



César Landa^(*)

***Corsi e ricorsi* de los derechos fundamentales en el Perú**

Corsi e ricorsi of fundamental rights in Peru

“(E)N MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, ES SABIDO QUE EN LA SOCIEDAD EXISTEN GRUPOS VULNERABLES O MARGINADOS EN EL RECONOCIMIENTO O EJERCICIO IGUALITARIO DE SUS DERECHOS HUMANOS”

Resumen: En el presente artículo, el autor desarrolla y cuestiona el tratamiento jurisprudencial de los derechos fundamentales en escenarios de tensión social y política. Para ello, expone casos emblemáticos en los que el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema han fallado, al parecer, influenciados por el escenario político. Finaliza haciendo una breve reflexión sobre el poder y cómo este puede terminar dirigiendo el curso de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Derechos fundamentales - Tensión política - Democracia - Extradición - Discriminación - Referéndum - Descentralización - Jurisprudencia

Abstract: In this paper, the author explores and then questions the jurisprudential treatment of fundamental rights when social and political tension arises. Then, he explores some examples in which the TC or the CS have ruled, seemingly, influenced by the political scenario. Finally, the author makes a brief reflection on power and how it can conclude driving the path fundamental rights follow.

Keywords: Fundamental rights - Sociopolitical tension - Democracy - Extradition - Discrimination - Referéndum - Decentralization - Jurisprudence

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú.

1. Contexto

El proceso constitucional, que se inició el año 2011, estuvo marcado por las elecciones presidenciales que culminaron en una segunda vuelta electoral con la ajustada victoria de Ollanta Humala, del Partido Nacionalista del Perú, sobre Keiko Fujimori representante del Movimiento Fuerza 2011. En el Congreso Unicameral se produjo un fuerte fraccionamiento parlamentario, al obtener el partido de gobierno una primera mayoría relativa. Esto le obligó a pactar con fuerzas aliadas para obtener un voto de confianza del nuevo Gabinete Ministerial y de su programa de gobierno, lo cual logró con la abstención de las fuerzas opositoras.

Este escenario de tensión y confrontación política postelectoral ha caracterizado el período 2011-2012, sobre todo en lo relativo a la agenda de los Derechos Humanos en el Perú. Así, si bien en el plan de gobierno final se priorizó aspectos de crecimiento económico e inclusión social antes que la agenda de los derechos humanos, se puede señalar que durante el primer semestre de gobierno se trató de resolver incertidumbres empresariales, sobre todo del sector minero, el cual produce alrededor del 40% del Producto Bruto Interno. Llevado a cabo el diálogo y la negociación, se llegó a un acuerdo tributario que otorgó estabilidad y seguridad jurídica al sector minero, aunque no necesariamente mayor recaudación para el Estado.

Pero, si en el ámbito empresarial el diálogo y el consenso lograron aplacar las tensiones y temores electorales, en el sector de las reivindicaciones populares destacaron desde un inicio las demandas regionales en contra de los proyectos de explotación de recursos naturales en la zona andina en protección de las condiciones socio-ambientales de los pueblos indígenas y campesinos. En particular, destacó el conflicto entre el Estado y la población norte andino de Cajamarca por la implementación del proyecto minero aurífero en Conga, para lo cual la empresa peruana-canadiense Yanacocha tenía previsto secar cuatro lagunas que afectarían la existencia de la agricultura de esa zona rural, señalaron los pobladores y sus autoridades regionales.

La alta conflictividad de este caso y de otro similar en Espinar (Cusco), pese a los fracasados intentos de diálogo del ala más democrática del gobierno, dio lugar a la renuncia del Presidente del Consejo de Ministros, Salomón Lerner Ghitis, y su reemplazo por el entonces Ministro de Interior, Óscar

“EL INDULTO NO ES UN ACTO GUBERNAMENTAL DE OFICIO COMO LO EXIGÍA EL ENTORNO FAMILIAR DE FUJIMORI; MÁS AÚN, ÉL MISMO NIEGA Y DESCONOCE LA COMISIÓN DE LOS DELITOS POR LOS CUALES ESTÁ PRESO, PERO INDIRECTAMENTE HA SOLICITADO EL INDULTO” .

Valdez, que representaba la línea dura del gobierno de aplicar la ley y el orden, antes que el diálogo y el consenso. Pero, esta política, que empezó a implementarse el 2012, fracasaría al poco tiempo debido a la resistencia de la población de Cajamarca, pese a la militarización de la zona y a los muertos, heridos y detenciones producidas por dicha política. La misma se reprodujo en otras zonas mineras del sur andino con conflictos socio-ambientales, dando lugar al establecimiento del estado de emergencia tanto en Cajamarca como en el Cusco. Ante esta situación, el Presidente del Poder Judicial expidió una resolución administrativa en virtud de la cual las personas detenidas en Cajamarca y Cusco podían ser procesadas en otras zonas del país (Lambayeque e Ica, respectivamente), ampliando la restricción constitucional de los derechos y libertad durante los estados de emergencia (libertad, tránsito, reunión e inviolabilidad de domicilio) al derecho de defensa y derecho al juez natural.

Por su parte, el Gobierno Nacional, con la anuencia de la empresa Yanacocha y el escepticismo de la población cajamarquina, decidió llamar a cuatro árbitros internacionales para el estudio del impacto del vaciamiento de las cuatro lagunas en el sistema hídrico de la zona. Los árbitros recomendaron que se usaran en todo caso una o dos lagunas, ya



César Landa

que el uso de las cuatro tendría un impacto negativo en las fuentes necesarias para la agricultura de la zona. Ello permitió distender el conflicto; además que la empresa anunció una moratoria de dos años del proyecto Conga. El fracaso de la política de la ley y el orden llevó a la renuncia del Presidente del Consejo de Ministros el primer semestre del 2012.

De otro lado, el Poder Legislativo siguió caracterizándose por su falta de legitimidad social ante la opinión pública, a raíz de que los medios de comunicación encuentran en los escándalos públicos o privados de los congresistas una fuente informativa para sus fines comerciales y de presión al gobierno. No obstante, el Congreso aprobó leyes importantes vinculadas directamente con la regulación de los procesos de consulta a los pueblos indígenas. En efecto, el Congreso dictó la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, que desarrolla las obligaciones estatales de consulta a las poblaciones indígenas, respecto de las medidas legislativas y administrativas que les afecten directamente, al haber suscrito el Estado peruano el Convenio de la Organización Internacional de Trabajo 169. Por su parte, el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto Supremo 001-2012-MC que reglamenta dicha ley. Estos instrumentos normativos serán implementados una vez que se haga pública la base de datos que registra a las poblaciones y territorios que tienen derecho a ser consultados.

En este sentido, se abre una agenda de canalización de los conflictos socio-ambientales con las poblaciones de la Amazonía y de los Andes, que puede permitir la inclusión social al Estado de Derecho de los pueblos originarios que han sido marginados del proceso democrático-constitucional y del beneficio del crecimiento económico, antes que generar una mayor confrontación si se sabe procesar dichos conflictos dentro de la institucionalidad del derecho a la consulta previa. Pero, este desafío no es solo un quehacer de naturaleza política; en la medida que ya se han expedido las normas básicas, corresponde a la voluntad gubernamental, así como a las instituciones administrativas y/o judiciales, que coadyuven a poner en funcionamiento el reconocimiento de los derechos de participación de los pueblos indígenas, a la luz de los mandatos internacionales y la jurisprudencia sobre la misma que viene expidiendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El escenario de los derechos fundamentales, en particular de los derechos políticos, también presenta desafíos. Por un lado, con la controvertida decisión del Jurado Nacional de Elecciones

de iniciar un proceso de revocatoria contra la electa alcaldesa de Lima, Susana Villarán, por parte de un colectivo ciudadano que perdió las elecciones municipales del 2011. Si bien los mecanismos de participación ciudadana previstos en la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, como la revocatoria de autoridades locales, rendición de cuentas, iniciativa legislativa, referéndum, se vienen utilizando parcialmente en las zonas interiores del país, se aprecia su magnitud cuando se pone en cuestión al gobierno municipal de Lima.

Ello es así en la medida que en la capital vive la tercera parte de la población del país; así como, también, es la mayor fuente de generación de tributos, inversión, ahorro y comercio. Ello supone crear inestabilidad e incertidumbre en la gobernabilidad de la capital; más aún, porque la revocatoria según la mencionada ley no requiere una causal para solicitarla. Ello ha llevado a plantear la siguiente pregunta: ¿cuánta democracia participativa soporta la gobernabilidad? Así, parece necesaria la revisión de este instituto de participación ciudadana, para que su manipulación no afecte el orden público constitucional.

En ese escenario se presentan algunos casos judiciales relativos a tutela o no de los derechos fundamentales, que a continuación se comentan.

2. Sentencias destacadas durante el período 2011-2012

2.1. Caso Ho Wing (Expediente No. 02278-2010-PHC/TC)

En mayo de 2011, el Tribunal Constitucional del Perú resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por el ciudadano chino Wong Ho Wing contra el Estado Peruano, representado por el Poder Ejecutivo, con el objeto de que se abstenga de extraditarlo a su

Corsi e ricorsi de los derechos fundamentales en el Perú **Corsi e ricorsi of fundamental rights in Peru**

país de origen, al estar acusado de los delitos de defraudación de rentas de aduanas y cohecho en agravio de la República Popular China.

La controversia gira en torno a si la extradición del señor Wong Ho Wing amenazaría su derecho a la vida, toda vez que los delitos que cometió podrían ser sancionados en su país de origen con cadena perpetua, e incluso con la pena de muerte. Pese al compromiso del Ministerio de Seguridad Pública de la República Popular China de no imponer la pena de muerte, el recurrente insiste en su pedido.

Al respecto, el Tribunal Constitucional sentenció que el Estado Peruano, sujeto al Derecho Internacional, tiene dos obligaciones aparentemente incompatibles. Una de extraditar al señor Wong Ho Wing en virtud del artículo 1 del Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República Popular China; y otra de no someterlo al riesgo de que se le aplique la pena de muerte vía extradición, según reza la Resolución del 28 de mayo de 2010 de la Corte IDH.

Pese a que el Tribunal tenía conocimiento de que la sanción de la pena de muerte ya había sido derogada en febrero del 2010 vía reforma constitucional, éste resolvió a favor de la no extradición del señor Ho Wing, fundamentando que “las garantías diplomáticas ofrecidas por la República Popular China son insuficientes para garantizar que al señor Wong Ho Wing no se le va a aplicar la pena de muerte” (Considerando 9). Asimismo, hizo mención de que el país solicitante permite ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, y que es de conocimiento internacional que la pena de muerte no se aplica de manera objetiva, sino por influencia de la opinión pública.

La protección de los derechos humanos constituye una obligación nacional e internacional, tanto como luchar contra la corrupción y la impunidad frente a cualquier tipo de delito. Pero, algunas veces quienes han infringido la ley se amparan en las garantías de los derechos humanos para evitar ser procesados, lo cual es una práctica común en el Perú. Así, los procesados por violación de los derechos humanos o los delitos de corrupción durante el gobierno del ex Presidente Fujimori, empezando por él mismo, han impugnado sus sentencias ante el Tribunal Constitucional, el cual a partir del 2008 empezó a declarar fundados algunos recursos. Así, se ordenó la libertad de los hermanos Wolfenson, se le otorgó un indulto a Jaillie, se cerró la investigación por la matanza

de El Frontón, se reincorporó al Poder Judicial a los jueces Walde Jauregui o Valdivia Cano (separados por razones disciplinarias), se excluyó de su proceso penal por corrupción al General Chacón y de la investigación fiscal por lavado de activos procedente de narcotráfico al abogado Abanto Verástegui, entre otros casos.

Ese trasfondo jurisprudencial también se ha expandido al rechazo del Tribunal Constitucional a las cartas rogatorias del célebre juez español Baltazar Garzón (quien ordenó en 1998 la detención internacional del dictador Pinochet en Londres), para requerir colaboración judicial en la investigación de malversación de donaciones españolas en el Perú, así como, al rechazo a la extradición de un ciudadano ítalo-norteamericano, Luigi Caffelli Rocco, perseguido por la justicia de Oakland de los Estados Unidos para que sea extraditado por los delitos de violación sexual de menores, para lo cual el Tribunal Constitucional realizó una interpretación contraria al texto expreso del Código Procesal Penal.

En el caso de la solicitud de extradición del ciudadano chino Wong Ho Wing, el Tribunal Constitucional actuó de forma inmotivada al no dejar en claro su posición jurídica sobre si la pena de muerte había sido derogada mediante reforma constitucional para los delitos patrimoniales contra el Estado en China, ¿en qué se basaba para no dar mérito a la abolición de la pena de muerte en el caso concreto? El único argumento fue el político, para resolver un asunto jurídico que, en los casos de extradición, es una competencia reservada para el Consejo de Ministros, quien valora la opinión de la Corte Suprema, la cual, por cierto, estaba de acuerdo con la extradición.

2.2. Caso Santa Isabel (Sentencia No. 145-2009-Lima)

Con fecha 17 de enero de 2010, la Corte Suprema de Justicia confirmó mediante proceso contencioso-administrativo la



César Landa

resolución de INDECOPI que desestima la demanda por discriminación a razón de orientación sexual interpuesta por Crissthian Manuel Olivera Fuentes contra Supermercados Santa Isabel S.A.

Las muestras de afecto del demandante y su pareja masculina ocurridas en la cafetería del Supermercado motivaron al personal de dicho establecimiento a solicitarles que modifiquen su conducta, por considerarlas excesivas para ser realizadas en público. Al respecto, el demandante alega que dichas muestras de afecto consistieron en una proximidad física y miradas románticas, mientras que el demandado afirma que se trataron de besos, abrazos y caricias. En tal sentido, el demandante sostiene la existencia de un trato desigual hacia su persona con motivo de su condición de homosexual y no a las características de su conducta.

Sobre el tema, la Corte estableció que:

“(E)n el caso de conductas de parejas o vinculadas con la intimidad de las personas, dado su carácter vinculado con las conductas socialmente aceptadas, el establecimiento deberá tener cuidado con no trasladar a la prohibición de la conducta, condiciones de tipo subjetivo o discriminatorio, pues el trato diferenciado o la segmentación del mercado es una conducta lícita siempre que exista una razón objetiva que justifique dicha diferenciación” (Considerando 7).

Por otro lado, la Corte afirmó que por el artículo 7 inciso b del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor corresponde al consumidor afectado, o a quien lo represente en el proceso, acreditar la existencia de un trato desigual, mientras que el proveedor del bien o servicio debe acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada del mismo.

En efecto, la norma señala que:

“La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho,

probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias (...)”.

No habiendo el demandante aportado las pruebas suficientes para acreditar los hechos alegados por el mismo, la Corte concluyó que no puede exigirse al establecimiento la acreditación de causa objetiva y justificada para el trato discriminatorio que se le imputa, y que en consecuencia opera la presunción de inocencia a favor del demandado.

Sin embargo, cabe señalar que la Corte Suprema no está caracterizada por tener una jurisprudencia procesal *ad hoc* a las demandas de derechos fundamentales, en la medida que a una concepción del proceso le corresponde una concepción de los derechos fundamentales, y a una concepción de derechos fundamentales le corresponde una concepción del proceso.

Así, el concepto formalista del proceso en el Poder Judicial hace que la norma y la interpretación de los derechos se ancle en el concepto tradicional; en virtud del cual, quien alega debe probar la acusación. Sin embargo, en materia de derechos fundamentales, es sabido que en la sociedad existen grupos vulnerables o marginados en el reconocimiento o ejercicio igualitario de sus derechos humanos. Por eso, la jurisprudencia constitucional comparada ha diferenciado tres tipos o grados de intensidad del control judicial de la discriminación.

- a) Control intenso: Se invierte la carga de la prueba, para que sea el acusado quien demuestre que la intensidad del acto o medida no fue discriminar, en la medida que la persona agraviada pertenece a un grupo o colectivo históricamente segregado o discriminado, por razones de sexo, raza, idioma, opción sexual o edad, básicamente.

Corsi e ricorsi de los derechos fundamentales en el Perú **Corsi e ricorsi of fundamental rights in Peru**

- b) Control intermedio: La carga de la prueba se otorga caso por caso, en función de la naturaleza del caso que denuncia un trato discriminatorio, debido a que se parte de los supuestos en que se puede realizar un trato diferenciado pero de manera objetiva y razonable.
- c) Control débil: Se presume la validez del acto o la medida siempre que se refiera a asuntos, por ejemplo, de regulación económica; en cuyo caso, la carga de la prueba recae en quien denuncia la discriminación.

En estos casos correspondería que la persona agraviada con una sentencia judicial pueda impugnarla mediante un proceso de amparo, que restaure el derecho fundamental violado, solicitando que se haga el control difuso de constitucionalidad o convencionalidad, a fin de inaplicar las leyes que sean contrarias a los derechos fundamentales de las víctimas.

2.3. Caso FONAVI (Expediente No. 00007-2012-PI/TC)

El 12 de junio de 2012, el Tribunal Constitucional emitió en mayoría, a propósito del polémico caso FONAVI, una sentencia favorable al cuestionamiento de las normas con rango de ley aprobadas por el pueblo mediante referéndum.

Mediante Decreto Ley 22591, se creó en el Banco de la Vivienda del Perú el Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI), con el objeto de satisfacer la necesidad de vivienda del sector laboral. Dicho fondo dispuso una contribución obligatoria de los trabajadores afiliados, a fin de destinar los recursos recaudados a la construcción de viviendas para ser alquiladas o vendidas a los mismos. Un grupo reducido del sector laboral se vio favorecido, mientras que la gran mayoría vio esfumados sus fondos sin resultado alguno.

En tal sentido, se aprobó mediante referéndum la Ley 29625, Ley de Devolución de dinero del FONAVI, que ordenó, entre otros aspectos, la devolución a todos los trabajadores contribuyentes el total de los aportes que fueron descontados de sus remuneraciones. Con posterioridad, dicha Ley fue sometida a un proceso de acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao, por considerar que la devolución tendría incidencia negativa en el presupuesto nacional.

Frente a tal escenario, el Congreso de la República, en representación legítima del pueblo, dedujo la nulidad del

auto admisorio de la demanda, y utilizó como argumento central la inexistencia de un procedimiento legal preestablecido para cuestionar una norma con rango legal aprobada por el pueblo mediante referéndum.

Al respecto, el Tribunal arguyó que si bien la Constitución ni el Código Procesal Constitucional contemplan mecanismos de cuestionamiento de las leyes aprobadas por democracia directa, ello no obsta para que, haciendo una interpretación extensiva del inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, se les pueda otorgar el carácter de normas con rango de ley, y así ser objeto de control abstracto mediante un proceso de acción de inconstitucionalidad.

Además, el Tribunal recalcó que cuando el pueblo expresa su voluntad siguiendo los procedimientos que la Constitución y la Ley prevén, no se manifiesta como poder constituyente, sino como verdadero poder constituido, y como tal, ejerce un poder limitado en sus competencias. En tal sentido, el Tribunal precisó que es posible el control de constitucionalidad de las normas aprobadas por referéndum, por lo que declaró improcedente la nulidad interpuesta por el Congreso de la República. Y falló disponiendo que la devolución de dichas aportaciones individuales puedan devolverse mediante obras y servicios públicos a favor de los beneficiarios y no necesariamente a través del reembolso del dinero aportado.

En relación con el caso se puede señalar que el constitucionalismo popular ha ido avanzando primero con la iniciativa popular para la convocatoria a un referéndum para que el pueblo se pronuncie sobre la devolución a sus aportantes los fondos del FONAVI. Así, conjuntamente con las elecciones municipales de octubre de 2010, el 67% de los votantes a nivel nacional aceptaron la propuesta referéndum. Con ese resultado, el Congreso



César Landa

aprobó la mencionada Ley 29625, que supone la erogación aproximada de un equivalente a 8 mil millones de dólares.

De allí que, como en algunos casos anteriores en que el Colegio de Abogados del Callao oficia de demandante del Poder Ejecutivo y/o del propio Tribunal Constitucional, este interpuso una demanda de inconstitucionalidad de la norma legal en cuestión, con el argumento de la violación del principio constitucional del equilibrio presupuestal, establecido en el artículo 78 de la Norma Suprema, demanda que plantea dos problemas procesales/sustantivos.

Primero, la falta de legitimidad que tiene el Colegio de Abogados del Callao para interponer la demanda y ser admitida, debido a que, si bien la propia Constitución (artículo 205 numeral 5) reconoce la capacidad de los colegios profesionales para interponer demandas de inconstitucionalidad, esta norma precisa que sea en la materia de su especialidad. Sobre el particular la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció que debían ser materias propias de su gremio, dejando a salvo el examen del caso a caso para su admisión o rechazo. Pero, la supuesta afectación del presupuesto público es una materia de competencia directa del Poder Ejecutivo, el cual en todo caso es el encargado exclusivamente de la formulación y ejecución presupuestal, según la Constitución.

Otro problema es que, la ley de devolución del FONAVI, como ninguna otra norma legal, trae la aprobación directa de la voluntad popular, expresada en las urnas mediante referéndum. Si bien es cierto que ello no la exime de su eventual control constitucional, la argumentación del Tribunal Constitucional resulta insuficiente al ejercer su poder contra un mayoritario directo, como jueces sin mayor justificación. Más aún, el Tribunal Constitucional debió reconocer un grado de mayor legitimidad a dicha ley, a diferencia de cualquier otra norma legal que aprueba el Congreso; lo cual tiene consecuencia, tanto en la presunción reforzada de validez constitucional de la Ley 29625, como en el examen de su constitucionalidad, que no puede ser estricta sino débil, por cuanto emana directamente de la voluntad y el voto popular; Voluntad que no se tomó en cuenta al interpretar la norma legal otorgándole un sentido interpretativo no previsto en estricto en la mencionada norma, más aún cuando dicha ley goza de una presunción reforzada de constitucionalidad.

2.4. Caso Conga (Expediente No. 0001-2012-PI/TC)

El 17 de abril de 2012, el Tribunal Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ordenanza Regional de Cajamarca 036-2011-GR.CAJ-CR, referida a la inviabilidad del Proyecto Minero Conga.

Dicha ordenanza declaró la intangibilidad de las cabeceras de cuenca de su región y declaró inviable el Proyecto Conga por contravenir normas constitucionales y tratados internacionales a los cuales está adscrito el Perú, referidos al respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas, ya que la ejecución de dicho proyecto ocasionaría daños irreversibles en los ecosistemas frágiles, sostenidos por cuatro lagunas que dicho Proyecto planeaba vaciar para ser viable.

En efecto, el artículo III numeral 5 de la Ley de Recursos Hídricos (Ley 29338) señala que: “El Estado respeta los usos y costumbres de las comunidades campesinas y comunidades nativas, así como su derecho de utilizar las aguas, que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la Ley. Promueve el conocimiento y tecnología ancestral del agua”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional enfatizó que si bien resulta loable la intención de proteger las cabeceras de cuenca, no basta para ello medidas aisladas como la dispuesta por el Gobierno Regional, “ya que éstas pueden servir como una medida meramente temporal pero sin cumplir con brindar una protección orgánica, sostenible y verdaderamente efectiva”. (Fundamento 31).

Por otro lado, afirmó que por el primer párrafo del artículo 75 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos señala lo siguiente:

“La Autoridad Nacional, con opinión del Consejo de Cuenca, debe velar por

Corsi e ricorsi de los derechos fundamentales en el Perú **Corsi e ricorsi of fundamental rights in Peru**

la protección del agua, que incluye la conservación y protección de sus fuentes, de los ecosistemas y de los bienes naturales asociados a ésta en el marco de la Ley y demás normas aplicables. Para dicho fin, puede coordinar con las instituciones públicas competentes y los diferentes usuarios”.

En consecuencia, concluye el Tribunal Constitucional que no es competencia del Gobierno Regional determinar la intangibilidad de una zona de cabecera de cuenca, sino de la Autoridad Nacional del Agua (ANA). Asimismo, señala que el Gobierno Regional se extralimitó en sus competencias al pretender anular o suspender un proyecto de gran minería, razón por la cual declaró la inconstitucionalidad de la Ordenanza en cuestión.

La sentencia del Tribunal Constitucional continúa en la nueva línea jurisprudencial de rechazo a las demandas de los pueblos indígenas y de las autoridades municipales y regionales para prohibir la explotación de sus recursos naturales. Así, se puede mencionar las sentencias en el Expediente No. 00025-2009-PI/TC, demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, la cual fue declarada infundada, respaldándose, por tal motivo, a la ley emitida por el Congreso de la República. En esta misma línea, se encuentra el Expediente No. 00008-2010-PI/TC, caso “Fajardo”, donde se resuelve una demanda de inconstitucionalidad presentada por el Presidente de la República contra la Ordenanza Municipal 04-2008-MPF-H/A, expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo (Ayacucho), que declara como zona intangible toda la jurisdicción territorial de la Provincia de Fajardo, y en consecuencia, prohíbe las licencias para la exploración y explotación minera en la zona.

Por otra parte, está el Expediente No. 00009-2010-PI/TC, otra demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República, representado por el Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas, contra la Ordenanza Regional 065-2009-CR/GRC, que declara como área de no admisión de denuncios mineros toda la región del Cusco. Asimismo, está el Expediente No. 0005-2012-PI/TC, en el que se declara la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional 108-2011-GRJ/CR, que reglamentó el derecho de consulta previa en la región de Junín, porque afecta los derechos fundamentales de terceros, y porque el reglamento no fue publicado íntegramente en el diario oficial.

Por otro lado, también se encuentra el Expediente No. 0624-2010-PHC/TC, el caso de la comunidad nativa amazónica “Tres Islas”, donde la inicial resolución se pronuncia sobre el *hábeas corpus* que fue declarado improcedente, permitiendo que las empresas de transporte “Los Mineros S.A.C.” y “Los Pioneros S.C.R.L.” transiten libremente para llevar a cabo la tala de los árboles de los bosques de propiedad comunal de la comunidad nativa. Esto luego fue revertido con una sentencia en el Expediente No. 01126-2011-PHC/TC, que declaró fundada la demanda, favoreciendo a la comunidad, aunque la ejecución de la misma no se haya realizado hasta la fecha.

En relación al Caso Conga, se presentan dos temas jurídicos relevantes. Uno, procesal, referido a la naturaleza de la demanda de inconstitucionalidad contra una norma legal regional que se ha pronunciado sobre la regulación y protección de los recursos hídricos de su región, el mismo que se plantea como un problema materia de un conflicto de competencia. Si bien la sentencia así lo estima inicialmente, no se lleva adelante el test de la competencia que hubiera permitido resolver esta demanda de forma motivada adecuadamente. Por ello, el Tribunal Constitucional resuelve la *litis* apelando a un argumento de jerarquía de la Ley General de Recursos Hídricos por sobre la Ordenanza Regional, siendo que la solución no está en la ley, sino en interpretar la ley desde la Constitución, que es donde se asigna también a las regiones competencias sobre el manejo de los recursos hídricos de su localidad.

Asimismo, cabe señalar que el ordenamiento constitucional no ha establecido una jerarquía entre las normas del mismo rango legislativo, como la ley, la ordenanza regional, así como, los decretos legislativos, decretos de urgencia, Reglamento del Congreso, tratados y ordenanzas municipales, según dispone el



César Landa

artículo 200 numeral 4 de la Constitución. Por ello, los conflictos que pudieran producirse entre estas normas no se resuelven por el principio de jerarquía, sino por el principio de competencia, aplicando el test de la competencia.

Otro problema, en este caso de carácter sustantivo, es el relativo a la competencia sobre los recursos hídricos de las cabeceras de cuencas. Esto supone que la regulación de dichas cabeceras constituye un tema muy delicado por el impacto a los sistemas hídricos a los cuales alimenta. Por ello, si bien la Ley de Recursos Hídricos establece que su regulación es una competencia de la Autoridad Nacional del Agua, no es una materia exclusiva y menos excluyente de la competencia constitucional de los gobiernos regionales en materia del manejo de las aguas de su ámbito territorial. En efecto, constituye una materia compartida entre ambos niveles de gobierno, en cuyo caso la jurisprudencia constitucional debió jugar un rol de pacificación y canalización institucional de la resolución del conflicto minero-ambiental.

En todo caso, el test de la competencia debió operar como una técnica de delimitación de las competencias compartidas o exclusivas, la misma que no fue aplicada. Pero, si en última instancia hubiera dudas razonables sobre los grados de titularidad de la competencia sobre la regulación y manejo de las cabeceras de cuencas, la Ley de Bases de la Descentralización prevé que se debe aplicar el principio de subsidiariedad, en virtud del cual le corresponde resolver el asunto en controversia al órgano o entidad que se encuentre más cercano al ciudadano; esto es, al gobierno regional antes que al gobierno nacional. En efecto el artículo 14, numeral 2, literal “a” de la Ley de Bases de la Descentralización (Ley 27783) prevé que:

“El gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, por consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y éstos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose la duplicidad y superposición de funciones”.

3. Conclusión

La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el actual proceso democrático-constitucional se encuentra

en medio de la tensión entre las fuerzas democráticas y las fuerzas autocráticas, tensión que se inicia con la reacción de estas últimas ante los avances de la lucha contra la corrupción y la impunidad en materia de derechos humanos. De allí que las ajustadas victorias electorales del Presidente Ollanta Humala contra Keiko Fujimori y de la progresista Alcaldesa de Lima Susana Villarán, hayan unificado a las fuerzas nacionales y locales conservadoras que fueron derrotadas electoralmente; las mismas que cuentan con un amplio respaldo de los medios de comunicación tradicionales y extremistas, unidos por su oposición ideológica y social a ambas autoridades.

Así, se pone en evidencia que la protección de los derechos humanos constituye un punto de divergencia política, sobre todo cuando ésta involucra a los derechos políticos y sociales. Sobre el primero, se puede analizar el caso del ex presidente Fujimori preso en un centro policial, en el que se le ha acondicionado un departamento y jardín. Pero, si bien está cumpliendo una condena penal de treinta años de cárcel por violar los derechos humanos de civiles en los casos de las matanzas de Barrios Altos y La Cantuta, la controversia mayor se ha presentado por la presión política y mediática conservadora al Presidente de la República para que le otorgue el indulto por sus delitos, sobre la base de que se encontraría gravemente enfermo.

Un indulto presidencial aflojaría la presión de la oposición contra el gobierno, más aún, para algunos hasta podría servir para modificar la ley electoral que impide la postulación de la esposa del Presidente a cargos políticos, particularmente *ad portas* de las elecciones presidenciales del 2016. Sin embargo, el indulto no es un acto gubernamental de oficio como lo exigía el entorno familiar de Fujimori; más aún, él mismo niega y desconoce la comisión

Corsi e ricorsi de los derechos fundamentales en el Perú **Corsi e ricorsi of fundamental rights in Peru**

de los delitos por los cuales está preso, pero indirectamente ha solicitado el indulto.

No obstante, se ha negado a recibir a la Junta Medica encargada de examinar su estado de salud, con el argumento de que deben ser sus médicos quienes den su parecer. Asimismo, ha rechazado el cambio de los funcionarios penitenciarios y policiales que están administrando su centro de reclusión, con lo cual no muestra ningún signo de culpa ni pide perdón, lo que resultaría necesario para su rehabilitación y resocialización, así como permitiría acreditar su reincorporación a la sociedad. Esto sin perjuicio de que los médicos competentes que supervisan su salud lo encuentran en un delicado estado de salud que habilita la norma para solicitar el indulto. Con ello, este escenario de tensión se proyecta al 2013, en la medida que la imparcialidad con la cual viene actuando el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, encargado de tramitar los indultos, se mantenga.

Por otro lado, la coyuntura electoral sigue presente vivamente; porque, si bien el Presidente Ollanta tiene una relativa aprobación de la opinión pública, su esposa Nadine Heredia es quien tiene una alta aceptación ciudadana y de los medios de comunicación. Debido a que en los momentos de crisis gubernamental, ella ha sabido capitalizar a su favor las soluciones a las mismas, mientras que el Presidente ha asumido el costo de las mismas. Ello ha generado una corriente de opinión pública y de especialistas, para que su esposa sea la candidata presidencial para el 2016, ya que el Presidente está impedido constitucionalmente de postular a una reelección de manera inmediata.

El tema presenta dos aristas: una política y otra jurídica. La política tiene que ver con el principio democrático de la alternancia en el poder; es decir, prohibir no solo la reelección

presidencial inmediata, como una forma de combatir el caudillismo histórico; sino del llamado nepotismo. Es decir, que sea el cónyuge o los hijos quienes se sucedan en el gobierno al Presidente, forzando o violando las instituciones legales y/o constitucionales.

En el caso concreto, la ley electoral prohíbe que los familiares directos del Presidente postulen a altos cargos políticos de elección popular. Sin embargo, adelantando opinión, el ex Presidente del Tribunal Constitucional, como el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, han declarado a la prensa, que como ese impedimento no está previsto en la Constitución, sino en la ley, la eventual postulación de la esposa del Presidente, Nadine Heredia, no sería inconstitucional.

Desde el punto de vista jurídico, adelantar opiniones sobre una materia que podría ser resuelta en la jurisdicción electoral y/o constitucional inhabilita a quienes así ya se han pronunciado. Pero, el tema jurídico de fondo es si esa interpretación es consistente y valida. Al menos cabe señalar que pretender asumir una regla propia del derecho privado, que se funda en la autonomía de la voluntad, según la cual "lo que no está prohibido está permitido", es cuestionable para dilucidar un asunto de derecho público.

Esa interpretación es violatoria del mandato del artículo 2, numeral 24, literal "a" de la Constitución, que dispone lo siguiente: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe". Y la ley electoral prohíbe la postulación de la esposa del Presidente de la República. Y si bien una ley posterior deroga a otra ley anterior, el Congreso, de pretender modificar dicho impedimento legal que tiene carácter general, estaría dictando una ley con nombre propio para habilitar la candidatura de la esposa del Presidente a las elecciones del 2016.

En otro tema de cosas, la nefasta experiencia de las leyes de reelección presidencial a favor del Presidente Leguía en 1923 y 1928, así como la ley de interpretación auténtica que permitió la reelección de Fujimori de 1996 y 2000, terminaron con el primero condenado y muerto en prisión y el segundo con una condena actual de 30 años, por los delitos cometidos contra los derechos humanos. La lección histórica es que el poder trae la semilla de su propia autodestrucción; pues, como decía Lord Acton: "el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente". 