Derechos colectivos de los pueblos indígenas. *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (5), 219-231.
- Martínez Bulle Goyri, V. M. (octubre de 1999). El Tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho. *Revista peruana de derecho constitucional* (1), 235- 257.
- Mesía Ramírez, C. (febrero de 2008). El contenido esencial de los derechos fundamentales. Significado, teorías y jurisprudencia. *Gaceta constitucional* (02), 19-26.
- Murillo de la Cueva, P. L. (2000). El tiempo de los derechos. *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (2), 281-289
- Pérez Sola, N. (Setiembre- diciembre de 2017). El derecho- deber de protección del medio ambiente. *Revista de derecho político* (100), 949-986.
- Rodríguez Jiménez, A., & Pérez Jacinto, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista Escuela de Administración de Negocios* (82), 1-26.
- Sosa Sacio, J. M. (2008b). Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente. *Anuario de derechos humanos*. Vo. 7, 151-215.
- Sosa Sacio, J. M. (diciembre de 2008a). Contenido constitucionalmente protegido y sustento constitucional directo de los derechos protegidos a través de los procesos constitucionales. *Gaceta Constitucional* (12), 17- 31.
- Sosa Sacio, J.M. (setiembre de 2008c). Sobre el carácter “indisponible” de los derechos fundamentales. *Gaceta Constitucional* (9), 503-516.

- Tam, J., Vera, G., & Oliveros, R. (2008). Tipos, métodos y estrategias de investigación científica. *Pensamiento y acción* N° 05, 145-154.
- Velásquez Meléndez, R. (Setiembre de 2008). Contenido constitucionalmente protegido del derecho y amparización de causas. *Gaceta Constitucional* (9), 459- 479.
- Verna Coronado, V. (abril de 2010). El principio precautorio en el Derecho Ambiental a propósito de la STC Exp. N° 05387-2008-PA/TC. *Gaceta Constitucional* (28), 115-120.
- Vidal Ramos, R. (octubre de 2009). Las áreas naturales protegidas y las actividades en hidrocarburos. El caso Cordillera Escalera. *Gaceta Constitucional* (22), 338-347.
- Yacolca Estares. D. I. (2012). Concepto jurídico de medio ambiente en el Perú. *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (5), 111- 133.

C. Sitios Webs

- Abad Yupanqui, S. B. (s.f.). El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado: Las dificultades del proceso de amparo para su tutela. Recuperado el 16 de abril de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/14064/14686/0>
- Alegre Chang, A. (febrero de 2010). Derecho al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Recuperado el 06 de setiembre de 2019, de <http://www.adaalegreconsultores.com.pe/articulos/articulo8a.pdf>
- Altamirano Dimas, G. (agosto 2017). Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. Los Derechos Humanos de Cuarta generación. Un

acercamiento. Recuperado el 07 de marzo de 2020, de <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/91158/457163/file/CESOP-IL-72-14-DerHumaCuartaGeneracion-310817.pdf>

Angulo Gonzáles, G. (s.f.). Los 15 acontecimientos de la edad media más importantes. Recuperado el 11 de junio de 2020, de <https://www.lifeder.com/acontecimientos-edad-media/>

Araujo Castillo, B. (s.f.). Características del derecho a un ambiente adecuado que hacen que sea un nuevo desafío para el Derecho. Recuperado el 26 de marzo de 2020, de <http://ceja.org.mx/IMG/pdf/Caracteristicas.pdf>

Canosa Usera, R. (2006b). ¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?. Recuperado el 23 de noviembre de 2019, de <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/ANDH0606120151A/20820>

Castillo Córdova, L. (2002). Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales. Recuperado el 06 de setiembre de 2019, de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1895/Acerca_garantia_contenido_esencial_doble_dimension_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1

Castillo Córdova, L. (2005). Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. Recuperado el 13 de setiembre de 2019, de

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2065/Algunas_pautas_determinacion_contenido_constitucional_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1

Castillo Córdova, L. (s.f.). El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales. Recuperado el 17 de setiembre de 2019, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/13783/14407>

Castillo Torres, S. E. (s.f.). Reconocimiento y garantías del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Recuperado el 14 de mayo de 2020, de <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/viewFile/332/995>

Cuadrado Quesada, G. (s.f.). El reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano en el derecho internacional y en Costa Rica. Recuperado el 20 de marzo de 2020, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24270.pdf>

Escobar Roca, G. (2005.). Historia y concepto de los derechos humanos. Recuperado el 13 de junio de 2020, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5153/3.pdf>

Espinosa Gonzáles, A. (2015). Derechos humanos y medio ambiente: El papel de los sistemas europeo e interamericano (tesis de doctorado, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, España). Recuperado el 02 de junio de 2020, de <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21615/espinoza-gonzalez-a-tesis.pdf>

- Figueroa Navarro, A. (s.f.). El ambiente como bien jurídico en la Constitución de 1993. Recuperado el 18 de setiembre de 2019, de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1995_03.pdf
- Figueroa Burrieza, A. (s.f.). Protección constitucional del medio ambiente en España y Europa. Recuperado el 28 de setiembre de 2019, de <https://core.ac.uk/download/pdf/52201841.pdf>
- Huerta Guerrero, L. (2013). Constitucionalización del derecho ambiental. Recuperado el 03 de enero de 2020 de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8911/9316>
- Huerta Guerrero, L. A. (2012). Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo (tesis de doctorado, PUCP, Lima, Perú). Recuperado el 05 de octubre de 2019, de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4715/HUERTA_GUERRERO_LUIS_MEDIO_AMBIENTE.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Kerguelén Durango, E. A. (s.f.). Antecedentes históricos del derecho ambiental colombiano. Recuperado el 21 de marzo de 2020, de <https://revistas.unicordoba.edu.co/index.php/dersoc/article/download/590/695/>
- Mantilla Olivares, N.A. (2015). Reformulación del principio de antropocentrismo ambiental. Recuperado el 18 de abril de 2020 de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5979033.pdf>

Pérez Sola, N. (setiembre- diciembre de 2017). El derecho- deber de protección del medio ambiente. revistas.uned.es. Recuperado el 17 de octubre de 2019, de <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/20723/1722>

Salazar Laynes, J. U. (s.f.). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos. Recuperado el 08 de noviembre de 2019 de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18503/18743/>

Sánchez, G. R. (s.f.). El Principio de Proporcionalidad. Recuperado el 18 de octubre de 2019, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/12.pdf>

Shelton, D. (2010). Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos. Recuperado el 09 de noviembre de 2019 de <https://core.ac.uk/download/pdf/46536244.pdf>

Sófocles. (422 a.c.), Antígona. Recuperado el 18 de marzo de 2020, de <https://dramaticas.una.edu.ar/assets/files/file/artes-dramaticas/2014/2014-ad-una-cpu-2015-texto-antigona-sofocles.pdf>

Solís García, B. (s.f.). Evolución de los derechos humanos. Recuperado el 12 de junio de 2020, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/9.pdf>

D. Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano

STC Exp. N.º 0018-2001-AI/TC, caso Colegio de Abogados del Santa, de fecha 06 de noviembre de 2002.

STC Exp. N° 1042-2002-AA/TC, caso Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rímac, de fecha 06 de diciembre de 2002.

STC Exp. N° 00964-2002-PA/TC, caso Alida Cortez Gómez De Nano, de fecha 17 de marzo de 2003.

STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC, caso Azanca Alhelí Meza García, de fecha 20 de abril de 2004.

STC Exp. N° 0001-2004-AI/TC y Exp. 0002-2004-AI/TC (acumulados), caso más de 5, 000 mil ciudadanos, de fecha 27 de setiembre de 2004.

STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC, caso José Antonio Álvarez Rojas, de fecha 124 de noviembre de 2004.

STC Exp. N° 00048-2004-PI/TC, caso José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos, de fecha 01 de abril de 2005.

STC Exp. N.° 1417-2005-AA/TC, caso Manuel Anicama Hernández, de fecha 08 de julio de 2005.

STC Exp. N° 8123-2005-PHC/TC, caso Nelson Jacob Gurman, de fecha 14 de noviembre de 2005.

STC Exp. N° 00665-2007-AA/TC, caso Telefónica del Perú S.A.A, de fecha 12 de marzo de 2007.

STC Exp. N° 01206-2005-AA/TC, caso Asociación de Promotores de Salud del Vicariato San José del Amazonas Blandine Masicote, de fecha 20 de abril de 2007.

STC Exp. N° 04223-2006-AA/TC, caso Máximo Medardo Mass López, de fecha 02 de junio de 2007.

STC Exp. N.º 9340-2006-PA/TC, caso Asociación Civil Autogestionaria de Servicios de Saneamiento de la Zona Cerro Verde -JAPACEV, de fecha 29 de noviembre de 2007.

STC Exp. N.º 3610-2008-PA/TC, caso World Cars Import, de fecha 27 de agosto de 2008.

STC Exp. N.º 03343-2007-AA/TC, caso Jaime Hans Bustamante Johnson, de fecha 19 de febrero de 2009.

STC Exp. 0022-2009-PI/TC, caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos, de fecha 09 de junio de 2010.

E. Sentencias de Tribunales Internacionales

Sentencia del Tribunal Constitucional Español 11/1981, de fecha 08 de abril de 1981.

Sentencia de la Corte Suprema de México en el Amparo en Revisión 307/2016.

Sentencia del TEDH en el Caso Moreno Gómez vs. España, de fecha 16 de noviembre de 2004.

Sentencia del TEDH en el Caso López Ostra Vs. España, de fecha 09 de diciembre de 1994.

Sentencia de la Corte IDH en el Caso Yakye Axa vs. Paraguay, de fecha 17 de junio de 2005.

Sentencia de la Corte IDH en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012.

Sentencia de la Corte IDH en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, de fecha 28 de noviembre de 2007.

Sentencia de la Corte IDH en el Caso Awas Tingni vs. Nicaragua, de fecha 31 de agosto de 2001.

Sentencia de la Corte IDH en el Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, de fecha 19 de setiembre de 2006.

Sentencia de la Corte IDH en el caso Acevedo Buendía y Otros -Cesantes y Jubilados de la Contraloría vs. Perú, de fecha 01 de julio del 2009.

Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, de fecha 19 de julio de 1996. Disponible en <https://www.dipublico.org/cij/doc/104.pdf>

Opinión Consultiva OC -23/17 de la Corte IDH de fecha 15 de noviembre de 2017.