



JUSTICIA AMBIENTAL

Revista Peruana Especializada en la Protección Jurídica del Ambiente del Poder Judicial

Vol. 3, n.º 3, enero-junio, 2023, 15-49

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2810-8353 (En línea)

DOI: 10.35292/justiciaambiental.v3i3.755

El derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado como un derecho imponderable

The fundamental right to enjoy a balanced and adequate environment as an imponderable right

O direito fundamental de usufruir de um ambiente equilibrado e adequado como um direito imponderável

DANN ALEXANDER CORAJE ÁGUILA

Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales

(Lima, Perú)

contacto: dcoraje@minam.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0004-6770-8449>

RESUMEN

El presente artículo versa sobre la demostración de la imposibilidad del empleo del método de la ponderación en los casos paradigmáticos conocidos por el Tribunal Constitucional peruano para resolver los conflictos entre el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida de la persona y otros derechos fundamentales, valores o principios que están asociados a estos. Se advierte la necesidad de recurrir a otras alternativas de aplicación o análisis a la luz de la teoría normativa e interpretativa vigente, a fin de promover o tratar de garantizar la tutela de aquel derecho fundamental.

Palabras clave: derecho fundamental a gozar de un ambiente; ponderación; caso paradigmático.

ABSTRACT

This article deals with the demonstration of the impossibility of using the method of weighting in the paradigmatic cases known by the Peruvian Constitutional Court to resolve conflicts between the fundamental right to enjoy a balanced and adequate environment for the development of the life of the person and other fundamental rights, values or principles that are associated with these. There is a need to resort to other alternatives of application or analysis in the light of the current normative and interpretative theory, in order to promote or try to guarantee the protection of that fundamental right.

Key words: fundamental right to enjoy an environment; weighting; paradigmatic case.

RESUMO

Este artigo trata da demonstração da impossibilidade de utilização do método de ponderação nos casos paradigmáticos conhecidos pela Corte Constitucional peruana para resolver conflitos entre o direito fundamental de gozar de um ambiente equilibrado e adequado para o desenvolvimento da vida da pessoa e outros direitos fundamentais, valores ou princípios que estão associados a estes. Há necessidade de recorrer a outras alternativas de aplicação ou análise à luz da teoria normativa e interpretativa vigente, a fim de promover ou tentar garantir a proteção daquele direito fundamental.

Palavras-chave: direito fundamental de fruição do meio ambiente; ponderação; caso paradigmático.

Recibido: 10/02/2023

Aceptado: 29/05/2023

Revisado: 22/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad es innegable la importancia del ambiente para la vida de las personas y su pleno desarrollo, preocupa su degradación por diversas actividades antropogénicas, hasta ilegales; consecuentemente, su cuidado y su tutela, desde las diversas ciencias, es de pleno interés. Su tutela en el plano jurídico peruano se despliega a partir de la consagración de un derecho fundamental hasta un extenso desarrollo legal a fin de orientar las relaciones entre personas, sociedad y Estado frente al ambiente. De ahí que sus controversias en vía constitucional no se hicieron esperar, y aparecieron casos paradigmáticos que resueltos vía ponderación constituyen un trasfondo de criterios tácitos que son compartidos parcialmente en la comunidad.

La ponderación, propuesta por Robert Alexy como máximo exponente y modelo más recurrido en Latinoamérica, es un procedimiento argumentativo para resolver derechos o principios en conflicto, cuya racionalidad radica en su estructura; sin embargo, dadas las cualidades del derecho fundamental en estudio, no permitirían su plena aplicación, y promoverían la subjetividad del juzgador y la subsiguiente irracionalidad de sus resoluciones. Ello no garantizaría su uniformidad y su predictibilidad, problemática que pone en riesgo la debida tutela del derecho fundamental en estudio y demás derechos. De lo cual surgirán las siguientes interrogantes: ¿cuál es la utilidad del método de la ponderación para resolver tales casos?, y ¿cómo deberán resolverse estos?

Ante tales interrogantes se puede proponer como hipótesis que el derecho fundamental a gozar de un ambiente es imponderable, lo cual no significa que sea absoluto, sino que su aplicación requiere de graduaciones acorde a sus cualidades. El objetivo será determinar estas cualidades a la luz de la teoría normativa e interpretativa vigente.

Sobre la base de estos lineamientos, la estructura del presente artículo se orienta en cuatro ejes temáticos. El primero es el relativo a los materiales y los métodos empleados, se estudia la ponderación, el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y la casuística relevante ante el Tribunal Constitucional peruano desde el método analítico, complementado por una convención interpretativa. Como segundo y tercer punto se presentarán los resultados obtenidos y su interpretación, que están orientados básicamente

a la imponderabilidad y la forma de aplicación del derecho fundamental en estudio. Por último, en el cuarto punto se presentarán nuestras conclusiones.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

El abordaje de las principales variables, como son la ponderación, el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida de la persona (en adelante derecho al ambiente), y la casuística relevante ante el Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC), se realizarán desde el método analítico, a fin de tener una senda o guía desde los efectos a las causas o partir desde lo general a lo específico. Consecuentemente, se identificarán la génesis de la racionalidad del método ponderativo, las cualidades del derecho fundamental en estudio y los criterios tácitos compartidos en las sentencias del TC.

Asimismo, para el análisis aplicativo del derecho al ambiente en su vocación normativa identificada se aplicarán las convenciones interpretativas y la metodología desde una visión postpositivista.

2.1. Aspectos generales y específicos de la ponderación

2.1.1. Estado de la cuestión de la ponderación

Estudiar la ponderación no es posible sin que se aborden los principios, que surgen de un amplio debate desde hace cinco décadas en los escenarios de la filosofía del derecho anglosajón respecto a la naturaleza de la norma jurídica. Debate personificado entre el no positivista Ronald Dworkin y el filósofo positivista H. L. A. Hart; el primero expresa que el derecho no es solamente un sistema compuesto por normas o reglas como alega este último. Sin embargo, esta versión positivista admite que distinguir reglas y principios solo sería una cuestión de grado a consecuencia de la existencia de normas con carácter casi o no concluyente de la norma (Hart, 1997, pp. 122-123). Por consiguiente, desde estas concepciones no habría mayor polémica si entendemos que toda norma jurídica casi siempre carece de caracteres concluyentes, o al menos que sean determinantes, por existir siempre alguna regla o algún principio superior. De ahí que la distinción solo sería de grado.

En esa línea de ideas, las normas con vocación de principios adquirieron preponderancia para describir el diseño de la normatividad constitucional. Grández (2013) menciona que «la relevancia del papel de los principios en los sistemas constitucionales, es seguramente uno de los mayores aportes de la filosofía y la teoría del Derecho contemporánea a la mejor comprensión de los actuales sistemas jurídicos» (p. 287). La presencia de los principios es innegable en los sistemas jurídicos debido a la amplitud de su contenido en el que generalmente surgen los derechos más esenciales llamados fundamentales.

Asimismo, el alcance y la articulación de los derechos fundamentales trae como efecto conflictos entre ellos, dado que no poseen carácter absoluto. También lejos de una visión normativista este conflictivismo, a decir de Landa Arroyo (2017), se manifiesta

dado el carácter social y relacional del ser humano —en la familia, la escuela, el trabajo, los negocios, la actividad política, etcétera—, los derechos fundamentales de una persona pueden, en determinadas circunstancias, entrar en conflicto con los derechos de otras personas. (p. 14)

En síntesis, ningún derecho es absoluto por presentar posibles conflictos y límites en sus similares. Existen diversas soluciones de estos conflictos propuestos por seguidores de los principios. Por su parte, los seguidores de los derechos basados en reglas, como la teoría garantista, proponen las soluciones en abstracto y la ponderación equitativa que tiene como base a las circunstancias singulares del hecho en cuestión (Ferrajoli, 2014, p. 283). Es decir, sea cual fuere la naturaleza de la norma (principio o regla) que contenga a los derechos fundamentales, se admite su ponderación y por ende su conflictivismo.

Dadas las posturas teóricas de la ponderación es aún discutible respecto a la opción teórica más adecuada en la práctica del razonamiento judicial, más aún si los propios seguidores del principialismo aseguran que presenta límites para dar cabida a la subjetividad en la fundamentación y la decisión del operador jurídico. Esta subjetividad se advierte en ciertos campos dentro del proceso ponderativo, como al momento de graduar «la afectación de

los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso» (Bernal, 2003, p. 238). Entonces, los propios principialistas admiten zonas de subjetividades en la ponderación.

Además de los límites de la ponderación, también se ha convenido que tanto en el modelo ponderativo estándar y equitativo se evita la ponderación en cierto modelo o naturaleza normativa a las que se denomina principios, en el sentido de directrices en cuyo ámbito el derecho solo contiene criterios de incorrección (Ruiz, 2014, p. 295). Es decir, existen estructuras normativas que no se someten al análisis ponderativo, sino que estas son encomendadas al fuero legislativo, bajo la regla de la mayoría, de que se otorgue mayor peso a uno u otro derecho o bien, como sanidad o educación, ambiente o desarrollo económico, entre otros.

Para entender esta última limitación, también es conveniente expresar la idea de norma o principio directriz en términos de Dworkin (1995): «al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad» (p. 72). Es decir, las directrices enunciarán un objetivo social o colectivo, y le corresponderá a los sistemas jurídicos realizar la adopción o darle prioridad a estos.

En esa línea de ideas, el estado de la cuestión de la ponderación como consecuencia de la distinción de reglas y principios, y método resolutivo ante conflictos entre derechos fundamentales con vocación de principio es admisible siempre y cuando se tengan en cuenta sus límites; sin embargo, la literatura jurídica reciente no brinda mayores haces de luces respecto a la ponderación de derechos fundamentales cuyas normas presentan vocación de directriz, o normas que contengan una vocación mixta, principio en sentido estricto y directriz.

2.1.2. Conceptos básicos de la ponderación

La ponderación desarrollada en el presente apartado será al hilo de la obra de Robert Alexy, la cual es considerada como un elemento central del principio de proporcionalidad, cuyo principio a consecuencia de la influencia europea

tiene gran aplicación en el derecho peruano (Barak, 2017, p. 375), al punto de considerarse un principio general del derecho. La ponderación es conocida como un procedimiento argumentativo (Atienza, 2019, p. 217), cuyo resultado argumentativo encuentra su racionalidad por el cumplimiento de ciertos pasos, subprincipios y estructuras.

En palabras de Alexy (2010), este subprincipio «se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas» (p. 460). Al ser un subprincipio, este plantea al menos un contenido o también la llamada ley de la ponderación. De acuerdo con Alexy (2012), esta ley consiste en lo siguiente: «Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro» (p. 30). Esta ley es denominada por el propio Alexy (2010) como «el núcleo de la ponderación» (p. 460), comprende tres instancias o escalones:

En el primer escalón se trata del grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios. A este sigue, en el siguiente escalón, la determinación de la importancia de la satisfacción del principio contrario. Por último, se determina, en el tercer nivel, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción o restricción del otro principio. (Alexy, 2012, p. 30)

Esta ley de la ponderación se asemeja a una suerte de medida proporcional en sentido inverso; o, si se quiere, desde una lógica aritmética: una relación inversamente proporcional, que para los fines ponderativos es determinar por qué se justifica el normal desenvolvimiento de un derecho en detrimento del otro.

2.1.3. La estructura de la ponderación como condición de su racionalidad

La ponderación tiene una serie de críticas, una de ellas la acusa de ser irracional. Sin embargo, la respuesta a estas críticas se da a través de la estructura de la ponderación. En palabras de Alexy (2010): «la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad» (p. 457). Respecto a su estructura, Bernal (2014) remarca que esta es denominada por Alexy como «estructura argumentativa

de la ponderación», la cual está constituida por la ley de la ponderación (que acabamos de ver en el apartado anterior), la fórmula del peso y la carga de la argumentación.

En el plano de la subsunción ubicamos los esquemas lógicos de la deducción, mientras que en el plano de la ponderación se encuentra la fórmula del peso, que en su forma más compresiva es un cociente. Al respecto:

En su versión completa, la fórmula del peso contiene, junto a las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión, ocasionadas por la medida que se enjuicia. (Alexy, 2010, p. 481)

La fórmula del peso, al estar expresada generalmente en un cociente, presentará dos principios acompañados cada uno con tres pares de factores. Esta solo podrá realizarse a consecuencia de la naturaleza del derecho fundamental y que sus factores acompañantes sean desiguales. En palabras de Alexy (2010):

De ahí se sigue que el empleo de escalas en el ámbito de los derechos fundamentales solo puede funcionar con escalas relativamente toscas. En definitiva, es la naturaleza del derecho, en este caso del derecho constitucional, la que establece límites al refinamiento de la gradación dentro de las escalas y excluye escalas completas de tipo infinitesimal. (p. 35)

En este sentido, la fórmula del peso tiene presencia solo cuando las normas a sopesar pueden expresarse en escalas toscas. Estas se clasifican en leve, medio o grave; tanto para la norma beneficiada como para la perjudicada. Dichas escalas son reunidas en dos grupos que conformarían los factores del cociente. Una de ellas comprende las normas no satisfechas o restringidas; la otra, las normas a satisfacer. Es decir, el análisis de la ponderación dependerá de la naturaleza del derecho a ponderar, que permitirá o no la gradación a escalas toscas.

Por otro lado, otra forma de viabilizar la fórmula del peso es en casos donde los principios presentan un modo de acumulación aditivo, lo cual rompería la lógica de examinarse separadamente cada intervención en un derecho fundamental y generaría un holismo de derecho fundamental o tener un peso equivalente al sistema completo de la constitución. Esta manera de abordar la ponderación acumulativa de principios se denomina la fórmula del peso extendida (Alexy, 2010, p. 490). En suma, la fórmula del peso exige la previa identificación de la naturaleza del derecho fundamental que se va a ponderar, así como su relación con los demás derechos.

Para el análisis de la fórmula del peso extendida es necesario interrogarse ¿qué es aquello que es acumulable aditivamente? La respuesta está condicionada a que los objetos o principios a ponderar deben ser siempre materialmente diferentes o heterogéneos, cualidad nada sencilla de identificar debido a ciertos principios que presentan relaciones complejas o intersecciones entre sí, como es el caso del principio que tiene como objeto bienes colectivos y a su vez derechos individuales. Al respecto Alexy (2010) expresa:

En consideración de las relaciones complejas entre los derechos individuales y los bienes colectivos siempre debe tenerse en cuenta la posibilidad de que exista una redundancia sustancial entre ellos. El mero hecho de que sean, por una parte derechos individuales y, por otra, bienes colectivos, los que entran en relación, no es por sí misma una garantía de heterogeneidad. (p. 492)

Por lo tanto, a fin de aplicar adecuadamente la fórmula del peso es necesario que el derecho fundamental muestre principios adecuables a escalas tocas; y para el caso de principios acumulados, que sean heterogéneos, lo cual implica analizar las relaciones complejas que puedan presentar con otros principios.

Asimismo, se tiene como último elemento de la estructura de la ponderación a la carga de la argumentación. Bernal Pulido (2003) refiere que esta opera cuando «existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos» (pp. 230-231). Este último elemento de la ponderación, de llegarse a

configurar, a decir del mencionado autor, constituiría un límite a su racionalidad. En conclusión, la ponderación en sí presentará ciertas cargas axiológicas que pueden dar pie a la subjetividad o línea ideológica del juzgador, puesto que pueden decantarse, por ejemplo, por el principio democrático o principio de igualdad o libertad jurídica.

2.1.4. Los principios objeto de ponderación

En una primera aproximación, expresamos que los principios o derechos fundamentales susceptibles de ser ponderados deberán permitir expresarse en escalas tocas y en caso de ser acumulativos deberán brindar la garantía de la heterogeneidad. Sin embargo, todo el modelo ponderativo de Robert Alexy recae a partir de la concepción que sostiene sobre los principios, cuya forma de aplicación solo es por la vía de la ponderación.

Estos principios presentan un contenido peculiar, denominado por Alexy (2012) como *prima facie*, lo cual implica que los principios sean «normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización» (p. 20). Esta idea de principio tiene por objeto a diversos derechos fundamentales individuales y bienes colectivos. Por ejemplo, los derechos de protección de la personalidad, el derecho al trabajo, el derecho a la vida y el derecho al ambiente.

Por último, en el pensamiento alexyano solo se admite la ponderación entre principios, debido a su cualidad de «mandato de optimización», es decir, solo será posible si se tiene un orden o prioridad débil o *prima facie* entre ambos tipos de principios (Alexy, 2010, p. 504), sin que exista alguna diferencia de pesos o preferencias sino en función del peso que el sistema normativo les otorgue. Por dichos motivos, la distinción entre principios no es de gran implicancia para este modelo ponderativo, debido a que su estructura no se altera para cualquier derecho y a causa del recurso de la fórmula del peso extendida, que posibilita ponderar principios heterogéneos en forma acumulativa.

2.1.5. Límites de la ponderación

En el apartado 2.1.3 se realizó un adelanto de uno de los límites a la ponderación alexyana, como es la carga de la argumentación al permitir la subjetividad del juzgador en los casos en que la fórmula del peso o resultado ponderativo termine en un empate o los pesos sean idénticos. No obstante, existen otros elementos de la ponderación que también presentan límites, como la ley de la ponderación y la imposibilidad de fijación del peso de algunos principios.

La ponderación alexyana muestra ciertos síntomas de limitación en casos donde las normas no se pueden expresar en escalas toscas para afianzar la ley de la ponderación. Es decir, existirán ciertos casos llamados difíciles donde no existen criterios objetivos para determinar los factores determinantes del peso, lo que significa que no hay opción de iniciar la fórmula del peso si no es posible superar o establecer la ley de ponderación. Serían ejemplo de ello los casos en los que estén en juego la libertad religiosa y la vida, dada la necesidad de practicar una transfusión sanguínea para salvaguardar la vida de personas vinculadas a ciertas creencias religiosas que lo prohíben. Para dichas personas, sería más importante vivir bajo el cumplimiento de la regla religiosa que vivir en la impureza o el pecado (Bernal, 2003, p. 233). Por tanto, solo la persona que practica la fe religiosa puede determinar la gravedad de la intervención de la libertad religiosa.

Los límites de la ponderación se cristalizan con la casuística y por la influencia de la Constitución. Operan sobre la norma que se va a ponderar e imposibilitan la ordenación o el refinamiento de la gradación de los principios, por lo que se sugiere que los principios puedan adscribirse a escalas toscas. Entonces la imposibilidad o la mera omisión de esta faltaría a la racionalidad de la decisión judicial como, analógicamente, la lógica deductiva faltase a la subsunción.

Aunado a ello, consideramos que existen ciertos principios en conflicto que no logran arribar a alguna ley de ponderación. Ello por no existir alguna forma de justificación que haga valedera la afectación de un principio, en aras de la satisfacción de otro principio. Es decir, no logra existir alguna forma de compensación como deber implícito hacia los titulares de los derechos en juego. Por ejemplo, el principio de la dignidad humana o quizás el derecho

a la vida. Este último es sumamente controversial en casos complejos como el aborto, la pena de muerte y la eutanasia, en los cuales el terreno de la ponderación o principio de proporcionalidad es variante en cada sistema jurídico y sus respectivas circunstancias fácticas.

2.2. Aspectos generales y específicos del derecho al ambiente

2.2.1. Principales hitos normativos del derecho al ambiente

La trascendencia del derecho al ambiente se plasma en una evolución generacional, influenciada por factores políticos, económicos y éticos, denominados derechos de tercera generación. Pérez Luño (1991) afirma:

Si la libertad fue el valor guía de los derechos de primera generación, como lo fue la igualdad para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de tercera generación tienen como principal valor de referencia a la solidaridad. (p. 210)

Este devenir generacional se consolida por diversos hitos normativos, rescatando su importancia y su categoría normativa.

2.2.1.1. Principales instrumentos normativos nacionales

En el sistema jurídico peruano se tiene como primer hito normativo a la Constitución de 1979, que prescribe en su artículo 123 al derecho al ambiente, y precisa como condiciones que este debe ser saludable, equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, cuya preservación compete a todas las personas y de manera particular le concierne al Estado realizar actividades de control y prevención de la contaminación del ambiente.

La regulación constitucional actual del derecho al ambiente se encuentra diversificada en los títulos I y III de la Constitución Política peruana vigente, tal como se determina en el artículo 2, numeral 22, del capítulo I. Esta sí se encuentra dentro del catálogo de los derechos fundamentales de la persona a diferencia de su antecesora, la cual prescribe 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». También advertimos manifestaciones de este derecho en el catálogo del régimen económico, como señalan sus artículos 66 al 69.

Es importante resaltar que este contenido de la Constitución Política tiene influencias provenientes del contexto internacional. Esto es consecuencia de los diversos instrumentos que dan cuenta de la evolución generacional de los derechos humanos, y nos permite una interpretación más analítica sobre el alcance del derecho al ambiente.

2.2.1.2. Principales instrumentos normativos internacionales

A nivel de instrumentos normativos de carácter universal y regional sobre derechos humanos no existe reconocimiento expreso sobre el derecho en estudio; sin embargo, ello no fue óbice para que los órganos internacionales de protección de derechos humanos puedan pronunciarse en casos vinculados a su afectación (Huerta, 2012, p. 63). El marco normativo internacional se gesta a partir de normas complementarias, como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹, bajo la denominación de «Derecho a un medio ambiente sano».

La expresa ausencia del derecho estudiado dentro de los principales instrumentos sobre derechos humanos no significa restar importancia a los diversos instrumentos normativos emitidos por las Naciones Unidas en forma de declaraciones, tales como la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972), la Carta Mundial de la Naturaleza (1982) y otros, los cuales constituyen el llamado «Derecho Internacional del Medio Ambiente» (Vera, 2011, p. 46), o también denominado «derecho blando» o *soft law*, porque «tienen una muy relativa o escasa eficacia; son más bien consejos y no principios o normas obligatorias; traducen generalidades políticas y no obligaciones jurídicas» (Mosset et al., 2011, p. 29).

1 Denominado también Protocolo de San Salvador y ratificado por el Perú el 4 de junio de 1995.

Cabe precisar que en este marco declarativo se tiene que con fecha 28 de julio de 2022 la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró vía resolución que el medio ambiente saludable es un derecho humano universal, y si bien no tiene efectos vinculantes para los Estados miembros, sí tiene por objeto impulsar al derecho al ambiente en sus respectivas constituciones e implementarlo a través de la ley. A decir de Inger Andersen, directora ejecutiva del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA): «Esta resolución transmite el mensaje de que nadie puede quitarnos la naturaleza, ni el aire limpio ni el agua limpia, ni privarnos de un clima estable. Al menos no sin luchar por ello» (ONU Programa para el Medio Ambiente, 2022, párr. 4). En esa línea, no cabe duda de que los principales instrumentos normativos internacionales constituyen un derecho blando.

2.2.2. El contenido constitucionalmente protegido del derecho al ambiente

En nuestra Constitución Política no existe referencia alguna sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales como tampoco respecto al contenido esencial, razón por la cual parece algo confusa su utilidad en nuestro medio. Frente a tal panorama, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales es un concepto abierto a la interpretación (Hakansson, 2012, p. 433), es decir, el juez deberá analizar conforme a las circunstancias si enriquece o no el contenido y los alcances del derecho.

Por otro lado, la tesis del contenido esencial de los derechos fundamentales se orienta, de acuerdo con Bernal Pulido (2014), «a entidades cuya estructura se asemeja a la de las células, para señalar que el Legislador no puede afectar su núcleo, que este es el límite a las decisiones políticas adoptadas en la legislación» (p. 512). Por lo tanto, el contenido constitucionalmente protegido y el contenido esencial de los derechos parecen tener la misma esencia, pero constituyen garantías distintas; el primero lo es para la tutela en la vía constitucional y el otro en el fuero legislativo.

La fijación del contenido o esencia del derecho fundamental dentro de nuestro sistema jurídico es una labor estrictamente jurisprudencial, consideramos que esta tuvo sus inicios en el Tribunal Constitucional (TC) peruano,

específicamente en el Exp. n.º 0018-2001-AI/TC, de fecha 6 de noviembre de 2002 (Caso Colegio de Abogados del Santa), en sus fundamentos 7 y 8, en los cuales desarrolla básicamente que el ambiente y sus componentes para ser disfrutados por el ser humano deben ser «equilibrados». Ello implicará que su protección comprende una armonía sistemática y preservarlo de grandes cambios, también debe ser «adecuado» para el desarrollo de la vida humana. Todo esto se traduce en que el Estado tiene una obligación concurrente con los particulares para mantener condiciones naturales del ambiente, a fin de que la vida humana exista en condiciones ambientalmente dignas.

En esta sentencia el TC fija el contenido al derecho referido desde una interpretación de la misma Constitución. A partir de este fallo, las siguientes sentencias del Tribunal han reiterado las definiciones aquí planteadas sobre el derecho estudiado hasta fijarlo en dos aspectos: (1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y (2) el derecho a que este medio ambiente se preserve, tal como se aprecia en el fundamento 17 del caso Regalía Minera contenido en el Exp. n.º 0048-2004-PI/TC.

2.2.3. Características del derecho al ambiente

Las características del derecho fundamental en estudio surgen del tratamiento normativo, jurisprudencial y doctrinario. Sin embargo, en ellos tampoco existe consenso, ya que los alcances del derecho al ambiente son discutibles por su propia naturaleza y sus atributos. Además, al ser catalogado como derecho de tercera generación o de solidaridad, dificulta su interpretación. No obstante, existe consenso en que tiene carácter de derecho fundamental con naturaleza normativa de principio. Situación que gana claridad en la Constitución Política del Perú de 1993 al catalogarlo como derecho fundamental dentro del título I, De la persona y de la sociedad, y el capítulo I, sobre derechos fundamentales de la persona. Consecuentemente, bajo la interpretación sistémica, se encuentra plenamente vinculado con la persona humana y su dignidad. En dicha línea de positivización constitucional se pueden advertir algunas características, que también son acogidas por una parte de la doctrina nacional.

En primer lugar, el derecho al ambiente presenta vínculos con el derecho a la libertad, dada su naturaleza jurídica. En palabras de Alegre Chang (2010), esta vinculación se expresa «en tanto que la calidad del ambiente puede posibilitar o limitar el desarrollo de las actividades humanas» (p. 11). Podemos agregar que este carácter se expresa por normas con carácter de principio en sentido estricto cuando existen estándares de calidad ambiental o límites máximos permisibles, los cuales configuran exigencias para cualquier actividad económica.

En segundo lugar, el derecho al ambiente presenta un carácter prestacional, ya que demanda deberes prestacionales al Estado para asegurar la calidad del ambiente. Este carácter se determina también del contenido esencial del derecho en estudio, conforme se aprecia de la sentencia contenida en el Exp. n.º 48-2004-AI/TC, caso Ley de Regalía Minera. Asimismo, este deber es compartido entre particulares. Se colige de ello su carácter de principio objetivo dentro de la actividad interpretativa del juez y en el ordenamiento normativo.

En tercer lugar, el derecho al ambiente presenta un carácter reaccional, que se traduce en la obligación del Estado para abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el ambiente equilibrado y adecuado. Esto se aprecia en el fundamento 10 del Exp. n.º 0964-2002-AA/TC, caso empresa Nextel del Perú S. A. Asimismo, este carácter tiene relación con el carácter limitativo o disciplinario que poseen todos los derechos fundamentales ante el poder estatal. Sin embargo, frente a la tutela del ambiente, este control se evidencia en las grandes obras de envergadura, para las cuales se aplican una serie de autorizaciones ambientales e instrumentos de gestión ambiental, es decir, se exige certificación ambiental.

En cuarto lugar, y conforme al octavo fundamento de la referida sentencia, se advierte que el derecho al ambiente es un derecho subjetivo y difuso. En efecto, el derecho al ambiente es un derecho subjetivo debido a su ubicación en el texto constitucional, cuyo titular es el ser humano considerado en sí mismo, y es un derecho difuso por excelencia, por lo que fácilmente se engarza a los fines para la tutela de intereses intergeneracionales. Es decir, tiene un alcance subjetivo o de sujetos indeterminados, por lo cual su tutela no requiere afectación al individuo que promueve la acción de tutela.

En quinto lugar, tenemos que el derecho al ambiente es un derecho de configuración legal porque requiere complementarse con otros cuerpos normativos para su eficacia o su realización. Este carácter, según Alegre Chang (2010), es «derivad[o] de la amplitud del concepto de lo “ambiental”, e incluso, su carácter subjetivo» (p. 11). Por lo cual consideramos que la variable ambiental condiciona o influye en su estructura jurídica para su tutela. En consecuencia, existe un amplio repertorio normativo vinculado a actividades económicas, régimen de los recursos naturales, uso de la propiedad, límites máximos permisibles, entre otros. Estas materias son abordadas por el derecho ambiental y otras ramas de la ciencia jurídica.

En sexto lugar, presenta un carácter limitable debido al desarrollo de las diversas actividades, especialmente las económicas, que generan impactos en el ambiente y a su vez desarrollo integral a la persona, los cuales deben ser tolerados. Se aprecia cierta disyuntiva entre protección del ambiente y fomento de la actividad económica. En cumplimiento de su deber de protección, el Estado debe reducir el impacto de daño ambiental mediante la imposición de límites permisibles a través de normas ambientales (Landa, 2017, p. 144). En consecuencia, el derecho fundamental en estudio presenta límites, como todo derecho fundamental, y consideramos que este carácter le permite expresar su vocación de principio en sentido estricto, pues sus límites no deben rebasarse al menos en los límites máximos permisibles con instrumento de gestión y obligación ambiental.

En séptimo y último lugar, estamos frente a un derecho que presenta una dimensión relacional. Sobre esta característica, nos parece interesante lo mencionado en cierta doctrina constitucional nacional:

El derecho al medio ambiente tiene también una dimensión relacional pues, como prescribe la constitución, el ambiente deber ser adecuado para el desarrollo de la vida, con lo que su conexión con ese derecho y con el derecho a la salud y otros derechos como la educación, el trabajo o la libertad de empresa es innegable: no se puede vivir digna y saludablemente, ni educarse o trabajar en un entorno ambiental hostil para la vida, como podrían ser ríos y lagos contaminados, la polución

producida por fábricas industriales, la contaminación por plomo del suelo y del aire, entre otros factores que afectan el medio ambiente. (Landa, 2017, p. 143)

Se entiende a tal conexión cuando se aprecia que un ambiente contaminado o degradado no ofrece condiciones para el desarrollo de los demás derechos y facultades del hombre. Podemos considerar a esta última característica como una de las más importantes, debido a que no solo implica una simple conexión con los derechos fundamentales, sino con los demás aspectos de la vida humana. En esa misma línea, también lo explica Carhuatocto Sandoval (2009): «es a nuestro entender uno de los derechos fundantes en la teoría de los derechos humanos, pues es uno de los presupuestos fundamentales para el ejercicio del resto de derechos» (p. 27). Es decir, es un derecho fundamental fundante.

2.3. La casuística del Tribunal Constitucional peruano

2.3.1. Caso Supermercados Peruanos S. A. Plaza Vea (Exp. n.º 02437-2013-PA/TC)

Caso promovido por Jane Margarita Cósar Camacho y otros, quienes, en su condición de invidentes, interpusieron una demanda de amparo contra Supermercados Peruanos S. A. Plaza Vea. Solicitaron que el demandado les permita ingresar acompañados de sus animales de asistencia a todas sus sucursales. Enfatizaron que de lo contrario vulnerarían sus derechos al libre desarrollo y bienestar, a la libertad de tránsito, a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, a la igualdad y no discriminación, entre otros. Esto debido a que la entidad demandada estableció la prohibición de animales para garantizar la salubridad de sus usuarios.

El caso tras ser declarado fundado en primera instancia e infundado en segunda instancia, en sede del TC aplicó los subprincipios del test de proporcionalidad, entre ellos el de ponderación. A criterio del TC, la justificación de la medida sobre los derechos intervenidos no resultó proporcional al inferirse que el medio empleado aseguraba solo una mínima eficacia y probabilidad en salvaguarda del derecho a la salud de los consumidores del supermercado;

es decir, la intensidad de la satisfacción del principio favorecido fue mínima y el principio intervenido fue grave.

Sin embargo, al establecerse la ley de la ponderación se valoraron las intensidades de los derechos intervenidos de forma conjunta o acumulativa sin distinguir algún grado de interferencia de cada derecho (grave, medio o leve). De lo que se deducen ciertas dudas respecto a que la intensidad de intervención fue grave para cada derecho o solo para algunos de ellos.

Este análisis acumulativo de los derechos intervenidos no llega a cumplir con la estructura interna de la ley de ponderación. Para comparar las intensidades de la intervención y satisfacción de derechos puestos en los extremos de la ponderación, previamente se debe precisar, en la escala triásica correspondiente, el peso en abstracto y la seguridad de las premisas fácticas que la sostienen para cada uno de estos derechos. Es decir, en el presente caso se advierte el análisis acumulativo del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida de un grupo de personas invidentes, junto con los derechos a la igualdad y al libre desarrollo. Las habilidades distintas de este colectivo hacen que el caso sea difícil respecto a las premisas que fundamentan su graduación, ya que no está claro cuál es el punto de vista a partir del cual debe hacerse la graduación de su intervención. Este paso no es determinable en abstracto, solo puede ser establecido por los miembros de dicha comunidad.

En conclusión, fijar la graduación para el derecho en estudio, para este caso en particular, es sumamente complejo. Genera una aplicación subjetiva o ideológica del juez, mostrándose así un límite de la ponderación a consecuencia del carácter relacional del derecho al ambiente con el libre desarrollo del colectivo de personas invidentes. De ello se puede señalar que el derecho al ambiente es necesario para el disfrute de otros derechos fundamentales o para el desarrollo de la vida humana. Bajo este extremo de impresión de la graduación del referido derecho, ya no sería conveniente proseguir con la ley de ponderación o comparación de intensidades de afectación y satisfacción, así estas últimas fueran mayores. Lo contrario sería romper la estructura metodológica de la ponderación alexyana.

2.3.2. Caso Calle de las Pizzas (Exp. n.º 007-2006-PI/TC)

Este caso también aborda la dificultad de establecer, de forma plausible, la graduación del derecho fundamental al ambiente dentro de una escala triásica. Se trata de un proceso de inconstitucionalidad incoado por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari contra las Ordenanzas Municipales n.º 212-2005 y n.º 214-2005 de la Municipalidad Distrital de Miraflores. Dichos dispositivos restringían el horario de atención de los establecimientos comerciales de la zona denominada Calle de las Pizzas. Indicaban que su objeto era proteger los derechos al ambiente (entorno acústicamente sano), a la tranquilidad y a la salud de los vecinos residentes en las zonas cercanas a dichos establecimientos. Según los demandantes, esta medida limitaba la libertad de trabajo de los propietarios de los establecimientos comerciales y representaba una grave intervención del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a estos.

El TC estableció que las ordenanzas cuestionadas eran constitucionales al superar el test de proporcionalidad; en tanto el grado de afectación de la libertad de trabajo y libre desenvolvimiento de la personalidad es leve, y el grado de satisfacción del derecho al ambiente, la tranquilidad y la salud son elevados. Por lo cual las medidas municipales cumplían la ley de la ponderación.

Al margen de la decisión adoptada, consideramos que los argumentos empleados no tomaron en cuenta los límites ponderativos respecto de las limitaciones de conocimientos técnicos para corroborar el grado de satisfacción de los derechos favorecidos al existir graduaciones alternativas. Entre ellas, la posibilidad de que su realización sea moderada por exposición a otros ruidos generados por el tráfico vehicular o la presencia de transeúntes en estado de ebriedad. Asimismo, cabía la posibilidad de uniformizar los horarios de atención solo hasta determinadas horas de la noche y no en horas de la madrugada; pasando por la posibilidad de que sea igual de elevada si el ambiente silente que se pretendía alcanzar no contemplaba la preferencia de algún horario. Por lo tanto, la posibilidad de la graduación era múltiple.

Con relación a la intervención o la limitación del derecho de los trabajadores y los propietarios de los establecimientos, así como la intervención

del derecho al libre desenvolvimiento de los consumidores, esta no es absoluta sino parcial. Por ello se puede catalogar, con cierta objetividad, que dichas intervenciones son leves o, a lo sumo, moderadas. La intervención grave consistiría en la clausura total de los establecimientos comerciales.

En esa línea de ideas, el juzgador no cuenta con criterios objetivos sobre la gradualidad del derecho al ambiente. Peor aún, aplicaba la ponderación de forma acumulativa con el derecho a la tranquilidad y el derecho a la salud. Esta circunstancia se debe a su naturaleza compleja y a su carácter relacional, al expresar bienes colectivos o difusos; lo que podría presentar un mayor peso abstracto y una dificultad para corroborar su realización. La discrepancia entre los magistrados se aprecia en el voto singular del magistrado Mesía Ramírez, quien consideró que la demanda debía ser declarada fundada por lesión a la libertad de empresa. Asimismo, indicó que dicha medida municipal daba cuenta de tratos discriminatorios al no ejercer dicha competencia municipal en el resto de la comuna.

Por lo tanto, pese a no existir mayores criterios como la seguridad de premisas y pesos abstractos, los magistrados intérpretes mostraron sus apreciaciones empíricas de simple corroboración con la realidad. Lo que los llevó a determinar que las ordenanzas municipales constituían una finalidad legítima para proteger los derechos a la paz, a la tranquilidad, a un ambiente sano y a la salud de los vecinos del lugar. Mientras que el voto discordante no comparte que la medida solo se aplique en los lugares restringidos y no en todo el distrito de Miraflores, por lo que considera que se trata de una medida discriminatoria.

Este caso nos ayuda a apreciar que el derecho en estudio solo presenta un mínimo, pero no un máximo de disfrute y realización para ser catalogado como elevado, también se encuentra en amplia relación o tensión con otros derechos a realizar o favorecer. En consecuencia, resulta difícil graduar una satisfacción elevada del derecho al ambiente, pero no un mínimo disfrute. Por esta razón surgen los denominados instrumentos de gestión ambiental, como son los límites máximos permisibles del ruido.

2.3.3. Caso Dragas mineras (Exp. n.º 00316-2011-PA/TC)

Además de los problemas de gradualidad en las medidas para proteger el derecho al ambiente, también existen casos donde se otorga el mismo grado de importancia a otros derechos en juego, especialmente del derecho a la propiedad. El resultado tras el análisis ponderativo es de empate, el cual es determinado por cuestiones de preferencias ideológicas democráticas. Esta situación fue advertida en el caso conocido como «dragas mineras».

El proceso de amparo contenido en el Exp. n.º 00316-2011-PA/TC, incoado por la Empresa Minera de Servicios Generales S. R. L., con la finalidad de que se inaplique el Decreto de Urgencia n.º 012-2010, por afectar sus derechos de propiedad, libertad de empresa y otros, fue declarado infundado, tanto en primera como en segunda instancia, por los órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. El TC analizó la medida contenida en el Decreto Legislativo n.º 1100, ante la derogatoria del Decreto de Urgencia n.º 012-2010 durante la tramitación del proceso, medida que prohibía y facultaba el decomiso de dragas como método de extracción de minerales al ser lesivos para el ambiente.

El TC determinó un empate a partir de su análisis ponderativo, al considerar que existe una restricción intensa o grave al derecho de propiedad y una elevada protección del ambiente y la salud de las personas a través de la medida. En consecuencia, se inclinó por el principio democrático para resolver este empate.

La solución en mayoría fue objeto de un voto singular a cargo del magistrado Mesía Ramírez, quien se declinó por la improcedencia de la demanda y se pronunció sobre la impertinencia de la ponderación. Señaló que no constituye un principio acogido por la jurisprudencia constitucional nacional, sino que su uso estaba orientado al campo político en casos dudosos.

Esta sentencia refleja que la ponderación ha sufrido cuestionamientos ante el empate de los bienes o derechos a ponderar. Esto no es un demérito para su racionalidad, ya que la ponderación alexyana admite la aplicación de las cargas de la argumentación. Sin embargo, traduce espacios de subjetividades o preferencias del juzgador en función de su ideología, la cual podía influir en el sentido de la resolución.

2.3.4. Caso Regalía Minera (Exp. n.º 0048-2004-PI/TC)

Este caso da cuenta de las limitaciones para establecer el grado de satisfacción del derecho al ambiente dentro de un esquema ponderativo. Se trata de un proceso de inconstitucionalidad promovido por José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley n.º 28258, Ley de Regalía Minera, sus modificatorias y las demás normas materia de la causa. Según el accionante, dicha norma atentaba contra el derecho de propiedad, la libertad contractual y la igualdad de trato.

En relación con el razonamiento del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, el TC indicó que los recursos naturales son limitados y no renovables, por lo que el Estado, a nombre de la nación, asume obligaciones para la adopción de medidas necesarias ante su eventual agotamiento; en ese sentido, es razonable y proporcional el pago de la regalía minera no solo como medida de afrontamiento a su posible agotamiento, sino también como medio de desarrollo alternativo, a consecuencia de los beneficios económicos que proporciona la actividad extractiva a las empresas mineras.

Al alegar que el pago de regalías es razonable y proporcional, el TC considera que la satisfacción de los fines perseguidos es elevada frente a los derechos injeridos o intervenidos. Sin embargo, las premisas fácticas que sustentan esta alegación son inciertas en lo referente a su eficacia o a la probabilidad de que la regalía minera sirva para afrontar el agotamiento de los recursos minerales y los daños sobre el ambiente. En todo caso, dicha ley solo podría tener cierta probabilidad de eficacia como un mecanismo de compensación económica al Estado. Ello no presupone un alto grado de satisfacción de los principios favorecidos, como son el logro de los fines de desarrollo equitativo e integral propios de un Estado social y democrático de derecho; y, de forma indirecta, el derecho al ambiente.

Consideramos que, al no referirse a la graduación de intervención de los derechos intervenidos, se muestra que la ponderación presenta márgenes de subjetividad al decantarse por un mayor peso en abstracto o carga argumentativa a favor del principio democrático. Creemos que esta omisión se debe a la complejidad y al carácter relacional del derecho al ambiente, que en este caso se vincula con el desarrollo integral del país. A este respecto, el derecho

fundamental al ambiente presenta una relación condicional con el desarrollo integral del país, por lo que el máximo intérprete de la Constitución trató de buscar el equilibrio entre varias dimensiones, como son la económica, la social y la ambiental. Estas dan lugar a criterios complejos de medición, estabilidad y graduación, lo que puede derivar en la preferencia de alguno de ellos.

También observamos que la ponderación comprende la satisfacción de los bienes promovidos por la exigencia del pago de la regalía minera. No obstante, el máximo intérprete no precisa si opta por un criterio acumulativo o por un principio más comprensivo, como el desarrollo integral del país, la sostenibilidad de los recursos naturales o el derecho al ambiente. Por otro lado, para asegurar la eficacia y la probabilidad de estos, exhortó a la Contraloría General de la República para que, en el marco de sus funciones y en acciones de control programadas a los gobiernos locales y regionales, fiscalice el uso de los recursos generados por la regalía minera. En síntesis, se advierte la ausencia de las premisas fácticas relativas a la eficacia y la probabilidad de su realización efectiva.

2.3.5. Caso pesca de anchoveta (Exps. n.ºs 00026-2008-PI/TC y 0028-2008-PI/TC)

Proceso incoado por el decano del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú y más de cinco mil ciudadanos contra los Decretos Legislativos n.ºs 1027, 1047 y 1084, expedidos por el Ejecutivo (previa delegatura del Congreso mediante la Ley n.º 29157) para facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos. A criterio de los demandantes, el Decreto Legislativo n.º 1084, que establece la cuota individual de pesca de anchoveta, lesionaría el derecho a la libertad de empresa en su dimensión de libertad de competencia. Sin embargo, fue declarado infundado porque la cuota individual de pesca no infringe el derecho a la libertad de empresa en su forma de libertad de competencia, sino que lo complementa y lo protege, ya que busca que la actividad de extracción del recurso anchoveta sea eficiente, lo cual constituye una promoción y protección del ambiente y los recursos naturales; consecuentemente, estos motivos limitan al derecho a la libertad de empresa de forma proporcional y justificable.

Esta solución no conflictivista no generó consenso en el colegiado, tal como lo demuestran los votos singulares, entre ellos el del juez César Landa Arroyo. Dicho magistrado consideró declarada fundada en parte la demanda, respecto al artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 1084, que incluye «un cuarenta por ciento (40 %) como el índice de participación de la capacidad de la bodega de las naves en el porcentaje máximo de captura por embarcación, al producir efectos contrarios al mandato de los artículos 58º y 59º *in fine* de la Constitución» (Tribunal Constitucional, 2010, voto singular del magistrado Landa Arroyo). De ahí que exhorta al Poder Legislativo a que modifique el porcentaje teniendo en cuenta no solo la capacidad de bodega de las embarcaciones, como parte de los criterios económicos, sino también sociales. En este extremo consideramos que el derecho al ambiente no llegó a la ponderación debido a que existieron otras posibilidades fácticas de su realización, y ello se debe a su carácter limitable o relacional, que lo hacen graduable, motivos por los cuales se exhorta al legislador a modificar el criterio de capacidad de bodega de las embarcaciones teniendo también el criterio social.

El citado voto singular se declinó por la inconstitucionalidad de dicha medida al no superar el subprincipio de necesidad, pero termina analizando en la ponderación a la presunta afectación de la libertad contractual y la libertad de trabajo a fin de optimizar la creación de nuevos puestos de trabajo y promocionar las mypes, promoción de pequeñas empresas, art. 59; es decir, sin seguir algún criterio acumulativo respecto a los principios afectados y favorecidos se ha practicado el análisis ponderativo en paralelo.

2.3.6. Caso Empresa Yura S. A. (Exp. n.º 3442-2004-AA/TC)

Caso surgido por la acción de amparo promovida por el apoderado de la empresa Yura S. A. en contra de la Municipalidad Distrital de Paucarpata. En ella solicitó que se dejen sin efecto las Resoluciones de Alcaldía n.º 1174-98-MDP (7 de septiembre de 1998) y n.º 1247-98-MDP (18 de septiembre de 1998). Dichos dispositivos ordenaban cumplir medidas precautelatorias, tales como operar en horario diurno, eliminar la producción de polvo inorgánico, las vibraciones y los ruidos molestos en todas las etapas de funcionamiento y producción de la planta cementera; incluso se dispuso la clausura

del establecimiento ante su incumplimiento. El demandante señaló que dichas resoluciones vulneraban sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo, de contratación y de empresa, comercio e industria.

En primera instancia, la demanda de amparo fue declarada improcedente por el Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Paucarpata. El juez consideró que las citadas resoluciones fueron expedidas dentro de las facultades que la Constitución y la ley reconocen a las municipalidades para proteger los intereses colectivos de los pobladores aledaños al establecimiento de la recurrente. La decisión fue confirmada en segunda instancia por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa bajo los mismos fundamentos.

El caso fue resuelto por el TC y declarado fundado por mayoría, se ordenó la inaplicación de las resoluciones de alcaldía bajo el argumento de que no toda prohibición absoluta de una actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección. Lo determinante es analizar si la protección puede alcanzarse mediante la reducción de la exposición al riesgo, al establecer mayores controles y la imposición de limitaciones. Con mayor razón si en el caso no se advierte la existencia de indicios razonables y suficientes de la gravedad y la realidad del riesgo para la salud de los pobladores aledaños a la fábrica. Ello presupone que la mayoría del colegiado no acogió el método ponderativo, sino que optó por métodos no conflictivistas.

La decisión en mayoría no invocó la afectación de los derechos a la salud y medio ambiente de los pobladores aledaños a las operaciones de la planta de la empresa demandante. Aun así, el colegiado emitió un pronunciamiento exhortativo a los ministerios de Salud y de la Producción y a la Municipalidad Distrital de Paucarpata para que, a través de sus respectivos órganos competentes, realicen inspecciones periódicas en la empresa Yura S. A., a fin de prevenir cualquier tipo de contaminación ambiental; por lo que se puede advertir que el derecho al ambiente siempre tiene cierta prevalencia o presencia, es decir, un cumplimiento al menos mínimo.

Por otro lado, existió voto discrepante del magistrado Gonzales Ojeda, que consideró que la demanda debía ser declarada infundada. Fundamentó su voto en el análisis del principio de proporcionalidad y sus subprincipios,

como la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Para el análisis de la ponderación consideró

la protección del derecho a la salud de los pobladores que habitan en los alrededores de la fábrica, así como el incumplimiento de las disposiciones precautorias dictadas por la autoridad municipal, justificaba la limitación del derecho a la libertad de empresa del recurrente. (Tribunal Constitucional, 2006, voto del magistrado Gonzales Ojeda)

Dicha protección podía efectivizarse mediante la cancelación de la licencia de funcionamiento. Por ende, la limitación contenida en las resoluciones municipales no era desproporcionada.

A diferencia del voto discrepante, la resolución aprobada por mayoría en el Tribunal Constitucional no aplicó el método de la ponderación. Con lo cual se advierte la carencia de uniformidad respecto al método resolutivo para los derechos en juego, entre ellos de forma implícita al derecho al ambiente, al existir presuntos actos contaminantes. En forma particular, la falta de cumplimiento de los pasos estructurales y analíticos de la ponderación, como la referencia de alguna escala triásica débil, moderada o grave que indiquen la graduación de la afectación y la satisfacción de los principios en juego. Sin embargo, se tiene como corolario que los operadores jurídicos, tanto en minoría como en mayoría (debido a las exhortaciones dirigidas a las autoridades competentes), tienden a hacer prevalecer el derecho fundamental al ambiente respecto al derecho a la salud, en tanto su relación es indisoluble para cualquier análisis ponderativo.

3. RESULTADOS

En lo referente a la ponderación, de tipo alexyano, es un procedimiento argumentativo racional orientado a resolver conflictos entre principios; su racionalidad se garantiza por el cumplimiento de su estructura: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. El incumplimiento de estos constituye no solo la carencia de su racionalidad, sino la expresión de sus límites.

La ponderación en estudio solo es aplicable para un cierto tipo de principios, denominados por Robert Alexy como mandatos de optimización para realizar algo en la mayor medida posible dentro de posibilidades fácticas y jurídicas; principios cuya naturaleza adquirirían los derechos fundamentales de carácter *prima facie*, ello no sería relevante si esta tiene por objeto a derechos fundamentales individuales o bienes colectivos, todo dependerá del peso que el sistema normativo le otorgue y el grado de heterogeneidad en la acumulación de derechos. Por lo tanto, los principios solo se aplican vía ponderación.

Por otro lado, tras el estudio analítico del derecho al ambiente se tiene que este es complejo de acuerdo con la estructura normativa y las características que surgen de su evolución histórica, dogmática y jurisprudencial, partiendo de un derecho blando hasta un derecho fuerte, debido a normas constitucionales y demás normas de desarrollo constitucional.

La estructura normativa se representa por la presencia de principios en sentido estricto o que tienen como finalidad a un derecho fundamental individual y por la presencia de directrices que tienen como objeto a fines políticos orientados al cuidado, la vigencia, la garantía y la sostenibilidad del ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona y la sociedad, así como al cuidado sostenible de los recursos naturales.

Los caracteres del derecho al ambiente están condicionados por su alcance, su objeto y su contenido, sus características son guardar vínculos con la libertad, poseer carácter prestacional y reaccional, ser un derecho subjetivo y difuso, contar con configuración legal, ser susceptible a limitaciones y contar con una naturaleza relacional. Estas características hacen que el derecho al ambiente tenga una naturaleza graduable, es decir, prevaleciendo un mínimo y optimizando un máximo de realización, de ahí su vocación de principio en sentido estricto y a su vez de directriz.

Dada la importancia de las sentencias del TC, como fuente de derecho para los Estados constitucionales, se estudiaron los principales casos en los que el juzgador constitucional adoptó el método ponderativo con cierta mayoría en colegiado, con cierta acumulación de derechos en juego y con ciertos resultados ponderativos a favor del derecho al ambiente. Para una mejor comprensión, se ha elaborado la siguiente tabla de presentación:

Tabla 1

Cuadro de análisis de las sentencias abordadas

Caso	Adopción de la ponderación	Derechos, bienes o valores favorecidos con la medida	Derechos, bienes o valores desfavorecidos con la medida	Resultado ponderativo
Supermercados Peruanos S. A. Plaza Vea	En mayoría	A la salud de los usuarios y los consumidores del supermercado.	A la igualdad, al libre desarrollo y al ambiente alegado por los demandantes con discapacidad visual.	Intervención grave a los derechos de los demandantes. Fundada la demanda.
Calle de las Pizzas	En mayoría calificada, a excepción de voto singular	Al ambiente, a la tranquilidad y a la salud de los vecinos del lugar.	Libertad de trabajo de los demandantes y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a los establecimientos.	Intervención leve a los derechos de los demandantes. Infundada en dicho extremo y fundada en voto singular.
Dragas mineras	En mayoría calificada, a excepción de voto singular	Al ambiente y a la salud.	A la propiedad y a la libertad de empresa de la parte demandante.	Intervención grave y satisfacción elevada de los derechos en juego-empate. Infundada la demanda en mayoría e improcedente la demanda en voto singular.
Regalía minera	En mayoría	Al desarrollo equitativo e integral del país, al ambiente.	A la propiedad, la libertad contractual y la igualdad de trato a cargo de los demandantes.	Sin afectación a los derechos de los demandantes. Infundada la demanda.
Pesca de anchoveta	En voto singular, a excepción de la mayoría calificada	Uso sostenible de los recursos naturales, promoción de la conservación de la diversidad biológica y promoción de la pequeña empresa.	A la libertad de empresa, a la libertad contractual, a la libertad de trabajo, a la igualdad y no discriminación, alegada por los demandantes.	Medidas alternativas que intervienen en menor grado la libertad de los agentes económicos. Fundada en parte en voto singular e infundada en mayoría.
Empresa Yura S. A.	En voto singular a excepción de la mayoría calificada	A la salud por presuntos actos de contaminación ambiental.	A la libertad de empresa alegada por los demandantes.	Intervención justificada a los derechos de los demandantes. Infundada en voto singular y fundada en mayoría.

En síntesis, las sentencias analizadas derivaron de casos paradigmáticos porque expresaron un convencionalismo profundo; es decir, generaron criterios tácitos de corrección, aunque haya controversia acerca de su contenido (Ródenas, 2012, pp. 118-119), como la preferencia o el peso subjetivo a favor del derecho al ambiente y al no ser favorecida en la balanza ponderativa se ordenó en mayoría o minoría la realización de su gradualidad, a través de actividades de control, legislación y fiscalización, esto es, presentaba cierta prevalencia en el caso y fuera del caso (por ejemplo, en los casos Regalía Minera, pesca de anchoveta y empresa Yura S. A.).

Este convencionalismo profundo brindará pautas interpretativas para la protección de valores, bienes y principios asociados al cuidado del ambiente, en relación directa e indirecta con otros derechos fundamentales, como el derecho a la salud, al libre desarrollo, a la libertad de empresa, a la propiedad, entre otros. Este desarrollo jurisprudencial ha demostrado que existe un convencionalismo profundo respecto a la naturaleza normativa y a las características del derecho al ambiente.

4. DISCUSIÓN

Dado el estudio analítico de la ponderación y el derecho al ambiente confrontado con los casos paradigmáticos del TC, se ha determinado que la ponderación no es un método adecuado para resolver los conflictos o las controversias que presentaría el derecho al ambiente. Ello puesto que no se cumpliría la estructura ponderativa propuesta en los términos de Robert Alexy, lo que daría pase a la subjetividad del juzgador y a que este muestre irracionalidad en sus decisiones.

Consideramos que la ponderación no es adecuada por el mero incumplimiento de la estructura ponderativa, sino porque el operador omite que el derecho al ambiente es un derecho complejo que no solo se adecua a un mandato de optimización, también se adapta a un mandato definitivo; es decir, es un derecho que puede limitar ciertos derechos y a su vez prevalecer frente a otros para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona. De ahí el espíritu de su desarrollo legal frente a una

serie de normas sectoriales, como ocurre en la actividad minera, pesquera, forestal, manufacturera, construcción, entre otras; y normas generales, como los estándares de calidad ambiental y los límites máximos permisibles, como obligaciones ambientales para aquellas personas que realicen ciertas actividades que puedan generar impactos al ambiente, cuyos parámetros se deben cumplir de forma definitiva, lo contrario sería una ilicitud.

Justamente este sesgo ha originado los límites de la ponderación presentes en la ley de la ponderación y las cargas de la argumentación, como bien se ha determinado en las sentencias del TC. En dichas sentencias, el derecho al ambiente no era fácilmente adscribible a alguna escala tosca de afectación o satisfacción, por existir una serie de opciones; no se ostentaba algún peso abstracto fijo como tampoco algún peso en la seguridad de las premisas empíricas y, por último, no guardaba uniformidad en su uso al existir votos discrepantes.

La controversia o los conflictos que presenta el derecho al ambiente con otros derechos fundamentales se traslucen a consecuencia de diversas medidas contenidas en directivas internas, leyes, decretos legislativos u ordenanzas municipales que promueven la satisfacción o la afectación de uno u otro derecho en juego. Consideramos que se promueven estos derechos a consecuencia de sus caracteres, principalmente el de ser relacional y limitable, lo que a su vez demuestra su carácter normativo de principio en sentido estricto y principio directriz. Estas cualidades permiten analizar la interpretación y la aplicación del derecho al ambiente frente a otros derechos.

El derecho al ambiente presentará solo conflictos aparentes con los demás derechos porque sostienen con estos no solo una simple conexión, sino que es un presupuesto para el disfrute de estos y demás aspectos de la vida humana. Es por ello que existiría un efecto transversal por emanar exigencias prestacionales y reaccionales compartidas para el Estado y particulares. Es decir, el derecho al ambiente dentro de la casuística no puede ser aplicado vía ponderación sino vía graduación, desde una mínima garantía de prevalencia o mandato definitivo hasta un mandato de optimización en la mayor medida posible. Esto último, debido a su estructura de principio directriz, cuyo análisis

y aplicación de por sí se encuentran encomendados al fuero legislativo, fuera del cual el juzgador solo deberá seguir la pauta trazada por el legislador.

5. CONCLUSIONES

1. La ponderación propuesta por Robert Alexy es un procedimiento argumentativo racional para la aplicación de principios *prima facie* y sus conflictos, cuya racionalidad solo se garantiza por el cumplimiento de la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. El incumplimiento de estos representa decisiones judiciales irracionales y a su vez sus límites.
2. El derecho al ambiente es un derecho complejo debido a su carácter normativo, es decir, se compone de normas tipo principios en sentido estricto y directrices. Esta cualidad normativa manifiesta sus demás cualidades sobre cómo es su carácter relacional y limitable. En este aspecto consideramos superado el objetivo trazado en la presente investigación.
3. La aplicación de los principios en sentido estricto y a su vez la directriz, como lo es el derecho al ambiente, debe aplicarse de forma graduable, desde un mínimo hasta un máximo o un mínimo prevalente hasta un máximo optimizable. En consecuencia, la ponderación no resulta útil para la resolución de los supuestos conflictos que pueda sostener el derecho al ambiente frente a otros derechos. En este aspecto consideramos que en cierta medida se absolvieron las interrogantes y la hipótesis formulada, al dar cuenta de que el derecho al ambiente es imponderable, pero graduable para evitar exponerse a las subjetividades del juzgador y tratar modestamente su vigencia y su tutela.

REFERENCIAS

- Alegre, A. (2010). Derecho al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo «de la vida» [Artículo]. <https://www.adaalegreconsultores.com.pe/articulos/articulo8a.pdf>
- Alexy, R. (2010). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Palestra Editores.

- Alexy, R. (2012). *La construcción de los derechos fundamentales*. Ad-Hoc.
- Atienza, M. (2019). *Interpretación constitucional*. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra Editores.
- Bernal, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 225-238. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (4.^a ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Carhuatocto, H. (2009). *Guía de derecho ambiental*. Jurista Editores.
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Ferrajoli, L. (2014). Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero. En Ferrajoli, L. y Ruiz, J., *Un debate sobre principios constitucionales* (pp. 265-290). Palestra Editores.
- Grández, P. P. (2013). La interpretación constitucional como argumentación concretizadora de normas: un esquema preliminar. En P. P. Grández y F. Morales (eds.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional* (pp. 273-290). Palestra Editores.
- Hakansson, C. (2012). *Curso de derecho constitucional* (2.^a ed.). Palestra Editores.
- Hart, H. L. A. (1997). Postscriptum. En Hart, H. L. A. y Dworkin, R., *La decisión judicial* (pp. 89-135). Siglo del Hombre Editores.
- Huerta, L. A. (2012). *Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo* (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Perú). Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/4715>

- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Mosset, J., Hutchinson, T. y Dona, E. A. (2011). *Daño ambiental* (2.ª ed.). Rubinzal-Culzoni.
- ONU Programa para el Medio Ambiente (2022, 28 de julio). *Decisión histórica: la ONU declara que el medio ambiente saludable es un derecho humano*. <https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/reportajes/decision-historica-la-onu-declara-que-el-medio-ambiente-saludable>
- Pérez, A. E. (1991, septiembre-diciembre). Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (10), 203-217. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1050933.pdf>
- Ródenas, A. (2012). *Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons.
- Ruiz, J. (2014). Dos problemas para la ponderación: tensiones irresolubles y principios imponderables. En Ferrajoli, L. y Ruiz, J., *Un debate sobre principios constitucionales* (pp. 291-322). Palestra Editores.
- Tribunal Constitucional (2005). *Expediente n.º 0048-2004-PI/TC*. Lima: 1 de abril de 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional (2006). *Expediente n.º 3442-2004-AA/TC*. Lima 5 de junio 2006. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03442-2004-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional (2007). *Expediente n.º 007-2006-PI/TC*. Lima: 22 de junio de 2007. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html>
- Tribunal Constitucional (2010). *Expedientes n.ºs 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados)*. Lima: 5 de marzo de 2010. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00026-2008-AI%200028-2008-AI.html>

Tribunal Constitucional (2012). *Expediente n.º 00316-2011-PA/TC*. Lima:
17 de julio de 2012. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00316-2011-AA.html>

Tribunal Constitucional (2014). *Expediente n.º 02437-2013-PA/TC*. Lima:
16 de abril de 2014. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf>

Vera, G. (2011). *Introducción al Derecho Internacional del Medio Ambiente*.
Ara Editores.