

La Defensoría del Pueblo y los derechos ambientales en el Perú

Carlos Soria, Ph. D.

carlossoria709@yahoo.es

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Maestría en Estudios Amazónicos

1. Antecedentes.
2. El marco constitucional de los derechos ambientales.
3. La evolución del tema ambiental dentro de la Defensoría del Pueblo.
4. La Defensoría del Pueblo y los conflictos socioambientales.
5. Los errores de la gestión ambiental afectan la gobernabilidad.
6. Conclusiones.

1. Antecedentes.

Con el retorno a la democracia iniciado a través de la Asamblea Constituyente de 1978 y la consecuente Constitución Política de 1979 se fortaleció las instituciones de garantía constitucional como el tribunal, pero también el resto del sistema de cautela constitucional. Ello es en buena parte influencia del desarrollo del derecho constitucional a nivel internacional. Así la Constitución de 1979 nace influida por el desarrollo de la figura del Ombudsman en el derecho constitucional. Primero, en la Constitución de Suecia de 1809 y, luego, en el Defensor del Pueblo de España de la Constitución de 1978. En América Latina, el Defensor del Pueblo se institucionalizó en la década de 1990, aunque Guatemala lo introdujo en 1985 y Brasil en 1986 (Donayre (2003, 147; Abad 2005, 39-40). Las particularidades de los procesos políticos y las tradiciones legislativas de los diferentes países del continente han hecho que en América Latina tengamos un conjunto variado de enfoques de cómo abordar la tarea de defender al pueblo.

En el caso del Perú, la Constitución Política de 1979 dispuso en su artículo 250, inciso 4, que el Ministerio Público, autónomo y jerárquicamente organizado, le corresponde: Actuar como defensor del pueblo ante la administración pública'. En 1989 la Resolución de la Fiscalía de la Nación 192-89-MP-FN creó la Fiscalía Especial encargada de los asuntos de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos, posteriormente se crearon 11 Fiscalías Especiales de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos en los distritos judiciales de Ancash, Ayacucho, Huánuco, Piura, Apurímac, Callao, Junín, San Martín, Arequipa, Huancavelica y La Libertad. Según el informe defensorial 77 sobre ejecuciones extrajudiciales, estas entidades 'no contaron con un adecuado diseño normativo que

regulara sus competencias ya que ‘tales fiscalías debían realizar investigaciones sobre denuncias por violaciones a los derechos humanos, pero no habrían tenido atribuciones para formalizar o archivar denuncias, facultades reservadas a los Fiscales Provinciales Penales.’ (Defensoría del Pueblo 2003, 424).

La Constitución de 1993, que trajo consigo algunas novedades como el habeas data y la acción de cumplimiento, introdujo al Defensor del Pueblo como institución autónoma en nuestro sistema de garantías constitucionales. La elección del primer Defensor del Pueblo tomó un proceso de casi tres años hasta que el Dr. Jorge Santistevan de Noriega fue finalmente electo con 95 votos favorables de los 110 congresistas presentes en la sesión¹. En 1999 el Dr. Santistevan de Noriega dejó la Defensoría del Pueblo para participar de la carrera electoral del 2000, lo cual finalmente no hizo. Su primer adjunto el Dr. Walter Alban asumió funciones de Defensor encargado, desempeñando el cargo hasta la elección de la Dra. Beatriz Merino en 2005.

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo define las características de la función defensorial señalando que “A la Defensoría del Pueblo, cuyo titular es el Defensor del Pueblo, le corresponde defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad...” (Art. 1, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley 26520). El artículo 9 de la misma ley señala que el Defensor del Pueblo está facultado, en el ejercicio de sus funciones, para:

1. Iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la administración pública y sus agentes que, implicando el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo o excesivo, arbitrario o negligente de sus funciones, afecte la vigencia plena de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

El Defensor del Pueblo es electo por el Congreso con los votos favorables de los dos tercios del total de miembros. El término de su función es por un periodo de 5 años pudiendo ser reelecto por un periodo más. El mandato del Defensor del Pueblo no se suspende por receso parlamentario, ni por declaratoria total o parcial de régimen de excepción. El defensor debe ser un ciudadano mayor de 35 años, abogado y de buena reputación. Su mandato está sometido a la Constitución y a la Ley, es decir, es una institución constitucional autónoma. Para ejercer dicha función el defensor goza de inmunidad.

Las competencias de la Defensoría del Pueblo son: defender los derechos constitucionales; supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración pública y la prestación de los servicios públicos; e investigar de oficio o a petición de parte. La Defensoría del Pueblo no puede interferir en el ejercicio de la función jurisdiccional. Mientras que las autoridades administrativas no pueden presentar quejas. Las autoridades deben cooperar con la Defensoría del Pueblo a través de proveer información, participar de inspecciones, otorgar entrevistas, presentar informes y la presencia de sus funcionarios.

Las quejas presentadas ante la Defensoría del Pueblo no interrumpen plazos ni anulan actos administrativos. Sin embargo, las autoridades están obligadas a responder en plazo máximo

¹ Resolución Legislativa 26584.

de 30 días. Si la respuesta del quejado no adopta medidas adecuadas o no se informa la razón para no adoptarlas, el Defensor la pone en conocimiento de la máxima autoridad respectiva y cuando corresponda en conocimiento de la Contraloría General de la República.

La Defensoría del Pueblo cuenta con la facultad de la iniciativa legislativa para proponer medidas para facilitar el cumplimiento de sus funciones. Asimismo puede ejercitar la acción de inconstitucionalidad, así como interponer acciones de habeas corpus, acciones de amparo, acción popular y acción de cumplimiento. También puede promover la ratificación de tratados sobre derechos humanos. De manera que 'Hay, entonces, en las intervenciones defensoriales una progresividad que convierte la queja en una oportunidad de perfeccionar las instituciones democráticas en la convicción de que los derechos se defienden mejor en el marco de un sistema jurídico-político que funciona adecuadamente' (Defensoría del Pueblo s/f, 1).

2. El marco constitucional de los derechos ambientales.

En términos ambientales, el artículo 2, numeral 22 de la Constitución peruana de 1993 establece que 'toda persona tiene derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida'. La consagración de este derecho se encontraba ya presente en la Constitución de 1979 con un texto similar. Esta consagración del derecho al ambiente es el principio constitucional primordial para el derecho ambiental. El reconocimiento constitucional de este derecho permite la defensa del mismo a través de las garantías constitucionales así como el desarrollo legislativo a nivel de políticas sectoriales.

El mandato general del artículo 2, numeral 22 de la Constitución, es seguido por un capítulo dedicado al ambiente. Así, los artículos 66 y 67 establecen el dominio del Estado sobre los recursos naturales, así como el acceso de los privados sobre dichos recursos. La importancia de establecer un orden público ambiental, además de que otorga el acceso a sus recursos naturales en el marco de un uso sostenible de los mismos, es que se reconoce la definición de una materia cuya regulación es de orden público y no privado, por tanto, el Estado debe asumir las funciones de regular, normar, controlar y sancionar este orden público.

Así el artículo 66 plantea:

Artículo 66°.- Recursos Naturales

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por Ley Orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

El siguiente artículo plantea la sostenibilidad como objetivo de la política ambiental. Este mandato del artículo 67 dice:

Artículo 67°.- Política Nacional Ambiental

El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

El artículo 68 del mismo cuerpo constitucional dispone la necesidad de un sistema de áreas naturales protegidas, señalando además la obligación del Estado, no de una parte de él sino de todo el Estado, de promover la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas. Así dice:

Artículo 68°.- Protección de la Diversidad Biológica y de las Áreas Naturales Protegidas

El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Ello no es una medida aislada sino que forma parte del marco conceptual planteado en el concepto de desarrollo sostenible que dicha sección del texto constitucional representa. Así mientras el desarrollo sostenible y el mandato de cuidado general aplica en todo el territorio nacional, hay adicionalmente unas áreas naturales protegidas que son un tipo de categoría donde ocurre una serie de mandatos excepcionales que varían la jurisdicción cotidiana de las respectivas circunscripciones políticas locales y permite concentrar el poder y la capacidad de acción en las manos de la Intendencia de Áreas Naturales Protegidas del Instituto Nacional de Recursos Naturales, a través de la administración del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. Ello porque estas áreas requieren medidas excepcionales que permitan conservar y, eventualmente, aprovechar sosteniblemente las características ecológicas de dichas áreas.

Adicionalmente hay una norma constitucional específica para la región de la Amazonía peruana que es consciente de las limitaciones existentes en la legislación para el desarrollo y por ello plantea:

Artículo 69°.- Desarrollo Sostenible de la Amazonía

El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

Es decir, se busca que demos un desarrollo normativo que acerque la legislación y la política ambiental en la Amazonía a los objetivos de un desarrollo sostenible y no de cualquier explotación cotidiana de los recursos naturales. Este es un mandato general válido tanto dentro de un área natural protegida como fuera de ésta siendo un mandato constitucional que orienta la acción del Estado a todo nivel.

De manera que el papel de la Defensoría del Pueblo en términos de dar cumplimiento a los derechos ambientales establecidos en la Constitución, tiene que ver con cautelar dichos derechos a través de promover el desarrollo sostenible, la implementación efectiva de una gestión ambiental que conserve la salud humana y del ambiente, desarrollar el marco legal ambiental para asegurar el cumplimiento, el monitoreo y la sanción a fin de construir una sociedad democrática en un ambiente saludable.

Desde el Primer Informe Defensorial presentado al Congreso de la República en 1998, el tema ambiental ha sido parte del informe anual del Defensor. Así, se han referido casos importantes que involucran la minería, la extracción petrolera, la tala ilegal, la calidad del

aire y su relación con los derechos ambientales de poblaciones urbanas, rurales e indígenas. Como veremos mas adelante este primer abordaje enfocado en el recuento de las quejas ambientales daría luego paso a una evolución y abordaje más complejo de la temática ambiental dentro de la Defensoría del Pueblo.

3.- La evolución del tema ambiental dentro de la Defensoría del Pueblo.

En una primera etapa si bien muchas quejas fueron bien identificadas como ambientales, un importante volumen de quejas que involucraban temas ambientales eran procesadas como otros temas (administración estatal, pueblos indígenas, constitucional). En una segunda etapa se mejoró la identificación de los temas ambientales pero los casos fueron vistos indistintamente por diferentes Adjuntías. En una tercera etapa, a partir del 2002 se le asignó el tema interinamente a la Adjuntía para los Servicios Públicos. En una cuarta etapa, a partir de abril de 2004 se inicia la formación de un equipo de especialistas en temas ambientales dentro de la Adjuntía para los Servicios Públicos. Ese equipo seria la base para la creación de la Adjuntía para los Servicios Públicos y el Medio Ambiente en julio de 2005.

Las actividades principales que se realiza en la Adjuntía para los Servicios Públicos y el Medio Ambiente son: investigación de carácter general; estudios de caso; recomendaciones de política y apoyo en la resolución de conflictos. Durante el primer plan operativo del equipo ambiental en 2005 se incluyeron: consultorías sobre gestión ambiental, por ejemplo, diagnósticos de gestión ambiental en La Libertad y Arequipa; capacitación a comisionados; apoyo a la resolución de conflictos y la formulación de recomendaciones de carácter general y específico para superar limitaciones observadas en quejas individuales. Las prioridades de acción a nivel nacional tienen que ver con quejas vinculadas a la minería, la calidad del aire y los megaproyectos como Camisea. Mientras que, a nivel de la Amazonia las prioridades estaban dadas por quejas relativas a la tala ilegal, la extracción petrolera, la minería aurífera artesanal y el manejo de residuos. Esta priorización de temas hecha en 2005, en realidad refleja también muchas de las quejas presentadas desde 1998 como se puede apreciar en la enumeración de casos entre 1998-2002 hecha por Donayre (2003, 147-160).

El desarrollo institucional de la cautela de derechos ambientales desde una adjuntía especializada es un avance importante que seguramente será consolidado en los próximos años. Tanto desde el Estado como la sociedad hay múltiple interés en que la Defensoría del Pueblo contribuya a la construcción de una sociedad democrática, estable y en desarrollo.

4. La Defensoria del Pueblo y los conflictos socioambientales

Los conflictos socio ambientales son disputas entre actores desiguales por el acceso a recursos naturales. Los conflictos específicos se manifiestan como disputas en el manejo de recursos y contaminación, a escala local y global. Los conflictos se presentan en una gama diversa de dimensiones según los actores involucrados, el volumen de inversión y otros factores. Los conflictos mas visibles son los derivados de las actividades mineras, sin embargo, un conjunto amplio y diverso de conflictos menos visibles se presentan a nivel

local y tienen el potencial de impactar negativamente en las oportunidades de desarrollo de las poblaciones involucradas.

El desarrollo del marco legislativo e institucional que regula los aspectos ambientales y sociales solo comenzó a desarrollarse a partir de 1990, en un proceso que debido a la sectorialización ha tenido diferentes intensidades en los diferentes sectores. El devenir natural del proceso de desarrollo legislativo e institucional supone la necesidad de avanzar en la resolución de conflictos por la vía de recomendaciones que institucionalicen los mecanismos de cautela de intereses ambientales y sociales.

Por ejemplo, en el caso de la minería los conflictos se ven exacerbados por un marco normativo que tiene un solo artículo que contiene una declaración general de no afectar a las poblaciones locales. Obviamente es un marco legal muy débil como para poder cautelar adecuadamente los derechos de cualquier ciudadano y su comunidad de no ser afectados negativamente por el ingreso de una industria extractiva. Por otro lado en la cautela de los aspectos ambientales la gran minería tiene solo la oportunidad de participar en una audiencia solo cuando se va a aprobar un EIA y este es una fase que ocurre en un tercer momento en el desarrollo del proceso de otorgamiento de derechos mineros. Es decir, el derecho ha sido otorgado sin siquiera coordinar con la autoridad municipal si es compatible con el desarrollo que se busca promover en esa zona; o ni siquiera durante la fase de exploración que permitirá conocer como se encuentra el yacimiento, por lo que sería conveniente hacer una declaración de los impactos que la exploración genera y que esta sea conocida en audiencia pública; actualmente la legislación no obliga a ello en esta fase. Esta oportunidad tardía de control ambiental estimula la desconfianza de la población en la eficacia del procedimiento minero para cautelar sus derechos ambientales. De ahí la necesidad de evaluar el marco legal e institucional a la luz de la experiencia de los conflictos socio ambientales para renovar la confianza en las posibilidades del Estado de Derecho de procesar oportuna y eficazmente las demandas ciudadanas.

Los conflictos sociales que la Defensoría del Pueblo ha conocido y en menor medida, intervenido en su solución, 'son hechos complejos en los que participan diferentes actores sociales y políticos, que en períodos cada vez más breves pasan del reclamo formal a la protesta popular y de ahí a la confrontación violenta. Se observa una cierta incompetencia del Estado para canalizar de manera oportuna y diligente las demandas de los sectores sociales, del mismo modo que se advierte en ambas partes poca vocación dialogante y constructiva' (Defensoría del Pueblo, s/f, 3).

Como bien se ha señalado por la propia Defensoría, 'los conflictos sociales constituyen un campo de actuación defensorial no sólo porque los actores demandan constantemente la presencia institucional, sino porque se trata de situaciones que involucran presuntas o reales vulneraciones o limitaciones al ejercicio de derechos, además de acciones violentas que afectan la institucionalidad democrática y las condiciones de gobernabilidad en el país'. (Defensoría del Pueblo 2005 a, 82).

Desde la Defensoría se ha visto su intervención en los conflictos como una magistratura de la persuasión; apoyada en su prestigio, peso argumentativo y capacidad de persuasión de los funcionarios quejados (Abad 2005, 40). Para Donayre (2003, 164) la función de la

Defensoría en los conflictos socioambientales es la mediación. En un contexto conflictivo de tal complejidad le cabe a la Defensoría intermediar para proponer el dialogo ante todo, al mismo tiempo que investiga de manera independientemente los hechos quejados (Defensoría del Pueblo, s/f, 3). En esta línea de acción es importante desarrollar capacidades internas para la 'supervisión preventiva'.

5. Los errores de la gestión ambiental afectan la gobernabilidad.

El Perú es un país megadiverso y posee ecosistemas, especies y recursos genéticos muy importantes, que en algunos casos son únicos en todo el mundo. Nuestras posibilidades de desarrollo se asocian a nuestra oferta ambiental, basada en la diversidad de recursos humanos, la pesquería, la forestería, la agricultura diversificada, la ganadería de camélidos, la biotecnología, la minería, la hidroenergía, el turismo y los econegocios (Brack 1999).

Pero estamos perdiendo nuestras bases productivas debido a gravísimos procesos de deterioro, entre ellos: la contaminación de las aguas y deterioro de las cuencas, la erosión y salinización de los escasos suelos con aptitud agropecuaria; la depredación de la cobertura vegetal; la erosión genética: la degradación de ecosistemas importantes, la contaminación de la atmósfera y de los ambientes urbanos. La pobreza y el desempleo añaden complejidad a esta situación. No es justo que los costos sociales y ambientales de las prácticas depredatorias tengan que ser cargados precisamente por los peruanos más pobres.

Asistimos pues a una situación en la que, paradójicamente, mientras nuestras riquezas naturales son un potencial de desarrollo, también pueden ser la causa de nuestra pobreza y tragedia debido a la forma destructiva, irresponsable y egoísta como son explotados. Esta perspectiva se ve acentuada por la vigencia de un modelo neo - liberal primario exportador, que viene mostrando su incapacidad de producir el bienestar, la abundancia y la distribución justa de la riqueza. Nuestros problemas ambientales se agravan por las características de nuestra gestión ambiental, que lejos de privilegiar una cultura de prevención y de uso racional de los recursos naturales, privilegia el enfoque tradicional de priorizar la atención de los problemas una vez que estos se presentan.

El desencanto con los instrumentos de la gestión ambiental como los EIA y sus audiencias publicas, por ejemplo, en Cajamarca con las operaciones de Newmont-Minera Yanacocha señalan el agotamiento de un modelo de gestión nacido en el autoritarismo y frente al cual la población está dispuesta a resistir su implementación. Se ha querido explicar los conflictos mineros en base a la manipulación política de grupos violentistas, como si un poblador estuviera dispuesto a arriesgar su integridad y hasta su vida por un buen argumento, como si no fuera cierto que los procedimientos de gestión ambiental no cautelan adecuadamente el derecho a la participación ciudadana, no protegen el derecho a la valorización del daño y la compensación y, muchas veces, significan una reducción en el disfrute de recursos naturales como el agua, el paisaje y el aire limpios.

En los EIA, el análisis del proyecto se presenta como si cubriera todos las preguntas necesarias para identificar y corregir impactos ambientales como el impacto sobre el entorno, el impacto sobre la tenencia de la tierra, el impacto sobre los usos y costumbres, que no tienen nada de folclórico y si mucho de beneficios prácticos. Los usos y costumbre

incluyen áreas tradicionales de pastoreo, áreas de recreación, caminos, etc. El EIA debe incorporar este tipo de preguntas. No se trata de hacer un EIA que solo busque explicar el diseño del proyecto sino que sobretodo parta por identificar de manera temprana y con un nivel de detalle muy preciso de cada individuo que puede ver afectado su ambiente y su patrimonio. En un procedimiento judicial la no notificación adecuada puede causar la anulación del proceso. Sin embargo, en el proceso administrativo de aprobación del EIA no hay ninguna notificación a los directamente afectados aun cuando estos pueden ser directamente identificados.

De manera que la participación ciudadana ocurre de manera puntual y tardía, no acompaña todas las etapas de un proyecto. En general la participación está muy limitada al acceso a la información pero no ha avanzado hacia niveles mas avanzados de la participación de carácter obligatorio y no voluntario. Ello se agrava porque no existe un sistema uniforme de participación ciudadana en todo los sectores. Así que incluso los avances al interior de un subsector como electricidad no son compartidos por los otros subsectores, digamos minería. Adicionalmente solo los EIAs tienen cierto nivel de audiencia pública, pero otros instrumentos de gestión como los planes de adecuación y manejo ambiental (PAMA) están fuera del alcance de la participación. Por ello, muchas veces, la ciudadanía considera la participación como un mero requisito burocrático.

Hasta ahora hemos tenido una participación muy centrada en el derecho a la información cuando en realidad la participación está compuesta por:

- Derecho a la información.
- Derecho a ser consultado, lo cual no implica derecho de veto pero si a ser notificado con copia del resumen ejecutivo y tener un plazo para plantear preguntas u observaciones, antes de la aprobación de la licencia.
- Acceso al proceso de toma de decisión, para plantear su punto de vista y que este sea considerado por la autoridad.
- Acceso al monitoreo y fiscalización, así como a los resultados del mismo.
- Participación en los beneficios, tanto económicos como ambientales, así como de oportunidades.
- Acceso a la justicia.

La participación ciudadana está ineludiblemente vinculada al concepto de justicia ambiental, el mismo que tiene como componente central los términos trato justo e involucramiento significativo. Estos dos elementos deben estar presentes en los procedimientos y mecanismos institucionales para procesar las demandas de los ciudadanos en relación a la cautela de su ambiente y salud. La evaluación de la presencia o atención a estos componentes en los conflictos ambientales debe hacerse a la luz de las condiciones ambientales y de salud antes que en base a la acumulación sistemática de datos, documentos y procesos que pretenden legitimar la imposición de un derecho, en este caso el derecho de ejercer la minería sobre el derecho de un individuo a su propiedad individual o comunal, así como al ambiente y la salud.

En general, la experiencia de los conflictos socioambientales sugiere la presencia de olvidos e invisibilidades respecto de los derechos de la población local en el proceso de

otorgamiento de la autorización de un EIA, PAMA o mecanismo de supervisión. Este hecho suele pasar como un error involuntario, irrelevante, cuando en realidad puede ser interpretado como la manifestación concreta de las asimetrías de las que habla Stiglitz (2002) entre actores transnacionales y actores locales, pero también por parte de empresas nacionales. Estas asimetrías son evidentes en todo momento y son la base de la relación entre la comunidad y el proyecto minero. Hay que poder superarlas para que la relación sea justa y equitativa.

Ello lleva a la necesidad de entender las estructuras sociales existentes en el lugar del conflicto así como en el marco de referencia de los actores que son parte. Los grandes proyectos de inversión minera ocurren en contextos de economía campesina. Ello se ve con claridad en las etapas de inicio del proyecto minero donde la ejecución del EIA supone traslado de la población, modificación de corrales y linderos, ocupar áreas de usos tradicional para otros usos como caminos, botaderos de piedras, cancha de relaves. Si no hay una adecuada notificación previa, puede llegarse al extremo que la compensación no sea una opción; como ocurrió en los casos de Tambogrande y Quilish.

Tanto la Ley de Pasivos Ambientales Mineros como su modificatoria, que contribuye a precisar la responsabilidad por los pasivos ambientales, tienen una limitación fundamental en términos de los recursos económicos necesarios para llevar adelante una remediación efectiva. Mientras los pasivos ambientales continúen sin remediarse será difícil desvirtuar la afirmación de que la minería no causa impactos negativos. Más aun, si como en el caso de San Mateo de Huanchor, estos pasivos no son de la llamada contaminación histórica² sino que corresponden a la gestión ambiental de la 'nueva minería',³ entonces aun mayor razón para resolver los pasivos y mejorar la gestión ambiental del sub sector minería.

Durante la década de los 1990s el sector minero comenzó a incorporar medidas ambientales pero no sociales. El impacto de esa decisión ha sido un avance lento en temas ambientales que ha descuidado los estándares de gestión social. Así, mientras se ha dado un desarrollo incipiente en temas ambientales, en temas sociales lo que se ha hecho es mantener el tema desregulado, es decir lo que se hace es lo que voluntariamente las empresas deciden. Existen unas guías de relacionamiento comunitario que no son exigibles legalmente. Más aun no hay norma alguna en el sector minería que regule la gestión social. La única norma en ese sentido es el Decreto Supremo 042-2003-EM que establece el compromiso previo como requisito para el desarrollo de actividades mineras y normas complementarias.

² Esta es la contaminación producida en el pasado, por personas jurídicas o naturales, que no existen más. De manera que no es posible identificar y adjudicar derechos de compensación o remediación a personas jurídicas o naturales vigentes en el presente. Algunos países europeos, tales como Bélgica y el Reino Unido han regulado la contaminación histórica (Matthieu 2000). En el Reino Unido la legislación ambiental se remonta al siglo XIX. Como bien señala Boehmer-Christiansen (2000) para el caso de la minería y el gas, estas industrias han dejado tierras contaminadas muy difíciles de limpiar, que solo recientemente han comenzado a limpiarse. En el Perú este solo ha comenzado a regularse en el último año.

³ A partir de los desarrollos de política ambiental dentro del sector minería desde 1993, los funcionarios del sector afirmaban que la nueva minería supone que los instrumentos de gestión ambiental protegen efectivamente el ambiente y la salud humana. Sin embargo, los ejemplos de Choropampa, San Mateo de Huanchor y otros muestran que mientras los instrumentos sean meros requisitos, pobres en seguimiento, control y prevención, se continúan causando pasivos ambientales, por tanto, no existe tal nueva minería.

Los párrafos del considerando del Decreto Supremo 042-2003-EM reconocen la necesidad de administrar 'responsablemente el impacto social para el beneficio común de las poblaciones del área de influencia de las actividades mineras, las empresas y el Estado;' sin embargo, solo propone el requisito de compromiso previo asumiendo que se trata de partes iguales que negocian privadamente entre si. Sin embargo, cuando vemos los convenios y los conflictos que estallan en el campo encontramos, por un lado, actores transnacionales con acceso a asesoría legal, económica y técnica de primer nivel y, del otro lado, comunidades campesinas que no tienen ni experiencia de negociación, ni acceso a asesoría legal, económica o técnica; y por si fuera poco muchas veces operan con parámetros de referencia propios de una economía de subsistencia y no de una moderna economía capitalista, en el análisis y valoración de los impactos ambientales y sociales.

El marco legal requiere contar ya con un adecuado Estudio de Impacto Social y Cultural a fin de poder manejar de manera adecuada las interacciones con la población local. El mandato constitucional de un uso sostenible de los recursos naturales que contribuya al desarrollo sostenible se ve afectado cuando el esquema de protección de los derechos sociales y culturales es totalmente voluntario como ocurre actualmente. Así como durante los 1990s fue necesario aprobar un régimen de garantía de la inversión privada, hoy es necesario mantener un régimen atractivo a la inversión privada que a la vez garantice la salud del ambiente y las personas. Es indispensable cautelar los posibles impactos ambientales negativos así como los impactos sociales negativos que actualmente no son responsabilidad de ninguna autoridad sectorial ni son parte del EIA. Es decir, hay una necesidad específica de dar el paso siguiente al desarrollo de las guías de relaciones comunitarias; debemos avanzar hacia un conjunto de estándares de relacionamiento en materia social y cultural que sean exigibles y, por tanto, sean objeto de supervisión y monitoreo.

El papel del Estado en el manejo de conflictos tiene que ver con garantizar reglas claras para todos los actores, sin vulnerar los derechos ciudadanos; crear confianza; fiscalizar los acuerdos, actuar de manera imparcial en el cumplimiento de la Constitución y la ley. Sin embargo, el interés preeminente del Estado de impulsar a los actores de la economía capitalista, paralelamente con la poca presencia del Estado en las regiones, la pobre capacidad de fiscalización facilita la percepción del Estado como un actor parcializado que se desentiende de sus deberes para con la sociedad civil.

En una primera revisión comparada de la Defensoría del Pueblo en el Perú y España, Donayre (2003, 220) concluye que 'las actuaciones e intervenciones [...] del Defensor del Pueblo en el caso peruano, han contribuido a redimensionar el concepto del derecho fundamental del medio ambiente y los recursos naturales, a pesar de las limitaciones constitucionales'; así también, afirma que la institución esta contribuyendo a demandar de la administración pública el respeto a nuestro derecho al desarrollo sostenible.

En un reciente estudio sobre tres defensorías latinoamericanas Quiroga, Steiner y Gamboa (2005) opinan que 'En el caso de Tambogrande, la Defensoría salió deslegitimada y en el caso Choropampa salió reforzada. Es posible la confusión entre la función de defensa de los derechos humanos y el rol mediador de solución de conflictos'.

El caso de Tambogrande es definitivamente un caso controvertido. Sin embargo, ‘el proceso de diálogo conducido por la Defensoría del Pueblo tuvo otros logros que aportan elementos importantes para el diseño de estrategias de actuación orientadas a reducir y canalizar en base a mecanismos institucionales los complejos conflictos que tienen lugar en el país, vinculados a la actividad minera y sus impactos a nivel social y en el medio ambiente’. De los múltiples aportes de la Defensoría del Pueblo durante el proceso de Tambogrande son de extrema importancia dos: a.- la propuesta de financiar la asesoría técnica especializada a la población y b.- la mejora del marco legal de la participación ciudadana por la vía de la elaboración de la Resolución Ministerial N° 596-2002-EM/DM. (Defensoría del Pueblo 2005 a, 64-65).

Lo que ocurre es que la intervención defensorial en conflictos ambientales es compleja y puede arrojar resultados diversos dependiendo de múltiples factores internos y externos en cada caso. En este contexto se debe apostar por construir políticas ambientales integrales que respetando los derechos permitan el desarrollo sostenible pero, sobretodo, buscar prevenir conflictos socioambientales por la vía de la supervisión preventiva.

6. Conclusiones.

1. En la última década se ha dado una evolución importante del tema ambiental al interior de la Defensoría del pueblo. Este proceso debe ser consolidado. Esta consolidación abrirá esperanzas de una mayor presencia de los derechos ambientales en la gestión defensorial.
2. La ciudadanía espera de la Defensoría definiciones importantes en materia de política ambiental, en casos como el de La Oroya y otros temas mineros, sin embargo, la Defensoría ya ha venido haciendo un trabajo importante en el tema petróleo (Camisea), pueblos indígenas y calidad del aire.
3. El mandato de investigar los actos que ‘implicando el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo o excesivo, arbitrario o negligente de sus funciones, afecte la vigencia plena de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad’ nos sugiere la necesidad de seguir de cerca los actos de gestión ambiental que causan graves conflictos ambientales como en Cerro Quillish y La Oroya, pero también en el tema calidad del aire, manejo de residuos sólidos y otros.
4. La intervención defensorial en conflictos ambientales implica un desafío complejo. Los avances dados por la defensoría para el seguimiento de conflictos entre ellos los ambientales han permitido un conocimiento más rico de los actores involucrados así como de los contextos en los que estos operan.
- 5.- El encargo de la tutela de los derechos constitucionales incluye los derechos ambientales, sin embargo, lo que es importante resaltar es que la interpretación del conjunto de derechos ambientales presentes en la Constitución establece el desarrollo sostenible como política ambiental nacional.

6.- En particular, es necesario tener presente el mandato de investigar para esclarecer hechos que implican ‘ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo o excesivo, arbitrario o negligente de sus funciones afecte los derechos constitucionales de la persona y la comunidad’, pues brinda la oportunidad para un abordaje sistemático de la supervisión preventiva en cautela de los derechos ambientales.

7.- El descrédito de la gestión ambiental es un factor importante en los conflictos mineros tal como lo indica el informe Minería y Derechos ciudadanos, de ahí la necesidad de que la labor defensorial contribuya a la mejora cualitativa de la gestión ambiental y sus instrumentos. De hecho ese debe haber sido el interés de la Defensoría en los casos en que ha intervenido.

8.- Una participación ciudadana defectuosa contribuye a generar conflictos socioambientales. De hecho, la participación ciudadana es un elemento necesario para el desarrollo sostenible. La defensoría en casos como Tambogrande contribuyó a desarrollar el marco legal de la participación ciudadana en el sector energía y minas, sin embargo, la implementación restrictiva por parte de la administración pública disminuye la efectividad de un marco legal promotor de la participación ciudadana.

Bibliografía

Abad, Samuel 2005, Constitución y procesos constitucionales, Lima, Ediciones Palestra.

Boehmer-Christiansen, Sonja A. 2000, Re: Environmental debt, Wed, 2 February.

Brack, Antonio 1999,

Defensoría del Pueblo s/f, Conflictos sociales. La competencia de la Defensoría del Pueblo, sin publicar.

Defensoría del Pueblo 2003, Informe Defensorial 77, Ejecuciones Extrajudiciales. Casos investigados por la Defensoría del Pueblo, Lima, Defensoría del Pueblo.

Defensoría del Pueblo 2005 a, Ante todo, el diálogo. Defensoría del Pueblo y conflictos sociales y políticos, Lima, Defensoría del Pueblo.

Defensoría del Pueblo 2005 b, Informe Minería y Derechos ciudadanos. Una aproximación desde la Defensoría del Pueblo, Lima, Defensoría del Pueblo.

Donayre Pinedo, Miguel 2003, El Defensor del Pueblo, Medio Ambiente y Recursos Naturales. Cartografía legal comparada, Lima, Defensoría del Pueblo.

Matthieu, Jan 2000, Re: Environmental debt, Sat 5 February.

Quesada, Angela Steiner y Cesar Gamboa 2005, THE DEFENDER OF THE TOWN IN LATIN AMERICA: A COMPARATIVE ANALYSIS with Case Studies of the Costa Rican, Peruvian and Venezuelan Defensorías and their role in Environmental Conflicts, UFL-UC Summer Conservation Clinic, San Jose.

Stiglitz, Joseph 2002, El malestar con la globalización, Madrid.