

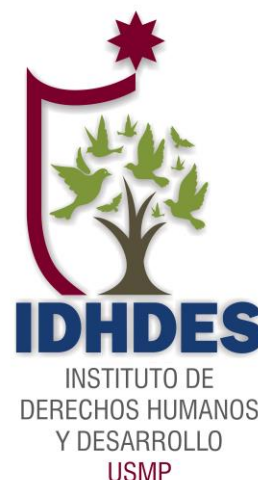
2014

MECANISMOS PROCESALES PARA LA TUTELA DEL DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE

CUADERNO DE INVESTIGACIÓN - AÑO 1

NÚMERO 2

NOVIEMBRE -2014



CUADERNO DE INVESTIGACIÓN

AÑO 1, NÚMERO 2

MECANISMOS PROCESALES PARA LA TUTELA DEL DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE

NOVIEMBRE DE 2014

Equipo de Trabajo

Dra. Elizabeth Zea Marquina - Directora del Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo de la USMP

Dr. Oscar Andrés Pazo Pineda - Coordinador Académico del Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo de la USMP

Eduardo Arroyo - Integrante del Equipo de Investigación del Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo de la USMP

Leonardo Ubillús - Integrante del Equipo de Investigación del Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo de la USMP



CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	3
CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LOS PROBLEMAS DE LAS “CLASIFICACIONES” O “GENERACIONES” DE LOS DERECHOS.....	4
EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A CONTAR CON UN MEDIO AMBIENTE SANO	8
VÍAS PROCEDIMENTALES PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO COMPARADO	14
PROPUESTA PARA EL LITIGIO DE CASOS RELACIONADOS AL MEDIO AMBIENTE.	29

INTRODUCCIÓN

La referencia al derecho a contar con un medio ambiente sano ha generado un considerable grado de consenso, el cual se ha reflejado tanto en la comunidad científica como gubernamental. Dicho respaldo, sin embargo, no ha ido necesariamente aparejado de la adopción de medidas que, precisamente, pretendan resguardar este derecho.

Es por ello que, en este estudio, se advertirá, en primer lugar, cómo es que los problemas teóricos han tenido una especial incidencia en la posibilidad de tomar “en serio” al derecho a contar con un medio ambiente sano, lo cual supone efectuar ciertas reflexiones en torno a la exigibilidad de determinados derechos que, por no ser en “estricto” civiles y políticos, se ha estimado que no generan obligaciones de carácter inmediato. Advertidos estos problemas, se hará referencia al ámbito tutelado por este derecho, lo cual conduce, en segundo lugar, a la adopción de un conjunto de obligaciones mínimas que deben ser implementadas y cumplidas tanto por el Estado como por los particulares. En un tercer apartado se especificarán los mecanismos de tutela que, desde la perspectiva de las legislaciones internas y del derecho internacional, se han reconocido para resguardar el derecho al medio ambiente.

Este segundo cuaderno de investigación pretende contribuir a la adecuada formación no solo de las personas vinculadas al derecho, sino además supone una toma de conciencia colectiva, ya que el derecho al medio ambiente tiene un impacto directo en el estilo y calidad de vida. Sin este derecho, al igual que ocurre con el derecho a la vida, los demás derechos carecerían de sentido, ya que no es posible imaginar un escenario en el que sea factible el desarrollo humano si es que no se cuenta con un entorno que garantice, como mínimo, condiciones adecuadas de desenvolvimiento.

Lima, noviembre de 2014

I. Consideraciones preliminares: Los problemas de las “clasificaciones” o “generaciones” de los derechos

Como se acaba de apuntar, la exigencia para el cumplimiento de los derechos se ha visto constantemente opacado por un conjunto de postulados, los cuales, hasta hace no mucho tiempo, han sido elevados a la categoría de dogmas jurídicos. De esta forma, la doctrina identificaba, como mínimo, tres generaciones de derechos humanos: los de primera generación (que, por lo común, tutelaban derechos civiles y políticos), los de segunda generación (clásicamente vinculados con los derechos económicos, sociales y culturales), y, si es que somos escuetos en relación con lo que se ha discutido en otros foros, los derechos de tercera generación (conocidos como “derechos de la solidaridad”). La clasificación, se dijo en su momento, solo tenía propósitos pedagógicos, pues solo intentaba hacer referencia a la aparición histórica en lo que respecta a esos derechos. Sin embargo, y con el tiempo, esta clasificación también permitió la creación de un mito: mientras los derechos de primera generación eran inmediatamente exigibles, los de segunda y tercera debían supeditar su fuerza vinculante al cumplimiento de ciertos requisitos. De ahí que en el caso de los derechos civiles y políticos se haya postulado un grado prácticamente absoluto de exigibilidad.

Sin embargo, en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales la cuestión plantea, aun hoy en día, un intenso debate en la doctrina. Esta confrontación de posturas obedece a razones normativas, como a cuestiones relativas a las obligaciones contenidas en tales derechos. En relación con las primeras, podemos afirmar que, en el derecho comparado, existen algunas deficiencias de sistematicidad que perjudican el argumento de la exigibilidad. En el caso peruano, por ejemplo, dentro del Título I de la Constitución Peruana de 1993 (De la Persona y la Sociedad) se inserta el Capítulo II titulado como “De los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Evidentemente, la nomenclatura presenta un primer punto que llama la atención. Mientras el capítulo II tiene ese rótulo, el capítulo I se titula “Derechos Fundamentales de la Persona”. Es así que una primera conclusión, acaso inmediata, nos hace apreciar que, para el constituyente, los denominados DESC no son derechos fundamentales. Respecto del contenido de las obligaciones, en la doctrina se suele afirmar que, más que distintos derechos (lo cual obedece a una clásica distinción entre “generaciones” de derechos humanos”), existen distintos niveles de exigibilidad respecto de cada derecho. Así, por ejemplo, Víctor Abramovich pretende reducir la problemática de los DESC a una cuestión de estructura de los derechos fundamentales.

Estas tendencias, sin embargo, han empezado a ser rechazadas por los tribunales de justicia. En el caso peruano, por ejemplo, el Tribunal Constitucional se ha enfrentado a esta problemática, asumiendo distintas posiciones en relación con este punto. En efecto, nuestro Tribunal, en una primera línea jurisprudencial, sostuvo que los DESC

“[...] en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena [...]. Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, **antes que la de un derecho de aplicación directa**. Lo cual no significa que sean “creación” del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste”¹ (subrayado es nuestro).

Esta posición asumida por el Tribunal refleja una estigmatización de los derechos. Mientras que, por un lado, los derechos civiles y políticos serían derechos “de aplicación directa”, los derechos económicos, sociales y culturales serían de “aplicación diferida”, que en todo caso requieren la adopción de medidas de implementación. Ni la Constitución ni los tratados internacionales, sin embargo, avalan este contraste. Por ejemplo, si bien es cierto el Protocolo de San Salvador establece diversas obligaciones de carácter prestacional -esto es, que supongan la adopción de medidas-, lo cierto es que también regula ciertas situaciones que demandan más la “ausencia” del Estado con el fin de garantizar la plena realización de los DESC. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la educación. Según el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, toda persona “tiene derecho a la educación”.

Este precepto no debe ser interpretado únicamente en el sentido que los Estados adopten todos los mecanismos pertinentes para garantizar que un mayor universo de personas acceda a enseñanza de calidad, sino que también importa que no se prive arbitrariamente de la educación a una persona. Puede darse el caso que, pese a no existir algún interés o bien digno de tutela de por medio, los funcionarios del Estado intenten cerrar los únicos colegios en una comunidad indígena o campesina. En este caso, lo que se demanda de las autoridades estatales, más que la “adopción de medidas” o la “inserción de políticas públicas” es una conducta de abstención, esto es, que no es posible restringir este derecho si es que no se encuentra de por medio la promoción del interés general dentro de una sociedad democrática. También podría ocurrir que se discrimine a una persona, en razón a su sexo o quizás debido a su orientación sexual, en lo concerniente al acceso a un sistema educativo,

¹ Tribunal Constitucional. Expediente 01417-2005-AA/TC, párr. 13 y 14.

que es precisamente una circunstancia prohibida por el derecho internacional en relación al goce de los derechos y libertades que se establecen. No sorprende, por ello, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales haya afirmado que “[l]a prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”².

Como se indicó anteriormente, similar fenómeno se advirtió en el caso de los derechos civiles y políticos, en los que históricamente ha prevalecido una visión abstencionista por parte del Estado. Sin embargo, estos derechos también gozan de un matiz prestacional, a través de la cual el Estado debe intervenir indispensablemente con el propósito de implementar los mecanismos que sean necesarios para promover la realización del derecho involucrado. Sobre este punto, la Corte ha sostenido que

“[e]n razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”³.

Es así que incluso los comúnmente denominados derechos civiles y políticos demandan la actuación por parte de los Estado. En el caso peruano, esa visión se vio ciertamente perturbada por la regulación constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales. Incluso el propio Tribunal Constitucional presentaba un enfoque elevado para el reconocimiento de estos derechos, ya que exigía su conexión con los derechos civiles y políticos para que se produzca su protección a través del proceso de amparo. De este modo, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que

“[s]i bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales formalmente establecidos en el artículo 2° de la Constitución, y más bien se le reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales [,] cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre

² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Observación general 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999), párr. 31.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Niños de la Calle vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

desarrollo de la personalidad, tal derecho acentúa su carácter fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo”⁴.

En efecto, la visión del Tribunal plantea que solo será posible demandar la tutela constitucional de un derecho fundamental cuando se pueda plantear su ligazón con algún derecho civil o político, como lo son la vida o la integridad. Incluso el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de reconocer que se trata de un derecho fundamental e indispensable “para el ejercicio de los demás derechos”⁵, con lo cual se aprecia que, en vez de depender de ciertos derechos, la salud es una condición para el pleno ejercicio de los mismos.

Ahora bien, resulta palmaria la necesidad de la intervención estatal para la adecuada promoción y tutela de los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, aunque cuenten con una dimensión “defensiva” frente a eventuales injerencias arbitrarias, lo cierto es que esta clase de derechos suelen ser adecuadamente implementados a través de políticas públicas que articulen correctamente las necesidades sociales. Es así que el Tribunal Constitucional ha podido diferenciar que “existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27° de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. *Cfr.* STC 0976-2001-AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales)”⁶. Asume, de esta manera, que estos derechos, por la predominante dimensión prestacional que presentan, demandan que se adopten determinadas leyes para su correcta configuración. En esta misma línea, el Tribunal ha indicado que el derecho a la salud

“tiene la naturaleza de derecho social [por lo que] impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente (...). 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”⁷.

⁴ Tribunal Constitucional. Expediente 02016-2004-PA/TC, párr. 5.

⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Observación general 14, El derecho a la salud (artículo 12 del Pacto). U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (1999), párr. 1.

⁶ Tribunal Constitucional. Expediente 01417-2005-AA/TC, párr. 11.

⁷ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 04282-2012-PA/TC, párr. 3.3.2

Se puede colegir de este pronunciamiento que el Tribunal ha variado su posición inicial en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, la inicial equiparación entre DESC y derechos de prestación ha sido superada con la expedición de esta sentencia. De este modo, el Tribunal promueve la importancia de estos derechos, toda vez que los independiza de los denominados “derechos fundamentales” del capítulo I del título I de la Constitución. Sin embargo, no solamente los DESC representan derechos que, pese a ser trascendentales en el desarrollo de la persona humana, no han sido reconocidos en el capítulo de los derechos fundamentales.

En lo que respecta a los derechos de la “tercera generación” (entre los cuales se incluye al derecho humano al medio ambiente) no ligeros inconvenientes se han advertido respecto de su protección. Por ejemplo, en lo referido al Protocolo de San Salvador, existe un impedimento normativo para reclamar afectaciones directas del derecho al medio ambiente. Y es que, como se tuvo la oportunidad de advertir, este instrumento únicamente permite la presentación de peticiones directas en lo que concierne a los derechos a la educación primaria y el derecho a la sindicalización. No se admite, pues, en el caso del derecho al medio ambiente.

Ahora bien, ello no ha impedido que los tribunales de justicia identifiquen distintos mecanismos a fin de brindar protección frente a las transgresiones de ese derecho. Sin embargo, antes de identificar los métodos empleados por los tribunales, resulta más conveniente identificar qué debe entenderse por el derecho a la protección del medio ambiente.

II. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a contar con un medio ambiente sano

El artículo 2.22° de la Constitución establece que:

“Toda persona tiene derecho:

(...)

A gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

Definir el contenido protegido de un derecho nos permite comprender sus alcances y limitaciones en el devenir diario de la existencia en comunidad. Esta tarea guarda especial relevancia al tratarse de un concepto de difusa titularidad como es el medio ambiente. La interpretación que pueda hacerse del enunciado reconocido en nuestra constitución, así como en los distintos instrumentos internacionales deberá estar enfocada a discernir sobre los

parámetros en los que este derecho encuentra su materialización. La labor de identificar a los titulares y garantes constituye una tarea de primer orden, que no puede verse desligada de dotar de un contenido *prima facie* protegido, que permita a los jueces evaluar si ante determinadas situaciones se encuentran frente una restricción ilegítima o no del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado. Cabe recordar que esta delimitación, no posee un carácter pétreo, sino que atendiendo a las circunstancias del caso será el juez el encargado de hacer una interpretación abierta de las conductas amparadas por el derecho al medio ambiente.

El Tribunal Constitucional peruano ha asumido una posición al respecto en el desarrollo de su jurisprudencia al señalar en primer lugar la necesidad de definir lo que debe entenderse como “medio ambiente”, entendiéndolo como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven, comprendiendo tanto al entorno urbano, como al natural. Asimismo ha referido este se encuentra integrado por dos elementos, siendo estos el derecho a gozar de ese medio ambiente y el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

“[e]n su primera manifestación, 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. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, **una alteración sustantiva** de la indicada interrelación. En suma, se debe tutelar del ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Sobre el segundo acápite, se ha establecido que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener **los bienes ambientales en las condiciones adecuadas** para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares, particularmente a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente”⁸.

El reconocimiento constitucional del medio ambiente, no implica solo las obligaciones anteriormente mencionadas, sino que hace mención de determinadas condiciones en las cuales este debe mantenerse. Al utilizar las palabras *equilibrado* y *adecuado* hace mención a determinadas características que deben ser consideradas a priori para el reconocimiento real de este derecho. Respecto al ambiente equilibrado se entiende como a la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forma una red de interacciones de orden biológico, físico y químico. Estos elementos no deberán entenderse de forma aislada,

⁸ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N°03343-2007-PA/TC, párr. 11.

la protección del medio ambiente equilibrado comprenderá al complejo sistema dinámico en el que se desarrolla la vida.⁹

Asimismo, el enunciado constitucional al hacer mención al medio ambiente “adecuado”, este deberá ser entendido en la obligación tanto del Estado, como de los particulares de mantener las condiciones naturales del ambiente, necesarias para el desarrollo de una vida digna.¹⁰ Esta posición encuentra concordancia con el artículo 11 del “Protocolo de San Salvador”, todas las personas tienen derecho a un medio ambiente sano (...) Los estados parte promoverán la protección, preservación, mejoramiento del medio ambiente.

Como resulta sencillo observar, en nuestro devenir jurídico, ha existido un desarrollo resaltante por parte del Tribunal Constitucional del contenido del Derecho al medio ambiente. Es así, que se ha señalado que este guarda una doble dimensión: reaccional y prestacional. Siendo la primera una obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier acto que afecte el medio ambiente equilibrado y adecuado. Desde su faz prestacional, implica una obligación positiva, mediante la adopción de medidas destinadas a conservar el medio ambiente, sean de carácter legislativo destinadas no solo a la conservación, sino también a la prevención, no se trata de reparar el daño, sino de evitar que este ocurra.¹¹ Esta ultima obligación se ve resaltada por los principios que derivan del derecho al medio ambiente, los cuales son: a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable, b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, el cual se encuentra reconocido en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo , que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables.

Estas nociones respecto al contenido del derecho al medio ambiente encuentran correlación con las disposiciones de instrumentos internacionales concernientes a la materia de análisis. Es así que la Declaración de Estocolmo hace referencia a la vinculación entre derechos humanos y el medio ambiente al mencionar que tanto el aspecto natural, como artificial del medio humano son esenciales para el goce de los derechos humanos. Puede advertirse con la lectura del Principio N°1 el reconocimiento de los dos elementos que configuran el

⁹ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N°964-2002- AA/TC.

¹⁰ Idém.

¹¹ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 03343-2007-PA/TC

derecho al medio ambiente. Por un lado, la facultad de goce y por el otro la obligación de protección del medio ambiente para las generaciones futuras¹².

Si bien en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se hace referencia de manera expresa a la tutela del derecho al medio ambiente, en razón de que este instrumento reconoce específicamente derechos civiles y políticos, el Art. 26 de la Convención sí exige que los Estados parte desarrollen medidas en forma progresiva con el fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos de naturaleza económica, sociales, culturales, educación. El reconocimiento de tales derechos se logró con el Protocola Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual como ya se hizo mención, reconoce el derecho a un medio ambiente sano, el cual posee carácter programático.

No obstante, la carencia de tutela directa del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no significa que los órganos de protección no se hayan referido a la necesidad de un ambiente sano, para el goce de derechos humanos. En ese sentido, la Comisión Interamericana ha sostenido que:

“[l]as condiciones de grave contaminación ambiental, que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local, son incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano”¹³.

Puede afirmarse, en consecuencia, que la existencia de determinadas condiciones puede configurar amenazas para la vigencia de los derechos de las personas, en razón de que el medio ambiente sano constituye una pre condición para su ejercicio pleno una calidad ambiental mínima, viéndose afectados por la degradación de los recursos naturales.

Este importante binomio entre el medio ambiente y la existencia del ser humano, se ha visto reconocido en diversos instrumentos internacionales como en la Declaración Universal de los derechos de los pueblos, el cual menciona en su artículo 16 que “todo pueblo tiene derecho a la conservación, la protección y el mejoramiento de su medio ambiente”. Similar línea propugna, el Tratado de Cooperación Amazónica, la Carta Mundial de la Naturaleza, la Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América; la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el “Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono,” la “Declaración sobre el derecho al desarrollo, el “Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono”

1. El Derecho al Medio Ambiente como interés difuso

¹² Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 1972

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, párrafo 92.

Los Derechos difusos son aquellos que corresponden a grupos amplio de ciudadanos, es decir no solo revisten un carácter individual, sino también colectivo, que se encuentran interesados en la protección de una determinada situación fáctica ante una amenaza a la vida colectiva.

Priori señala que ya no corresponde únicamente al sujeto individual, sino que se reconoce como titular de derechos a un colectivo de personas¹⁴, sin tener relevancia que estos se encuentren plenamente identificados. Es por ello que también se les conoce como derechos *supraindividuales*, puesto que mecanismo de tutela no se circunscribe al ámbito individual, personal, sino a una comunidad abstracta y flexible, es decir destinan su protección a los intereses de toda la humanidad. Entre estos derechos se enmarcan el derecho al medio ambiente, el derecho del consumidor, el derecho a la preservación del patrimonio cultural, etc. En efecto, podemos afirmar que el medio ambiente no le pertenece a una sola persona, por lo que su afectación no generará un perjuicio personal, sino a la colectividad, aún incluso a aquellos que aún no han nacido, las generaciones futuras se pueden ver afectadas por los daños irreversibles que se puedan generar en el entorno natural.

En el Perú con la finalidad de proteger el medio ambiente se han ido adoptando diversos cuerpos normativos, siendo una de las primeras la “Ley Forestal y la Ley de Fauna Silvestre”, el Código de Medio Ambiente, el cual fue reemplazado por la Ley 28611, Ley General del Medio Ambiente. Del mismo modo, ya en el plano estrictamente constitucional, el Código Procesal Constitucional Peruano, dispone lo siguiente “puede interponer demanda de amparo *cualquier persona* cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuya finalidad sea la defensa de los referidos derechos”

Como se aprecia se acoge un tipo de legitimidad colectiva en cuanto permite que cualquier persona pueda accionar judicialmente a fin de tutelar el ambiente. Adicionalmente incluye una legitimidad institucional que faculta a las asociaciones sin fines de lucro que desarrollen actividad relativa a la temática para que puedan actuar en defensa de la comunidad. A pesar de ello, este no ha encontrado una respuesta jurisdiccional ágil y efectiva, es decir, no bastan con la creación de la norma sustantiva que reconozca el abanico de posiciones reconocidos a los sujetos, sino que constituye una situación apremiante la creación de un sistema de protección jurisdiccional que haga eficaz el ejercicio y defensa de los derechos.

En esta primera sección se ha intentando presentar un boceto que permita clarificar el contenido del derecho al medio ambiente, las obligaciones que generan hacia los estados y las potestades que forman parte del amplio número de posiciones exigibles ante el Estado. A juicio personal el contenido del derecho al medio ambiente se encuentra vinculado a la

¹⁴ Priori, Giovanni, Apuntes de Derecho Procesal de 1997, pág. 29.

previa aceptación de que la vigencia de los derechos humanos solo puede darse en un entorno óptimo para el desarrollo de la existencia. Si bien al igual que cualquier otro derecho, este no reviste carácter de absoluto, las restricciones que se presenten deberán responder a un fin legítimo y resultar proporcional para la consecución de tal fin.

2. Derecho al Medio Ambiente y su Vinculación con los Pueblos Indígenas

Resulta innegable la vinculación especial que tienen los pueblos indígenas y tribales con el entorno natural que los rodea, el cual constituye no solo un medio de subsistencia, sino también un elemento de identificación de carácter existencial. En el ámbito Interamericano durante largo tiempo se ha venido discutiendo la creación de una Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual en el artículo 18 del proyecto de Declaración se reconoce la protección del medio ambiente sano y seguro, así como la facultad de participar y estar informados en las decisiones que se adopten en el seno del Estado que puedan afectar su entorno natural

El convenio 169 de la OIT, como la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas incorpora disposiciones destinadas a la protección del medio ambiente de los pueblos indígenas. Ello implica obligaciones de adoptar acciones preventivas y positivas orientadas a garantizar un medio ambiente que no comprometa la capacidad de las personas indígenas de ejercer sus derechos humanos más básicos.

Al respecto, la CIDH ha subrayado, asimismo, el vínculo directo entre la preservación de la integridad medioambiental y el acceso a las fuentes de subsistencia; citando la Carta Mundial de la Naturaleza, ha sostenido que “la humanidad es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales de modo tal que se asegure el abastecimiento de energía y de nutrientes¹⁵

La protección efectiva del medio ambiente requiere que se aseguren el ejercicio de ciertos derechos humanos de índole procedimental, como el acceso a la información, participación en la toma de decisiones, acceso a la justicia. La Jurisprudencia Interamericana ha ido desarrollando estos derechos anteriormente mencionados dándole forma a distintas obligaciones para los Estados al momento de adoptar decisiones. Criterios que serán desarrollados al momento de analizar la forma en que las Cortes Internacionales han tutelado el Derecho al medio Ambiente.

7 CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

III. Vías Procedimentales para la protección del Medio Ambiente en el Derecho Comparado

1. Sistema Europeo de Derechos Humanos

El desarrollo de la protección jurídica al medio ambiente tiene una marcada connotación jurisprudencial, esto en razón de que ni el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ni en los Protocolos Adicionales, existe mención expresa al medio ambiente. Es por ello que se ha adoptado por un mecanismo indirecto o de “defensa cruzada de Derechos”¹⁶. La defensa del derecho al medio ambiente podría hacerse desde dos frentes: Primero con un carácter desiderativo y programático (como un derecho colectivo de carácter progresivo) y más tarde, con un contenido concreto y susceptible de ser protegido por vía judicial de un modo indirecto por su vinculación al efectivo disfrute de otros derechos expresamente reconocidos.

La protección de los Derechos Humanos reviste carácter evolutivo y progresivo, por lo que el juez al enfrentarse a una controversia, deberá hacerlo de forma tal que su decisión optimice los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales materia de presunta violación. Partiendo de la premisa expuesta anteriormente, si el derecho al medio ambiente resulta correlativo a la vigencia de otros derechos, su protección no podría estar sujeta a un reconocimiento explícito, sino que resulta una exigencia implícita *sine qua non* para el goce y disfrute de otros derechos. En la misma línea se refiere a opinión separada del Vice-Presidente juez Weeramantry, en el *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros*¹⁷, quien sostiene que:

“[l]a protección del Medio Ambiente es como una parte vital de la doctrina contemporánea de los derechos humanos, por sí misma es un *sine qua non* para numerosos derechos tales como el derecho a la salud y a la vida en sí mismos. Apenas es necesario extenderse en esto; cómo el daño al Medio Ambiente puede perjudicar y socavar todos los derechos humanos recogidos en la Declaración Universal y en otros instrumentos de derechos humanos”

En un futuro no muy lejano no resulta irracional pensar que llegue a ser considerado como un Derecho autónomo e independiente, justiciable *per se*, sin necesidad de alegar la necesaria violación de cualquier otro derecho reconocido en el Convenio Europeo o el instrumento internacional materia de presunta violación. Los primeros casos analizados por

¹⁶ Jurisprudencia Ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Lorenzo MARTÍN Retortillo Baquer.

¹⁷ Corte Internacional de Justicia. Sentencia de 25 de septiembre de 1997 en el asunto Hungría contra Eslovaquia, conocido como *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros*. Opinión separada del juez Weeramantry.

Sistema Europeo de Derechos Humanos se remontan a los años setenta, con inicios poco sencillos y hasta desalentadores, en los casos *X. e Y. c. la República Federal de Alemania* y *Dr. S. c. la República Federal de Alemania*, entre otros.

El primero se refiere a una denuncia presentada por un grupo ecologista por prácticas realizadas en zonas militares, cercanas a la localidad, alegaron la presunta vulneración de los derechos a la vida (art. 2), libertad (art. 5), así como la violación de la prohibición de la tortura. La denuncia fue declarada inadmisibile *ratione materiae*, porque el Convenio no reconoce el derecho a la conservación de la naturaleza, razón por la cual no existió pronunciamiento sobre el fondo. La misma línea mantuvo en el segundo caso mencionado.

Estas primeras manifestaciones que buscaban otorgar tutela al medio ambiente, responden al contexto de los sesenta y a las nuevas tendencias que encontraron su auge en la Declaración de Estocolmo. Las necesidades de las sociedades fueron evolucionando y el derecho se encuentra estrechamente ligado a la realidad, motivo por el cual el surgimiento de nuevas necesidades, demanda una evolución del derecho que permita cubrir esas situaciones. Es así que la jurisprudencia fue desarrollando en distintos ámbitos, ya sea mediante el derecho a la vida privada y familiar, domicilio, salud, entre otros.

Con la finalidad de esbozar claramente el desarrollo jurisprudencia del sistema europeo, lo dividiremos en pronunciamientos respecto a determinado derechos que indirectamente buscaba proteger el medio ambiente.

1.1 Derecho a la propiedad y el medio ambiente

a) Caso A.S.P.A.Z et Lagrezas contra Francia¹⁸

Se refiere al supuesto de que un grupo de personas reclama su derecho de propiedad frente al derecho de otras personas a cazar en los mismos. Se invoca el derecho de propiedad con la finalidad de no verse obligado a aportar su terreno como zona de casa. Se entiende que cualquier injerencia en la propiedad de las personas, deberá responder a un interés general y la salvaguarda de derechos individuales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) otorgó un amplio margen de apreciación a los estados al momento de considerar lo que debe entenderse por interés general. Un sistema que obligue a una ceder su terreno para la caza, sin posibilidad de oposiciones resulta contrario al contenido derecho internacional de los derechos humanos. En este caso, en Francia si existían medios por los cuales una persona podía oponerse a que su terreno fuese usado para la caza. El TEDH declaró que no existió violación del derecho a la propiedad.

b) Caso Kyrtatos contra Grecia¹⁹

¹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso A.S.P.A.Z et Lagrezas contra Francia, 20 de setiembre del 2011.

Es especialmente interesante, la Opinión parcialmente disidente del juez señor Zagrebelsky, en la que sostiene que una degradación del Medio Ambiente, puede suponer una violación de un derecho específico reconocido en el Convenio. Existió un deterioro de la calidad del Medio Ambiente en el que estaba situada la casa de los demandantes. Por tanto, resulta indiscutible, que el nuevo desarrollo urbano, causó un daño en el hábitat de la fauna que formaba la zona pantanosa cercana a la propiedad de los demandantes en la costa de Ayios Yanis, excepcionalmente interesante y agradable

c) Caso Pine Valley Developments contra Irlanda²⁰

En este, como en otros casos, el interés general opera como limitación de los derechos de carácter relativo, reconocido en el Sistema europeo de protección de los derechos humanos, para salvaguardar, un bien superior susceptible de protección, el derecho al Medio Ambiente Adecuado. La empresa Pine Valley había accedido a unos terrenos en el condado de Dublín, para la construcción de un almacén y oficinas en el lugar, al amparo de un certificado previo de urbanismo. Con posterioridad el Estado de Irlanda decidió no otorgarle un certificado de urbanismo total, porque el terreno se encontraba en una zona agrícola.

El TEDH se pronunció a favor del estado, entendiendo que el interés general incluía la conservación del medio ambiente, la restricción resulta proporcional al fin legítimo en virtud de que quien compra un terreno con carácter especulativo, se enfrenta a la posibilidad de que no le otorguen un certificado de urbanismo, la injerencia legítima en el derecho a la propiedad de Pine Valley, se justifica en la protección de la zona agrícola.

1.2 Derecho a la vida privada y a la protección de la integridad física y psíquica

a) Caso Martínez Martínez contra España

En este caso el TEDH analiza la denuncia presentada por un ciudadano español quien consideraba que el ruido generado por una discoteca cercana a su casa vulnera su derecho a la vida privada y a la integridad física y psíquica. Establecimiento que contaba con autorización municipal para el desarrollo de sus actividades. Asimismo refería que el ruido había agravado la enfermedad de su hija. El TEDH entendió que el derecho al respeto del domicilio incluía también el derecho a disfrutar con tranquilidad de dicho espacio. De esta forma los Estados están obligados a adoptar las medidas razonables u oportunas para evitar una afectación desproporcional del derecho de las personas. Para ello el Tribunal analizó si había existido una inactividad respecto a estas obligaciones. En primer lugar se analizó el ruido generado sobrepasaba el umbral permitido, concluyendo que este resulta excesivo. En

¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Kyrtatos contra Grecia. Sentencia de 22 de mayo de 2003. Opinión parcialmente disidente del señor juez Zagrebelsky.

²⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Pine Valley Developments contra Irlanda. Sentencia de 21 de Noviembre de 1991.

segundo lugar encuentra un nexo causal entre el ruido y el daño ocasionado a la hija. Por último analizó si el Estado había adoptado alguna medida para que este daño cesase. Al no haber existido medida alguna el TEDH consideró que existía una violación del artículo 8 del CEDH.

b) Caso Ruano c. España

Doña María Isabel Ruano tiene una casa en el Cáceres y lindando con ella se aprobó la instalación de un transformador de energía eléctrica. La señora pretende oponerse alegando que las ondas electromagnéticas afectarían su salud. Es así que no habiendo obtenido el resultado que deseaba en sede interna, la denuncia llega al TEDH, alegándose la violación del derecho a la vida, malos tratos y respeto a la vida privada y familiar. El tribunal se percata que se alega un presunto daño generado por las ondas electromagnéticas, pero que no se atisba relación probatoria alguna. Este punto resulta de vital importancia, porque demuestra el que quizás sea uno de los mayores retos del derecho ambiental, la probanza del daño reviste un alto grado de dificultad. Es por ello que establecer la relación causal entre una actividad y el daño que se alega es una de las labores de mayor importancia para aquel que se encuentra frente a un caso de estas características. El TEDH concluye que el supuesto daño no alcanza el umbral del mínimo exigible, razón por la cual restricción no resulta desproporcional.

Resulta interesante el criterio desarrollado en el Caso – Chassagnou y otros vs Francia, en que el TEDH entendió que resultaba violatorio al derecho a la libertad de conciencia el obligar a una persona mediante una ley a permitir la práctica de la caza en su terreno, cuando el propietario o la propietaria era una activista ecologista. Con estos precedentes, según la sentencia de la Corte de Estrasburgo, como las convicciones ecologistas de la demandante ha alcanzado un grado de contundencia, coherencia e importancia, se merecen el respeto en una sociedad democrática y puede ser protegida por el Art. 9 CEDH (libertad de pensamiento, conciencia y religión)²¹.

Como ha podido observarse el desarrollo de la jurisprudencia en el Sistema Europeo es prometededor, lo que no significa que esté exento de dificultades. Revista vital importancia que los abogados litigantes que se enfrenten a procesos comprendan los verdaderos límites de los derechos que alegan violados. Es así que si no resulta posible probar una afectación a la salud, no es recomendable alegable la violación del derecho a la vida, porque nos encontraremos con que el daño no alcanza los mínimos exigibles para resultar desproporcional.

2. Protección del medioambiente en instancias nacionales

²¹ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Chassagnou y otros contra Francia.

a) Colombia

La realidad colombiana resulta particular, en virtud de que u Constitución cuenta con más de 60 artículos que se refieren a la medio ambiente, es por ello que se le conoce como Constitución Ecológica. El ciudadano colombiano cuenta con diversos mecanismos de protección constitucional que le permiten hacer valer su derecho a un medio ambiente sano.

En sentencia C-671 se revisó la constitucionalidad de la Ley 671 de 2000 por medio de la cual se aprueba la Enmienda del protocolo de Montreal que hacía referencia a las sustancias agotadoras de la Capa de Ozono. En aquella oportunidad la Corte Constitucional Colombiana hizo mención a la relación entre el derecho al medio ambiente sano, la salud y la vida:

“Los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”

Asimismo en la sentencia ***Sentencia T-760/07*** se hizo mención a la Constitución ecológica cuando la Corte tuvo que analizar una acción popular presentada por José Humberto Espina en representación de su esposa, María Delfina Castaño de Ospina contra la Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS.

Los hechos del caso se circunscriben al decomiso de una lora que era la mascota de la demandante por CORPOCALDAS en razón de que este animal se encontraba exhibida y se trataba de una especie protegida. Resalta que como consecuencia de lo anterior su esposa, quien en la actualidad tiene 64 años de edad, se deprimió a tal punto que tuvo que remitirse a la Clínica FAME. Explica que ella vive sola, pues él trabaja durante todo el día, y su única compañía era el animal, al que brindaba toda su atención y cuidado.

Como consecuencia se alega la presunta vulneración de los derechos a la salud, integridad personal, dignidad humana y vida. CORPOCALDAS responde que el Estado ostenta la potestad de señalar cuáles son las políticas y directrices que rigen el aprovechamiento de la fauna silvestre y que a la luz de esa premisa no se encuentra permitida la tenencia de la especie animal requerida por la demandante.

Para llegar a una decisión, la Corte analiza los alcances del derecho de propiedad manifestando que se ha producido una “ecologización” de la propiedad privada, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible.

Concluye que el ave que le fue decomisada a doña María Delfina forma parte del grupo de animales silvestres a los cuales por encima del lucro o interés personal prima el interés colectivo a un medio ambiente sano y frente a los cuales la Constitución y la ley sí han establecido un conjunto de requisitos y prohibiciones que condicionan su acceso y aprovechamiento. Al no cumplir la tenencia del ave con las condiciones de legalidad exigidas, esta facultaba a la Corporación para efectuar el decomiso. Por otro tampoco se configura una injerencia ilegítima injustificada o desproporcionada de los derechos invocados, sino que además reviste carácter de necesario e imperioso.²². Finalmente la Corte no pasa por alto que una vez efectuado el decomiso y conforme a los protocolos establecidos por el Ministerio del Medio Ambiente, la Corporación Autónoma inició los procedimientos de adaptación necesarios para asegurar que el animal pudiera volver a su entorno natural. Motivos por los cuales se declara infundado el recurso.

Puede observarse que en el Estado Colombiano existe un notable avance en la protección del medio ambiente, incluyéndose a la fauna silvestre como un fin legítimo para la restricción de derechos fundamentales. Asimismo se hace mención expresa a la ecologización de la propiedad privada como nuevo elemento a considerar en el análisis de las controversias.

Otro elemento de relevancia desarrollado por la Corte de Colombia es el que se refiere al “mínimo social de existencia”, en la sentencia **C 150/5** que analiza el proceso de revisión constitucional de la Ley 885 de 2004, por medio de la cual se aprueba el “Convenio Internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos y “ el Protocolo sobre cooperación, preparación y lucha contra los sucesos de contaminación por sustancias nocivas potencialmente peligrosas , la corte hace mención :

“El medio ambiente (Art. 78 C.P.) , es uno de los mecanismos mínimos de existencia del ser humano. Es por intermedio de este que los seres humanos desarrollan su vida en condiciones dignas (Art. 11 C.P.) Así entonces, surge de nuestra Constitución el *bien jurídico ambiental* como derecho protegido por el Estado Colombiano, también llamado *Constitución Ecológica*”

En la sentencia **T-299/08**, la Corte de Colombia declaró fundada la Acción de tutela interpuesta por Luis Hernando Ospina y Marleny Rodríguez Hortúa, en nombre propio, y en representación de sus tres hijos menores de edad, en contra de Codensa S.A con el fin de obtener protección de su derecho a un medio ambiente sano, en conexidad con los derechos a la salud, integridad física y vida, en razón del principio precautorio. Para un mayor entendimiento del caso, describiremos brevemente los hechos.

El grupo familiar vivía en un departamento ubicado en la parte superior de un cuarto especial del primer piso en el cual se encontraba una subestación eléctrica a cargo de

²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760/07, numeral 5.1.2.

Codensa S.A razón por la cual en la cocina de la vivienda, era posible sentir una descarga eléctrica. La presencia de los transformadores eléctricos constituye un riesgo para la salud e integridad física de los habitantes de la casa dado el peligro de que estallen. Asimismo la cercanía de estos a los canales de gas, podría generar una tragedia en caso de que estallen.

La empresa demandada contesta la demanda aduciendo que no es posible que las ondas electromagnéticas generen un supuesto daño irreparable a las presuntas víctimas. Como puede observarse en este punto constituye un argumento factible de análisis la relación de la causalidad entre el acto y el supuesto daño.

La Ratio decidendi de la sentencia analiza el principio de precaución y sus manifestaciones, considera que existe una disyuntiva que debe tratarse cuando determinada controversia deba resolverse en base a este principio. Por un lado si bien las decisiones públicas adoptadas dentro del marco de la *certeza científica* serán siempre responsables, y resultarán beneficiosas para la iniciativa privada una defensa absoluta de este interés puede retardar la protección de derechos constitucionales, al punto de hacerla deficiente. No obstante, la intervención de las autoridades en ausencia de certeza científica implicaría un estancamiento de la actividad privada.²³

Es por ello que se reconocen supuestos básicos de aplicación en el ámbito administrativo (i) que exista el peligro de la ocurrencia de un daño; que éste sea irreversible; que exista un principio de certeza sobre el peligro, así no exista una prueba absoluta del mismo; que la decisión que la autoridad adopte se encamine a impedir la degradación del medio ambiente; y que el acto sea motivado y excepcional.

En este sentido, la “adopción de medidas”, debe inscribirse en el marco del *principio de proporcionalidad*. Es decir, las decisiones deben ser idóneas para la protección del medio ambiente y la salud; necesarias, en el sentido de que no se disponga de medidas que causen una menor interferencia; y los beneficios obtenidos de su aplicación, deben superar los costos de la intervención.

La importancia de este fallo radica en un punto al cual ya hemos hecho mención anteriormente, la necesidad de probar la conexidad entre el hecho lesivo y la afectación del derecho de una persona. En el caso analizado por la corte colombiana, se concluyó que no resultaba determinable la afectación de la salud de los demandantes a raíz de las ondas electromagnéticas. No obstante, se dejó en evidencia la amenaza cierta e inminente de incendio. Motivo por el cual se ordenó la adopción de medidas que reduzcan el riesgo palpable.

²³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-299-08 - El *principio de precaución* como criterio hermenéutico para establecer la necesidad de proteger el medio ambiente ante amenazas graves, que no han sido científicamente comprobadas. 3.1.

b) Brasil

En primer lugar cabe hacer una breve explicación de la organización jurídica del estado de Brasil. Esta se encuentra compuesta por siete órganos reconocidos constitucionalmente: el Supremo Tribunal Federal, el Consejo Nacional de Justicia, el Tribunal Superior de Justicia, los Tribunales Regionales Federales y los Jueces Federales, los Tribunales y Jueces de Trabajo, los Tribunales y Jueces Electorales, los Tribunales y Jueces Estaduales, los Tribunales y Jueces, Tribunales y Jueces Militares. Siendo el de mayor relevancia en materia ambiental el Tribunal Superior de Justicia. Para pronunciarse sobre la materia puede deberse hacerlo al amparo del art. 225 de la Constitución que refiere:

“[...] todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.”²⁴

De la lectura del texto puede observarse la obligación de los órganos estatales de justicia de tutelar las pretensiones referidas a supuestas vulneraciones del medio ambiente. Esto adquiere un matiz aún más resaltante en razón de las características especiales que reviste el ecosistema brasileño. La existencia de una selva amazónica que ocupa casi la mitad del territorio, convirtiéndose en una de las mayores reservas tropicales del mundo. Resulta factible afirmar que uno de los pilares en los cuales se sustenta la jurisprudencia de Brasil es el fundamento ecológico de la propiedad. Tal noción implica que la interpretación de las normas jurídicas deberá hacerse teniendo en cuenta no solo los derechos de los titulares que existen, sino que deberá incluirse a las generaciones venideras.

Tal consideración podemos encontrarla en la sentencia del recurso especial 948.921²⁵, el razonamiento en este fallo analiza la pretensión de la parte recurrente de que no se le aplique las normas del Código Forestal sobre reforestación de cobertura rocosa en un terreno que compró, pese a que dicho terreno se encontraba calificado como aérea de protección permanente. El argumento expuesto por el recurrente considera que no se le puede otorgar una finalidad distinta a una zona que históricamente había estado destinada a la explotación de caña de azúcar. El tribunal sostiene que

“Décadas de uso ilícito de la propiedad no dan salvoconducto al propietario o poseedor para que continúe ejecutando actos prohibidos o tornan legales prácticas prohibidas por el legislador, sobre todo en el ámbito de los derechos indisponibles, que todos

²⁴ Constitución de Brasil de 1988, art.225 (cursiva es nuestra).

²⁵ Precedentes Ambientales Recientes del Tribunal Superior de Justicia de Brasil: Una jurisprudencia de Principios. Por Jorge Aranda Ortega

aprovechan, incluso generaciones futuras, como es el caso de la protección del medio ambiente.”²⁶

Es así que las áreas de protección y las reservas legales concretan la función ecológica de la propiedad, por tal motivo constituyen límites del derecho de propiedad y posesión, a favor de la colectividad y las generaciones futuras. Puede además considerarse que la flora y fauna silvestre son bienes de interés común a todos los ciudadanos de un país. Como consecuencia de la función ecológica de la propiedad se desarrolla el principio de solidaridad intergeneracional, que impone la obligación de considerar no solo a los sujetos que existen y que se benefician del medio ambiente, sino también a las futuras generaciones que tienen el derecho de gozar de un medio ambiente en óptimas condiciones. Es así que una observación detenida de los principios desarrollados permiten encontrar cierta similitud con la jurisprudencia desarrollada por nuestro Tribunal Constitucional, como muestra de ello el carácter intergeneracional del derecho al medio ambiente.

3. Protección de la vida silvestre

En este apartado el Tribunal es relevante denotar el desarrollo del principio de integridad, el que implica que la protección no se circunscribe a una sola especie o grupo en amenaza, sino que debe procurarse una protección integral, al ecosistema por completo.

En el recurso especial 650.728²⁷ se analiza de forma sistemática el recurso interpuesto por la parte recurrente que vertió residuos en un manglar de forma ilícita, en dicho caso el Tribunal se refirió a la importancia de la protección de los manglares. En primer lugar se hace mención que los manglares de por sí, han sido considerados como focos infecciosos y que su destrucción no constituía un acto reprochable *prima facie*. No obstante con la evolución del conocimiento científico y la postura ética del ser humano frente a la naturaleza actualmente se reconocen distintas funciones a los manglares: ecológicas, como lecho marino, hábitat de desenvolvimiento de distintas especies; económicas, fuente de actividades tradicionales como la pesca y sociales, como ambiente tradicional de poblaciones que subsisten de la pesca de crustáceos, moluscos y peces.

Como puede vislumbrarse existe una percepción unitaria de la vida silvestre, considerando la interacción entre sus distintos componentes y de los servicios ambientales que se obtienen de su explotación. Ampliando de esta forma la perspectiva restrictiva de protección a especies de forma individualizada por una noción extensiva e integradora.

a) Argentina

- Caso Matanza Riachuelo

²⁶ Tribunal Superior de Justicia de Brasil. Recurso Especial 948.921 de 2005 .p.10

²⁷ Tribunal Superior de Justicia de Brasil. Recursos Especial 650.728 de 2003

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina analiza la demanda interpuesta por Beatriz Mendoza y otros contra el Gobierno de Buenos Aires y 44 empresas que desarrollan su actividad en los linderos de la cuenca Matanza Riachuelo, con la finalidad de obtener una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la presunta contaminación ambiental de dicha cuenca. Dirigen su pretensión conjuntamente contra todos estos codemandados, por no haber cumplido con las disposiciones ambientales vigentes, además por no ejercer sus facultades de control ni implementar políticas preventivas e idóneas. Asimismo refieren que las empresas que desarrollan su actividad en los linderos de la cuenca, vierten residuos sólidos de forma indiscriminada, no han construido plantas de tratamiento, ni adoptados sistemas que reduzcan el porcentaje de daños.

La Corte Argentina en primer lugar analiza la competencia de su fuero para conocer de las pretensiones de la parte recurrente, cuestión que no reviste mayor relevancia para nuestro estudio. En segundo lugar, una vez concluido que es competente para conocer la tutela de derechos desde la perspectiva colectiva refiere que:

“la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o la degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales”.

Es así que la Corte dicta una sentencia que contiene una condena general, que recae sobre la autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo y por otro lado establece un sistema de pautas de ejecución de sentencia mediante un microsistema de control institucional, que no son otras que los criterios para que cumpla con la finalidad del fallo. Esta sentencia demuestra la importancia institucional que reviste el fallo de la Corte Argentina, porque ordena al poder ejecutivo la adopción de Programas de Saneamiento de la Cuenca, obligaciones de información e inspección de procesos, así como planes de auditoría, entre otros.

I. Pronunciamientos de organismos internacionales

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el Sistema Interamericano, la defensa indirecta del medio ambiente ha estado íntimamente relacionada con los derechos de los pueblos indígenas. Como ya se ha hecho mención con anterioridad en la actualidad la tutela de un derecho subjetivo al medio ambiente en la región, requiere de su vinculación a otros derechos que puedan ser materia de tutela directa. Es por ello que el ejercicio de creatividad del defensor del medio ambiente

adquiere un carácter de primer orden para lograr generar jurisprudencia que delimite los las obligaciones de los Estados que se derivan del contenido de este derecho. No obstante esta dificultad, puede afirmarse que existe un avance notable en relación a los pronunciamientos de la Corte Interamericano de Derechos Humanos. A continuación se hará mención a los fallos más relevantes en la materia.

a) Propiedad Comunitaria

El primer gran reto de la Corte fue garantizar los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio. El caso de la Comunidad Mayagna fue el primero relativo al derecho de propiedad comunal sobre la tierra ancestral de miembros de comunidades indígenas, y se convirtió en el *leading case* de la jurisprudencia de la Corte IDH²⁸. En aquella oportunidad la corte analizó las concesiones de explotación maderera a una empresa privada en territorio de la comunidad sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para efectuar las respectivas reclamaciones. Es así que solicita entre otros, la violación del artículo 21 (Propiedad Privada) de la Convención Americana de Derechos Humanos, alegando que no ha existido una demarcación de sus tierras y recursos.

En el análisis de la corte, esta refiere que a través de una interpretación evolutiva del artículo 21, es decir entendiendo a la Convención como un instrumento vivo, efectúa una interpretación amplia de la disposición, entendiendo que: “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”²⁹

Consecuentemente hace mención a la calidad especial que reviste la propiedad comunal respecto a otros tipos de propiedad, al pertenecer esta no a un sujeto, sino a un grupo en abstracto. La relación entre las comunidades indígenas y las tierras, no es un mero nexo de posesión, sino que además constituye un elemento espiritual y cultural, que deber ser preservado para la presente y futuras generaciones. Si bien en Nicaragua se reconocía el derecho a la propiedad comunal, este no contaba con el procedimiento que permitiese hacerlo efectivo. No obstante la posesión de la tierra es elemento suficiente para que las comunidades que no tengan un título real de propiedad puedan acceder a uno.

A pesar de lo expuesto, el derecho a una propiedad comunal no resulta absoluto, sino que podría ser restringido en base a ciertos criterios a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo

²⁸ Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la configuración del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Por Mauricio Iván del Toro, profesor de la facultad de Derecho de la UNAM.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua. Párrafo 148.

legítimo en una sociedad democrática³⁰. Adicionalmente se deberá analizar que esta restricción implique una denegación de su subsistencia como pueblo³¹

Es así que concluye que el Estado ha otorgado arbitraria e ilegítimamente en concesión zonas que podrían ser materia de demarcación total o parcial favor de la Comunidad, desconociendo de esta forma sus obligaciones internacionales. Como consecuencia de ello declara la violación de la propiedad privada de la comunidad por el Estado de Nicaragua.

Como se ha podido advertir, si bien no se ha declarado una violación del derecho al medio ambiente, se reconoce la importancia cultural de las tierras comunales, como elemento de la cosmovisión de la comunidad indígena, permitiendo de esta forma la preservación indirecta del medio ambiente.

b) Recursos Naturales

El derecho a la propiedad comunal se extiende a los recursos naturales que se puedan obtener de ellas. Los asuntos contenciosos contra Paraguay como Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek guardan relación con reclamos de reavivación territorial de comunidades que fueron despojadas de sus territorio por la privatización de territorio chaco y la ocupación de sus tierras, situación que acarreo el empobrecimiento de las comunidades.

Una cuestión resulta necesario destacar, cuando se hace referencia a la titularidad sobre los recursos naturales, se menciona que se trata de los recursos que “tradicionalmente” han explotado las comunidades como fuente de subsistencia. La privación de tales recursos pondría en riesgo su existencia a nivel económica, social y cultural³².

Las afectaciones a los recursos pueden ser directas o indirectas, en el caso Saramaka respecto a la explotación del oro la corte observó que este recurso no tenía una utilización tradicional por parte de los miembros de la comunidad, sin embargo su extracción afectaría otros recursos que si revestían carácter de tradicional como el agua, bosques y frutos³³. Lo expuesto no implica que los Estados no puedan efectuar concesiones para la extracción de recursos naturales, sino que estos deberán cumplir con ciertos requisitos que serán explicados a continuación.

c) Derecho a la consulta previa y las medidas para obtener el consentimiento de las comunidades

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay Párrafo 144.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam párr. 128 y 129.

³² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yakye Axa, párr. 137 y Sawhoyamaxa, párr. 118 y 121.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Saramaka, párrafo párr. 155.

El fin de la consulta debe ser la participación efectiva de la comunidad, la cual deberá comprender determinadas características: i) de buena fe y con el fin de llegar a un acuerdo; ii) conforme a las propias costumbres y tradiciones de la comunidad y métodos tradicionales para la toma de decisiones; iii) en las primeras etapas del proyecto en cuestión, y iv) previa entrega de toda la información relevante, y posibles riesgos³⁴. Siendo el pueblo quien debe elegir quienes lo representaran en el proceso.

Como podrá observarse encontramos un mecanismo de tutela no solo de los derechos de la comunidad indígena, sino también del medio ambiente en el que se desenvuelven. Este avance es tan significativo que se ha llegado a afirmar que la obtención de del consentimiento en proyectos a gran escala, que impliquen pro ejemplo traslado de la comunidad, es una exigencia obligatoria.

d) Compartir los beneficios

Este punto implica que la comunidad tiene el derecho a ser partícipe de los beneficios que se generen de la explotación de los recursos, como si de una indemnización justa se tratase.

e) Elaboración de estudios de impacto ambiental

La autoridad estatal se encuentra en la obligación de supervisar o realizar mediante instituciones imparciales y transparentes estudios técnicos de impacto social y ambiental con al finalidad de que los proyectos afecten en la menor medida los derechos de las comunidades. La corte indicó que estos estudios deberán realizarse acorde a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto. El criterio de mayor relevancia para el análisis del impacto ambiental es el grado de afectación de la capacidad de los miembros de la comunidad a sobrevivir como pueblo. En el caso Saramaka la Corte concluyó que no sólo se había dejado a los integrantes del pueblo Saramaka un “legado de destrucción ambiental, privación de los recursos de subsistencia y problemas espirituales y sociales”, sino que además “no [había] recibido ningún beneficio de las operaciones madereras que se encuentran en su territorio³⁵

Los criterios que han sido expuestos forman parte del derecho a la propiedad comunal o colectiva, derecho que ha permitido vincular indirectamente al medio ambiente y procurar su protección. No obstante no ha sido este el único medio por el cual se ha hecho una defensa indirecta, sino que también ha existido pronunciamiento que guarda relación con la vida digna.

f) Vida digna

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Saramaka, párrafo. 133.

³⁵ Ídem párrafo 153.

Una interpretación al amparo del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos ha permitido entender que el derecho a la vida no implica solo la prohibición de ser privado de la vida arbitrariamente, sino que se extiende también a la no generación de condiciones que impidan el acceso a una existencia digna. Esta obligación se vuelve aún más imperativa cuando se trata de grupos vulnerables, como las comunidades indígenas.

En los casos mencionados anteriormente, la privación de las tierras, de los recursos naturales de forma arbitraria e ilegítima había generado condiciones de miseria en la comunidad, amenazando la subsistencia sus miembros y de las futuras generaciones, produciendo de esta forma no solo una violación vertical y actual de derechos humanos, sino también una amenaza sentido horizontal y futura.

En el caso Sawhoyamaya, la Corte especificó que para encontrar responsabilidad del Estado por riesgo de vida, debía éste al momento de los hechos saber sobre la existencia de una situación de riesgo real e inminente para la vida y no había tomado las medidas para prevenirlo.³⁶ La verdadera expresión de vida digna respecto a las comunidades indígenas se concreta entonces en el auto - sostenibilidad, es decir aún si el estado adopta medidas, estas deberán asegurar que las comunidades no dependan exclusivamente de los recursos estatales.

Los casos mencionados con anterioridad son una pequeña muestra del desarrollo de la jurisprudencia en materia de pueblos indígenas, que es importante tener en cuenta que en virtud de la cuarta disposición final y transitoria de nuestra constitución³⁷ reconoce que esta debe ser interpretada de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos lo que abarca también al medio ambiente que, aun cuando no sea susceptible de manera directa, podrá lograrse mediante la vinculación indirecta o interpretación evolutiva el análisis de Corte Interamericana de Derechos Humanos asuntos relevantes que puedan generar con el pasar de los años criterios que resulten aplicables internamente mediante el control de Convencionalidad. En otras palabras, El poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea el poder judicial debe tener en cuenta no solo el tratado, sino la interpretación que del mismo ha hecho la Corte.³⁸

2) Corte Internacional de Justicia

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Sawhoyamaya, párr. 155.

³⁷ A lo cual cabe agregar que, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú. (Caso Manuel Anicama. Exp°1417-2005 – AA, fundamento 7.)

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, párr. 124.

En la jurisprudencia de la Corte Internacional de justicia se han presentado algunos casos relacionados al medio ambiente. Cabe mencionar que esta corte conoce de controversias entre estados y no particulares, por lo que sus pronunciamientos podrían resultar lejanos para la práctica jurídica. No obstante nos permite darnos cuenta de la importancia que reviste el derecho al medio ambiente, ya no en su faceta individual, sino colectiva, desde el plano supraestatal.

En el Caso relativo a los Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda vs Francia)³⁹ de 20 de Diciembre de 1974, la Corte concedió medidas provisionales a favor de la parte recurrente y ordenó a Francia suspender inmediatamente las pruebas en los archipiélagos. No obstante en esta oportunidad no existió un análisis sobre el fondo, en virtud de las declaraciones de las autoridades francesas en las que se comprometían a detener los ensayos nucleares, la corte consideró que ya no existía controversia que analizar, habiéndose cumplido con la pretensión de Nueva Zelanda.

En otro fallo relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, entre Hungría y Eslovaquia que fue resuelto en 1997, que suspendió la construcción de represas en el río Danubio. La Corte ordenó a estos o países a celebrar un tratado en el que se incluyeren principios ambientales como el de prevención y evaluación de impacto ambiental. La Corte consideró que

“el concepto de desarrollo sustentable traduce bien la necesidad de conciliar desarrollo económico y medio ambiente, agregó que son las partes mismas que común acuerdo una solución que tenga en cuenta los objetivos del contrato”⁴⁰

En la última década, en el año 2006 la Corte analizó el Caso de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay)⁴¹, rechazó la solicitud del estado argentino de suspender las actividades de la planta de celulosa en las riberas del Río Uruguay. Por un lado Uruguay reivindica su derecho a recibir inversiones y a promover su desarrollo, denunciando que Argentina también tiene empresas contaminantes en la margen derecha del río. Por otro, Argentina se ha convertido en un Estado defensor acérrimo de las reglas medioambientales y no ha evitado que sus manifestantes hayan provocado cortes en las carreteras que han supuesto un perjuicio económico a su vecino oriental. El fallo de la Corte se sustenta en que no se pudo probar que la contaminación que se había producido en el Río Uruguay por el accionar de la Planta de Celulosa y no por factores ajenos, por lo que consideró que resultaba desproporcionado ordenar la paralización de las actividades de la papelera de celulosa.

³⁹ Los Actos Unilaterales de los Estados en Derecho Internacional: Los trabajos de Codificación en el Derecho Internacional. Por Nicolás Guerrero Peniche y Víctor Rodríguez Cedeño. pág. 197.

⁴⁰ Proyecto Gabčíkovo – Nagymaros (Hungría/Eslovaquia). Sentencia de la CIJ., pág. 78 parra. 140-

⁴¹ Corte Internacional de Justicia. Caso de las Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay. Sentencia del 20 de Abril del 2010.

3) Otros pronunciamientos

a) Caso Bernard Ominayak & The Lubicon Lake Band v Canadá

Los peticionarios, una comunidad indígena alega que el Estado los había privado de sus derechos al conceder la explotación de petróleo y gas en tierras pertenecientes a la comunidad. El comité entendió que la explotación de estos recursos constituía una amenaza al modo de vida y sistema cultural de la comunidad. En aplicación del Principio de Prevención, lo que significa que el Estado no interrumpe la actividad de la empresa, sino que impide el inicio de las actividades.

No puede dejar de mencionarse la existencia de otra vía de tutela del derecho al medio ambiente, en esta ocasión de forma directa mediante el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. Cabe destacar que los fallos del Comité no tienen naturaleza vinculante, sin embargo la importancia política que conllevan puede convertirse en un eficiente instrumento social para aquellas personas interesadas en su protección.

IV. Propuesta para el litigio de casos relacionados al medio ambiente

En el Perú existen distintos mecanismos de tutela del medio ambiente, tanto en el derecho penal, como en el derecho constitucional. Asimismo existen organismos administrativos de fiscalización y supervisión como la OEFA que garantiza que las actividades económicas en el Perú se desarrollen en equilibrio con el derecho de las personas a gozar de un medio ambiente sano. Estos mecanismos de tutela tienen como finalidad la consecución de la Justicia Ambiental que conlleva implícitamente un renovado derecho al acceso a la justicia ambiental. En el presente apartado se intentará dar un alcance de las características, ventajas y deficiencias de estos mecanismos con la finalidad de que se opte por la más adecuada según el caso que sea materia de análisis.

a) Desde el plano de las Garantías Constitucionales.

En primer lugar en nuestra Constitución se encuentra reconocido el derecho al medio ambiente sano y equilibrado que guarda concordancia con otras disposiciones en el cuerpo constitucional como la obligación promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas, el desarrollo sostenible de la Amazonía, entre otros. Asimismo la Carta Magna otorga facultades al Ministerio Público de la Nación para la defensa de los intereses difusos de la población.

El Código procesal constitucional al elaborar los alcances y limitaciones del proceso de amparo, reconoce al medio ambiente como un derecho que puede ser tutelado a iniciativa de cualquier persona o entidad sin fin de lucro. Este proceso se sustenta en la necesidad inmediata de prevenir o evitar la ocurrencia de daños ambientales que por su naturaleza son en muchos casos irreparables y de gran magnitud.

Para demandar vía proceso de amparo, se requiere el agotamiento de las vías previas. Sin embargo, en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa, se deberá optar por dar trámite a la demanda de amparo. En vista de su carácter excepcional y urgente, existen excepciones al agotamiento de las vías, las cuales se aplican: a. Si una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida. b. Si por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable. c. Si la vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado. d. Si no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

Entonces nos encontramos con uno de los mecanismos más utilizados para la defensa del medio ambiente, en más de una ocasión el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, desarrollando de esta forma una vasta jurisprudencia al respecto.

Por otro lado la defensa del medio ambiente, específicamente el derecho a la información sobre el medio ambiente también es tutelable al amparo del proceso de Habeas Data. Este derecho está debidamente regulado en materia ambiental. En efecto, el artículo II del título preliminar de la ley general del ambiente (LGA), reconoce el derecho de toda persona a acceder adecuada y oportunamente a la información pública sobre las políticas, normas, medidas, obras y actividades que pudieran afectar, directa o indirectamente, el ambiente, sin necesidad de invocar justificación o interés. Asimismo, toda persona tiene el deber de proporcionar adecuada y oportunamente a las autoridades la información que estas requieran para una efectiva gestión ambiental, conforme a ley.

Cabe mencionar que recursos como la acción de inconstitucionalidad, también resultan útiles para la declaración de inconstitucionalidad de alguna norma que pueda afectar el derecho al medio ambiente de forma desproporcional e ilegítima. Esta última noción considero que adquiere especial relevancia en materia de procesos constitucionales. El análisis de la supuesta afectación mediante un test de proporcionalidad debe ser el primer paso, no solo del abogado que desea iniciar un proceso judicial, sino también del juez que va a resolver una controversia en el que el desarrollo económico se encuentre en conflicto con el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado.

Ante esta situación deberá analizarse en primer lugar el origen de la restricción, si proviene del estado o de un particular, en caso que se tratase de un particular el examen a aplicar será el de ponderación y no el de proporcionalidad. Contrario sensu, si se trata de una restricción

proveniente del estado, esta deberá perseguir un fin legítimo, si esto es así, se continuará con los siguientes tres elementos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Se analizará el primero partiendo de la premisa de si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada para la finalidad o fin legítimo que se busca optimizar. En segundo lugar, deberá analizarse si la medida restrictiva es la menos restrictiva, es decir deberá considerarse otros medios alternativos ficticios que hubiesen permitido alcanzar el mismo fin.⁴² Por último deberá analizarse la proporcionalidad en sentido estricto lo que implica que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental. Este examen de proporcionalidad constituye una herramienta de gran utilidad para el hombre de derecho, al convertirse en un instrumento de defensa, fortaleciendo así las posiciones jurídicas que se buscan hacer valer ante el órgano jurisdiccional.

A pesar de lo expuesto, uno de las mayores debilidades de los proceso de tutela de derechos es el incumplimiento de las sentencias mediante las cuales se establece un mandato específico. Es por ello que el código Procesal Constitucional en el artículo 22 le otorga la posibilidad de imponer medidas coercitivas de multa y destitución para lograr el cumplimiento oportuno del mandato.

b) Desde el plano del Derecho Penal

Nuestro Código penal tipifica distintos supuestos de criminalidad que pueden atentar contra el bien jurídica medio ambiente, bien que posee características distintas a la de los otros supuestos penales, al tener una naturaleza colectiva. Estos delitos pueden ser cometidos comúnmente por cualquier persona mediante el acto de contaminar ya sea por emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en las atmósfera, el suelo, el subsuelo, entre otros. El elemento de mayor importancia considero es el nexo de causalidad entre el acto lesivo y el supuesto daño o la supuesta puesta en amenaza del bien jurídico.

Este mecanismo de protección requiere de la existencia de fiscalías ambientales especializadas, que cuente con el equipo técnico suficiente para reconocer un acto que pueda ser susceptible de análisis en la vía penal.

Si bien la iniciativa penal puede ser satisfactoria en algunos casos esta no podrá encontrarse desligada de las otras ramas del derecho, como el constitucional o administrativo, ya sea con el apoyo del Ministerio de Ambiente y órganos administrativos de fiscalización.

⁴² Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 0048-2004-PI/TC.

c) Organización de Evaluación y Fiscalización Ambiental

El organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, es una institución pública, técnica y especializada, adscrita al Ministerio del Ambiente, como ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental tiene la responsabilidad de verificar el cumplimiento de la legislación ambiental por todas las personas naturales y jurídicas. Asimismo, supervisa que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control, potestad sancionadora y aplicación de incentivos en materia ambiental, sea realizada por las diversas entidades del Estado de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente. Forma parte de su competencia las actividades de minería, industria, pesquería y energía. La protección del medio ambiente requiere de la participación de la ciudadanía o de las personas jurídicas, de formas individual o colectiva, es por ello que se creó el Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales – SINADA para que estos puedan alertar o denunciar cuando se produzca algún daño.

En la actualidad existen críticas a este organismo por quienes consideran que su facultad sancionadora a través de multas resulta arbitraria y subjetiva, desalentando de esta forma la inversión económica. No obstante, no puede negarse su contribución a la defensa del medio ambiente, como un mecanismo alternativo de tutela.

Finalmente, en el presente trabajo se ha intentando esbozar, no sin dificultad el complejo ejercicio jurídico de tutela del derecho al medio ambiente. Si bien es cierto han existido grandes avances en la materia, tanto a nivel jurisprudencial como legal mediante el intento de generar instrumento internacionales que tengan fuerzas vinculantes para los Estados que lo suscriban, y de esta forma otorgarle un alto grado de exigibilidad a las obligaciones ambientales. No es menso cierto que el rol del abogado en este proceso se convierte en un pilar fundamental, mediante el uso adecuado de las herramientas que ya posee y de los mecanismos que el ordenamiento jurídico le brinda. El ejercicio creativo para la protección del medio ambiente demanda el conocimiento de los criterios jurisprudenciales que se han adoptado en el ámbito internacional y de los argumentos que han sido esgrimidos en tribunales externos, con la finalidad de adoptarlos y adecuarlos a nuestras pretensiones. Doctrinariamente el derecho al medio ambiente ha sido considerado como un derecho de tercera generación, concepción que puede llevar a confusión respecto a su importancia, sin embargo puede afirmarse que tiene el mismo grado de relevancia que otros derechos, más aún así reviste un carácter especial como requisito sine qua non para la existencia de la humanidad.