

Acceso a la justicia: Empresas y violaciones de derechos humanos en el Perú

Mayo de 2013



La Comisión Internacional de Juristas esta compuesta de 60 eminentes jueces y abogados de todas las regiones del mundo, y tiene por misión la promoción y protección de los derechos humanos a través del Estado de derecho, usando su experiencia jurídica para desarrollar y fortalecer sistemas de justicia nacionales e internacionales. Establecida en 1952, la Comisión goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de la ONU desde 1957 y esta activa en los cinco continentes. La Comisión busca asegurar el desarrollo progresivo y la aplicación efectiva del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario internacional, asegurar los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, la salvaguardia de la separación de poderes, y la garantía de la independencia de la judicatura y de la profesión legal.

El Instituto de Defensa Legal (IDL) es una organización no gubernamental peruana fundada en 1983 con el propósito de promover el respeto por los derechos humanos e la democracia. El IDL cuenta con capacidades institucionales en los siguientes ámbitos:

Está posicionada a nivel nacional como una institución con capacidad de dar aportes técnicos a organizaciones indígenas e instituciones estatales en materias vinculadas a pluralismo jurídico, interculturalidad, consulta previa y vulneraciones de derechos a pueblos indígenas por el desarrollo de industrias extractivas. El IDL promueve procesos de diálogo Estado-Pueblos indígenas, mantiene un rol de "bisagra" que permite un mayor acercamiento y un diálogo sincero entre ciudadanos que no siempre se consideran con iguales derechos. El IDL tiene como un eje de trabajo central la incidencia política, realiza un trabajo permanente de vinculación con tomadores de decisión del más alto nivel, cuenta con aliados estratégicos en el Congreso de la República, en el Ministerio de Justicia, en el Poder Judicial, en la Defensoría del Pueblo, etc. El IDL trabaja de forma permanente en colectivos de trabajo interinstitucionales, considera que el trabajo en redes nacionales e internacionales, es una estrategia fundamental para la afirmación de derechos fundamentales.

® Acceso a la justicia: empresas y violaciones de derechos humanos en el Perú

© Copyright Comisión Internacional de Juristas

La CIJ permite la reproducción libre de extractos de cualquiera de sus publicaciones siempre que se reconozca su autoría y una copia de la publicación sea enviada a la siguiente dirección de la sede central la organización:

International Commission of Jurists
Casilla Postal 91
Rue des Bains 33
1211 Ginebra 8
Suiza

Acceso a la justicia:

**Empresas y violaciones de derechos humanos
en el Perú**

Mayo de 2013

® Acceso a la justicia: empresas y violaciones de derechos humanos en el Perú

© Copyright Comisión Internacional de Juristas

La CIJ permite la reproducción libre de extractos de cualquiera de sus publicaciones siempre que se reconozca su autoría y una copia de la publicación sea enviada a la siguiente dirección de la sede central la organización:

International Commission of Jurists
Casilla Postal 91
Rue des Bains 33
1211 Ginebra 8
Suiza

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2013-08808

Diseño, diagramación e impresión:
D&L Publicaciones EIRL
Julio Rodavero 890 - Pueblo Libre
Telf.: 337 5859 / 993 993 492
mabol_890@hotmail.com

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	1
1. Marco jurídico y obligaciones de las empresas en el Perú	6
1.1. Marco jurídico internacional	6
1.2. Aplicación de la Constitución a las empresas	10
1.2.1. Régimen constitucional de la actividad empresarial	11
1.2.2. Los derechos constitucionales afectados por las actividades extractivas	14
1.3. Responsabilidad penal de la empresa	15
1.3.1. Responsabilidad penal de la persona jurídica	15
1.3.2. Responsabilidad penal del representante	18
1.3.3. Delitos cometidos en el marco de la actuación de empresas	19
1.3.4. La responsabilidad penal en materia ambiental	20
1.4. Responsabilidad de la empresa bajo el derecho medioambiental	22
1.4.1. Principios jurídicos constitucionales ambientales aplicables a las empresas	24
1.5. Responsabilidad de la empresa bajo el derecho Laboral	29
1.6. La responsabilidad de las empresas bajo el régimen civil y comercial	32
2. Recursos y remedios existentes	37
2.1. Tratamiento jurídico nacional del derecho al acceso a la justicia y la reparación	37
2.2. Los procesos constitucionales en el Perú	41
2.2.1. El proceso de hábeas corpus	42
2.2.2. El proceso de amparo	43

2.2.3. El proceso constitucional de habeas data	44
2.2.4. Proceso constitucional de cumplimiento	45
2.3. El proceso penal y el nuevo Código Procesal Penal	46
2.3.1. Reparación civil en el proceso penal	47
2.4. Recursos laborales	48
2.4.1. Nuevas maneras de juzgar: la Nueva Ley Procesal del Trabajo	49
2.4.2. Arbitraje para casos de negociación colectiva	49
2.5. Recursos civiles y responsabilidad civil extra-contractual	50
2.6. Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos	53
2.7. Mecanismos comunitarios e indígenas de resolución de conflictos	55
2.8. La Defensa Pública	56
3. Elementos para un análisis de acceso a la justicia: casos emblemáticos	57
3.1. Caso Conga y Minera Yanacocha	57
3.2. Caso Área de Conservación Regional Cordillera Escalera	62
3.3. Caso Espinar y empresa minera Xstrata	64
3.4. Caso del Complejo Metalúrgico de La Oroya	68
3.5. Caso Cordillera del Cóndor	72
3.6. Caso despido antisindical en Southern Peru Copper Corp.	73
4. Obstáculos al acceso a la justicia en casos de violación de derechos humanos con la participación de las empresas	76
4.1. Barreras estructurales e institucionales	78

4.1.1. Inadecuada normativa jurídica	78
4.1.2. Interferencia política e independencia del poder judicial	79
4.1.3. Educación y cultura jurídica formalista	81
4.2. Barreras técnicas y organizacionales	82
4.2.1. Presupuesto del Poder Judicial y de otras instituciones de justicia	82
4.2.2. Ineficiencia del sistema procesal	82
4.2.3. Organización del Poder Judicial y de otras instituciones de justicia	83
4.3. Barreras socio-económicas	84
4.3.1. Falta de conocimientos de derechos y avenidas de recursos	84
4.3.2. Barreras lingüísticas y culturales	85
4.3.3. Barreras económicas	86
4.3.4. Pueblos indígenas y empresas	88
Conclusiones	90
Recomendaciones	92
Bibliografía	95
1. Libros y artículos académicos	95
2. Fallos y documentos judiciales	99
3. Artículos breves y notas de prensa	101
Anexo: Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Perú	102

La investigación y redacción de este informe se hizo bajo la coordinación de Javier La Rosa Calle, Coordinador del Área de Pueblos Indígenas, con la colaboración de César Bazán Seminario y Juan Carlos Ruiz Molleda, por el lado del Instituto de Defensa Legal, y de Carlos López Hurtado, jurista principal de la Comisión Internacional de Juristas, con la colaboración de Daniel Uribe quien también ayudó en la edición y corrección del texto.

Una versión preliminar de este documento fue presentada en un seminario-taller llevado a cabo en Lima los días 29 y 30 de noviembre de 2012. Los comentarios y el debate de esos dos días enriquecieron el documento y ayudaron a incorporar elementos relevantes. Sin embargo, la responsabilidad por el contenido de este informe pertenece solamente al Instituto de Defensa Legal y a la Comisión Internacional de Juristas.

El IDL y la CIJ agradecen la colaboración generosa y eficaz de las siguientes personas e instituciones, además de las de las organizaciones que participaron en el taller nacional del 29 y 30 de noviembre 2012:

Brot für die Welt (Pan para el Mundo, Berlín, Alemania, quien también brindó el apoyo financiero para el proyecto.

Sr. Ercilio Moura

Prof. Sara Esteban Delgado

Sr. Javier Jhancke

Prof. Luis E. Mendoza Choque

Prof. Iván Montoya

Introducción

El presente informe presenta el estado de la situación y una evaluación del acceso a la justicia por casos de abusos y violaciones de derechos humanos cometidos con involucramiento de las empresas, especialmente aquellas de extracción de recursos naturales, en el Perú. El informe hace una revisión de los mecanismos y avenidas de recursos judiciales y no judiciales y evalúa la medida en la cual estos permiten a los ciudadanos acceder a una respuesta adecuada a sus reclamos y a la reparación de sus derechos lesionados. El objetivo es hacer una evaluación de la efectividad del sistema de justicia, la identificación de obstáculos al acceso a la justicia y la formulación de recomendaciones para mejorar dicho acceso.

Debido a que el acceso a la justicia y a recursos efectivos es un área de preocupación prioritaria en el debate mundial sobre las empresas y los derechos humanos, la Comisión Internacional de Juristas ha llevado a cabo estudios similares al presente en varios otros países siempre en alianza con organizaciones o profesionales locales. En el Perú, el Instituto de Defensa Legal asumió el encargo de realizar la investigación y consulta que permitió establecer el presente informe, en coordinación estrecha con la Comisión Internacional de Juristas.

Acceso a la justicia es también un factor fundamental en la protección de derechos de los individuos y comunidades afectadas por los proyectos económicos de explotación minera, muchos de los cuales se expresan en conflictos sociales de mayor o menor intensidad. Al mes de marzo 2013, la Defensoría del Pueblo de Perú reseñó 224 conflictos sociales, 167 de ellos activos, la mayoría de ellos son conflictos medioambientales (149) entre los que destacan 108 conflictos ligados a la actividad minera.¹

Antes de empezar es necesario hacer algunas precisiones conceptuales sobre lo que se entiende por acceso a la justicia. El acceso a la justicia es garantizado, aunque no de manera explícita, en el derecho internacional a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 14), y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 8 y 25), entre otros instrumentos.

1 . Reporte de conflictos sociales No. 109, Marzo 2013. Disponible en línea en: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2013/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-109-Marzo-2013.pdf>

Los trabajos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos² (Corte IDH) al igual que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano han contribuido a la clarificación del concepto de acceso a la justicia. Los informes producidos por la Relatoría sobre derechos de la Mujer de la CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*,³ y el informe elaborado por el comisionado Víctor Abramovich, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*,⁴ se centran específicamente en este tema.

En la doctrina interamericana, el acceso a la justicia comprende no sólo el establecimiento por ley de un proceso que lleve a una decisión sobre la materia, sino también una serie de garantías de orden procesal:

“(…) Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales.”⁵

El Estado tiene la obligación de remover las diferentes barreras (de tipo económico, cultural, geográficas y de género) que impiden el acceso a la justicia.⁶ En su sentencia en el Caso Cantos, la Corte IDH sostuvo que:

-
2. Ver por ejemplo la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, párrafos 25, 28 y 30 Convención Americana sobre Derechos Humanos). De alguna manera tocan el tema de la protección judicial de derechos, la Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos) y también la opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia, (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).
 3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 enero 2007, Original: español. Este documento fue elaborado por Víctor Abramovich, comisionado de la CIDH.
 4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 de septiembre 2007, Original: español.
 5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Cantos". Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, Párr. 54 y 55.
 6. La Rosa, Javier (2007). "Acceso a la Justicia: Elementos para incorporar un enfoque integral de política pública". En, Javier (coord.). *Acceso a la Justicia en el mundo rural*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2007, pp. 29 *et passim*.

“Esta disposición de la Convención [8.1] consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.”⁷

En el informe de la Relatoría sobre los derechos de la Mujer, la CIDH enfatizó que hay una serie de problemas estructurales que resultan en obstáculos de tipo económico al acceso a la justicia. La Comisión se refiere a: a) la ausencia de instancias de la administración de la justicia en zonas rurales, pobres y marginadas;⁸ b) la falta de patrocinio jurídico gratuito de oficio para aquellas víctimas que carecen de recursos económicos;⁹ c) los costos de los procesos judiciales.¹⁰ Según la CIDH el Estado no puede mantenerse neutral e indiferente, ya que sobre él pesa una gran responsabilidad que emana de sus compromisos asumidos al firmar y ratificar los instrumentos de protección internacional de los derechos fundamentales. Por ello, la CIDH ha remarcado la obligación estatal de proveer la prestación de servicios legales gratuitos orientados a facilitar su acceso a instancias judiciales de protección y a una mayor difusión de información sobre recursos dentro del sistema de justicia y sobre sus derechos¹¹.

La CIDH también ha reconocido la legitimidad de los dispositivos comunitarios –dentro de los que podría comprenderse la justicia comunal – como una solución a las situaciones estructurales de desigualdad que restringen el acceso a la justicia de determinados sectores de la sociedad. Además de la obligación de proveer servicios legales gratuitos está también la obligación de “reforzar los *dispositivos comunitarios* al efecto, a fin de facilitar a estos sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad, el acceso a instancias judiciales de protección, y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela”.¹²

7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., Nota 5, Párr. 68.

8. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., Nota 3, Párr. 10. Citado por Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., Nota 4, Párr. 80.

9. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., Nota 8, Párr. 12 y 80.

10. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., Nota 3, párr. 12.

11. *Ibíd.*, Párr. 215.

12. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit. Nota 4, Párr. 9.

En el caso *Goiburú y Otros*, la Corte IDH ha enfatizado la importancia del acceso a la justicia como una norma imperativa que genera obligaciones *erga omnes* para terminar con la impunidad.¹³ La Declaración de Brasilia en materia de acceso a la justicia, adoptada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (4-6 marzo 2008)¹⁴ reconoce: "la trascendental importancia que en nuestras sociedades tiene el acceso a la justicia, entendido no sólo como acceso a los tribunales, sino también como acceso al goce pacífico y pleno de los derechos, y en especial, de los derechos fundamentales, así como a las diversas alternativas para la resolución pacífica de los conflictos". Los participantes en la Cumbre expresaron el "compromiso con un modelo de justicia integrador, abierto a todos los sectores de la sociedad, y especialmente sensible con aquellos más desfavorecidos o vulnerables". Por último, reconocieron "la necesidad de impulsar, de manera plural y coordinada, actividades destinadas a fomentar la efectividad de las reglas".

Todos estos instrumentos y jurisprudencia presentan un conjunto de principios y pautas que pueden ayudar a ordenar y orientar el trabajo y las políticas en materia de acceso a la justicia, y contribuyen al marco conceptual y normativo dentro del cual se enmarca el presente informe.

La investigación, consulta y redacción del presente informe se desarrolló entre agosto del 2012 y marzo del 2013. Un primer borrador fue distribuido y discutido en el Taller Nacional organizado por el IDL y la CIJ entre el 29 y 30 de noviembre del 2012 en Lima, con la participación de cerca de 30 representantes de organizaciones de derechos humanos e indígenas de todo el país. El informe utiliza el marco conceptual y metodológico de anteriores estudios llevados a cabo por la CIJ.

-
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 131.
 14. Los asistentes eran presidentes de los poderes judiciales de los países iberoamericanos, incluido el Perú. En ella participaron los Presidentes de las Cortes y Tribunales Supremos o Superiores de Justicia y de los Consejos de la Judicatura o Magistratura, del Principat d'Andorra, República Argentina, República de Bolivia, República Federativa do Brasil, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Cuba, República de Chile, República Dominicana, República del Ecuador, República de El Salvador, Reino de España, República de Guatemala, República de Honduras, Estados Unidos Mexicanos, República de Nicaragua, República de Panamá, República del Paraguay, República del Perú, República Portuguesa, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, República Oriental del Uruguay y República Bolivariana de Venezuela.

El panorama que resulta del análisis llevado a cabo es preocupante. Mientras que el poder judicial adolece de problemas estructurales y crónicos como falta de financiamiento e infraestructura, corrupción y falta de independencia, no parece que se vayan tomando medidas para superar estos y otros problemas. La formación de los jueces sobre el derecho internacional relevante al acceso a la justicia y las normas aplicables a las empresas es deficiente y el potencial ofrecido por las múltiples avenidas procesales es desaprovechado. Al mismo tiempo, la escala de la expansión de la inversión en la explotación de recursos naturales es impresionante, lo cual augura serios problemas de desprotección en el futuro si el Estado peruano no mejora su legislación y capacidad de gestión y solución de conflictos.

El Capítulo 1 desarrolla el marco de responsabilidades que la legislación nacional fija para las empresas. El Capítulo 2 pasa revista a las diversas avenidas judiciales y no judiciales que se ofrecen a las personas que reclaman por sus derechos lesionados, mientras que el Capítulo 3 presenta un grupo de casos emblemáticos que ilustran el potencial y los obstáculos que existen en el Perú para obtener justicia en casos que involucran a empresas, y el Capítulo 4 examina las barreras de variada índole a la efectividad de los recursos existentes. Finalmente, se señalan conclusiones y recomendaciones sobre cómo podrían ser eliminados algunos de esos obstáculos.

1. Marco jurídico y obligaciones de las empresas en el Perú

1.1 Marco jurídico internacional

El Perú ha ratificado la mayoría de tratados internacionales de derechos humanos (ver anexo 1). Los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú (en adelante TIDH) tienen rango constitucional y son parte del derecho interno. Si bien la Constitución Política no ha reconocido en forma expresa y literal que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, ello se desprende de una interpretación sistemática del texto constitucional,¹⁵ de conformidad con los principios de unidad de la Constitución, y concordancia práctica,¹⁶ en consonancia con la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional peruano (Tribunal Constitucional o TC).

Ello es posible gracias a las cláusulas de apertura del derecho constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 55 de la Constitución reconoce "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". Es decir, los TIDH son "derecho interno", directamente aplicable. El artículo 3 de la Constitución reconoce que serán también considerados derechos fundamentales aquellos que se funden en la dignidad humana, lo cual incluiría los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Convenio 169 de la OIT.¹⁷ Finalmente, tenemos la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la misma que reconoce que las normas relativas a los derechos y a las libertades reconocidas en la Constitución se interpretan "de conformidad" con los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, con lo cual queda claro

15. Borowski, Martín (2003), *La estructura de los derechos fundamentales*. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho, Lima: Universidad Externado de Colombia, p. 104.

16. Cfr. Principio de concordancia práctica (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, F.J. 12. b); Principio de corrección funcional (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, F.J. 12. C); Principio de fuerza normativa de la Constitución (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, F.J. 12. E); Principio de función integradora (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, F.J. 12.d); Principio de unidad de la Constitución (STC exp. N° 04747-2007-HC/TC, F.J. 5 y STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, F.J. 12. A).

17. Artículo 3: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno."

que no tendrá cobertura constitucional una interpretación que no sea conforme con estos instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁸

Luego de superar algunos pronunciamientos equívocos,¹⁹ la jurisprudencia sostenida y uniforme del Tribunal Constitucional²⁰ ha establecido que los tratados internacionales de derechos humanos no solo forman parte del ordenamiento jurídico, sino que tienen rango constitucional.²¹ El TC ha señalado que “[l]os tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos tratados no sólo conforman nuestro

18. Véase “Los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación”. *Actualidad Jurídica*. Nº 157, diciembre de 2006. Lima, pp. 161-164.

19. En la sentencia 0033-2005-PI, F.J. 4.a subsanación, el TC sustentó la tesis de la naturaleza y rango legal del Convenio 169 de la OIT en los siguientes términos: *“En lo que importa al Convenio 169 de la OIT, éste fue aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 26253 del Congreso Constituyente Democrático, publicada con fecha 5 de diciembre de 1993. Respecto a su aplicación dentro de nuestro ordenamiento nacional, debe tenerse presente lo expuesto en los artículos 55., 56., 57. y 200.4. de la Constitución; pues, si bien los tratados forman parte del ordenamiento nacional, su incorporación al mismo, lo es con el rango de ley ordinaria –caso contrario, no podrían ser impugnados a través del proceso de inconstitucionalidad –, salvo que regulen materia constitucional, en cuyo caso, su aprobación está sujeta al procedimiento de reforma de la Constitución antes de su ratificación por el Presidente de la República.”* En la misma sentencia añadió que *“En ese sentido, su aplicación también está condicionada a que no colisione con los preceptos constitucionales que establecen atribuciones o competencias expresamente otorgadas por el legislador constituyente o el legislador constituyente derivado, de manera que los tratados no pueden limitarlas o mediatizarlas, dado que si su contenido es contrario a la Constitución, puede ocurrir una de dos cosas:*

Que el contenido del Tratado haya sido aprobado sin el procedimiento agravado de reforma de la Constitución previsto en el artículo 57. de la misma: En consecuencia tales tratados son inaplicables por contravenir la Constitución.

Que el contenido del Tratado haya sido aprobado por el procedimiento agravado de reforma de la Constitución previsto en el artículo 57. de la aquella: En cuyo caso se aplica el Tratado, toda vez que la Constitución ha quedado modificada por éste.

Por ello, las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT, no operan como marco delimitador de las competencias establecidas expresamente respecto del Congreso de la República.”

20. Cfr. Las siguientes sentencias del TC Exp. Nº 0217-2002-HC/TC y STC Exp. Nº 0218-2002-HC/TC, F.J. 2; Exp. Nº 0026-2004-AI/TC, F.J. 13; Exp. Nº 2798-04-HC/TC, F.J. 8; Exp. Nº 1417-2005-AA/TC, F.J. 7; Exp. Nº 4677-2005 - PHC/TC, F.J. 11-13; Exp. Nº 5854-2005-PA/TC, F.J. 22-23; Exp. Nº 4587-2004-AA/TC, F.J. 44; Exp. Nº 8123-2005-PHC/TC, F.J. 22 y 23; Exp. Nº 0047-2004-AI/TC, F.J. 18-22; Exp. Nº 8453-2005-PHC/TC, F.J. 22 y 23; Exp. Nº 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 25-35; Exp. Nº 0174-2006-PHC/TC, y Exp. Nº 8817-2005-PHC/TC, F.J. 22; Exp. Nº 2730-2006-PA/TC, F.J. 12-16; Exp. Nº 679-2005-PA/TC, F.J. 35-37; Exp. Nº 00007-2007-PI/TC, F.J. 12-26; Exp. Nº 03938-2007-PA/TC, F.J. 14; etc.

21. *“Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos tratados no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional.”* (STC exp. Nº 00025-2005-PI/TC y Nº 00026-2005-PI/TC acumulados, F.J. 25).

ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional”.²² Pero ha ido más allá al precisar que: “Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución”.²³

El Tribunal Constitucional reconoce también a los tratados internacionales de derechos humanos dos funciones. La primera es la *función hermenéutica*, en virtud de la cual debe recurrirse a los TIDH²⁴ al momento de interpretarse los derechos fundamentales para precisarse el contenido constitucional de los mismos. Esta función interpretativa, no solo está recogida en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución sino también en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.²⁵

La segunda función que cumplen los TIDH es la denominada *función positiva* de ensanchar el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Ello solo es posible gracias a las cláusulas de apertura del derecho constitucional y del derecho interno al DIDH y a los TIDH. La consecuencia práctica es que los derechos fundamentales ya no serán solo los expresamente reconocidos en la Constitución sino el conjunto de derechos reconocidos en los diferentes TIDH y los desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH. Muy ligada a esta función tenemos la *función negativa*, en virtud de la cual los TIDH constituyen límites materiales y criterios de validez sustancial del conjunto del ordenamiento jurídico, y especialmente de la facultad legislativa del Congreso de la República.

22. STC N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC acumulados, f.j. 25.

23. *Ibíd.*, f.j. 34

24. Cfr. “*el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*” STC N° 4587-2004-AA/TC, F.J. 44.

25. “Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales “*El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.*”

Ver también, Mendoza Escalante, Mijail (s/a). *Los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación*. Disponible en línea en: <http://www.consultoriainstitucional.com/articulospdf/v/tratados.internacionales.ddhh.pdf>, Consultado el 29 de octubre de 2012.

Una consecuencia del rango constitucional que hoy ostentan los tratados internacionales de derechos humanos, es que hoy son parte del denominado bloque de constitucionalidad.²⁶ Este bloque se refiere a aquel conjunto de normas, que al lado y junto con la Constitución, componen el parámetro de evaluación de la constitucionalidad de las leyes y de las normas reglamentarias, dada su importancia y trascendencia. Esto implicaría que una norma reglamentaria puede ser inconstitucional no solo por violar la Constitución de manera directa, sino también, en forma indirecta cuando viola o resulta incompatible con algunas de las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad.²⁷

Esta figura ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, a través del artículo 79 del Código Procesal Constitucional, el cual señala que “[p]ara apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el *ejercicio de los derechos fundamentales de la persona*”. (énfasis nuestro)

Y en el caso concreto de los TIDH, esta inserción en el bloque de constitucionalidad es fruto de una interpretación sistemática de los artículos 79 del Código Procesal Constitucional en consonancia con el artículo V del Título Preliminar del mismo texto normativo, y con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política. Todo esto es importante para efectos prácticos, toda vez que al momento de evaluar la constitucionalidad de las normas legales y reglamentarias que desarrollan derechos, los TIDH, incluido en

26. En la sentencia STC exp. 0047-2004-AI/TC en los fundamentos 18 al 22 el TC reconoce a los tratados como fuentes de derecho. Para un mayor análisis véase, Hakanson Nieto, Carlos (2009). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores, pp. 163 *et passim*.

27. En palabras del TC, la infracción indirecta de la Constitución: “[I]mplica incorporar en el canon del juicio de constitucionalidad a determinadas normas además de la propia Carta Fundamental. Se habla en estos casos de vulneración “indirecta” de la Constitución, porque la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino sólo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad.” STC Nº 00020-2005-AI/TC, F.J. 27. En relación con el concepto de bloque de constitucionalidad. Ver también STC exp. Nº 007-2002-AI/TC, F.J. 5; STC exp. Nº 0041-2004-AI/TC, F.J. 14; STC exp. Nº 0046-2004-AI/TC, F.J. 128; STC exp. Nº 0020-2004-AI/TC, F.J. 27. Un estudio de los orígenes franceses de este concepto recepcionado en España lo podemos encontrar en: Rubio Llorente, Francisco (1993). *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 99 *et passim*.

el Convenio 169 de la OIT cumplirá una función de parámetro de validez constitucional.

La normativa internacional en materia de Derecho del Trabajo está vigente en el Perú, en gran medida, gracias al bloque de constitucionalidad.²⁸ Lo cual abre el sistema jurídico peruano y la protección de derechos humanos a los instrumentos e interpretaciones establecidas en este contexto. En este grupo de normas encontramos los convenios y recomendaciones de la OIT en materia de libertad sindical y la negociación colectiva; la prohibición de trabajo forzado y trabajo infantil, igualdad en la remuneración y no discriminación en materia de empleo y ocupación. Además de estos derechos contenidos en convenios denominados fundamentales, la OIT reconoce una amplia gama de derechos laborales y establece mecanismos en caso de amenazas o vulneraciones.

1.2 Aplicación de la Constitución a las empresas²⁹

El desarrollo de las actividades de las empresas no se da al margen del ordenamiento constitucional. Como señala el Tribunal Constitucional:

“[L]a eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* se deriva del artículo 38º de la Constitución, que establece que “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)”; de ello se deriva –aunque también del artículo 1º, en cuanto al principio de dignidad de la persona – la vinculatoriedad de la Constitución que se proyecta *erga omnes* no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino que también alcanza a las relaciones establecidas entre particulares.”³⁰

Añade el TC que, por ende, los derechos fundamentales, “detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo que implica que las normas estatutarias de las entidades privadas

28. Para una reflexión sobre este tema desde el Derecho del Trabajo puede consultarse Villavicencio Ríos, Alfredo (2009). *Los tratados de derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad*. En Villavicencio Ríos, Alfredo (coord.). *Temas centrales del Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Lima: Ara editores, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, PP. 60-89.

29. Ruiz Molleda, Juan Carlos (2012). Los derechos de los pueblos indígenas como límites a la libertad contractual. Informe Jurídico. Agosto de 2012. Disponible en línea en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc27092012-141439.pdf , Consultado el 27 de noviembre de 2012.

30. STC 00537-2007-AA F.J. 3.

y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales”.³¹

El ejercicio de la libertad de empresa y, en general, de las libertades económicas no puede ser realizado de espaldas al conjunto de disposiciones constitucionales que regulan los elementos del modelo económico adoptado por el constituyente. El artículo 59 de la Constitución ha establecido un amplio marco para la inversión privada, reconociendo la libertad de empresa, comercio e industria, pero establece que el “ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública”. De igual modo, el artículo 58 garantiza, entre otras, la iniciativa privada, y el artículo 61 facilita y vigila la libre competencia. La empresa, “que es el conjunto de esfuerzos para alcanzar un fin comercial es reconocida como uno de los elementos indispensables en la creación de riquezas”.³² Como sostiene el TC, “la Constitución protege determinada actividad empresarial, dejando sin protección a aquella que contravenga los límites impuestos en el artículo 59, y además, a aquellas que vulneran los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución”.³³

1.2.1 Régimen constitucional de la actividad empresarial

Como se ha dicho, el ejercicio de las libertades económicas no puede ser realizado de espaldas al conjunto de disposiciones constitucionales que regulan los elementos del modelo económico adoptado por el constituyente. Estas disposiciones brindan un marco de interpretación que no solo vincula sino que orienta el análisis del contenido de la libertad contractual. La actividad económica no es un espacio ajeno e impermeable al ordenamiento constitucional sino, por el contrario, está “constituido” por este.

Con frecuencia, se apela al libre juego de la oferta y de la demanda como marco dentro del cual se desarrolla la relación contractual entre los diferentes agentes económicos. Sin embargo, las leyes del mercado no obedecen a reglas económicas ajenas y exentas a los derechos, principios y valores contenidos en la Constitución Política.³⁴

31. *Ibíd.*, F.J. 4.

32. STC 00001-2012-PI, F.J. 42

33. *Ibíd.*, F.J. 42

34. Haberle, Peter (2008). *Incursum. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*. Constitución Económica del Perú. Lima: Palestra, p. 34. Como señala Haberle: “El mercado, en el Estado Constitucional, es –como toda vida social-

En efecto, el mercado está estrechamente conectado, "a las cuestiones fundamentales de la convivencia social (...) y está subordinado al postulado de la justicia y del bien común, así como a otros sectores propios de una democracia pluralista".³⁵ En definitiva, centro del marco de un Estado constitucional y democrático de Derecho, así como de un modelo de economía de mercado, la economía constituye una herramienta al servicio de la persona humana y su dignidad, no un fin en sí mismo.³⁶ La consecuencia práctica, entonces, es que tanto el derecho público como el administrativo no pueden quedar subordinados a las leyes del mercado, sino que deben regularlo.

Según el artículo 58 de la Constitución, el modelo económico peruano, se identifica con el de una economía social de mercado. De esto se deriva que, si bien la iniciativa privada es libre, no puede ejercerse en contraposición al interés general y social. Por tal razón, en el marco del modelo económico consagrado constitucionalmente, se deberá integrar la lógica del mercado (de la competitividad y de los intereses individuales) con la satisfacción del interés general y social.³⁷

La economía social de mercado es el modelo económico propio del Estado Social de Derecho. En tal sentido, el rol del Estado en la economía se orienta a la protección y al desarrollo no solo de los derechos fundamentales sino económicos, con lo cual quedan proscritas las prácticas económicas abusivas en las que pueden incurrir los agentes del mercado. Al mismo tiempo, es importante atender el interés general a fin que el orden económico no se desarrolle al margen de las necesidades de quienes se encuentran en una situación de desventaja económica, en base al principio de solidaridad que se colige del modelo de economía social de mercado.³⁸ El TC es claro en sostener que los derechos también vinculan a los particulares, precisando que su violación es un supuesto de abuso del derecho. Para este alto tribunal:

estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, y, esto es constituido [...] El Estado Constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia...[El mercado] no está dado a priori "naturalmente" pero, por el contrario, ha sido constituido; no es alguna cosa autónoma y separada [...] es un ámbito social en el cual se concreta el ejercicio de diversos derechos fundamentales mediante el aporte de muchos."

35. *Ibíd.*, p. 36.

36. *Ibíd.*, p. 52.

37. *Ibíd.*, p. 53.

38. *Ibíd.*, p. 64.

“[L]os derechos también vinculan a los privados, de modo que, en las relaciones que entre ellos se puedan establecer, éstos están en el deber de no desconocerlos. Por cierto, no se trata de una afirmación voluntarista de este Tribunal, sino de una exigencia que se deriva de la propia Norma Suprema, en cuyo artículo 103° enfáticamente ha señalado que constitucionalmente es inadmisibles el abuso del derecho. [...] es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano.”³⁹

El reconocimiento del Estado social de derecho realizado por la Constitución no es irrelevante al momento de interpretar la libertad contractual y fundamentalmente la autonomía privada que la sustenta. Por el contrario, el Estado social impone obligaciones muy concretas, como veremos a continuación. El artículo 43 de la Constitución reconoce que la República del Perú es social. Se trata de una concreción del principio de Estado social y democrático de derecho.⁴⁰

El artículo 59 de la Carta Política precisa que “El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”. De esta forma, se sustenta la adopción de medidas típicas de discriminación positiva, la cual a su vez, tiene estrecha relación con el principio de igualdad sustancial, desarrollado por un sector de la doctrina. Según esta, tratar igual a los que son materialmente desiguales es tan violatorio del derecho a la igualdad y a la no discriminación, como tratar desigual a los que son material y sustancialmente similares.⁴¹

39. STC N° 0858-2003-AA/TC, F.J. 22

40. STC N° 00020-2005-AI/TC, F.J. 99. Ver también Kresalja, Baldo y Ochoa, César (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 286.

41. Prieto Sanchis, Luis (2001). “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial.” *Derechos sociales y derechos de las minorías*. 2da. ed. México D.F.: Porrúa, pp. 17-68.

Como señala el TC, “en el contexto de un Estado Social de Derecho, que supera las clásicas restricciones del Estado liberal abstencionista, la necesidad de garantizar los objetivos de promoción del bienestar general contenidos en los textos constitucionales en forma de derechos sociales, requiere también la garantía de operativización de estas nuevas cláusulas constitucionales”.⁴² Ello exige, en primer lugar, “la emisión de las normas necesarias que fijen el marco jurídico a partir del cual se diseñará la infraestructura institucional y material capaz de satisfacer estos derechos”.⁴³

En relación con los pueblos indígenas, el TC ha sostenido que el hecho de que la actual Constitución reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho “está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora”.⁴⁴ Como se verá luego, uno de los elementos centrales para los pueblos indígenas, y condición para su reproducción social y material, es su derecho al territorio.

1.2.2 Los derechos constitucionales afectados por las actividades extractivas

Las personas consultadas en el marco de este informe, coinciden en señalar que son varios los derechos fundamentales que son susceptibles de ser afectados cuando las empresas extractivas realizan sus actividades sin un adecuado control. Se tiene así, en primer lugar, el derecho a vivir y disfrutar de un medio ambiente adecuado y equilibrado. Por lo general, cuando se afecta este derecho, se afectan también los derechos a la salud y a la integridad física de las personas. Dependiendo del tipo de vulneración, podrá incluso afectarse o ponerse en peligro el derecho a la vida. Estas afectaciones traen, como consecuencia, la violación del derecho al proyecto de vida individual, del derecho a la intimidad, en este último caso, cuando por ejemplo hay olores fétidos que afectan la vida privada. También estas actividades pueden comprometer o limitar el

42. STC N° 05427-2009-PC, F.J. 15.

43. *Ibíd.* F.J. 15

44. STC exp. N° 00042-2004-AA/TC, F.J. 1.2.

derecho fundamental al agua potable. De igual manera, dependiendo del tipo de impacto, se puede afectar también el derecho al trabajo y a la libertad de empresa de aquellas actividades económicas que pueden verse afectadas por las actividades extractivas, cuando no se toman las medidas apropiadas.

En el caso que las actividades extractivas se realicen en los territorios de pueblos indígenas se afectará otros derechos más específicos. Tenemos en primer lugar, el derecho a la consulta previa de cada decisión, fundamentalmente administrativa, susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Luego tenemos dos derechos que son claves para los pueblos indígenas, el derecho al territorio, protegido por el derecho de propiedad, y el derecho a los recursos naturales. Asimismo, cuando se afecta el territorio, se afecta también el derecho a la identidad cultural, toda vez que el territorio cumple una función no solo económica, sino cultural, espiritual y religiosa. De manera conexas se afecta también el derecho a la integridad cultural, y dependiendo de la intensidad y gravedad de la vulneración, puede comprometerse el derecho a la subsistencia de los pueblos indígenas.

Finalmente, en el contexto de convulsiones sociales frecuentemente creadas a raíz de la oposición social a ciertas actividades económicas, la represión policial puede resultar en afectaciones a los derechos de libertad personal y seguridad de la persona, a la integridad física y al debido proceso.

1.3 Responsabilidad penal de la empresa

El ordenamiento legal peruano, que no ha incorporado explícitamente la figura de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, está sin embargo experimentando cambios importantes hacia un reconocimiento más claro de dicha responsabilidad. Por otra parte, si personas naturales cometen delitos mediante personas jurídicas existen mecanismos para sancionar dicha responsabilidad y también a las respectivas empresas. Todo esto en el contexto de un nuevo Código Procesal Penal en proceso de implementación progresiva en el país.

1.3.1 Responsabilidad penal de la persona jurídica

El Código Penal peruano no contempla la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas por la comisión de ilícitos penales, pero sí contempla la responsabilidad accesoria por haber servido como instrumento, facilitador o encubridor del delito que puede hacer

a la persona jurídica objeto de sanciones penales. Sólo las personas naturales, administradores y representantes de las personas jurídicas, asumen la responsabilidad directa por el ilícito penal.

El artículo 104 del Código Penal⁴⁵ establece la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa, en caso de delitos cometidos por sus funcionarios o dependientes –en el contexto de actividades propias de la persona jurídica – cuando el peculio de éstos no sea suficiente para responder por la reparación civil al agraviado.⁴⁶

Por su parte, el artículo 105 del Código Penal hace referencia a medidas aplicables a las empresas cuando el hecho punible sea cometido “en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecer o encubrirlo”. Se trata, entonces, de consecuencias accesorias o especiales, aplicables en relación a la comisión de cualquier delito previsto en el Código Penal.

“Artículo 105.- Medidas aplicables a las personas jurídicas

Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

45. Código Penal 1991, D. Leg. 635

46. Privación de beneficios obtenidos por infracción penal a personas jurídicas. “Artículo 104.- El Juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueran insuficientes.”

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años.

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.”

Debido a que por más de 18 años estas disposiciones penales no habían sido aplicadas de manera general y coherente, el Poder Judicial en reunión de Pleno Jurisdiccional de noviembre 2009⁴⁷ emitió un Acuerdo Plenario.⁴⁸ Este acuerdo busca superar la subutilización de la norma referida, precisando algunos puntos referidos a las medidas y fijando criterios para su aplicación. Seguidamente, el acuerdo plenario establece reglas procesales para la imputación y procesamiento de la persona jurídica, garantizando el derecho al debido proceso, incluido el derecho a la defensa y a una resolución fundada en derecho y congruente. Esto significa que la empresa se incorporará al proceso en sede de instrucción mediante una resolución judicial de imputación.

El Acuerdo Plenario aclara que al aplicar el artículo 105 el juez debe verificar que a) se haya cometido un hecho punible o delito, b) que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito, y c) que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito. Es decir, que mientras que una persona natural no haya sido condenada judicialmente por la comisión del delito el juez no podrá aplicar las consecuencias accesorias a la persona jurídica que haya facilitado o encubierto el delito. Una de las limitaciones de esta fórmula es que pueden haber situaciones en las que no sea posible identificar a la persona presunto autor del delito o ella se haya fugado o haya fallecido, lo cual hará imposible la aplicación de la norma a la persona jurídica.

47. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias. El pleno jurisdiccional es una figura regulada por el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se trata de una reunión de jueces de instancias superiores, de una determinada especialidad para fijar interpretaciones que se pretenden sean vinculantes. Difícilmente los plenos jurisdiccionales pueden reconocerse como fuente de derecho. Sin embargo, entre los magistrados se evidencia cierta conciencia de obligatoriedad para cumplir lo contenido en el acuerdo plenario.

48. Acuerdo Plenario 007-2009-CJ-116, noviembre 2009. Disponible en línea en: <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=331>, Consultado el 25 de octubre de 2012.

Las aclaraciones del Pleno Jurisdiccional del 2009 avanzan hacia la construcción de una opinión jurídica favorable a la responsabilidad penal directa de las empresas desde el Poder Judicial. Dicha tendencia que supera el clásico dogma *societas delinquere non potest* se observa claramente en el proyecto de ley N° 1627-2012-PJ presentado por el Poder Judicial al Congreso que, de ser aprobado, modificaría el artículo 105 del Código Penal.⁴⁹ La propuesta del Poder Judicial señala expresamente que las personas jurídicas serán directamente penalmente responsables de los delitos cometidos “en su nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y sus administradores de hecho o de derecho.” También serán “responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y provecho de las empresas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus gestores y órganos, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas situaciones del caso.” El Juez aplicará entre otras medidas las penas de multa, clausura o disolución de la persona jurídica. Sin embargo, de manera injustificada la norma excluye de su aplicación, entre otros, a “las agencias y entidades públicas empresariales, a los partidos políticos y sindicatos”. Si el proyecto de ley llegara a aprobarse, las empresas públicas o de propiedad total o parcial del Estado no estarían cubiertas por la norma penal. La exclusión de sindicatos y partidos políticos sigue la práctica española que, no obstante, estaría en proceso de cambiar para incluir estos actores bajo el manto de la norma penal.

1.3.2 Responsabilidad penal del representante

En la medida que la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas todavía no está incorporada en el ordenamiento jurídico, son las personas naturales las que responden por los delitos cometidos por ellas o a través de ellas.

Bajo esa lógica es relevante el artículo 27 del Código Penal, que establece que “[e]l que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que

49. Se trata del proyecto de ley N° 1627-2012-PJ, que fue presentado el 23 de octubre de 2012 al Congreso. Disponible en línea en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebfbc305256f2e006d1cf0/c1e0d7b51e9b00fb05257aa20069229f/\\$FILE/PL01627241012.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebfbc305256f2e006d1cf0/c1e0d7b51e9b00fb05257aa20069229f/$FILE/PL01627241012.PDF). Consultado el 26 de octubre de 2012.

fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada”.

Se trata de la figura penal conocida como el actuar por otro y que fue incorporada en el Código Penal de 1991, considerando la posibilidad de sancionar actuaciones cometidas por personas jurídicas, pero respetando el principio *societas delinquere non potest*.⁵⁰

Fuera de esto, el Código Penal peruano contiene una amplia gama de delitos, que son sancionados a través de sistema procesal vigente y que resguardan derechos fundamentales y bienes constitucionales como la vida, la integridad y la salud; el honor; la familia; la libertad; la propiedad y el patrimonio; libertad contractual y de empresa; patrimonio cultural; seguridad pública; el medio ambiente; participación política; entre otros.

1.3.3 Delitos cometidos en el marco de la actuación de empresas

Quienes actúan en nombre de personas jurídicas, y las personas jurídicas que participan en el encubrimiento y/o favorecimiento del delito así cometido, pueden ser responsables de cualquiera de los delitos tipificados en el Código Penal, aunque efectivamente algunos son más pertinentes que otros. Así, es lógico inducir que los ilícitos referidos a cuestiones patrimoniales o ambientales sean más recurrentes que los delitos vinculados a la libertad sexual, por poner un ejemplo. Debido a que las modalidades de posible participación empresarial en la comisión del delito son accesorias o instrumentales – “facilitación”, “encubrimiento” - podría entenderse también que la modalidad de participación por complicidad queda en parte ya cubierta por el tipo penal del artículo 105.

En ese sentido, a través de personas jurídicas, sobre todo medios de comunicación – pero no sólo ellos – se pueden cometer delitos contra el honor regulados entre los artículos 130 y 138 del Código Penal, como la injuria, la calumnia o la difamación. Por su parte, parece carecer de sentido involucrar a empresas en ciertos delitos contra la familia, como bigamia o matrimonio con persona casada; o delitos contra la patria potestad o asistencia familiar, aunque legalmente nada impide que se formulen acusaciones por estas materias. Por otra parte, cuestiones como la receptación (artículo 194 del

50. Pena Cabrera Freyre, Alonso Raúl (2007). *Derecho penal parte general. Teoría del delito y de la Pena y sus Consecuencias Jurídicas*. Lima: Rodhas, p. 240.

Código Penal), estafa (artículo 196), administración fraudulenta (artículo 198), contabilidad paralela (artículo 199), daño (artículo 105 y siguientes), delitos informáticos (artículo 207 y siguientes), contra el sistema crediticio (artículo 209 y siguientes), usura (artículo 214) o los delitos contra el orden económico y contra el orden financiero y monetario, entre otros, pueden mas claramente vincularse a personas jurídicas.

Mención aparte merecen los delitos medioambientales regulados entre el artículo 304 y 314 del Código Penal. El primero de estos busca tutelar el bien jurídico medio ambiente sano y equilibrado, en la medida que se sanciona el provocar o realizar descargas, emisiones de gases tóxicos, de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, suelo, subsuelo, aguas, que causen o puedan causar perjuicio grave al medio ambiente o sus componentes. Este ilícito base contiene formas agravadas, reguladas por el artículo 305, relativas a falsear información, obstaculizar la fiscalización administrativa o actuar clandestinamente, y la producción de lesiones graves o muerte por la contaminación. Las penas para estos delitos no son comparativamente muy altas, en la medida que si se producen lesiones graves la pena será no mayor de 8 años, lo cual lleva a cuestionar el valor y efecto disuasivo de la pena.

Por su parte, el artículo 306 hace referencia a la sanción por incumplir normas relativas al manejo de residuos sólidos, mientras que el artículo 307 lo hace respecto del tráfico ilegal de estos residuos. En febrero de 2012 se incorporó al Código Penal, el artículo 307-A para sancionar el delito de la minería ilegal con una pena máxima de 8 años y sus formas agravadas (artículo 307-B), además del delito de financiamiento de la minería ilegal (artículo 307-C) y otros aspectos vinculados (del 307-D al 307-F).

1.3.4 La responsabilidad penal en materia ambiental

El artículo 2 de la Constitución reconoce el derecho de toda persona a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida". Asimismo, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales⁵¹ del cual el Perú es parte) precisa que "[t]oda persona tiene derecho

51. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”, y añade: “[l]os Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”. El artículo 44 de la Constitución hace hincapié en que son deberes del Estado no solo “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” sino “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. Estas normas deben ser interpretadas, en consonancia con el artículo 1 de la Constitución que precisa que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En relación con la justificación de este derecho, el TC ha optado por “considerar al medio ambiente, equilibrado y adecuado, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos”. Para este tribunal en el medio ambiente se encuentra el “conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, los componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico”⁵².

El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona, está determinado por los siguientes elementos: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente, se preserve.

“El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.”⁵³

52. STC No 0964-2002-AA, F.J. 9 and 8

53. En relación con el primer componente, el TC ha precisado que: “[E]l derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1º

1.4 Responsabilidad de la empresa bajo el derecho medioambiental

Las principales normas que protegen el medio ambiente, las que deben ser leídas a la luz de las diversas disposiciones de la Constitución Política, son las siguientes: Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, publicada el 15 de octubre de 2005; Decreto Legislativo N° 1013, Ley de creación, organización y funciones del Ministerio del Ambiente, publicado el 14 de mayo de 2008; Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821, publicada el 26 de junio de 1997; y la Ley marco del sistema nacional de gestión ambiental, Ley N° 28245, publicada el 04 de junio de 2004.

Según el artículo 142 de la Ley General del Ambiente se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no una disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

La prevención del daño ambiental requiere fiscalización y control y de un régimen de responsabilidad por daños ambientales. En relación a la fiscalización y control, la Ley General de Ambiente le dedica varias disposiciones. El artículo 130, *De la fiscalización y sanción ambiental*, precisa que la fiscalización ambiental comprende las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares, que realiza la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes a fin de asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones ambientales contenidas en las normas legales. Toda persona, natural o jurídica, está sometida a las acciones de fiscalización que determine la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes.

Según el artículo 131 de la Ley General del Ambiente, toda persona natural o jurídica que genere impactos ambientales significativos está sometida a las acciones de fiscalización y control ambiental que determine la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes. Todo esto nos remite al tema de las inspecciones, regulado en el artículo 132 de la misma ley: la autoridad ambiental competente realiza las inspecciones que considere necesarias para el cumplimiento de sus atribuciones,

de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.” (STC 3510-2003-AA, F.J. 2.d).

bajo los principios establecidos en la ley y las disposiciones de los regímenes de fiscalización y control.

El tema de la vigilancia y monitoreo ambiental cumple un papel central para la responsabilidad ambiental. Según el artículo 133 de la misma ley, la vigilancia y el monitoreo ambiental tiene como fin generar la información que permita orientar la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de los objetivos de la política y normativa ambiental. En materia de vigilancia ciudadana, el artículo 134 de la Ley General del Ambiente establece que las autoridades competentes dictan medidas que faciliten el ejercicio de la vigilancia ciudadana y el desarrollo y difusión de los mecanismos de denuncia frente a infracciones a la normativa ambiental. Estas acciones de participación ciudadana podrán ser de fiscalización y control visual de procesos de contaminación, fiscalización y control por medio de mediciones, muestreo o monitoreo ambiental, y fiscalización y control vía la interpretación o aplicación de estudios o evaluaciones ambientales efectuadas por otras instituciones.

Anivel de responsabilidad por daño ambiental, el artículo 135, establece un régimen de sanciones. Según esta norma, el incumplimiento de las normas en materia ambiental es sancionado por la autoridad competente en base al Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental. De conformidad con el artículo 136, las personas naturales o jurídicas que infrinjan las disposiciones contenidas en la propia Ley General del Ambiente se harán acreedoras, según la gravedad de la infracción, a sanciones o medidas correctivas.

Asimismo, el artículo 142 establece que aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación del daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

De otro lado, la ley General del Ambiente también contempla la responsabilidad objetiva en su artículo 144. Según esta, la responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso; o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142^o, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización, los de la recuperación del ambiente afectado, así

como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir.

La ley contempla los casos de la responsabilidad subjetiva en su artículo 145. Esta norma precisa que la responsabilidad en los casos no considerados en el artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y los de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente.

Aunque no el único, la preservación del medio ambiente que se sustenta en el derecho constitucional a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado a la vida, constituye uno de los principales límites de la actividad empresarial.

1.4.1 Principios jurídicos constitucionales ambientales aplicables a las empresas

La jurisprudencia del TC ha desarrollado un conjunto de principios y reglas que se aplican especialmente a empresas extractivas pero pueden también tener un efecto más general. Estos principios jurídicos tienen fuerza vinculante.

La responsabilidad social de la empresa

Según el TC, la Responsabilidad Social de la Empresa, no es una opción voluntaria o moral sino una obligación. “En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa”. El Tribunal Constitucional ha precisado:

“la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a que asuma su responsabilidad social. Los efectos que las empresas generan han suscitado que se tomen ciertas medidas a fin de lograr una inserción más pacífica de la empresa en la sociedad. Es así como se ha desarrollado el concepto de responsabilidad social de la empresa, que tiene diversos ámbitos de aplicación como el interno: el relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral interno, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno”⁵⁴

54. TC 03343-2007-AA , F.J. 21, 23.

Tanto el Estado como las empresas asumen deberes específicos, y en el caso de las empresas esto se expresa en su deber de ejercer sus libertades económicas con responsabilidad social. Corresponde al Estado, *"fiscalizar celosamente el cumplimiento de los estándares nacionales y también los estándares internacionales, a fin de evitar extralimitaciones por parte de las empresas que invierten en el país.* Y es que si bien los agentes económicos deben someter su conducta a los principios de la responsabilidad social de la empresa, *es deber del Estado vigilar su cumplimiento así como su maximización.* De igual forma el Estado debe diseñar políticas, que según el caso, beneficien la principal actividad económica de las poblaciones afectadas, como por ejemplo, la actividad agrícola, de pastoreo, o la pesca" (énfasis añadido).⁵⁵

La obligación de la empresa de prever y evitar pasivos ambientales y conflictos sociales

La actividad empresarial debe ir acompañada de una estrategia de previsión de los impactos ambientales, reduciéndolos o eliminándolos según sea el caso, lo cual requiere una actitud proactiva de parte de la empresa que no depende solo de lo que el Estado pueda o no pueda hacer:

"la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsoras del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán"⁵⁶.

El TC reconoce el deber de las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales de establecer mecanismos a fin de prevenir daños ambientales y conflictos sociales. Ello es parte de la responsabilidad social de la empresa, lo que permitiría desarrollar su actividad empresarial en armonía con la comunidad.⁵⁷

55. Op. Cit., Nota 32, F.J. 51.

56. Op. Cit., Nota 32. F.J. 24.

57. *Ibíd.*, F.J. 45.

Desarrollo sustentable, prevención, precaución, restauración, mejora y compensación

El TC reconoce el vínculo y tensión existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado adecuado al desarrollo de la vida. Por lo tanto, tal actividad debe encausarse dentro de los parámetros de ciertos principios tales como: a) el principio de desarrollo sustentable, b) el principio de prevención; c) principio de restauración, d) principio de mejora, e) principio precautorio y, f) principio de compensación⁵⁸.

La responsabilidad especial de las empresas mineras debido a su actividad riesgosa

Sobre este punto, el TC ha señalado que, debido a la naturaleza de su actividad, las empresas mineras tienen una “responsabilidad de primer orden en la implementación de políticas públicas orientadas a la preservación del medio ambiente, debido a los riesgos que supone su actuación en el ámbito de la exploración y la explotación minera misma”⁵⁹

A pesar que el TC se refiere explícitamente a “políticas públicas” no debe descartarse otro tipo de medidas y acciones a tomarse en proporción al riesgo creado por las actividades de exploración y/o explotación minera. Esto, naturalmente, es consistente con los principios de la responsabilidad civil establecidos en el Código Civil y en la Ley de General de Ambiente.

La obligación de promover consulta a las comunidades posiblemente afectadas, permitir su participación en las operaciones y beneficios

Esta es una obligación que refleja la responsabilidad social de la empresa. Las empresas deben buscar el menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades. Si se llevan a cabo actividades extractivas de los recursos naturales ubicados dentro de los territorios de comunidades “es claro que tendrán que implementarse mecanismos de participación de las comunidades en actividad (sic) y de las rentas que se puedan generar.”⁶⁰

58. STC 0048-2004-AI/TC, F.J. 18.

59. Ibid., F.J. 34.

60. TC 03343-2007-AA, F.J. 39.

La obligación de la empresa de ponerse de acuerdo con la población local y no imponer su punto de vista

Debido a que muchas actividades empresariales, especialmente las de tipo extractivo, han generado oposición y conflicto social, el TC ha definido el deber de la empresa de establecer mecanismos internos para prevenir y/o resolver esos conflictos. Las empresas deben "internalizar ciertos costos que le permitan prevenir el origen o escalamiento de conflictos sociales. Ello, recae en principio en la esfera de la empresa, la que debido a su experiencia debe tomar en consideración posibles tensiones con la población de las áreas aledañas. En tal sentido, estas deberían tratar de evitar medidas aisladas y optar por medidas dirigidas a solucionar y prevenir los verdaderos problemas de la comunidad. Lo que no implica imponer soluciones sino, plantear un primer nivel de consenso con los pobladores de la zona a fin de apreciar sus preocupaciones".⁶¹

Las obligaciones de las empresas en materia de estudios de impacto ambiental (EIA)

Las obligaciones de las empresas en materia ambiental incluyen aquellas relacionadas con la realización de estudios de impacto ambiental y social. Estos estudios son obligatorios en virtud del bloque de constitucionalidad que incorpora las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y su interpretación por la Corte Interamericana.

En primer lugar, los EIA deben evaluar el impacto social, cultural y espiritual. El artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT requiere: "Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios [...] a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos". Sin embargo, los estudios de impacto ambiental que se realizan en el Perú no evalúan debidamente el impacto social, cultural y espiritual de los proyectos económicos.⁶²

61. Op. Cit., nota 32, F.J. 49.

62. Esta situación es convalidada por normas cuestionables de menor jerarquía. Tenemos, en primer lugar, el artículo 23 del Decreto Supremo No 020-2008-EM, que aprobó el Reglamento Ambiental para actividades de exploración minera, que dispone que los estudios de impacto ambiental tienen por objeto evaluar la viabilidad ambiental de las actividades mineras sin precisar otras dimensiones sociales y/o culturales. Asimismo, en los términos de referencia de los estudios ambientales tampoco existe una mención a la evaluación social cultural y espiritual que el artículo 7.3 del convenio 169 de la OIT exige. La Resolución Ministerial 167-2008- MEM/DM, que aprueba los términos de referencia comunes para las actividades de exploración minera categorías

El mismo artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT establece que “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados”. No obstante, los estudios de impacto ambiental que se realizan no se hacen con la participación de los pueblos indígenas.

Finalmente, el Estado debe supervisar los Estudios de Impacto Ambiental. La Corte IDH ha establecido en el párrafo 129 de la sentencia recaída en el caso Saramaka, que “el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”. El objetivo, como la Corte señala, es “preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”. Dos son las exigencias que la Corte IDH establece en materia de elaboración de EIA. Primero que las empresas que realizan los estudios de impacto ambiental sean independientes y técnicamente capaces, y luego que el Estado las supervise para garantizar lo anterior. No se trata de una formalidad, ya que existen antecedentes recientes de

I y II, establece que los titulares mineros deberán presentar la Declaración de impacto ambiental y el Estudio de impacto semi-detallado. Si bien contempla el aspecto socio económico (en el anexo I para la categoría I, en el punto 4 denominado “descripción del área del proyecto”, literal d), solo se habla de identificar a las poblaciones y no de evaluar el impacto sobre ellas. Igual ocurre en la categoría II. Para la categoría II se exige lo siguiente: “La información sobre los aspectos socioeconómicos y culturales será obtenida por un profesional competente a partir de fuentes de información secundaria, precisando la fuente de información, así como de entrevistas, encuestas, grupos focalizados, talleres u otras técnicas de campo que sean apropiadas, de conformidad con la “Guía de Relaciones Comunitarias” del Ministerio de Energía y Minas. Se deberá:

1. Identificar el área de influencia directa e indirecta del proyecto de exploración para los aspectos socioeconómicos y culturales, precisando los criterios asumidos para su definición (el cual se representará en un plano a escala adecuada).
2. Para el área de influencia directa, caracterizar a las poblaciones en términos de población por sexo y grupo etario, población económicamente activa, vivienda, actividades económicas (tipo, porcentaje, estimado de ocupación, principales productos) infraestructura de transporte, infraestructura de salud y educación, indicadores de salud (natalidad, mortalidad, morbilidad, información epidemiológica), información de educación (alfabetismo, nivel educativo), servicios básicos (agua, saneamiento electricidad), fuentes y usos de agua, usos de suelos, índice de desarrollo humano (a nivel de distrito); índice de necesidades básicas insatisfechas (a nivel de distrito), organización social, liderazgos, costumbres.
3. Para el área de influencia indirecta, caracterizar a las poblaciones, a partir de información secundaria, considerando los siguientes aspectos población por sexo y grupo etario, vivienda, actividades económicas, ingreso familiar, infraestructura de transporte, infraestructura en salud, y educación, principales productos, servicios básicos (agua, saneamiento, electricidad), fuentes de y usos de agua, usos de los suelos, índice desarrollo humano (a nivel de distrito), índice de necesidades básicas insatisfechas (a nivel de distrito), organización social y liderazgos, costumbres”. (subrayado nuestro).

desnaturalización de los EIA.⁶³ La pertinencia de esta regla descansa en el hecho que la Corte IDH ha establecido esta exigencia como un requisito y una condición para la explotación de los recursos en territorios de los pueblos indígenas, antes de otorgarse las concesiones a las empresas extractivas.

Reparación a las víctimas

Un tema importante tiene que ver con la reparación a la afectación de los derechos de terceros o la ocurrencia de daños a estos, producto de la actividad de empresas. El Tribunal Constitucional ha reafirmado el principio que quién causa un daño está obligado a repararlo: “[S]i la actividad empresarial genera daños estos no solo deben ser sancionados por la Administración, sino que deben generar una *reparación directa, justa y proporcionada, a las personas directamente afectadas*.” El TC también precisa que esto implica una actitud proactiva de la empresa para actuar sin esperar a ser demandada por vía judicial, tomando acciones necesarias para la reparación del daño causado.⁶⁴

1.5 Responsabilidad de la empresa bajo el derecho Laboral

En teoría, tanto el derecho laboral como el derecho procesal laboral están pensados para la protección de derechos fundamentales. Por definición la rama sustantiva (y por ende también la rama procesal) es de corte protector/tuitivo, se orienta a nivelar el desbalance de poder entre los dos actores principales de la relación laboral: empleadores y trabajadores. Sin embargo, eso no es totalmente cierto en el caso del régimen jurídico peruano que se caracteriza por su niveles altos de flexibilización, desregulación y dispersión, producto de la reforma antidemocrática y neoliberal llevada a cabo por el gobierno de Alberto Fujimori después de 1992. Los sucesivos gobiernos democráticos no han logrado enmendar estos excesos y, por el contrario, el proceso de flexibilización y desregulación ha continuado en ciertos sectores.

Además de los artículos pertinentes de la Constitución y el contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional,⁶⁵ múltiples normas

63. Ver informe de IDL-Reporteros sobre el Caso Islay, donde se demostró la deficiencias del EIA y que concluyó con clausura de las actividades mineras, <http://idl-reporteros.pe/2011/04/16/inutiles-estudios/>

64. Op. Cit., Nota 32, f.j. 54

65. Sobre el derecho al trabajo y la protección contra el despido arbitrario puede consultarse

regulan los diferentes ámbitos del Derecho del Trabajo, el cual se ha flexibilizado como resultado de las reformas neoliberales de los años noventa. En este momento, la multiplicidad de normas hacen más complejo el conocimiento de la legislación laboral.

Este diagnóstico se aplica para la regulación del sector privado donde existen al menos 12 regímenes diferenciados y en el sector público donde existen cerca de 15 regímenes. Siguiendo la recopilación de Ulloa,⁶⁶ se puede encontrar legislación laboral específica para una treintena de actividades, tales como el trabajo: a) a domicilio;⁶⁷ b) adolescentes;⁶⁸ c) agrícolas;⁶⁹ iv) artistas;⁷⁰ v) biólogos;⁷¹ vi) dentistas;⁷² vii) construcción civil, y viii) enfermeras⁷³. Igualmente es aplicable la ley 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual o la Ley de Compensación por Tiempos de Servicios, entre otras tantas. No debe olvidarse que los convenios colectivos y los reglamentos internos son también fuente de derecho.

Sin embargo, hay una cierta regulación común para derechos colectivos⁷⁴ y las cuestiones procesales relacionadas⁷⁵. En materia de derechos individuales del trabajo, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que regula el contrato de trabajo y sus componentes, suspensión y extensión de la relación laboral, entre otros, destaca por su importancia.

De acuerdo a esta ley, las empresas empleadoras están obligadas a establecer relaciones laborales de acuerdo a dicha normatividad, es

la STC N° 1124-2001-AA; sobre el despido arbitrario también STC N° 976-2001-AA; sobre protección de los DESC: STC N° 1417-2005-AA; sobre la protección de derechos laborales vía amparo: 206-2005-PA; sobre el principio de primacía de la realidad: 4611-2006-PA; entre otras sentencias.

66. Ulloa Millares, Daniel (2009), "El surgimiento del Derecho Laboral en el Perú. Una descripción de los principales beneficios sociales para entender su presente y vislumbrar su futuro". En *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*, Lima: Editorial Grijley. pp. 41.
67. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, *Ley de productividad y competitividad laboral*.
68. Código de los niños y adolescentes.
69. Decreto Legislativo N° 885, Ley N° 27360, reglamento y Ley 28810.
70. Ley 28131 y Reglamento.
71. Ley 28847.
72. Ley 27878.
73. Ley 27669 y Reglamento.
74. Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo.
75. Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, la cual está vigente en algunos distritos judiciales en tanto se implementa la nueva reforma procesal laboral, Ley N° 29497.

decir en base a un contrato de trabajo que regula las prestaciones personales de servicios remunerados y subordinados (artículo 4). Lo que implica que uno de los derechos de los trabajadores es la remuneración. Siguiendo el artículo 16 del Decreto Legislativo 728, la extinción del contrato de trabajo procederá por fallecimiento o renuncia del trabajador, terminación de la obra o servicio –contrato temporal-, mutuo disenso o despido (en los casos previstos por la ley). Lo que significa que los despidos arbitrarios o injustificados están proscritos por la norma. El artículo 24 del texto legal señala que son causas justas de despido: la comisión de falta grave; la condena penal por delito doloso; la inhabilitación del trabajador. Asimismo, el artículo 34 en adelante desarrolla el derecho del trabajador a no ser hostilizado, la indemnización por despido arbitrario, entre otros.

La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo de reciente aprobación,⁷⁶ establece un régimen preventivo y sancionador de riesgos laborales a la vez que cubre a todos los trabajadores, incluidos aquellos que mantengan relación laboral con contratistas, subcontratistas y aquellos que trabajan por cuenta propia pero que realicen sus labores en el centro de trabajo de la empresa. La Ley establece obligaciones para los empleadores de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, la práctica de exámenes médicos, y garantizar el funcionamiento de procedimientos y mecanismos establecidos por la ley. La Ley también establece un régimen de sanciones por incumplimiento que incluye la creación de faltas administrativas y sanciones penales (Disposiciones complementarias modificatorias) las cuales pueden hacerse efectivas por la intervención del inspector de trabajo o por el juez respectivamente.

La multiplicidad de normas y regímenes laborales y el proceso flexibilizador implementado desde 1992 han creado una situación que no favorece el ejercicio de las libertades sindicales y deja a algunos sectores o grupos de trabajadores especialmente desprotegidos. Con el declarado objetivo de fomentar el empleo y productividad en ciertos sectores productivos, los sucesivos gobiernos han creado regímenes especiales para la promoción de exportaciones no tradicionales, agricultura y textiles. Bajo el régimen establecido en el Decreto Ley 22342,⁷⁷ Ley de Promoción de Exportaciones No Tradicionales, dictado en noviembre de 1978, y ampliado en el año

76. Ley No. 29783, El Peruano, Normas Legales 448694, 20 agosto 2011, y su Reglamento, Decreto Supremo No. 005-2012-TR, El Peruano, Normas Legales 464862, 25 abril 2012

77. La norma está disponible en línea en: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/22342.pdf>. Consultado el 04 de diciembre de 2012.

2002, que regula los sectores textil y de confecciones, se crea un sistema que “flexibiliza al extremo la contratación laboral al permitir sucesivas renovaciones contractuales sin límite de tiempo”.⁷⁸ De esta manera, muchos trabajadores permanecen con contratos de corta duración y derechos reducidos de manera indefinida. Asimismo, el sector de la agro exportación, regulado por la ley 27360 y ampliatoria, dirigidas a las personas naturales y jurídicas dedicadas al cultivo y/o crianzas en el ámbito rural, presenta una situación preocupante. Según Ercilio Moura los principales problemas del régimen son los siguientes: i) autorización a jornadas de trabajo acumulativas (lo que significa extensas jornadas de trabajo); ii) salario no inferior al mínimo vital, pero que incluye gratificaciones y compensación por tiempo de servicios; iii) solo quince días de vacaciones anuales; iv) indemnización por despido arbitrario equivalente a quince días (o su equivalente a medio salario) por cada año efectivo hasta un tope de 180 días. Debido a que los contratos son solo temporales, el nivel de sindicalización es muy reducido en este sector donde los trabajadores temen la no renovación de sus contratos si se sindicalizan.

1.6 La responsabilidad de las empresas bajo el régimen civil y comercial

La responsabilidad civil es la institución jurídica a través de la cual una persona obtiene una reparación, compensación o indemnización por un daño o perjuicio que ha sufrido y que socialmente es considerado inaceptable. En buena cuenta, se trata de reparar el daño ocurrido tanto en el ámbito patrimonial como extra patrimonial y de manera secundaria, prevenir un daño similar en el futuro. En realidad la función principal de la reparación civil es procurar el restablecimiento del bien jurídico afectado a su estado original o lo más cercano a él.⁷⁹

Las disposiciones aplicables en el ámbito de la responsabilidad civil se encuentran en el Código Civil peruano.⁸⁰ El Código establece primero

78. Moura, Ercilio (2011). *Regímenes Laborales Especiales en el Perú del XXI* [Diapositivas]. Foro Público con los Jefes de los Planes de Gobierno de las principales alianzas electorales. Centro de Derechos y Desarrollo (CEDAL), 24 de marzo de 2011. Disponible en línea en: http://www.plades.org.pe/descargar-Archivos/foropublicoRegimenesEspecialesLaborales/regimenes_especiales_laborales_24Mar.pdf. Consultado el 4 de diciembre de 2012.

79. Ver Carhuatocto Sandoval, Henry (2000). *La responsabilidad civil de los hospitales por negligencia y eventos adversos*, Lima: Jurista. 2010.

80. Promulgado por Decreto Legislativo N° 295, 24 julio 1984

una responsabilidad por incumplimiento de una obligación por dolo, culpa leve e inexcusable. Así, el artículo 1321 reza:

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.”

En relación a la responsabilidad civil extra-contractual, el régimen del Código civil requiere los elementos de ilicitud, daño antijurídico, nexo causal y atribución causal.

Illicitud. Se define como una violación o quebrantamiento de un mandato o prohibición establecida en el ordenamiento jurídico a través de un contrato, normas imperativas de orden público, el derecho consuetudinario o las buenas costumbres. El elemento ilícito como fundamento de la responsabilidad civil, se puede observar en los artículos 1321, 1969 y 1970 del Código Civil. En el primero cuando se regulan relaciones contractuales y en el segundo y tercero cuando se hace referencia a relaciones extracontractuales.⁸¹

El daño antijurídico. El daño consiste en una valoración económica de la situación nueva y desfavorable, ocasionada por la acción u omisión, situación que impone al damnificado decidir si sobrelleva el estado de hecho o si actúa para erradicarlo.

El daño puede ser de dos tipos: daño patrimonial o no patrimonial. El primero es aquel que afecta el patrimonio de una persona disminuyéndolo. Este puede ser en primer lugar daño emergente, el cual ocurre cuando hay una disminución concreta, evidente e inmediata que sufre la víctima en su patrimonio debido al daño. El costo de la pérdida de oportunidad o lucro cesante, es el que se manifiesta en la pérdida a futuro de una oportunidad de acrecentar su patrimonio debido a que el daño le trunca dicha oportunidad. Por otro lado, el daño no patrimonial, se define como aquel que lesiona directamente a la persona como tal. Es decir, no a sus bienes sino a sus derechos fundamentales. Se trata de una afectación espiritual, por eso es también conocido como daño subjetivo. Por lo general este daño se produce cuando se afecta la integridad física, el bienestar mental o derechos fundamentales.⁸²

81. Carhuatocto Sandoval, Henry, Op. Cit., Nota 79, p. 28.

82. Carhuatocto Sandoval, Henry, Op. Cit., Nota 79, pp. 29-32.

El nexa causal. Este no es otra cosa que la relación de correspondencia que existe entre el daño ocasionado y la acción u omisión del sujeto al que se le imputa y se le exige responsabilidad. Es una relación de causa-efecto que hace imputable el daño a una persona que con su conducta activa o pasiva lo provocó.⁸³

El factor de atribución. Se refiere a la causal (o causales) en virtud de las cuales el ordenamiento hace responder a una persona por un daño causado sea directa o indirectamente, pudiendo clasificarse en objetivos (garantía, riesgo creado, abuso del derecho y la equidad) y subjetivos (la culpa leve grave o inexcusable y el dolo).

El Código Civil reconoce como regla general la responsabilidad por daño moroso y culposo: "Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor." Es importante notar que el factor de atribución subjetivo (dolo o culpa) se presume, invirtiéndose la carga de la prueba en beneficio del demandante ya que será el presunto autor del daño (demandado) quién deberá demostrar su diligencia debida. De esta manera, el Código Civil peruano se ubica entre aquellos que se orientan más hacia una finalidad protectora de la víctima.

El Código también acepta la figura de la responsabilidad objetiva por riesgo causado. El artículo 1970 establece que "Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo."⁸⁴

Dos conceptos permiten concretar la responsabilidad objetiva, el riesgo permitido y el principio de confianza. En el caso de una empresa, en primer lugar, por incumplir las normas de medio ambiente o los protocolos de seguridad establecidos al momento de realizar sus actividades extractivas, ciertamente responderán por el daño ocasionado, pues incrementaron el riesgo socialmente permitido.⁸⁵

83. *Ibíd.*, p. 36.

84. El Código de Defensa del Consumidor requiere, en su Artículo 101.- Responsabilidad civil por productos defectuosos: "*El proveedor es responsable de los daños y perjuicios causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos. La responsabilidad civil por productos defectuosos es objetiva, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1970 del Código Civil. La responsabilidad de los diversos proveedores de un producto conforme a este artículo es solidaria. Sin perjuicio de ello, cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto.*"

85. Carhuatocto Sandoval, Henry, Op. Cit., Nota 79, pp. 117-118.

El aumento del riesgo permitido significará el apartamiento de los protocolos de seguridad y de protección del medio ambiente, y por no cumplir con el estándar de seguridad de las empresas, sean estas petroleras, mineras, etc., lo cual genera un riesgo. Estamos hablando de una conducta que haya creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido el mismo que ha realizado un daño.⁸⁶

De otro lado tenemos el principio de confianza. En virtud de este, las poblaciones que viven en los territorios donde las empresas realizan actividades extractivas, esperan que esta realice sus actividades de exploración o explotación observando los protocolos y las normas de seguridad y de cuidado y protección del medio ambiente. Nadie espera que una empresa realice sus actividades en violación de estas normas, poniendo en peligro a la población y al medio ambiente donde esta vive. En realidad este principio establece que todas las personas confían racionalmente que sus semejantes se comportaran de acuerdo a las normas legales y técnicas. En síntesis, la sociedad entiende que la empresa será lo más profesional posible en sus actividades, y sobre esa base permite la actuación de estas.⁸⁷

Esto nos remite al concepto del deber de cuidado, que implica el cumplimiento de deberes y obligaciones que la sociedad asigna a sus miembros y en este caso a las empresas, y cuyo quebrantamiento genera responsabilidad. Ello entraña el deber de observar las reglas de seguridad y de protección del medio ambiente y los derechos de las personas. Los deberes que tiene una empresa como consecuencia de la labor que realiza, acarrear mayor responsabilidad por el conocimiento y experiencia que tiene en el rubro que realiza.⁸⁸

El Código civil también admite la responsabilidad vicaria como una modalidad de responsabilidad por daño producido por el subordinado: "Artículo 1981.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria." Sin embargo, el grado de responsabilidad de cada uno será determinado por el juez, y el que pague el total de la indemnización podrá repetir contra la otra parte. Este tipo de responsabilidad alcanza a los

86. Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte general*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 342-365. Citado por Henry Carhuatocto, *Op. Cit.*, Nota 79, p. 118.

87. *Ibid.*, p. 120.

88. *Ibid.*, p. 119.

gerentes que actúan en representación de una persona jurídica ya que guardan una relación laboral con ella, y también a los empleados del Estado en relación a este.⁸⁹

La responsabilidad por incitación y/o coautoría también está contemplada en el artículo 1978 de la siguiente manera: "También es responsable del daño aquel que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias."

89. Exp. N° 1143-95-Lima, Hinostroza Minguez, Alberto. Jurisprudencia Civil, tomo 1, p. 310; Cas. N° 1251-2000. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. *"En virtud del principio de solidaridad, es el acreedor o la víctima, quien tiene la facultad de elegir contra cuál de los responsables dirige su acción, quedando a salvo el derecho de quien fuera obligado a pagar el íntegro de la indemnización a repetir contra los demás responsables en la proporción que les corresponda, debiendo dicha pretensión sustanciarse luego que se haya hecho efectivo el pago y en un proceso distinto".* (Exp. N° 53406-97. Explorador Jurisprudencial/. Gazeta Jurídica

2. Recursos y remedios existentes

2.1 Tratamiento jurídico nacional del derecho al acceso a la justicia y la reparación

En el ámbito de las políticas públicas se ha señalado que el acceso a la justicia comprende el derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria ante sus necesidades jurídicas.⁹⁰ De esta definición se colige que acceso efectivo a la justicia no solo equivale a derecho a la tutela judicial del Estado, al cual buena parte de nuestra población ni siquiera puede acceder, sino que puede abarcar el acceso a la tutela jurisdiccional más amplia.⁹¹

Los trabajos de Cappelletti y Garth,⁹² proponen un concepto más complejo e inclusivo que refiere a toda clase de mecanismo eficaz capaz de resolver un conflicto con relevancia jurídica. En consonancia con ello, en los últimos años el discurso jurídico ha ido incorporando una noción más amplia de lo que se entiende por acceso a la justicia, y que en el caso peruano ha significado una creciente receptividad del sistema de justicia hacia otras formas de impartición de justicia, especialmente las referidas a aquellas propias de las comunidades campesinas y nativas de buena parte del territorio nacional.⁹³

90. Ver en general Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*. Buenos Aires: PNUD, 2005, pp. 7.

91. Ver La Rosa Calle, Javier. "El acceso a la justicia como condición para una reforma judicial en serio", publicado en la revista *Derecho PUC* N° 62. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009; también puede revisarse el artículo "Acceso a la justicia: Elementos para incorporar un enfoque integral de política pública", en *Acceso a la justicia en el mundo rural*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2007.

92. Cappelletti, Mauro y Bryant Garth (1996). *El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.

93. No forma parte del análisis del presente trabajo, pero corresponde mencionar que en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) este enfoque es vez más acentuado. Al respecto, si bien son ya varios los informes anuales y relatorías, destacan dos recientes documentos que deben revisarse. El primero es el informe *Acceso a la justicia e inclusión social: El camino del fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Washington, D. C.: Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 2007, párrafo 293. El segundo, también de la CIDH, puede apreciarse en el informe *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Washington, D. C.: Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 2007, párrafo 200. Finalmente, cabe mencionar la audiencia desarrollada ante la CIDH el 27 de octubre del 2008 sobre "Barreras para el acceso a la justicia en América Latina". Disponible en línea en: http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/octubre/30/informe_acceso.pdf

En el ámbito jurisdiccional, según el TC el derecho a la tutela jurisdiccional comprende varios derechos, entre ellos el de acceso a la justicia: el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente.⁹⁴ El derecho al acceso a la justicia aunque no está reconocido explícitamente “es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución”, entendido como el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación de cualquier acusación penal o la determinación de obligaciones y derechos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.⁹⁵ Esto en virtud del bloque de constitucionalidad contenido en el artículo 105 de la Constitución que otorga rango constitucional a los derechos reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos que hubiesen sido ratificados por el Estado Peruano, y particularmente del artículo 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[...]el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y fundamentalmente por el artículo 25.1 de la misma Convención Americana de Derechos Humanos.⁹⁶

Se puede apreciar que el TC entiende el derecho de acceso a la justicia como parte del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional, y no como equivalente a esta. Este último también comprende el derecho a la ejecución efectiva de las resoluciones judiciales, es decir a la efectividad de los recursos judiciales tal como lo establecen los instrumentos internacionales. Esto se puede apreciar en la sentencia 1042-2002-AA/TC, de diciembre del 2002, cuyo fundamento 2.3.1 señala:

“El derecho a la ejecución de las sentencias se encuentra contenido implícitamente en el derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de nuestra Constitución. En efecto, si bien la referida norma no hace referencia expresa a la “efectividad” de las resoluciones judiciales, dicha cualidad se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución). Precisamente, el artículo 8.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos [...]y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos

94. STC 00015-2005-AI FJ, 16

95. STC 010-2001-AI, FJ 10

96. Expediente 1100-2000-AA/TC, de noviembre del 2000, que señalaba en sus fundamentos 3 y 4. Énfasis nuestro.

[...] *De este modo, el derecho a la tutela jurisdiccional no solo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la "efectividad" de las resoluciones judiciales; busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones.*"⁹⁷

Se aprecia entonces una opción jurisprudencial en la que, a la luz de las sentencias seleccionadas, el derecho de acceso a la justicia es un contenido específico que forma parte de un todo genérico, como es el derecho a la tutela jurisdiccional, de reconocimiento constitucional explícito en el artículo 139^o, inciso 3.⁹⁸

En varias sentencias, el Tribunal Constitucional ha reconocido también el derecho de las víctimas a la reparación. El derecho a la reparación se encuentra reconocido a nivel nacional en la Constitución Política de 1993 y a nivel internacional en los tratados internacionales de derechos humanos que proveen el derecho a un recurso efectivo. El fundamento normativo de esta obligación de restituir el derecho vulnerado, se encuentra en la obligación del Estado de proteger los derechos fundamentales (dimensión objetiva), a la cual hace referencia el artículo 44 de la Constitución. Esta obligación se concreta en impedir la afectación de los derechos y, si esta violación se ha verificado, en garantizar su reparación. A nivel internacional, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado tiene la obligación de:

"[O]rganizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos (...) y procurar, además, *el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.*"⁹⁹

97. Énfasis nuestro.

98. En esa misma orientación se encuentran las sentencias 2763-2002-AA/TC; 3741-2004-AA/TC, f.j. 34; 4080-2004-AC/TC, f.j. 14); 0763-2005-PA/TC, f.j. 6; 08123-2005-PHC/TC, f.j. f.6; y 03574-2007-PA/TC, f.j. 63; Expediente 010-2001-AI/TC de agosto del 2003, 0015-2001-AI, de enero del 2004, 0005-2006-PI/TC, de abril del 2006

99. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velazquez Rodríguez, sentencia del

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 28, reconoce el derecho a la reparación de los pueblos indígenas: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”.

Ciertamente, en caso de irreversibilidad del derecho violado procede la indemnización. En efecto, el artículo 28.1 de la propia DNUDPI señala claramente que *cuando la reparación y/o restitución no sea posible, procede la indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido dañados.*

El TC también ha reconocido el derecho a la reparación como una norma vinculante para las empresas. Esto no solamente como consecuencia de un proceso legal delante de los tribunales, sino también como una acción que las empresas deben llevar a cabo sin esperar ser demandadas.¹⁰⁰

Para hacer efectivo el derecho a la reparación la legislación nacional brinda una serie de avenidas procesales. El artículo 1 del Código Procesal Constitucional, precisa que los procesos constitucionales “tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”. En consonancia con lo establecido en esta disposición, se podrá recurrir al proceso de amparo en la medida en que se acredite la reversibilidad y la restitución de los derechos afectados. Pero en virtud del segundo párrafo del artículo 1 antes mencionado, en caso que la agresión

29 de julio de 1988, párrafo 164.

100. *“Ello implica no solamente esperar, en virtud de la autonomía de la persona, a que demandas de indemnización sean interpuestas. Como la realidad lo ha demostrada en varias ocasiones, la desesperación de los ciudadanos, de la mano de otras circunstancias tales como bajos ingresos o desconocimiento de sus derechos, genera en ocasiones, que estos no hagan valer sus derechos en forma idónea. En tal sentido, es deber del Estado, brindar la estructura y presupuesto adecuado para que se brinde la orientación legal adecuada a fin de que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos. Así, poner a disposición de los ciudadanos no solo información sino asistencia legal gratuita en los casos en donde los bajos ingresos de los pobladores así lo demande. Por su parte, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de considerar los daños provocados de manera integral a fin de, si es que se determinara fehacientemente, ordenar el pago indemnizatorio proporcional a los daños sufridos.”* Op. Cit., Nota 32, F.J. 54.

sea irreparable, “el Juez [constitucional], atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda”. Es decir, podrá obtenerse una sentencia “declarativa” sobre la violación del derecho al medio ambiente y una exhortación al Estado para que proteja con mayor firmeza el derecho al medio ambiente. En su defecto, debería de recurrirse a un proceso civil en la vía ordinaria contra los que resulten responsables, teniendo en cuenta siempre que el Estado es el garante de los derechos fundamentales.

2.2 Los procesos constitucionales en el Perú

Los procesos constitucionales son de suma importancia para proteger los derechos fundamentales. Ellos sirven no solo para detener la amenaza o la vulneración de derechos, sino que, por ejemplo, son herramientas que pueden servir para requerir información que las autoridades tienen en su poder; para exigir el cumplimiento de obligaciones establecidas en la Constitución, la ley o alguna norma reglamentaria; o para impugnar alguna norma que se oponga a la Constitución; también para dirimir conflictos entre diferentes órganos, o cuando no está clara la función de alguno de ellos.

Debemos agregar que los procesos constitucionales no solo sirven para proteger derechos frente a actos y/o omisiones por parte del Estado, sino que también son útiles cuando estas violaciones tienen su origen en actos o en omisiones de privados. De hecho, la mayoría de acciones constitucionales que históricamente se han presentado tienen relación con vulneraciones o amenazas de vulneración de derechos en el ámbito privado, de tal manera que podría decirse que “el Derecho Procesal Constitucional se ha construido en el Perú asumiendo la tutela interprivatos de los derechos fundamentales, debido a la fragilidad del Estado y a la poderosa acción de los poderes privados sobre los derechos de los terceros.”¹⁰¹

Si tenemos en cuenta que a través de los procesos constitucionales, cualquier persona está legitimada para solicitar la tutela de sus derechos a través de los jueces ordinarios y, en recurso extraordinario,

101. Landa Arroyo, César, *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Palestra, Lima, 2010, p. 31

ante el Tribunal Constitucional, podemos concluir –como señala Jutta Limbach, ex presidenta del Tribunal Constitucional Alemán– que estos procesos, en los hechos, están convirtiendo a los ciudadanos en “gendarmes de la Ley Fundamental”.¹⁰²

Debemos tener en cuenta que es a petición del ciudadano (cuyo derecho ha sido presuntamente vulnerado), que el TC puede actuar como defensor de los derechos de los ciudadanos. A diferencia del Defensor del Pueblo, el TC no es el controlador omnipotente del acatamiento de los derechos fundamentales por el Estado y la sociedad. Su singularidad como Tribunal le impide actuar de oficio. La intervención de la justicia constitucional requiere previamente de la interposición de una demanda.

Estos procesos están regulados en el Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley 28237 en el año de 2004. En las siguientes páginas explicaremos brevemente el potencial de cada proceso constitucional y cómo están regulados.

2.2.1 El proceso de hábeas corpus

El hábeas corpus procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere los derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual, tales como la integridad personal y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones, el derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito, o el derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.

También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio. De otro lado, la sentencia que declara fundada la demanda de hábeas corpus debe disponer alguna de las siguientes medidas: a) La puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; b) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, c) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez

102. Limbach, Jutta. “Papel y Poder del Tribunal Constitucional” (1999). *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 4. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 105.

competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención; d) Que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse.

El habeas corpus puede también interponerse contra la acción u omisión de un agente privado, como por ejemplo una empresa de seguridad o de investigaciones. La acción puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra, natural o jurídica, en su favor, sin necesidad de representación legal u otra formalidad (Art. 26 Código Procesal Constitucional).

2.2.2 El proceso de amparo

El recurso de amparo procede en defensa de otros derechos que los relacionados a la libertad e integridad personal, tales como los derechos y libertades: de igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole; de información, opinión y expresión; a la libre contratación; de reunión; del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes; de asociación; al trabajo; de sindicación, negociación colectiva y huelga; de tutela procesal efectiva; a la seguridad social; de la remuneración y pensión; de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida; a la salud; y los demás que la Constitución reconoce.

No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo, ni cuando exista una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazada o vulnerado. El amparo es entonces un recurso judicial constitucional de naturaleza residual.¹⁰³

En ningún caso la demanda podrá ser rechazada por el personal administrativo del juzgado o cámara correspondiente. El plazo de interposición de la demanda es de sesenta días hábiles después de producirse la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

103. STC No. 5959-2008-PHC/TC. Fj 3-5

2.2.3 El proceso constitucional de habeas data

El recurso de Hábeas Data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución. El primero de ellos recoge el derecho a solicitar sin expresión de causa la información requerida y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El segundo recoge el derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

En consecuencia, toda persona puede acudir a este proceso para:

a) Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.

b) Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.

La legitimación procesal recae en la persona afectada y el recurso de habeas data también puede interponerse contra personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado.¹⁰⁴ El procedimiento de hábeas data será el mismo que el previsto por el proceso de amparo, salvo la exigencia del patrocinio de abogado que será facultativa en este proceso. El Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso.

104. Ley No. 27806 Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 2.5; en combinación con la Ley No. 27444 del Procedimiento Administrativo General, artículo 1.8

2.2.4 Proceso constitucional de cumplimiento

El proceso constitucional de cumplimiento es el instrumento procesal creado para hacer cumplir lo dispuesto en las normas legales y en los actos administrativos emitidos por los órganos estatales, y que estos mismos la hagan cumplir. Es objeto del proceso de cumplimiento obtener una orden judicial para que el funcionario o autoridad pública renuente: a) dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o b) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

Esta norma ha sido reconfigurada a través de la sentencia 05427-2009-PC, la cual ha habilitado este tipo de procesos para demandar el cumplimiento de normas de rango constitucional. Cualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, sólo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque un interés para el cumplimiento del deber omitido.

La demanda de cumplimiento se dirigirá contra la autoridad o funcionario renuente de la administración pública al que corresponda el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo. Si el demandado no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al juez indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará con las autoridades respecto de las cuales se interpuso la demanda. En todo caso, el juez deberá emplazar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.

La acción de incumplimiento puede ser de especial utilidad frente a la renuencia o negligencia de parte de autoridades y funcionarios públicos a cumplir o hacer cumplir la ley o regular actividades de empresas, especialmente en el sector extractivo. Dicha renuencia y/o negligencia es un fenómeno que se aprecia como general y pronunciado, especialmente en el interior del país donde la presencia del Estado es tradicionalmente débil.

El procedimiento aplicable a este proceso será el mismo que el previsto para el proceso de amparo, en lo que sea aplicable. El Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso.

2.3 El proceso penal y el nuevo Código Procesal Penal

El Decreto Legislativo N° 957, aprobado el año 2004 establece una nueva regulación del proceso penal en el Perú a través de un nuevo Código Procesal Penal. De acuerdo a su exposición de motivos, esta norma busca incorporarse en la tendencia latinoamericana de regulación de un proceso penal acorde con los tratados de derechos humanos, la constitución de 1993 y el objetivo de evitar la congestión procesal y la saturación del sistema de justicia. Este nuevo modelo procesal es de corte acusatorio y prioriza la oralidad en sus actuaciones, lo cual significa un cambio de la cultura jurídica en el país.

La implementación del nuevo Código Procesal Penal es progresiva. Se inició en el 2006 en el distrito judicial de Huaura y, de acuerdo a los planes modificados, en octubre de 2013 se aplicará en el último distrito judicial. De ese modo, el Código Procesal Penal es el marco normativo vigente en la mayor parte del territorio nacional y, en los pocos lugares donde no se aplique, regirá el actual Código de Procedimiento Penales.

El Código Procesal Penal contiene una regulación marco referida al proceso común, aplicable a gran parte de casos bajo juzgamiento. El mismo que cuenta con tres etapas: a) investigación preparatoria, dirigida por el fiscal; b) etapa intermedia, dirigida por el juez de investigación preparatoria; y, c) etapa de juzgamiento, dirigida por el juez unipersonal o el juzgado penal colegiado.

El Acuerdo Plenario aprobado en noviembre 2009 desarrolla algunos criterios para la aplicación del artículo 105 del Código Penal por parte del juez y desarrolla también una serie de pautas a observarse en el proceso penal donde se haya imputado un delito a una persona jurídica, inspiradas en gran parte por los principios y normas establecidos en el Nuevo Código Procesal Penal. Estas reglas señalan que la persona jurídica debe ser emplazada durante la investigación preparatoria, y gozará de todos los derechos y garantías procesales de un debido proceso, pero su inasistencia no impedirá la continuación del juicio oral.¹⁰⁵

Por otra parte, el Código Procesal Penal establece siete procesos especiales: a) proceso inmediato; b) proceso por razón de la función

105. Op. Cit., Nota 48. párrafo 22

pública; c) proceso de seguridad; d) proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal; e) proceso de terminación anticipada; f) proceso de colaboración eficaz; y, g) proceso de faltas.

2.3.1 Reparación civil en el proceso penal

La comisión de un delito usualmente genera un daño y, por tanto, responsabilidad de índole civil. Por ello, es posible incluir dentro de un proceso penal una pretensión de reparación civil, Para hacer valer esta pretensión es necesario que no sólo el Ministerio Público y los imputados sean parte en el proceso penal, sino también aquel que reclama una reparación.

Para aclarar la figura, en el Acuerdo Plenario 006-2006/CJ-116, los vocales de la corte suprema peruana determinaron que:

“La reparación civil (...) presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse como una ‘ofensa penal’ (...); el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.” (Fundamento 8).

El Código Procesal Penal regula la reparación civil en los artículos 92 y siguientes, en la Parte General. En efecto, dichas disposiciones establecen que la reparación civil será determinada por el juez conjuntamente con la pena y que comprende la restitución del bien, cuando sea posible, o su pago, además de una indemnización por daños y perjuicios. Además establece la regla de la solidaridad en el pago, la transmisión de la reparación civil a herederos, una figura similar a la acción pauliana para proteger la deuda, entre otros.

Como se puede apreciar, la regulación de la reparación civil en el proceso penal coincide en gran parte con normas incorporadas en el Código Civil. Esto se debe a que se trata de figuras que tienen la misma naturaleza jurídica. En ambos casos se busca reparar un daño de naturaleza civil. Por eso, el artículo 101 del Código Penal indica

que para la reparación civil (en el proceso penal) son pertinentes las disposiciones del Código Civil. Ahora bien, esta identidad entre las figuras hace posible que, por estrategia procesal, los abogados opten entre una u otra. Así, con el objetivo de alcanzar un mayor monto de indemnización, se puede optar por no solicitar una reparación civil a través de un proceso penal, sino acudir directamente a un proceso civil para hacer valer dicha pretensión.

2.4 Recursos laborales

Los derechos tutelados por la normativa laboral cuentan en principio con mecanismos administrativos y jurisdiccionales para su protección, pero estos no han sido muy eficaces. Entre los primeros está la inspección laboral, que está regulada por la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo. Este procedimiento está a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y, de acuerdo al artículo 1 de la referida ley, tiene por objeto vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias.

En el campo jurisdiccional, existen dos avenidas para acudir al Poder Judicial ante la violación de derechos fundamentales laborales. La primera de ellas es el proceso de amparo, y la segunda es el proceso laboral. La procedencia del amparo ha sido limitada y sólo se puede acudir a él en la medida que no existe un proceso judicial igualmente satisfactorio para proteger el derecho, es decir el amparo será procedente si vía proceso laboral o el contencioso administrativo no se puede proteger de igual manera el derecho.¹⁰⁶ No obstante, como se ha dicho anteriormente, la mayoría de acciones constitucionales hasta el momento han versado sobre derechos laborales o de seguridad social.

La reciente Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo crea varias faltas administrativas y un delito penal por incumplimiento de sus disposiciones, y otorga al Ministerio de Trabajo la tarea de velar por su cumplimiento e investigar y sancionar las infracciones. La investigación y comprobación de incumplimientos es llevada a cabo por los propios inspectores que han iniciado la inspección en el centro de trabajo dentro de un plazo de treinta días hábiles, salvo

106. STC N° 1417-2005-PA y 206-2005-PA

excepciones.¹⁰⁷ Debe destacarse que las facultades de fiscalización y supervisión minera han sido transferidas al Ministerio de Trabajo el cual las realiza con recursos propios y los recursos derivados del arancel de fiscalización minera y el setenta por ciento de las multas que se impongan. De esta manera, las inspecciones laborales en centros mineros serán concentradas en el Ministerio de Trabajo y se adopta una modalidad innovadora en el sistema de financiación del sistema de inspecciones.

Sin embargo, la capacidad de fiscalización es muy reducida en términos de recursos humanos y financieros. Las inspecciones se hacen en su mayoría por pedido de parte y casi nunca de oficio, y las multas que se imponen no se ejecutan. No obstante, el valor de las actas de inspección no es despreciable, ya que sirven como acreditación fehaciente de hechos dentro de procesos judiciales.

2.4.1 Nuevas maneras de juzgar: la Nueva Ley Procesal del Trabajo

El 15 de enero de 2010 se publicó la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, que reemplazará a la Ley N° 26636, en cuanto a la regulación de los procesos laborales. La nueva norma propone un cambio de concepción del proceso, privilegiando aspectos como la oralidad y las audiencias. Asimismo, la ley establece como principios la inmediatez, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad. La nueva Ley regula la existencia de un proceso laboral ordinario (con dos audiencias), abreviado (con una audiencia), para impugnar laudos arbitrales económicos, proceso cautelar, de ejecución y no contencioso.

La nueva reforma procesal laboral en curso es de implementación progresiva. De modo que actualmente en el Perú hay dos sistemas procesales vigentes, que se aplican en diferentes partes del país: el de la Ley N° 26636 y el de la Ley N° 29497, uno viejo y uno nuevo.

2.4.2 Arbitraje para casos de negociación colectiva

Además de los espacios judiciales y administrativos descritos para proteger los derechos humanos en el contexto de relaciones laborales, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo menciona en su artículo 61 al arbitraje como medio de solución de

107. Ley No. 29783, Disposiciones Complementarias Modificatorias, primera y segunda.

conflictos económicos surgidos en la negociación colectiva entre la empresa y el sindicato de trabajadores.

Dicho artículo 61 establece: "Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje." Este arbitraje, calificado como potestativo, es planteado como alternativo al legítimo derecho de huelga, por el siguiente artículo 62 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Es decir, a estas alturas finales de la negociación colectiva entre los trabajadores y la empresa estamos ante dos opciones: la huelga o el arbitraje. Esto es reiterado por el artículo 46 del reglamento de la ley.

El arbitraje potestativo "es distinto, por consiguiente del arbitraje "civil o comercial", e incluso del previsto en el derecho laboral para la solución de los "conflictos jurídicos", -al que se refiere el artículo 104 de la Ley Procesal del Trabajo-, el cual requiere el acuerdo de las partes. En la negociación colectiva, el arbitraje no es "voluntario" sino "potestativo", lo que significa que basta que una sola de las partes lo solicite para que la otra se someta obligatoriamente a él"¹⁰⁸.

Puede decirse que este nuevo mecanismo abre las puertas hacia una justicia más efectiva para los trabajadores y sindicatos quienes frente al entrapamiento de la negociación colectiva pueden ahora utilizar este recurso de arbitraje cuyos fallos son obligatorios. Una primera evaluación de su funcionamiento muestra que la mayoría de los fallos han favorecido a los trabajadores.¹⁰⁹ Constituye también una contribución a la paz social y laboral pues es una alternativa eficaz a la huelga y al conflicto social.

2.5 Recursos civiles y responsabilidad civil extra-contractual

El Código Procesal Civil peruano¹¹⁰ define varios procesos judiciales: el de conocimiento u ordinario (arts. 475-485), proceso abreviado

108. Blancas, Carlos. La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva. Disponible en línea en: http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/documento_naturaleza_arbitraje_negociacion_colectiva_CB.pdf. Consultado el 01 de abril de 2013.

109. Toyama, Jorge Arbitraje potestativo: ¿Arma peligrosa o posibilidad de diálogo?, Disponible en línea en: <http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2012/10/30/arbitraje-potestativo/> (12 abril 2013)

110. Decreto Legislativo N° 768, de fecha 4 de marzo de 1992. Texto Único Ordenado, Resolución Ministerial N° 010-93-JUS

(arts- 486- 545), proceso sumarísimo (art. 546- 607), proceso cautelar (arts 608- 687), y proceso de ejecución (arts. 688-739). La demanda por daños y perjuicios basada en la responsabilidad civil extra-contractual se procesa a través del proceso ordinario.

El proceso se inicia con la demanda de parte del interesado o agraviado, y es posible litigar en grupo. Hay litisconsorcio cuando dos o más personas litigan en forma conjunta como demandantes o demandados, porque tienen una misma pretensión, sus pretensiones son conexas o porque la sentencia a expedirse respecto de una pudiera afectar a la otra (Art. 92). Hay litisconsorcio necesario cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes (art. 93).

Las partes en el proceso tienen derecho a ser representados por abogado. El artículo 82 regula el patrocinio de intereses difusos -aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor. En este caso:

“pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93 a 95.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción.”

La representación letrada generalmente representa una carga financiera para individuos y comunidades de zonas rurales donde se producen muchos de los problemas con empresas mineras y petroleras. Además de los costos de representación letrada están los de aranceles y tasas judiciales y los accesorios relacionados a la producción de pruebas. Existe la posibilidad de obtener lo que se llama el “auxilio judicial” que se concede “a las personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la de quienes ellas dependan.” (artículo 179). El auxilio puede solicitarse antes o durante el proceso mediante la presentación, en la dependencia judicial correspondiente, de una solicitud con carácter de declaración jurada que debería aprobarse de manera automática. El auxiliado está exonerado de todos los gastos del proceso (art. 182).

La carga de la prueba

La carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos (art. 196). Las pruebas pueden adquirir diversas formas, pero la producción de ellas generalmente genera un gasto para el demandante. El juez puede ordenar pruebas de oficio “cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción.” (Artículo 196)

En el artículo 145 de la Ley General del ambiente, se ha invertido parcialmente la carga de la prueba en materia de responsabilidad subjetiva por daño ambiental. Según esta norma “[e]l descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente”. El artículo 1969 del Código Civil Peruano, que tiene un alcance mas general que la ley general de ambiente, también contiene la misma norma, lo cual es un avance importante. Sin embargo, el demandante aun tiene que probar que el daño existe y que ha sido objetivamente causado por la acción u omisión del demandado.

Cuantificación de la indemnización

El resarcimiento comprende tanto los daños patrimoniales como los daños no patrimoniales. Entre los primeros tenemos el daño emergente y el lucro cesante, entre los segundos tenemos los daños a la persona y el daño moral. En el caso de las empresas, la indemnización en los casos de responsabilidad civil de las empresas, alcanzará el resarcimiento de los daños patrimoniales a los afectados, el cual comprenderá el daño emergente, es decir los gastos en los que han incurrido los afectados, y que incluyen los gastos médicos de recuperación o de invalidez, daño a las cosechas, animales y o similares. Aquí también debe contabilizarse el lucro cesante ocasionado en la víctima y su familia.¹¹¹ Este se refiere a lo que deja de percibir como consecuencia del daño ocasionado. Por ejemplo, si la tierra que ha sido contaminada no puede ser usada para agricultura o forraje para los animales lo que ocasiona serios perjuicios a los propietarios u ocupantes.

2.6 Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos

En el Perú los mecanismos alternativos de resolución de conflictos han tenido especial relevancia en la última década para abordar una serie de conflictos interpersonales. Se les promovió inicialmente como medios para descongestionar el poder judicial, pero pronto perdieron encanto porque las controversias que se examinaban eran diferentes a las que tradicionalmente se veían en sede judicial¹¹². Es por ello que después de este inicial entusiasmo el Estado no ha hecho mucho para difundir el uso de estos mecanismos.

Dos son los mecanismos más usados. Por un lado tenemos a la conciliación, que en el ámbito extrajudicial ha sido desarrollada normativamente por la Ley 26872 (1997) y por el Decreto Legislativo 1070 (2010). Se le define como "una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto".¹¹³ Asimismo, en dichos textos se establece la obligatoriedad

111. Carhuatocto Sandoval, Henry, Op. Cit., Nota 79, p. 122.

112. Los casos que por lo general resuelven a través de mecanismos como la conciliación o mediación son los de menor relevancia jurídica y patrimonial, por ejemplo deudas menores, controversias vecinales, conflictos de familia, etc.

113. Artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1070.

de acudir a un centro de conciliación, cuando se trata de materias civiles patrimoniales de libre disponibilidad, antes de interponer una demanda, lo cual se ha implementado progresivamente en casi todo el territorio nacional. Al respecto, según cifras del Ministerio de Justicia, existen más de 600 centros de conciliación y 35,000 conciliadores extrajudiciales en todo el país.

De otro lado tenemos el arbitraje, regulado normativamente por el Decreto Legislativo 1071, que faculta a las partes a recurrir voluntariamente a este mecanismo para determinadas materias de libre disposición o que los tratados internacionales autoricen.¹¹⁴ Sin embargo, en la práctica quienes han recurrido a esta figura han sido básicamente empresas para resolver controversias con otras empresas. Asimismo, debido a su carácter privado, se conoce poco del funcionamiento del arbitraje, más allá de la existencia de algunos pocos centros vinculados a los gremios empresariales.

Más allá de estos mecanismos casi no se recurre en la práctica peruana a otros medios que contribuyan a resolver las controversias. Las partes intentan llegar a acuerdos directos a través de la negociación pero en todo caso, esto queda dentro de la esfera de la autonomía privada, y por eso mismo no es muy conocido.

El Defensor del Pueblo

La Defensoría del Pueblo, en el ámbito público, es la única institución que por su naturaleza ha desempeñado algún papel en la intermediación entre la ciudadanía y determinada entidad estatal que afecta derechos ciudadanos. Al respecto el artículo 162 de la Constitución Política señala que esta entidad “defiende los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; supervisa el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”. Esto queda ratificado por la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (Ley 26520).

En la práctica, la Defensoría asume el papel de mediador entre un reclamo ciudadano y cualquier otra instancia que se perciba como vulneradora de derechos. Dada las características legales que tiene la actuación del Defensor, se trata de una gestión de “buenos oficios”. Las recomendaciones contenidas en sus informes no son vinculantes, aunque pueden ser muy persuasivas.

114. Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071.

El Defensor también tiene un papel de supervisión y monitoreo, que sirve como disuasión.

Por lo señalado, en el caso peruano puede afirmarse que estos mecanismos son poco usados frente a la actuación de las empresas.

2.7 Mecanismos comunitarios e indígenas de resolución de conflictos

En el Perú se ha reconocido la facultad de las comunidades campesinas y nativas (pueblos indígenas) para impartir justicia dentro de su territorio en las materias en las que les sea posible hacerlo de acuerdo a su derecho consuetudinario y con el límite del respeto a los derechos fundamentales. También se ha establecido en la Constitución Política, artículo 149, que deberá desarrollarse una ley de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y esta jurisdicción especial.¹¹⁵

A partir de ello se ha venido desarrollando una serie de prácticas de justicia indígena que han permitido resolver conflictos no sólo entre los integrantes de una comunidad sino también frente a personas externas que afectasen un valor o bien de la comunidad. Estas prácticas gozan de una fuerte legitimidad porque corresponden a la visión cultural local y por su proximidad a los problemas.¹¹⁶

Si bien no se ha cumplido el mandato constitucional por el cual el Congreso debería haber desarrollado una ley de coordinación entre las jurisdicciones, el Poder Judicial ha llevado a cabo una serie de acciones de reconocimiento de estas prácticas, especialmente a nivel de cortes locales. Esto ha brindado un servicio de justicia más próximo a los ciudadanos de sectores rurales, que usualmente no accedían a los tribunales. Esta tendencia si bien no ha sido uniforme, ha significado que los comuneros o indígenas puedan resolver sus

115. En noviembre del 2009 la Corte Suprema de la República aprobó un Acuerdo Plenario que interpretó que el artículo 149 de la Constitución también facultaba a las rondas campesinas a ejercer la función jurisdiccional. Cabe señalar que esta decisión de la máxima instancia del Poder Judicial es vinculante para todos los jueces del país.

116. Ver La interpretación del artículo 149 de la Constitución Política por la Corte Suprema. Juan Carlos Ruiz Molleda. Disponible en línea en: <http://jruizmolleda.blogspot.com/2012/08/la-interpretacion-del-articulo-149-de.html>. En el taller realizado en Lima a fines de noviembre del 2012 se presentó el ejemplo de la comunidad nativa de Pukakuro que frente a una situación de derrame de petróleo por parte de la empresa Pluspetrol aceptó someterse a los resultados de la asamblea comunal y aceptar el pago de una indemnización y remediación.

conflictos en su ámbito territorial, incluso frente a agentes externos, como podrían ser las empresas, lo cual no siempre ha estado exento de tensiones y choques entre visiones culturales diferentes.

2.8 La Defensa Pública

En el Perú la asistencia jurídica gratuita está regulada por la Ley 29630 aprobada en mayo del 2009. Mediante dicha norma se creó el Servicio de Defensa Pública que establece que en determinadas materias el Estado deberá proveer de un defensor público al ciudadano que carezca de los recursos económicos suficientes, asegurando su derecho a la defensa.

Las materias en las que interviene un defensor público son básicamente de naturaleza penal en favor del acusado. Adicionalmente puede intervenir en favor de las víctimas en casos de violencia familiar, violencia sexual, abandono moral y material de niños, adolescentes y ancianos.

En el país, existen 1,300 defensores públicos que dependen de la Dirección de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia¹¹⁷. No está contemplado dentro de sus funciones el asesorar o brindar orientación en casos de afectación de derechos por parte de empresas u otras personas jurídicas.

Finalmente, el beneficio del auxilio judicial mencionado anteriormente ha sido regulado por la Resolución Administrativa 182-2004-CE-PJ, imponiéndose una serie de requisitos de difícil cumplimiento por personas que materialmente tienen necesidad de él, como por ejemplo la presentación de recibo de electricidad, de teléfono, y de alquiler.

117. Según el Director de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia, Ernesto Lechuga, en un artículo publicado en el suplemento *Jurídica* del diario El Peruano del martes 5 de marzo del 2013.

3. Elementos para un análisis de acceso a la justicia: casos emblemáticos

Este capítulo presenta algunos casos finalizados o en proceso que sirven como ilustración de la manera como funcionan los procesos judiciales y de los obstáculos que enfrentan los afectados. Aunque la mayoría de los casos presentados están relacionados con actividades de empresas extractivas (petróleo o minerales), ello no significa que son los únicos o que no existen casos de otro tipo.

3.1 Caso Conga y Minera Yanacocha

El proyecto minero Conga está a cargo de la empresa minera Yanacocha, conformada por Newmont Mining Corporation, Compañía de Minas Buena Ventura e International Finance Corporation. Dicho proyecto es en la actualidad una de las propuestas más ambiciosas de extracción de oro en el Perú, a llevarse a cabo en el norte del país, región Cajamarca, y que ha generado uno de los conflictos sociales más prolongados y violentos del año 2012.

La empresa ha sido acusada de crear una gran amenaza para el medio ambiente –y por lo tanto a derechos ambientales – e incluso de vulnerarlos actualmente. La difícil relación entre la empresa y la población de Cajamarca ha llevado a que el conflicto genere otras vulneraciones a derechos humanos. En los enfrentamientos entre pobladores y miembros de la policía y fuerzas armadas acaecidos durante el 2012 han fallecido cinco personas, además de un alto número de heridos y daños a la propiedad privada.

Vulneraciones al derecho al medioambiente sano y equilibrado

Aunque el Ministerio de Energía y Minas ha otorgado los permisos ambientales al proyecto minero Conga, el Ministerio del Ambiente ha elaborado un documento que cuestiona al Estudio de Impacto Ambiental (EIA) elaborado por la empresa. Este documento entregado el 24 de noviembre del 2011 a la presidencia del Consejo de Ministros, cuestiona la exactitud de las evaluaciones y la cobertura del EIA. El EIA no sería, según este documento, una evaluación suficiente sobre los impactos serios y de largo plazo a la disponibilidad de agua, la preservación del ecosistema, incluidos la fauna y flora de la zona.¹¹⁸

118. Gorriti, Gustavo (2012), De lagunas a desmontes, disponible en línea en: <http://id-reporteros.pe/2011/11/25/de-lagunas-a-desmontes/>. Consultado el 30 de octubre de

La difusión del informe del Ministerio de Ambiente profundizó la desconfianza de la población, por lo cual se realizaron peritajes al Estudio de Impacto Ambiental, que también mostraron sus deficiencias.

El 15 de junio del 2012, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y el Frente de Defensa de Cajamarca presentaron una acción de amparo alegando la amenaza de vulneración del derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado en relación al proyecto minero Conga. La demanda cita los estudios técnicos, la EIA y el peritaje internacional contratado por el Estado para sustanciar el

2012. Según Gorriti:

- En el *"tema del agua y la utilización de cuatro lagunas"*, que *"genera polémica y rechazo al proyecto en Cajamarca"*, el informe subraya que el Proyecto Conga *"transformará de manera significativa e irreversible la cabecera de cuenca, desapareciendo varios ecosistemas y fragmentando los restantes, de tal manera que los procesos, funciones, interacciones y servicios ambientales serán afectados de manera irreversible."*
- El informe revela que de las cuatro lagunas que se proyecta desaparecer, **solo dos, Perol y Mala, serán vaciadas para extraer el oro.** Las **otras dos, Azul y Chica,** "serán vaciadas y utilizadas como depósitos de desmontes." [sic] Es decir, que se secará dos lagunas para acumular desmonte sobre sus lechos.
- También indica el informe que *"la evaluación de los humedales (lagunas altoandinas, bofedales) no se ha desarrollado en función a la fragilidad del ecosistema que se pretende intervenir."* En su visita a las lagunas el 2 de noviembre de 2011, el entonces Ministro del Medio Ambiente, dijo que *"los bofedales y las lagunas cumplen casi exactamente el mismo papel que los glaciares: son reguladores del agua... deshacernos de las lagunas y los bofedales es como meterle dinamita a los glaciares."* Ahora, el informe subraya que el EIA no consideró el efecto de ese dinamitazo ambiental.
- Según el informe del Ministerio del Ambiente, el EIA de Newmont/Yanacocha no considera *"las microcuencas de manera integral"*. Por eso, *"el criterio y análisis de afectación a los caseríos y centros poblados debiera realizarse por cada microcuenca hidrográfica"*.
- Según fuentes del Ministerio del Ambiente, el EIA identificó solo 32 caseríos como área de influencia del proyecto. Pero el Ministerio sostiene que son mucho más caseríos en tanto la cuenca es mayor.
- A la vez, el Informe sostiene que *"la vulnerabilidad de la zona de emplazamiento del proyecto por ser una cabecera de cuenca requiere un análisis hidrológico e hidrogeológico detallado."* De hecho, añade, *"no se han realizado estudios que de manera fehaciente demuestren que los depósitos de relaves no producirán filtraciones (...) riesgo potencial, toda vez que en el EIA se confirma la existencia de flujos hídricos subterráneos (...). Por ello, el EIA debió haber contemplado estudios complementarios que aclaren estos aspectos."*
- En cuanto a la valoración económica del Estudio de Impacto Ambiental de Yanacocha, el informe presentado por el ministro Giesecke indica entre otras cosas que *"la estimación del valor económico de la biodiversidad es insuficiente... una gran variedad de especies de flora y fauna que se han identificado en la zona... no ha sido valorada"*. Según fuentes del MiNAM, el EIA de Yanacocha solo valoró el impacto en la agricultura y ganadería y no el ambiental.
- El informe Giesecke indica también que *"los US\$86'000,000 de valor de reposición estimados en el EIA están subestimados; así, al eliminarse las lagunas y construirse un reservorio en su reemplazo no se está mitigando el impacto sino compensando solo el servicio de provisión hídrico, dejando de lado la compensación de los otros servicios ambientales perdidos."*

inminente daño de carácter irreversible sobre el medio ambiente. Esta demanda ha sido rechazada por haberse hecho en el distrito judicial incorrecto, y se ha vuelto a presentar otra vez ante el juez de la provincia de Celendín. Hasta este momento (mayo 2013) no había una resolución judicial al respecto en detrimento del carácter rápido y eficaz de las acciones de garantía constitucional como el amparo.

Por el lado de sanciones administrativas, en noviembre, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), confirmó la multa impuesta a Minera Yanacocha por el incumplimiento de cinco compromisos establecidos en el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado del Proyecto de Exploración Minera Conga. La multa equivalente a S/. 466 287,50, fue confirmada por el Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) del OEFA a través de la Resolución N° 214-2012-OEFA/TFA: "Entre los compromisos incumplidos se encuentra la instalación de una plataforma de exploración a una distancia menor de 50 metros de un bofedal (humedal de altura) y un curso de agua estacional, afectando el hábitat de especies de flora y fauna."¹¹⁹

Vulneraciones a los derechos a la vida, integridad, propiedad privada y libertad personal en el contexto de represión a las protestas sociales

El proyecto Conga ha generado oposición de parte de las comunidades campesinas e indígenas de la zona, los pobladores urbanos y las autoridades locales y regionales, las cuales se han enfrentado al gobierno central y a la empresa Yanacocha/Newmont. Luego de varios meses de tensión durante el 2011, la polarización se acentuó en el 2012. Tras casi 35 días de paro general en Cajamarca promovido por los campesinos y pobladores de la zona, durante los primeros días de julio del 2012 se produjeron enfrentamientos entre los manifestantes y la policía y fuerzas armadas, en diferentes lugares del departamento: Celendín, Hualgayoc y en la capital, Cajamarca. Entre el 03 y 04 de julio, cinco civiles resultaron muertos como producto de los enfrentamientos y la represión policial y militar, entre los fallecidos se encontraba un menor de edad, abatido por disparos de armas de fuego. Asimismo, varios efectivos y pobladores resultaron heridos, campesinos retuvieron durante horas a policías dentro de la comisaría de Bambamarca (Hualgayoc), se destruyó propiedad privada y pública, entre otros.

119. Disponible en línea en: <http://www.oefa.gob.pe/?p=22696>

Las vulneraciones al derecho a la vida, la integridad, la propiedad privada y pública, libertad de tránsito, entre otros, ocurridas en este contexto dieron lugar a un comunicado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresando preocupación por las muertes y violencia producidas en Cajamarca.¹²⁰

Entre las varias vulneraciones ocurridas destaca, por su gravedad y prominencia, la del ex -sacerdote y activista medioambiental Marco Arana, quien es también miembro de la ONG Grufides, del Movimiento Tierra y Libertad y uno de los promotores de la protesta.¹²¹ En un episodio ampliamente divulgado, Marco Arana se encontraba sentado en una banca de la plaza principal de la ciudad de Cajamarca, acompañado de una persona, cuando un contingente de más de una veintena de policías lo rodeó, lo golpeó –incluso al caer al piso- y lo empujó a través de la plaza hasta llegar al vehículo policial donde la golpiza continuó.

Esta detención arbitraria, sin mediar orden judicial ni una situación de flagrancia, ni estado de emergencia en la zona, acompañada por maltrato físico, duró por aproximadamente 12 horas. La secretaria general de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Rocío Silva Santisteban, y la abogada de Marco Arana presentaron una acción de *hábeas corpus*, el cual fue resuelto horas después que Arana haya sido liberado. En su decisión sobre el *hábeas corpus* el juez penal reconoce que la detención de Arana fue una medida desproporcionada, habida cuenta que no había indicios de la comisión de los delitos que el Ministerio Público le imputa, decisión que fue ratificada por la Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca, el 17 de agosto de 2012. Sin embargo, las responsables de los hechos aun no han sido castigados.

Derecho de acceso a la justicia y debido proceso: los casos penales no son juzgados en Cajamarca

A raíz de los enfrentamientos violentos ocurridos en Cajamarca (y en otros lugares del país), los órganos de gobierno del Poder Judicial y del Ministerio Público dictaron normas para trasladar fuera de estas zonas el juzgamiento de los delitos cometidos en ellas

120. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, junio de 2012, Comunicado de prensa: CIDH expresa su preocupación por agresiones ocurridas en el Departamento de Cajamarca, Perú. Disponible en línea en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/080.asp>. Consultado el 30 de octubre de 2012.

121. Los videos pueden ser vistos en línea en: <http://goo.gl/lqy8c> y <http://goo.gl/AGp4a>. Consultado el 29 de octubre de 2012.

en el marco de la protesta social de mayo y junio de 2012. Estas normas transfirieron la competencia sobre estos casos de los jueces y fiscales de Cajamarca a aquellos de la región de Lambayeque en la costa (distante alrededor de 7 horas en bus), y posteriormente la trasladaron a Lima.

Se critica la posible falta de independencia del Poder Judicial y del Fiscal Supremo, cuyas resoluciones en estos casos parecen formar parte de la estrategia gubernamental para enfrentar de manera indebida la protesta social. Las primeras resoluciones dictadas parecerían ser el producto de una reunión entre las autoridades del Poder Judicial y el Ministerio Público con el Ministro de Justicia y el Ministro del Interior llevada a cabo el jueves 31 de mayo de 2012, en la que se trasmite al poder Judicial la voluntad del Ejecutivo de enfrentar de una manera decidida la protesta y se le pide su apoyo. Esta reunión ha sido difundida por una nota de prensa del Poder Judicial.¹²² La resolución administrativa del Poder Judicial reconoce que para el dictado de dicha norma se ha tenido en cuenta el oficio con carácter reservado cursado por el Ministro del Interior. Al día siguiente de esta reunión, el 1 de junio de 2012 se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Resolución Administrativa 096-2012-CE-PJ, mediante la cual se determina que "conductas delictivas objeto de imputación cometidas con motivo de la convulsión social que tienen lugar en las Regiones de Cusco y Cajamarca" serán competencia de los órganos jurisdiccionales de Ica y Lambayeque, respectivamente. Días después, el Ministerio Público emitió resoluciones similares¹²³ en las que se da competencia a fiscales de Ica para procesar los casos de Espinar, y a fiscales de Lambayeque para procesar los casos de Cajamarca.

Para agravar el cuadro, el 13 de julio del 2012, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dio la orden de trasladar nuevamente la competencia judicial y fiscal sobre estos casos esta vez a Lima, es decir a aproximadamente 17 horas de camino en bus desde Cajamarca.¹²⁴ Los procesos serán ahora llevados en Lima, ante jueces supra-provinciales y la Sala Penal Nacional. De acuerdo a dicha norma, se amplió la competencia de los mencionados órganos a los "delitos

122. Disponible en línea en:

<http://historico.pj.gob.pe/imagen/noticias/noticias.asp?codigo=19682&opcion=detalle>. Consultado el 29 de octubre 2012.

123. Se trata de las resoluciones de la Fiscalía de la Nación 1343-2012-MP-FN, y 1344-2012-MP-FN, de fecha 31 de mayo de 2012

124. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial publicó la Resolución Administrativa N° 136-2012-CE-PJ, 13 de julio de 2012

perpetrados con motivo de una convulsión social en un determinado ámbito geográfico declarado en estado de emergencia y mientras dure el Decreto Supremo correspondiente” (numeral 7).

Al trasladarse los procesos penales a Lima, se crean no solamente barreras de índole geográfica sino también al ejercicio del derecho de defensa y acompañamiento personal y familiar de los acusados. Los familiares y los acusados ya no deberán trasladarse a Chiclayo (Lambayeque), sino que deberán hacerlo hasta Lima.

3.2 Caso Área de Conservación Regional Cordillera Escalera

Durante el taller nacional convocado por el IDL y la CIJ, uno de los participantes presentó el caso del Área de conservación regional Cordillera Escalera, como un caso exitoso de defensa de derechos a través del recurso de amparo y que además ha sentado jurisprudencia.¹²⁵

El 13 de octubre de 2006, debido a la abstención de organizaciones locales por temor a ser objeto de represalias, el señor Bustamante Johnson interpuso una acción de amparo contra las empresas Occidental Petrolera del Perú (después Talismán Petrolera del Perú, Sucursal del Perú), Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú; y, Petrobras Energía Perú S.A., solicitando la suspensión de la exploración y eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida “Cordillera Escalera”. Se alegaron amenazas a los derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, a la vida, a la protección de la salud, del medio familiar y de la comunidad, alimentación y agua, entre otros. Las actividades de dichas petroleras dentro del Lote 103, el cual se superpone con el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera creada mediante Decreto Supremo N°045-2005-AG, un año después de la firma del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103, implicarían la extracción del subsuelo de millones de litros de agua de producción petrolera con alta salinidad y su vertimiento en la superficie y/o ríos causando contaminación.

La demanda fue declarada infundada en sus primeras dos instancias (en el distrito judicial de San Martín, en la amazonia peruana). Los

125. STC N.º 03343-2007-PA/TC

participantes en el taller informaron sobre los serios déficits de independencia en la judicatura de San Martín, ejemplificados por la resolución judicial que ordenó la actuación de pruebas en un proceso expeditivo como el de amparo que no contempla una etapa probatoria. El juez de primera instancia ordenó una inspección ocular que se realizó utilizando helicópteros de la empresa y al final fue anulada por no haberse notificado a los demandantes. La sentencia denegatoria fue apelada ante el Tribunal Constitucional que emitió su fallo el 19 de febrero de 2009 declarando fundada la demanda. En esta sentencia cabe destacar ciertos aspectos importantes.

En primer lugar, el TC desarrolla las bases de su doctrina sobre la obligatoriedad de la responsabilidad social de la empresa, tal como se ha reseñado antes: "en el marco del Estado social democrático de Derecho, de la economía social del mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa". En Segundo lugar, el TC asigna un papel especial al principio de prevención (distinto al principio de precaución del derecho medioambiental), y para ello resalta los instrumentos de gestión ambiental que aseguren la prevención del daño ambiental y la sostenibilidad de las actividades hidrocarburíferas. El aprovechamiento de recursos naturales (renovables o no) solo procederá si es que la explotación a realizarse es compatible con el Plan Maestro del ACR Cordillera Escalera, el cual es responsabilidad de las autoridades estatales competentes. El TC al declarar fundada la demanda prohíbe la realización de estas actividades mientras no se cuente con el respectivo Plan Maestro que asegure la compatibilidad entre la explotación y exploración de los recursos naturales y los objetivos del ACR Cordillera Escalera.

Frente al hecho que el Contrato de Licencia del Lote 103 fue suscrito con anterioridad a la creación oficial del ACR Cordillera Escalera y el argumento que habrían en este caso derechos adquiridos por las empresas, el TC sostiene que en este caso no puede primar un "criterio temporal o cronológico" sino uno más amplio y comprensivo de los elementos que implicaron la creación del ANP y en la incidencia sobre la sociedad de una posible afectación grave en el entorno. De esta manera, el TC ha establecido un precedente importante y de gran impacto en este campo. La sentencia también desarrolla algunas pautas sobre la consulta y participación de las comunidades indígenas y nativas de la zona, incluidos el derecho a compartir beneficios.

3.3 Caso Espinar y empresa minera Xstrata

El proyecto cuprífero Tintaya Antapaccay pertenece a la minera suiza Xstrata Cooper y se ubica en la región Cusco, provincia de Espinar, a una altitud entre los 3,840 y 5,174 msnm. La mina pertenecía antes a la empresa BHP Billiton, que en el 2006 transfirió su derecho a los titulares actuales, quienes a su turno estarían a punto de transferir sus derechos a otra empresa aprobada por las autoridades de la China.

La relación entre los pobladores de Espinar y la empresa ha sido siempre tensa, pero se tornó conflictiva durante el 2012 cuando tuvo lugar la segunda protesta social más importante del año en el país, luego del caso Conga en Cajamarca. Este caso involucra violaciones a derechos humanos ambientales y también, en medio de la protesta social, vulneraciones al derecho a la vida, propiedad privada, integridad, libertad personal y lesiones al derecho de acceso a la justicia.

Derecho al medioambiente sano y equilibrado

El proyecto minero Tintaya Antapaccay ha sido cuestionado por los habitantes de Espinar con el apoyo de la Municipalidad Provincial. Esto llevó a que el 10 de abril del 2012 se presentara una acción de amparo ambiental contra Xstrata Tintaya S.A. y contra entidades estatales a fin de que la empresa paralice las operaciones de extracción y procesamiento de minerales de Antapaccay y que se clausure dicho proyecto.

La demanda se presenta contra la empresa minera Xstrata Tintaya S.A., domiciliado en la Comunidad Campesina de Tintaya Marquiri, contra el Ministerio de Energía y Minas, Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros; y contra el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). En el petitorio se solicita al juez que ordene a la empresa y/o a la OEFA, la inmediata paralización de las operaciones de extracción y procesamiento de minerales del denominado Proyecto Antapaccay, estableciendo la inmovilización de toda máquina, planta procesadora, faja transportadora y todo activo relacionado a la disposición de residuos en los denominados botaderos de la mina, tanto en los sectores de Camacmayo y Huinipampa, y los denominados botaderos Norte y Sur del proyecto Antapaccay (Expansión Tintaya). Asimismo, se solicita a la OEFA y al Ministerio de Energía y Minas que procedan a determinar la infracción de clausura definitiva del denominado proyecto Antapaccay (Expansión

Tintaya). En estos momentos un año después de haberse presentado el proceso está en primera instancia ante el juez mixto de Espinar.

La demanda¹²⁶ sustenta su pedido en un estudio oficial realizado en octubre del 2010 por el Ministerio de Salud (MINSA) sobre la calidad del agua de consumo de las poblaciones del área de influencia. El estudio halló concentraciones de arsénico (dos muestras) y mercurio (33 muestras) en agua de consumo humano que superaron los valores máximos aceptados por el Ministerio del Medio Ambiente y la Organización Mundial de la Salud. Asimismo, la contaminación de arsénico fue verificada por un estudio realizado por una ingeniera ambiental a pedido de la Vicaría de Solidaridad de Sicuani ("Informe de Monitoreo Ambiental Participativo en el Ámbito del Proyecto Xstrata Tintaya"). Además el estudio halló descargas de mineras en las aguas de los ríos (aluminio, hierro y molibdeno).

Las autoridades actuales han negado los resultados de este informe y que la contaminación sea responsabilidad de la empresa.

Vulneración del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa

El derecho internacional y nacional reconocen a los pueblos indígenas el derecho a ser consultados de manera previa e informada cualquier medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos. En la zona de influencia del proyecto existen comunidades campesinas, que caben dentro de la definición de pueblo indígena esbozada por el convenio 169 de la OIT y por la ley peruana sobre la consulta previa. En ese sentido, el Estado habría vulnerado el derecho a la consulta de los pueblos indígenas de Espinar al no haberles consultado el otorgamiento de licencias y autorizaciones a la empresa.

Protesta social y afectaciones al derecho a la vida, integridad, propiedad y libertad personal

Han habido varios intentos de solucionar los conflictos. Por ejemplo, a inicios de febrero del 2012 Xstrata aceptó abrir un proceso de diálogo con la población a partir de los reclamos por la contaminación ambiental y el requerimiento de negociar el convenio marco entre los pobladores y la empresa, con ocasión de la ampliación del proyecto minero para incluir Antapaccay. Pero la negociación avanzó poco.

126. La demanda está disponible en línea en:
http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc12042012-092546.pdf.
Consultado el 29 de octubre de 2012.

El 12 de abril de 2012, pobladores del Frente de Defensa de la provincia de Espinar, con el apoyo del municipio local presentaron la demanda de amparo ambiental antes reseñada, utilizando los canales institucionales del Estado de Derecho. A su vez, un mes después, el alcalde de Espinar se reunió con accionistas de la empresa en Suiza en búsqueda de una solución al conflicto.

El presidente del Frente de Defensa de Espinar convoca a una huelga indefinida que se inicia el 21 de mayo de 2012, e incluye el bloqueo de carreteras, lo cual generó la represión de las fuerzas policiales. La violencia llegó a su nivel más alto los días 27, 28, 29 y 30 de mayo de 2012, en los que se produjeron daños graves a la propiedad privada y pública, fallecieron dos pobladores, hubo decenas de heridos, los pobladores retuvieron a un fiscal, se declaró anticipadamente el estado de emergencia en la zona, se detuvo al alcalde de Espinar y se realizaron varias detenciones arbitrarias. La manera en que el gobierno manejó el conflicto social llevó consigo la renuncia de cuatro congresistas de la bancada parlamentaria del partido gobernante.

En este contexto se produce la detención arbitraria de dos trabajadores de una ONG local de Derechos Humanos, la Vicaría de Solidaridad de la Prelatura de Sicuani,¹²⁷ que ilustra la vulneración de varias libertades fundamentales. Estos dos trabajadores de la Vicaría fueron detenidos el 28 de mayo del 2012 por efectivos policiales de la delegación policial establecida, de manera cuestionable, al interior del campamento minero de Tintaya Marquiri. Los trabajadores se encontraban haciendo gestiones para liberar a un fiscal indebidamente retenido por los pobladores cuando los policías los arrestaron sin contar con una orden de detención ni bajo el supuesto de flagrancia. Permanecieron detenidos por más de 40 horas: desde Espinar se les trasladó a Sicuani (tres horas) y posteriormente a Cusco (dos horas), donde contaron con el patrocinio de Aporvidah (una ONG local) y del Instituto de Defensa Legal (IDL).

Se presentó una acción de hábeas corpus a favor de los detenidos la cual fue declarada fundada por el juzgado penal de Cusco, a cargo del magistrado Reynaldo Ochoa Muñoz,¹²⁸ ordenándose la liberación inmediata de los detenidos.

127. Véase en línea el comunicado de la Prelatura de Sicuani ante los hechos de violencia: http://servindi.org/pdf/Prelatura_Sicuani_Espinar.pdf. Consultado el 30 de octubre de 2012.

128. La sentencia está disponible en línea: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc07062012-104947.pdf. Consultado el 30 de octubre de 2012.

Derecho a la defensa y otros derechos procesales: los casos penales no son juzgados en Espinar

Al igual que en el caso Conga, en el caso de los sucesos de Espinar, se habrían vulnerado una serie de garantías del debido proceso como resultado de las resoluciones del poder judicial y del ministerio público que transfiere la competencia a otras jurisdicciones. Las resoluciones citadas mas arriba transfieren la competencia para conocer los procesos penales que se instauren en ese contexto de los jueces y fiscales de Espinar y Cusco a los magistrados y fiscales del distrito judicial de Ica (situada en la costa del Perú, a 25 horas de distancia en bus de Espinar y Cusco).

Los efectos de estas resoluciones se han sentido con mayor intensidad en Espinar y Cusco que en Cajamarca y Lambayeque, ya que el traslado de la competencia a Ica erige un obstáculo importante para el ejercicio de sus derechos de defensa por parte de los procesados por los hechos ocurridos en el contexto de la protesta social de Espinar. Los procesados están ahora obligados a trasladarse alrededor de 25 horas para participar en las audiencias de sus casos, procurarse un abogado de dicho distrito judicial para que realice las actuaciones procesales necesarias como el ofrecimiento de pruebas, realización de trámites y gestiones, complicando y haciendo más costoso el ejercicio del derecho de defensa. Los detenidos, quienes deberán ser trasladados a Ica, no cuentan con redes sociales o familiares que les brinden sustento moral y financiero para el pleno ejercicio del derecho de defensa.

Como en el caso Conga, resoluciones subsiguientes de los órganos directivos del poder judicial y ministerio público agravaron la situación al trasladar una vez mas la competencia sobre los casos, esta vez a Lima.¹²⁹

Un caso concreto que ilustra las dificultades creadas al ejercicio de derechos por las antedichas resoluciones judiciales, es el del proceso contra Oscar Mollohuanca, alcalde de Espinar, detenido en el contexto de la protesta. Oscar Mollohuanca fue detenido en su despacho municipal en Espinar y trasladado inicialmente a la ciudad de Cusco, y luego a Ica, donde permaneció detenido. Esta detención sería atentatoria contra varios principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales¹³⁰ debido a las limitaciones al derecho de

129. Resolución Administrativa N° 136-2012-CE-PJ, publicada el 13 de julio

130. Véase Rivera Paz, Carlos y Florian Vicente, Sigfredo. 2012. ¿Y los derechos fundamentales? Sobre el cuestionable requerimiento de prisión preventiva contra

defensa generadas por el traslado del caso a Ica. Para litigar fuera del distrito judicial del Cusco, la defensa del alcalde en la región Cusco debió iniciar un rápido y difícil proceso de búsqueda de abogados en Ica, además de preparar la defensa y recopilación de pruebas en Cusco. Gracias a la red de defensores de derechos humanos, se encontró el apoyo de CODEH – Ica, una ONG de derechos humanos que asumió la defensa legal y denunció varias irregularidades procesales, como la imposibilidad de acceder al expediente judicial con suficiente anticipación, lo que dificultó el ejercicio del derecho de defensa de Mollohuanca.

Inicialmente el primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Ica dispuso la prisión preventiva de Mollohuanca por cinco meses, a pesar de no hallarse el supuesto de peligro de fuga, argumentando que Mollohuanca una vez libre podría obstaculizar la averiguación de la verdad de los delitos que se le imputan (Resolución 10 del 12 de junio de 2012). Esta decisión fue apelada por la defensa de Mollohuanca y la sala de apelaciones reconoció los problemas jurídicos de la resolución de primera instancia. La Sala Penal de Apelaciones encontró que se trataba de una acusación difusa sin cargos específicos contra el alcalde, que el cambio de la tipificación de delito de disturbios al de instigación no habría sido motivado, y que tampoco los cargos de atentado contra la seguridad, atentado o entorpecimiento contra los servicios públicos y apología al delito estarían debidamente sustentados (Resolución 03-2012, de julio de 2012). En consecuencia, la Sala declaró la nulidad de la decisión de primera instancia y puso a Oscar Mollohuanca en libertad mientras continúa su proceso judicial. Sin embargo, el riesgo de ser detenido nuevamente continúa latente.

3.4 Caso del Complejo Metalúrgico de La Oroya¹³¹

La ciudad de La Oroya tiene 33,000 habitantes aproximadamente, se encuentra ubicada en la Cordillera Central del Perú, Departamento de Junín a una altura de 3750m. La región es reconocida por la extracción metalúrgica, desde 1922. A partir de 1974, el complejo metalúrgico fue nacionalizado y pasó a manos de CENTROMIN, compañía de capital estatal.

alcalde de Espinar. Disponible en línea en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=835>. Consultado el 30 de octubre de 2012.

131. Ver: *Peru: Metallurgical Complex of La Oroya, When the Investors' Protection Threatens Human Rights*, Federación Internacional de Derechos Humanos, N° 602a, diciembre de 2012. Disponible en línea en: <http://www.fidh.org/report-on-the-situation-in-la-oroya-when-investor-protection-threatens-13241>

En 1996, CENTROMIN presentó el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), un plan de diez años creado con el objetivo de adecuar las actividades de la empresa al marco normativo establecido en el Perú respecto al medio ambiente. El 23 de octubre 1997, Perú y Doe Run Company, subsidiaria de The Rengo Group, INC. con base en Nueva York, firmaron un Contrato de Transferencia de Acciones, en el cual se establecía la obligación del Perú de realizar la limpieza de la contaminación del suelo acumulada por las actividades de CENTROMIN y sus antecesoras hasta 1997. Asimismo, Doe Run Perú, se comprometió a llevar a cabo el PAMA, lo que incluía la adecuación de sus actividades a las reformas legislativas en materia ambiental, además de la construcción de infraestructura que evite que las emisiones de dióxido de azufre superen el límite permitido, que los residuos de cobre, zinc y plomo no contaminen el aire y el río, una planta de tratamiento de agua contaminada por cobre, entre otras. El contrato firmado en 1997, además establecía una cláusula de garantía, por la cual Doe Run Company no sería responsable de cualquier daño o denuncia presentada por terceras partes durante la aplicación del PAMA. Tras dos extensiones al plazo de cumplimiento del PAMA, la compañía se declaró en banca rota en 1999, iniciando un proceso de liquidación, en el cual no reconoció a Perú como acreedor por las obligaciones incumplidas contenidas en el PAMA.

Entre 1997 y 2009, se realizaron diversos estudios respecto al incremento de la contaminación del medio ambiente durante la administración y explotación del complejo minero por parte de Doe Run. Los análisis realizados demostraron que las partículas de arsénico, cadmio y dióxido de azufre en el aire, excedían los niveles máximos permitidos a nivel nacional e internacional, y ponían en riesgo la salud de la comunidad. De igual manera, otro estudio estableció que los niveles de plomo en la población infantil superaban los niveles recomendados por la Organización Mundial de la Salud. Ante las exigencias sociales de la comunidad, Doe Run Perú, inició campañas de desacreditación y hostigamiento a empleados y trabajadores que lideraban estas organizaciones, se evidenciaron amenazas contra la vida y seguridad de los representantes y líderes comunitarios y ONG's preocupadas por el medio ambiente y la salud de la comunidad¹³².

El 6 de diciembre de 2002, un grupo de ciudadanos presentó una demanda de cumplimiento en contra del Ministerio de Salud y de la Dirección General de Salud Ambiental del Perú, fundamentado

132. *Ibid.*, pág. 9 - 15

en la aquiescencia del Estado frente a las actividades desarrolladas por la empresa minera en La Oroya. El 12 de mayo de 2006, el Tribunal Constitucional falló a favor de los demandantes y ordenó una serie de medidas, entre ellas, la declaración de estado de emergencia en La Oroya¹³³. En noviembre de 2005, un grupo de ONG's de derechos humanos y protección ambiental, solicitó medidas cautelares a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y en agosto de 2007, dichas medidas fueron ordenadas por la Comisión¹³⁴, solicitando al Estado que tome medidas de diagnóstico y tratamiento médico a las personas que evidencien síntomas de daño irreversible que atenten contra su vida o integridad. El 27 de diciembre de 2006, 6 meses de después de la decisión del Tribunal Constitucional, se presentó una denuncia en contra del estado Peruano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual fue declarada admisible, por la presunta vulneración de los artículos 4, 5, 13, 19, 8 and 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Durante todo este tiempo, 2 de los denunciantes murieron.

En el 2010, un grupo de 1760 niños nacidos en La Oroya entre 1997 y 2009, se unieron a una demanda civil en contra de Doe Run Resources Corp., presentada por Estados Unidos, el Estado de Missouri y la Agencia de Protección del Medio Ambiente, que resultó en que la Doe Run Resources Corp. aceptó pagar 65 millones de dólares por la violación de leyes medioambientales en Estados Unidos, además de 7 millones de dólares como pena civil pecuniaria a ser pagados de manera equitativa al Gobierno Federal de Estados Unidos y al Estado de Missouri¹³⁵. Sin embargo, Doe Run consideró que el Estado peruano es el responsable de indemnizar a las víctimas de La Oroya, en consonancia con el Contrato de Transferencia de Acciones de 1997, que responsabilizaba al estado peruano de todo daño causado por la empresa durante la vigencia de dicho acuerdo. De igual manera, The Renco Group, solicitó a la Corte de Missouri, se suspenda el proceso debido a la existencia de un proceso de arbitraje pendiente entre la corporación y la República de Perú, en consonancia con el Capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio existente entre

133. Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N° N.º 2002-2006-PC/TC, de 12 de mayo de 2006. Disponible en línea: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02002-2006-AC.html>.

134. Ver en línea: <http://www.cidh.org/medidas/2007.sp.htm>

135. Ver en línea: <http://www.epa.gov/compliance/resources/cases/civil/mm/doerun.html#civil>

Estados Unidos y la República de Perú¹³⁶. Dicha solicitud fue negada por la Corte del Distrito 7 de Missouri el 7 de diciembre de 2011¹³⁷, posteriormente apeló dicha decisión, la cual nuevamente fue negada por la Corte de Apelaciones del Estado de Missouri¹³⁸. La demanda conocida por las cortes de Missouri se encuentra pendiente en la actualidad. El 7 de abril de 2011, The Renco Group, inició un proceso de arbitraje en contra del Perú en base al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, aduciendo que ha sido víctima de un trato diferenciado e injusto por parte del Estado, solicitando además el pago de 800 millones de dólares como indemnización por falta de seguridad jurídica, y compensación por expropiación. Además de establecer que la compañía cumplió con todas sus obligaciones del PAMA, responsabilizando al Estado por su incumplimiento.

A pesar de las medidas urgentes ordenadas tanto por el Tribunal Constitucional de Perú, como por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Perú ha fallado en brindar protección a la comunidad de La Oroya, al no contar con recursos idóneos y eficaces que permitan establecer la responsabilidad de transnacionales en la vulneración de derechos humanos de las personas en su jurisdicción. El hecho de suspender el proceso judicial pendiente en Estados Unidos, mediante el uso de la salvaguarda establecida en el Contrato de Transferencia de Acciones firmado en 1997, al igual que del arbitraje internacional como fórmula de solución de controversias entre el Estado y los inversores establecido en el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Perú, impide que las víctimas puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces, ya que dichos instrumentos deslindan de responsabilidades a la subsidiaria de The Renco Group, por las acciones ocasionadas en contra de la salud de los habitantes de La Oroya, y el medio ambiente de la región, además de dilatar el pronunciamiento de los órganos judiciales de Estados Unidos.

136. Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y La República de Perú, firmado el 7 de diciembre de 2009, ratificado por Perú el 28 de junio de 2006 y entró en vigencia el 1 de febrero de 2009.

137. Ver en línea:
<http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/missouri/moedce/4:2011cv00056/111256/55/0.pdf?1323346080>

138. Ver en línea: http://www.law.com/jsp/pa/PubArticlePA.jsp?id=1202578499480&Eighth_Circuit_Foreign_Arbitration_Doesnt_Stay_Case_Over_Smelting_Contamination&slreturn=20130425101840

3.5 Caso Cordillera del Cóndor¹³⁹

Este caso está referido a la primera consulta realizada en nuestro país entre un pueblo indígena y el Estado en el año 2004, mediante el cual se llegó a un acuerdo que luego fue incumplido. La consulta se llevó a cabo con las comunidades Awajún y Wampis en torno a la creación del Parque Nacional Ichigkat Muja – Cordillera del Cóndor.¹⁴⁰ INRENA, en aquella época perteneciente al Ministerio de Agricultura y en cooperación con la ONG Conservación Internacional, iniciaron un proceso de consulta que en 2004 culminó en un acuerdo oficial sobre los límites y la creación del Parque Nacional Ichigkat Muja – Cordillera del Cóndor y de la Reserva Comunal Tuntanain.

Tres años más tarde, el Decreto Supremo 023-2007-AG de 2007 crea oficialmente el Parque Nacional pero, desconociendo los términos del acuerdo vinculante, reduce la superficie del Parque a casi la mitad de lo acordado. La reducción del área designada para el Parque Nacional Ichigkat Muja no fue casual, sino que se habría hecho para favorecer la explotación minera aurífera en la zona, dejando sin protección las cabeceras del río Cenepa. Fuera del Parque convenientemente quedó el área donde se concentraban las propiedades de la empresa minera Afrodita y las de Carlos Ballón Barraza. La comunidades alegan que en la decisión de reducir la superficie del Parque así como el bloqueo del proceso de ampliación y titulación de las comunidades Awajún y Wampis del Cenepa, influyeron intereses de las empresas mineras.

Un año después del acuerdo, en 2006, PERUPETRO S.A. suscribió un contrato con la empresa Hocol Perú S.A.C para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 116, sin haber consultado con las comunidades, a pesar de que el lote se superpone al territorio titulado de las comunidades Awajún y Wampis, afectando también la reserva comunal Tuntanain.

La organización AIDSESP interpuso una demanda de acción popular en 2007 demandando la inconstitucionalidad del Decreto Supremo 023-2007-AG, la cual se encuentra actualmente (2013) en trámite ante la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de

139. Retomamos los argumentos desarrollados en el siguiente artículo: EL BERR, Sandy (2012), Consulta Defraudada: el caso de la Cordillera del Cóndor. Disponible en línea en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=788>. Consultado el 28 de noviembre de 2012.

140. Otro consulta era la que se realizó para la categorización de la Zona Reservada Güeppí que algún día –ojalá– resultaría en la creación del Parque Nacional Güeppí, la Reserva Comunal Huimeki y la Reserva Comunal Airo Pai.

la Corte Suprema en Lima. El IDL presentó un *amicus curiae*, en respaldo a la demanda de acción popular de AIDSESP, reiterando la inconstitucionalidad del Decreto Supremo No. 023-2007-AG.¹⁴¹ En clara ilustración de la lentitud de los procesos judiciales aún en casos de acciones constitucionales que como la acción popular deben tener carácter expeditivo, el proceso va durando más de cinco años.

Se alega, que el Estado estaría violando el derecho a la consulta contenido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, cuando incumple lo acordado, toda vez que el cumplimiento del acuerdo es parte del contenido constitucional del derecho a la consulta. El incumplimiento constituye también una violación del principio de buena fe, el cual se exige al momento de la implementación del acuerdo. Independientemente del incumplimiento de lo acordado en el proceso de consulta, el Estado además, no consultó las “nuevas decisiones” contenidas en el D.S. N° 023-2007-AG, ya que se trata de decisiones sustancialmente distintas lo que implica la realización de nuevos procesos de consulta.

La reducción del área del Parque Nacional Ichigkat Muja-Cordillera del Cóndor, la expedición de concesiones mineras y la adjudicación del lote petrolero 116, afectan y limitan sustantivamente el territorio al que los pueblos indígenas Wampis y Awajun han tenido acceso de forma ancestral y del cual depende su subsistencia, lo cual resulta incompatible con el artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT.

Se habría igualmente ignorado la jurisprudencia de la Corte IDH recaída en el *Caso Saramaka vs. Suriname*, pues en este caso no era suficiente la realización de los procesos de consulta, sino que debió obtenerse el consentimiento de los pueblos Awajun y Wampis toda vez que la realización de actividades de exploración y explotación tanto minera como petrolera dentro sus territorios, implicará un impacto sustancial en su forma de vida y subsistencia.

3.6 Caso despido antisindical en Southern Peru Copper Corp.

A mediados del 2008 se produjo un importante conflicto social en el sur del país, en la región de Moquegua. La razón principal del conflicto era la repartición de los ingresos producidos por el canon minero, pero

141. Puede ser revisado en línea el Amicus Curiae en:
http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc12042012-141954.pdf.

otros reclamos e intereses vinieron a sumarse a esa razón principal. Como parte de esa protesta, diversos sectores sociales se sumaron a la movilización y al paro previsto, entre ellos se encontraban los trabajadores de la empresa Southern Perú Copper Corporation. Los hechos del contexto son conocidos en la escena peruana como el “Moqueguazo”.

Con motivo de la huelga en Moquegua, la Asamblea General de la Federación Nacional de Trabajadores Mineros Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú decidió convocar a huelga general indefinida para el 30 de junio, lo cual se comunica a la autoridad administrativa laboral respectiva. La autoridad declara improcedente la solicitud de huelga y mediante resolución de segunda instancia, fechada el 07 de julio siguiente, se notifica la resolución de ilegalidad definitiva al sindicato de trabajadores. Para entonces, los trabajadores de Southern afiliados al sindicato ya se encontraban en huelga por tres y cuatro días, lo que motivó a la empresa para sancionarlos con el despido. Se trata de un despido arbitrario que afectó a trabajadores sindicalizados por razón de haber participado en la huelga. Las inasistencias de los trabajadores sólo pueden ser consideradas injustificadas a partir del día siguiente de que se haya indicado la ilegalidad de la huelga. El artículo 39 del Reglamento de la Ley de Fomento de Empleo es claro al señalar que:

“Los días de inasistencia injustificada en caso de huelga ilegal, se computan desde el día siguiente del requerimiento colectivo efectuado por el empleador a los trabajadores mediante cartelón colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo bajo constancia notarial (...), siempre y cuando la resolución que declare ilegal la huelga haya quedado consentida o ejecutoriada.”

De ese modo, la inasistencia injustificada recién se producirá a partir de la resolución definitiva que declare ilegal la huelga y su publicación en la puerta principal del centro de trabajo.

En este caso, la declaratoria de la ilegalidad de la huelga se comunicó a los trabajadores recién el 07 de julio y sin embargo la empresa sumó como inasistencia de los trabajadores las faltas acaecidas los días 30 de junio, 01, 02 y 03 de julio, días de huelga, y formuló el despido. Los hechos fueron comprobados por una inspección de trabajo.

Los trabajadores sindicalizados despedidos entablaron un proceso constitucional de amparo, el cual concluyó favorablemente para ellos a mediados de 2009 en la Corte Superior de Justicia de Moquegua,

la cual ordenó la reposición en sus puestos de trabajo habituales, en consonancia con la sentencia de primera instancia. Sin embargo, el caso no ha terminado aún puesto que la empresa ha planteado un proceso de amparo contra la decisión judicial definitiva, alegando problemas procesales y la indebida evaluación del derecho en el fallo anterior.

De acuerdo al especialista en derecho laboral, Luis Mendoza,¹⁴² un elemento que perjudicó el acceso a la justicia y constituye la razón por la que las demandas fueron declaradas improcedentes en un inicio fue el desconocimiento por parte de los magistrados de la jurisprudencia del TC y de los pronunciamientos de la OIT. Un elemento que perjudica el acceso a la justicia de los trabajadores, en general y también en el caso en concreto, es la inexistencia de mecanismos de protección inmediata para los dirigentes sindicales despedidos. Es solo cuando se obtiene una sentencia favorable (1 año después del despido) que los jueces aceptan la medida cautelar de reposición temporal. Otro factor, que se deriva del primero, es que los magistrados desconocían que la federación tenía legitimidad para convocar a una huelga y por ello se demoraron en pronunciarse sobre el fondo. Igualmente, otro factor que dificulta el acceso a la justicia de los trabajadores es la relación desigual de poder entre la empresa y los trabajadores. La empresa es económicamente poderosa y cuenta con la asesoría de grandes estudios de abogados en materia laboral y la de sus propios abogados internos. Es decir el proceso judicial ya habría empezado con desventaja para los trabajadores.

Un factor de éxito en este caso fue que los trabajadores estaban sindicalizados y las pruebas presentadas eran sólidas.¹⁴³ La unión sindical permitió la acción conjunta y coordinada lo que ayudó a reducir las cargas procesales, de prueba y costos. Entre estas pruebas se encuentra un acta de inspección laboral que ayudó a acreditar que el despido fue fraudulento. Se presentaron constantemente informes escritos breves pero que sistematizaban los hechos más relevantes. Los informes orales también fueron importantes pues, dada la carga procesal, es muy importante recordarle a los jueces los aspectos más importantes del caso. La calidad de la asesoría y patrocinio legal brindado a los trabajadores fue crucial.

142. Correspondencia personal, 19 de marzo de 2013.

143. Correspondencia personal, 19 de marzo de 2013.

4. Obstáculos al acceso a la justicia en casos de violación de derechos humanos con la participación de las empresas

A la luz del análisis precedente el presente capítulo desarrolla un análisis de los obstáculos que impiden o limitan el derecho de acceso a la justicia para las víctimas de vulneraciones de derechos por parte o con la participación de empresas en el Perú. El análisis brinda también elementos de identificación de prácticas y legislación positivas o que ofrecen un potencial aun desaprovechado.

El contexto socio-económico y político peruano se caracteriza por el crecimiento acelerado de las inversiones en el país y en especial en los sectores de explotación de recursos naturales (muchos de ellos ubicados en territorios de pueblos indígenas), la construcción y la agro-exportación. Todo esto en el contexto de un proceso inacabado de afianzamiento de las instituciones democráticas y del Estado de Derecho, en particular el de los órganos del sistema de justicia. Al mismo tiempo, el desarrollo de la capacidad de gestión estatal no ha ido a la par del desarrollo rápido de la inversión, por ejemplo en el campo de actividades extractivas. Luego de un período de autoritarismo político durante los años 90 el Perú no termina de corregir los efectos jurídicos y sociales de tal período en la normatividad existente, especialmente en materia laboral la cual adolece de falta de coherencia y consistencia con los estándares internacionales.

El aún inadecuado desarrollo de la institucionalidad estatal de gestión ambiental, social y en materia de pueblos indígenas es un factor que entre otros ha permitido un escenario de crecientes conflictos sociales como consecuencia de la ausencia de mecanismos eficaces de protección de derechos. La desprotección se siente de manera particular en relación a los pueblos indígenas y sus derechos tales como el derecho a la propiedad y a su territorio, a los recursos naturales, a la consulta, a la autodeterminación, a que se priorice sus propios modelos de desarrollo. A todo esto se suma la situación de desprotección en la que se encuentran ciertos sectores de trabajadores, como aquellos que trabajan en los sectores de la agro-exportación o los textiles, como producto de una normatividad obsoleta e incompatible con estándares internacionales.

Las instituciones del Estado de Derecho, por diversas razones a analizarse más adelante, han sido incapaces de resolver y dar una

solución pronta y efectiva a los problemas y conflictos. Esto muchas veces ocasiona la agudización de esos conflictos y la radicalización de ciertos grupos que optan por promover estrategias violentas y maximalistas, exacerbando los conflictos y la confrontación con el Estado con un alto costo en vidas humanas y propiedad, tanto pública como privada.

Uno de los aspectos básicos de la falta de acceso a la justicia es la "invisibilización" de ciertos obstáculos que hacen difícil acceder a instancias en las que todos los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos y/o resolver sus conflictos de manera efectiva.¹⁴⁴ Esto es especialmente relevante en países que cuentan entre su población con grupos de personas, no precisamente minoritarios, que sufren discriminación debido a su condición socioeconómica, física, de género, racial, cultural, u otra análoga.

Por otro lado, se constata de manera general que muchos obstáculos identificados son de orden general y no solo aplicables a las controversias entre personas y empresas. Puede decirse sin embargo, que esos obstáculos se agudizan en el contexto de disputas con empresas debido, en gran parte, a la pronunciada asimetría que existe en esta relación. Esta asimetría se expresa en el hecho que la empresa cuenta generalmente con una mejor asesoría y representación legal, además de mejores medios económicos para litigar que los trabajadores o pobladores locales. Esta asimetría podría contrarrestarse mediante una serie de mecanismos institucionales y procesales que, sin embargo, en la práctica son limitados o subutilizados.

En este sentido, se han agrupado los obstáculos o barreras que impiden el acceso a la justicia en el Perú en tres grandes grupos: las barreras estructurales e institucionales propios del sistema de justicia que afectan a toda la población usuaria; las barreras socioeconómicas; y las barreras técnico-organizacionales.¹⁴⁵

144. Roche, Carmen Luisa y Richter, Jacqueline (2005), "barreras para el acceso a la justicia". en derechos humanos, equidad y acceso a la justicia. Caracas: instituto latinoamericano de investigaciones sociales.

145. Bhansal, Lisa (2006). "Justicia". En Banco Mundial. Perú: La oportunidad de un país diferente. Lima: Banco Mundial, 2006, pp. 793. Natalia Gherardi cita otra clasificación de estos obstáculos; los clasifica en operativos —cuando dificultan la efectividad y eficiencia de la justicia— o estructurales —cuando están relacionados con aspectos que hacen a la propia organización de la sociedad—. Véase Gerardi, Natalia (2006). "Acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas". En Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz. Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Buenos Aires: Biblos, pp. 134.

4.1 Barreras estructurales e institucionales

Las barreras estructurales e institucionales se refieren a los problemas que el propio sistema de justicia origina por su concepción o diseño, incluida la legislación existente. Observadores y participantes en el taller IDL-CIJ coincidieron en señalar que en el Perú estos problemas incluyen la falta de independencia de muchos jueces y fiscales, la interferencia de los poderes políticos y económicos en la administración correcta de la justicia, y la falta de formación adecuada de los operadores jurídicos.

4.1.1 Inadecuada normativa jurídica

Como se ha mencionado anteriormente, el Perú no termina aún de dotarse con legislación acorde con los estándares internacionales. En el ámbito laboral, la legislación laboral sigue desincentivando la sindicalización de los trabajadores y la negociación colectiva. El Perú se encuentra entre los tres primeros países de América Latina con el número de quejas ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT más elevado y es uno de los cinco que la OIT ha denunciado recientemente por violaciones graves a la libertad sindical.¹⁴⁶

El proceso de flexibilización de la normativa laboral iniciado en los 90, parece continuarse a través de los regímenes promocionales y la diversificación normativa que crea regímenes diferenciados para ciertos sectores como los de agro-exportación, textiles y micro y pequeña empresa donde predomina el empleo temporal. Una participante en el Taller IDL-CIJ relató que cerca de la ciudad de Ica (sur de Lima) empresas dedicadas a la agro-exportación utilizan productos químicos que causan daños a la salud de los trabajadores que operan con ellos. Los trabajadores temen reclamar por sus derechos u organizar un sindicato por miedo a que su contrato no se renueve. La inspección de trabajo se habría revelado ineficaz en este caso pues la empresa no deja ingresar a los inspectores y estos desisten fácilmente. El propio fiscal no habría podido ingresar al local de la empresa.

Todo esto afecta la capacidad de conocer y ejercer derechos, y en relación a la justicia laboral cercena el factor clave que mitiga el desequilibrio de poder entre empresa y trabajador. Las estadísticas

146. ILO names five countries for serious violations of freedom of association. Disponible en línea en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_193200/lang--it/index.htm

muestran una tasa decreciente de sindicalización y negociación colectiva desde los años 90. En Lima Metropolitana la tasa de sindicalización cayó de cerca de 20 por ciento de la Población Económicamente Activa asalariada a inicios de los 90 a solo 5 por ciento al finalizar la década. La cobertura de la negociación colectiva cayó de cerca de 40 por ciento al 10 por ciento en el mismo período.¹⁴⁷ Con una disminuida capacidad de organizar sindicatos y actuar conjuntamente en la defensa de sus derechos, la mayoría de trabajadores quedan en situación de desprotección.

El problema de asimetría se presenta también en relación a las disputas entre comunidades campesinas e indígenas y empresas. Las comunidades, excepto en materia ambiental, no pueden apersonarse como grupo en un juicio civil para reclamar indemnización por daños y perjuicios. Participantes en el taller IDL-CIJ observaron que muchas empresas juegan a dividir a los miembros de las comunidades, especialmente en el proceso de consulta. Un participante relató que en el Departamento amazónico de Loreto, en el contexto de disputas entre las comunidades Ashuar y la empresa petrolera Talisman, la empresa habría traído en helicópteros a un grupo de ashuares favorables al proyecto petrolero armados. A todo esto debe agregarse la persistente crítica al texto de la Ley de Consulta Previa, Ley 29785, y de su reglamento por parte de organizaciones indígenas y ONGs. Por ejemplo, se dice que la ley adopta definiciones de “pueblo indígena” que son restrictivas e incompatibles con la Convención OIT 169.¹⁴⁸

4.1.2 Interferencia política e independencia del poder judicial

La interferencia política y la falta de resguardos adecuados a la independencia de la judicatura son problemas actuales y de gran impacto también en casos de derechos humanos relacionados a empresas. Frecuentemente se señala que los jueces o fiscales son objeto de presión o influencias de la parte de autoridades políticas que muchas veces actúan en representación de intereses económicos sobre jueces, fiscales u otros funcionarios judiciales. En el Perú los jueces son nombrados por un período determinado por el Consejo Nacional de la Magistratura y están sujetos a confirmación en el

147. Diagnóstico Laboral y Agenda Política para el Trabajo Decente en el Perú. PLADES, Documento de Trabajo, Mayo 2011. pp. 45

148. Perú: Informe Alternativo 2012- Sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, Lima, agosto 2012. pp. 10

cargo para subsecuentes períodos, lo cual no asegura su estabilidad en el cargo y mina sus capacidades de actuar con independencia. Actualmente, la mayoría de jueces no han sido nombrados y trabajan en condición provisional.

Aunque el sistema jurídico peruano brinda un marco amplio de protección judicial a los derechos constitucionales en la cual los reclamos pueden hacerse ante cualquier juez ordinario de primera instancia, es frecuente que las instancias iniciales desestimen las demandas, en parte debido a presiones políticas locales. El Tribunal Constitucional que recibe en última instancia los casos denegados en instancias iniciales ha jugado un papel crucial en el desarrollo de jurisprudencia constitucional, pero se ha visto desde el 2009 también sujeto a presiones sutiles del poder político. Los miembros del TC deben ser elegidos por el Congreso pero a inicios del 2013 seis de los siete magistrados que lo integran estaban en situación provisional al haberse terminado su período de funciones sin que el congreso eligiera un sucesor. Algunos de ellos se encuentran en esa situación irregular por varios años.

En abril 2013 uno de los magistrados en situación temporal decidió renunciar a su cargo como protesta por la situación irregular en la que se encuentra el TC, y por la inacción del Congreso.¹⁴⁹

La falta de titularidad en el cargo y la potencial interferencia política en el TC explican en parte el papel disminuido que este órgano jurisdiccional ha jugado desde el 2008. Un análisis detallado de la jurisprudencia del TC entre 2005 y 2011 realizado por el Instituto de Defensa Legal muestra que cerca del 60 por ciento de decisiones sobre alegaciones de violaciones a los derechos humanos fueron desfavorables para los demandantes. Aunque algunas decisiones tocaron el fondo del caso, la mayoría rechazaron la demanda *in limine*, declarándolas improcedentes por razones procesales o formales. A primera vista, esto no se justifica por la necesidad de aligerar la carga procesal del TC, la cual en realidad ha disminuido durante esos cinco años. Las decisiones del TC basadas en la forma o proceso no se limitan a las acciones improcedentes sino también a aquellas que siendo procedentes son declaradas inadmisibles por defecto de forma.¹⁵⁰

149. Como respuesta los demás magistrados lejos de aceptar la renuncia y ante la negativa del Magistrado Ricardo Beaumont de retornar a sus labores resolvieron vacar el cargo. Disponible en línea en : http://www.tc.gob.pe/notas_prensa//notas/2013/nota_2013_068.html. Consultado el 3 de mayo 2013.

150. Ruiz Mollada, Juan C. "Informe Jurídico ¿Tenemos un TC de protección de derechos

Un ejemplo de todo ello es el record de decisiones en materia del derecho de pueblos indígenas a la consulta. De los nueve casos que han llegado al TC sobre violación del derecho a la consulta, siete son contra actos normativos (decretos legislativos) no consultados, un proceso de cumplimiento que concluye en una sentencia exhortativa, y sólo un caso de consulta contra la adjudicación de un lote petrolero no consultado, en territorio de pueblos en aislamiento voluntario. Lamentablemente, ocho de las nueve demandas han sido desestimadas (rechazadas).¹⁵¹

Problemas en relación a la falta de titularidad y amenaza a la independencia judicial son comunes a todo el poder judicial en el Perú. La tasa de provisionalidad de jueces -no elegidos para el cargo por el Consejo Nacional de la Magistratura, y ejerciendo transitoriamente mientras se elija y nombre al titular- es cercana al 60 por ciento, una tasa demasiado alta.¹⁵² Ciertos distritos judiciales, especialmente aquellos tradicionalmente descuidados, tienen mas jueces provisionales que otros.

La falta de independencia y efectividad del poder judicial fomenta una cultura de descontento y desconfianza por parte de la gente. Esto explica el bajo porcentaje de recurso al sistema judicial para resolver conflictos y pedir protección de derechos.

4.1.3 Educación y cultura jurídica formalista

Muchas de las decisiones judiciales se explican por un apego excesivo al texto de la norma procesal en desmedro de la sustancia. La educación de los profesionales del Derecho enfatiza ese formalismo. Esto se manifiesta también en la brecha entre el discurso jurídico y la realidad cotidiana, lo que conduce, con cierta frecuencia, a prescindir de los modos de solución de conflictos tradicionales, recurriendo a procedimientos basados sobre una ley que a muchos les resulta extraña o incomprensible. Se trata de "un modelo de enseñanza que

fundamentales o un TC de improcedencias?". Disponible en línea en http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc02052013-171540.pdf. Consultado el 3 de mayo de 2013.

151. Ruiz Molleda, Juan Carlos (2011). "Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos?", Justicia Viva, 09 de septiembre de 2011. Disponible en línea en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>. Consultado el 27 de noviembre de 2012.

152. Jiménez, Juan: reforma del Poder Judicial busca reducir provisionalidad de jueces, diario La República. Disponible en línea en: <http://www.larepublica.pe/12-04-2013/juan-jimenez-reforma-del-poder-judicial-busca-reducir-provisionalidad-de-jueces>. Consultado el 12 abril 2013.

busca reproducir un cierto orden pre constituido por los códigos y leyes y que, por ello, descalifica la crítica externa”.¹⁵³

Esto explica también la poca disposición de los profesionales del Derecho para asumir la defensa de causas que cuestionen el *status quo* jurídico predominante, que garantiza a las empresas demasiada libertad y facilidades para ejercer sus actividades y es permisiva con el abuso. Por ejemplo, en el supuesto que una empresa contravenga el ordenamiento jurídico, será bastante difícil conseguir el apoyo de abogados con las destrezas legales suficientes para defender a las personas o comunidades afectadas por esta situación, especialmente en regiones de la sierra o selva.

4.2 Barreras técnicas y organizacionales

4.2.1 Presupuesto del Poder Judicial y de otras instituciones de justicia

La asignación de recursos y la manera en que estos recursos son asignados o distribuidos dentro del poder judicial priorizan gastos fijos mas no la ampliación de la oferta estatal de justicia.¹⁵⁴ Al respecto, si se revisa la estructura presupuestal del Poder Judicial en los acápite referidos al acceso a la justicia, se establecen medidas para conformar nuevos despachos judiciales, mejorar la infraestructura o modernizar los equipos informáticos.¹⁵⁵ y no se asigna mayores recursos a la justicia de paz o mecanismos de coordinación con la justicia comunal que son los que están en relación mas inmediata con los problemas relacionados a las actividades económicas extractivas en muchos lugares del país.

4.2.2 Ineficiencia del sistema procesal

Se refiere a la congestión de los despachos judiciales con una serie de expedientes pendientes por resolver, que hacen que los

153. Gonzales Mantila, Gorki (2008). "Enseñanza del Derecho, cultura legal y reforma judicial". *La enseñanza del Derecho o los molinos de viento. Cambios, resistencias y continuidades*. Lima: Palestra, pp. 102.

154. En los últimos siete años, el presupuesto del Poder Judicial se ha incrementado paulatinamente y no necesariamente se ha apreciado una mejora del servicio judicial. Véase Hernández Breña, Wilson (2006). *Carga y descarga procesal en el Poder Judicial, 1996-2005. De lo general a lo particular, de lo cotidiano a lo preocupante*. Lima: Justicia Viva.

155. *Ibíd.*, pp. 48.

procesos tarden demasiado, configurando un factor que desalienta al ciudadano a presentar su reclamo. Se atribuye la causa, sin mucho fundamento, a cierta "litigiosidad" de la población que ingresaría excesivas causas, cuando recientes estudios señalan que tendría más bien que ver con la baja productividad del Poder Judicial.¹⁵⁶

Se calcula que un proceso ordinario en el Poder Judicial demora de dos a tres años (en el caso de casos laborales es de tres años), lo cual sin lugar a dudas es un factor desalentador para cualquier persona que requiere satisfacer una necesidad jurídica. Esto alienta a los reclamantes a recurrir con mas frecuencia a procesos constitucionales, los cuales por sus características suelen demorar menos, entre uno a dos años.

En el caso de los reclamos ante empresas, estas demoras desalentarían a los ciudadanos de demandarlas por los tiempos tan extensos y lo engorroso que resultan los trámites, por lo general incomprensibles para quienes no tienen una formación jurídica.

4.2.3 Organización del Poder Judicial y de otras instituciones de justicia

Se trata de la poca adaptabilidad y disposición a modernizar la administración de los despachos judiciales, distantes geográficamente de las principales necesidades jurídicas de la población. En ese sentido, los despachos judiciales suelen concentrarse en las ciudades principales y medianas, descartándose a las pequeñas ciudades, produciendo barreras geográficas para los ciudadanos. Este problema comprende, además del Poder Judicial, a otras instituciones vinculadas, tales como el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura.

En el caso de comunidades rurales que pretenden demandar a las empresas, esta situación se ve particularmente complicada por las distancias geográficas y los excesivos trámites, lo que dificulta que los afectados puedan interponer algún reclamo ante autoridades de Justicia. Si a ello se suma el lenguaje difícil que se utiliza en estas instituciones, se desarrollará una serie de impedimentos para recurrir con facilidad a las mismas.

156. Al respecto puede revisarse una interesante investigación de Hernández Breña, Wilson, Op. Cit., Nota 154.

Durante el taller IDL-CIJ, participantes relataron el ejemplo de un caso penal que las comunidades campesinas de Condoraque formularon contra la empresa minera MINSUR (propiedad del grupo Brescia, quien compró los derechos mina Palca Ponce), por delito ambiental de contaminación, se experimentaron muchos problemas. El inculpado, gerente general de la empresa domiciliado en Lima pidió el traslado por causas de salud, lo cual ha sido concedido siendo ahora el fiscal y jueces del distrito judicial de Ica quienes se encargan de proseguir el juicio penal. Ica se encuentra a más de 20 horas en bus de Puno, con lo cual las comunidades afectadas difícilmente podrán seguir el proceso. Desde ya, ellas han desistido de constituirse en parte civil. Una situación parecida existe en relación a los procesados en los casos de Espinar y Cajamarca/Conga cuyos casos penales han sido trasladados a Lima.

La combinación de una legitimación procesal restringida en materia civil, el formalismo jurídico procesal de los operadores jurídicos, las distancias geográficas y la congestión judicial configuran una situación de desventaja para los afectados por actividades empresariales deshonestas o ilegales. Las empresas están por lo general mejor preparadas y cuentan con mejor asesoría jurídica para litigar por más largo tiempo y sortear obstáculos procesales. De esta manera muchos individuos o comunidades se ven obligados a transar fuera de juicio, aun en condiciones desventajosas, con el fin de evitar un proceso largo, costoso y de resultado incierto.

4.3 Barreras socio-económicas

Un número importante de factores que obstaculizan el acceso a un remedio judicial efectivo tienen que ver con la particular situación económica o las características sociales y culturales de los grupos y personas afectadas por las vulneraciones. Determinados grupos sociales se ven más afectados debido a su situación de desigualdad real o vulnerabilidad. Entre factores sociales y económicos relevantes tenemos la falta de conocimientos generales sobre los derechos que les conciernen o de la vía procesal judicial o no judicial que se puede utilizar para hacerlos valer, barreras lingüísticas y culturales.

4.3.1 Falta de conocimientos de derechos y avenidas de recursos

Un sector importante de la población peruana desconoce sus derechos constitucionales y la posibilidad de hacerlos valer utilizando vías procesales adecuadas, lo cual les impide ejercerlos debidamente. Esta

situación se ve agravada en zonas rurales o en aquellas regiones de extrema pobreza donde se encuentran las poblaciones generalmente afectadas por situaciones de afectación a derechos a un medio ambiente sano y equilibrado, salud, agua y alimentación. A esto debe agregarse la falta de conocimiento de los mecanismos o instituciones que eventualmente pueden brindar información o asesoría.

Tanto la Defensoría del Pueblo, como el Ministerio de Justicia y el propio poder judicial realizan campañas de divulgación de derechos y brindan asesorías en general. También existen los servicios de varias ONGs, sindicatos, autoridades locales y otros que hacen lo mismo. Sin embargo ninguno de estos servicios, excepto quizás los de ciertas ONGs y sindicatos, brinda información especializada y apropiada en relación a los derechos vis-a-vis empresas y la protección judicial de derechos.

4.3.2 Barreras lingüísticas y culturales

A pesar de que en el Perú existen varios millones de personas que hablan idiomas distintos del castellano, es casi remota la posibilidad de expresarse en su lengua materna durante un proceso judicial, por la ausencia de intérpretes, aun cuando se trata de una garantía del debido proceso. De este modo, se aprecia la inexistencia de políticas estatales que promuevan la incorporación de funcionarios judiciales bilingües o de un sistema oficial de traductores judiciales. Al respecto, el Poder Judicial no cuenta con un registro de los distritos judiciales donde se requieren operadores de justicia que manejen idiomas nativos e indígenas. Tampoco el Consejo Nacional de la Magistratura designa jueces y fiscales con conocimiento del idioma quechua o aymara para las zonas del país donde están asentadas las comunidades campesinas o nativas.¹⁵⁷

Si bien no existen estadísticas determinantes, dependiendo de alguna variable, entre 25% y 48% de los hogares en el país se autodenominan indígenas.¹⁵⁸ A partir de ello, adquiere total relevancia la discusión

157. Ver *Barreras para el acceso a la justicia en América Latina*, elaborado por el Instituto de Defensa Legal, la Fundación para el Debido Proceso Legal y otros, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su período de sesiones de octubre de 2008, pp. 13. Disponible en línea en: http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/octubre/30/informe_acceso.pdf. Consultado el 29 de octubre de 2011.

158. En el censo de 2001, se diferenciaba entre un total de cinco indicadores: lengua materna indígena; autoidentificación como indígena; ambas opciones juntas; uso del idioma indígena en la vida diaria; y padres, abuelos o pareja con idioma materno indígena. Tomado de Meezen, Ángela (2007). *Relaciones de género, poder e identidad femenina en*

sobre cómo está diseñado el actual sistema estatal de justicia, sobre su pertinencia y la cultura jurídica predominante, que no responden necesariamente a las demandas jurídicas de la población no urbana. En tal sentido, es conveniente la discusión acerca de lo que se entiende por diversidad cultural y de cómo ello afecta la práctica jurídica vigente al resolver conflictos.

El marco normativo constitucional e internacional en el Perú respeta el derecho a la identidad cultural y, concretamente, reconoce el pluralismo jurídico establecido en la Constitución Política (artículo 149), que implica el respeto de las formas de resolución de conflictos impartidas desde las comunidades campesinas y nativas, así como desde las rondas campesinas. Sin embargo poco se ha hecho para hacer realidad esta normativa y desarrollar mecanismos apropiados a las comunidades campesinas e indígenas los cuales pueden ser efectivos en el contexto de controversias con empresas petroleras y mineras. Todo esto cobra especial relevancia cuando se sabe que un buen número de las empresas extractivas tienen su ámbito de intervención en territorio de estas comunidades, generándose un choque cultural que no siempre respeta a los más débiles.

4.3.3 Barreras económicas

Aquí nos referimos básicamente a cómo la pobreza impacta en la concreción del derecho a la justicia. Al respecto, diversos enfoques han centrado la magnitud de este problema en relación con la insatisfacción de una serie de derechos económicos y sociales, de allí que en tiempos recientes se vincule la noción de pobreza con ciudadanía, la cual se vería también afectada cuando no se concreta el cumplimiento de una serie de derechos que incluyen los de acceder a alguna de las formas legitimadas de resolución de conflictos reconocidas en el país.

Asimismo, frente a la constatación de que alrededor del 30% de la población padece de pobreza, los costos de acceder a alguna forma de resolución de conflictos representan una traba para un buen porcentaje de ciudadanos en el país.¹⁵⁹ Aquí pueden identificarse

cambio. El orden social de los aymaras rurales peruanos desde la perspectiva femenina. Cusco: Centro de Estudios Regionales Bartolomé de las Casas, pp. 16.

159. Utilizamos la definición que plantea Wilson Hernández, se trata de los desembolsos monetarios, los costos o pérdidas traducibles directa o indirectamente en términos económicos, así como los otros costos de corte psicológico. Véase Hernández Breña, Wilson (2011). *Cuánto le cuesta la justicia a las mujeres?* Lima: Proyecto de Acceso a la Justicia en Comunidades Rurales – Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz del

como principales barreras los costos que deben asumirse para litigar, ya sea por aranceles judiciales o por honorarios de abogados.

Sobre lo primero, los costos formales de un proceso judicial resultan una forma indirecta de discriminación para personas de menores recursos. Si a ello agregamos las serias dificultades que existen desde el Estado para proveer de defensa letrada gratuita a quienes no pueden asumirla, tendremos un panorama de evidente indefensión para un segmento social específico. Al respecto, según cifras del Ministerio de Justicia, existen alrededor de mil trescientos defensores públicos que ejercen esta labor en todo el país, cifra claramente insuficiente si se considera la demanda por este servicio.¹⁶⁰

Sobre los pagos por tasas judiciales, debería reevaluarse la posibilidad de establecer la exoneración del pago por este requisito a los pobladores de aquellos distritos identificados por debajo de la línea de pobreza,¹⁶¹ así como difundir y flexibilizar en los demás lugares la posibilidad de acogerse al auxilio judicial.¹⁶²

Otro obstáculo tiene que ver con los costos informales y se refiere a la corrupción existente en las instancias estatales de justicia que desalientan a que el ciudadano acuda a ellas para dirimir sus controversias. No es casualidad que el informe de Transparencia Internacional de 2007, dedicado a los sistemas judiciales, señale a este mal endémico como una de las principales barreras de acceso a la justicia,¹⁶³ al indicar que el Perú se ubica en los primeros niveles de corrupción.

Poder Judicial.

160. Cifras extraídas del sitio web del Ministerio de Justicia: <http://www.minjus.gob.pe>

161. Actualmente, existen 531 distritos beneficiados con la exoneración de las tasas judiciales, lo cual beneficia aproximadamente a cerca de tres millones de personas. Sería conveniente verificar cuántos distritos más deben alcanzar este beneficio.

162. El otorgamiento del auxilio judicial ha sido regulado por resolución administrativa 182-2004-CE-PJ, mediante la cual se aprueba el "Procedimiento para la concesión del beneficio del auxilio judicial", que establece una serie de requisitos que no corresponden a la realidad de pobreza en la que se encuentran los ciudadanos solicitantes. Es el caso de quienes requieren este beneficio y les solicitan acreditar sus situación de pobreza con documentos como recibo de electricidad, agua, teléfono o cable, etcétera, que no son los medios más apropiados para acreditar que una persona carece de recursos económicos.

163. Transparencia Internacional (2007). *Informe global de la corrupción 2007, corrupción en el sistema judicial*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 22. También se obtener en la siguiente dirección electrónica: <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/mayo/31/informe_global_ingles.pdf>.

En el caso de las empresas, esto opera como un incentivo para que las mismas se valgan de estas situaciones de corrupción que no permiten llevar a cabo un proceso judicial en igualdad de condiciones entre el demandante y la demandada.

4.3.4 Pueblos indígenas y empresas

La relación entre empresas y pueblos indígenas ha venido deteriorándose en los últimos años en el país. Los reportes de conflictos sociales que mensualmente emite la Defensoría del Pueblo señalan que esta clase de confrontaciones han ido en incremento, deviniendo muchas de ellas en situaciones de crisis con la consiguiente violencia.¹⁶⁴

Al respecto, la respuesta estatal no ha sido precisamente la más adecuada. Por lo general han buscado criminalizar las protestas de los pueblos y sus organizaciones indígenas, afectando su libertad de expresión y el ejercicio de la autonomía indígena.

En este sentido, es ilustrador que el 60% de los civiles muertos en protestas sociales hayan sido ciudadanos indígenas que se enfrentaban a la policía nacional en defensa de sus comunidades.

Una fuente de especial preocupación ha sido la prestación de servicios privados de seguridad a las empresas, sobretodo extractivas, por parte de las fuerzas del orden, lo cual genera que en la práctica asuman un rol de agentes de seguridad privada más que de servidores públicos.

En relación a las barreras de acceso a la justicia que suelen presentarse, creemos que una de las principales son las referidas a las de naturaleza institucional, es decir, aquellas que en el caso de los pueblos indígenas están constituidas por el propio sistema normativo que le restringe derechos.

En este sentido, la reciente legislación sobre consulta previa es una muestra de cómo se ha ido desvirtuando este mecanismo en el momento de su aplicación en el país. Lo que se desprende de las normas administrativas aprobadas recientemente sobre la base de datos para definir quién es pueblo indígena y por ende, a quien se le aplica la consulta previa. Al respecto, las recientes disposiciones

164. Puede verse el Reporte mensual de la Defensoría del Pueblo, que según el último revisado en el mes de octubre del 2012 da cuenta de 233 conflictos sociales, de los cuales el 63% tienen una naturaleza socio ambiental afectando a algún pueblo indígena.

han establecidos criterios objetivos restrictivos que contradicen lo señalado en el Convenio 169 de la OIT, produciendo en la práctica un menor número de pueblos indígenas que serán objeto de consulta.¹⁶⁵

Adicionalmente, existen una serie de barreras sociales que de modo directo afectan a las poblaciones indígenas. Nos referimos a las barreras culturales y lingüísticas que se presentan en el país, ya sea porque desde las instancias estatales no se entiende la cosmovisión de colectivos culturalmente diferentes o porque no se asegura que hayan traductores suficientes para los diversos idiomas existentes en el país.

165. Nos referimos a la Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de pueblos indígenas u originarios, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 202-2012-MC.

Conclusiones

De manera similar a otros países de la región, la legislación peruana establece una serie de obligaciones que las empresas deben respetar, en especial el conjunto de derechos humanos garantizados constitucionalmente. El sistema jurídico también establece mecanismos de protección frente a las transgresiones de esos derechos que podrían cometer las empresas. Sin embargo, también de manera muy similar al de esos países adolece del mismo desfase entre lo que señalan estas disposiciones y la realidad.

El Perú no ha terminado de reformar su sistema legal en conformidad a los estándares internacionales en materia de derechos laborales y derechos humanos. Una gran parte de la legislación laboral, por ejemplo, limita el derecho de los trabajadores a asociarse o a negociar colectivamente. La propia legislación en materia de derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa a pesar de ser casi única en la región contiene elementos potencialmente inconsistentes con estándares internacionales. La legislación penal ha progresado en la aceptación paulatina de la responsabilidad penal directa de la persona jurídica (incluyendo a las empresas), pero esto aún no es totalmente explícito.

En la práctica es en la operación del sistema jurídico y de justicia que se revelan las limitaciones más importantes. Los jueces y tribunales son pocos, la mayoría sujetos a influencia y presión política debido a que son temporales, el presupuesto sigue siendo magro y concentrado en ciertos sectores, mientras que la corrupción continua a niveles importantes. Jueces y abogados muestran un conocimiento muy limitado del derecho internacional y nacional que podría servir a una mejor administración de la justicia en controversias entre ciudadanos y empresas, pero la formación y materiales en ese sentido es escasa o de calidad insuficiente.

Los obstáculos prácticos al acceso a la justicia producen una deslegitimación del sistema de justicia y un cuestionamiento a la validez o efectividad de estos recursos o remedios lo cual alienta estrategias por fuera del Estado de derecho. Esto explica en parte mucho de la creciente conflictividad social en el país, la cual a veces degenera en violencia.

Un aspecto importante a tomar en cuenta es la asimetría existente en la realidad entre ciudadanos afectados y empresas, la cual se expresa también dentro de los procesos judiciales negándose así

la realización del principio del debido proceso y la igualdad de armas. Una de las estrategias que podría ayudar a subsanar la asimetría existente consiste en la actuación colectiva a través de la organización sindical o la comunidad indígena o campesina. Sin embargo, esta posibilidad es severamente limitada por la existencia de factores jurídicos e institucionales que limitan la sindicalización, la cual es muy baja en el país. El proceso civil tampoco favorece la representación grupal o colectiva en juicio, excepto en casos relativos a la preservación y defensa del medio ambiente. En este sentido, desde las instituciones que conforman el sistema de justicia no existe aún protocolos o salvaguardas para situaciones donde existe un actor débil.

Finalmente, no puede dejar de mencionarse que en el caso peruano en los últimos años la irrupción del sujeto indígena ha sido un elemento que ha acompañado la mayoría de conflictos producidos con empresas extractivas, de allí que los principales protagonistas en estas controversias han sido comunidades u organizaciones representantes de pobladores andinos o amazónicos. Al respecto, tampoco existen en los tribunales ordinarios la especialidad o el acompañamiento técnico adecuado para incorporar una perspectiva de interculturalidad que les permita resolver esta clase de situaciones.

Lo señalado es un factor permanente de debilitamiento de la legitimidad de las instituciones de justicia que de persistir puede cuestionar la vigencia del Estado de Derecho.

Recomendaciones

Para mejorar el acceso ciudadano a la justicia en el Perú deberían tomarse medidas por parte del Estado que atenúen o ayuden a superar los obstáculos existentes. En este sentido, creemos que corresponde tomar tres clases de medidas: legislativas, judiciales/procesales y de capacitación y difusión.

Entre las medidas legislativas que deberían tomarse se encuentran las siguientes:

- La discusión y aprobación de la Ley General de Trabajo, pendiente desde el año 2005 en el Congreso de la República, así como la paulatina modificación de la legislación sobre regímenes promocionales y especiales para hacerlos compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos y derecho del trabajo.
- La discusión y aprobación del proyecto de ley sobre responsabilidad penal directa de la persona jurídica presentado por la Corte Suprema al Congreso
- Una serie de medidas normativas y reglamentarias con impacto financiero como la posibilidad de exoneración del pago de tasa y aranceles judiciales a los pobladores de aquellos distritos identificados por debajo de la línea de pobreza,¹⁶⁶ así como difundir y flexibilizar en los demás lugares la posibilidad de acogerse al auxilio judicial.

Entre las medidas de judiciales y procesales, la más importante tiene corte político y es la preservación y afianzamiento de la independencia del poder judicial, incluidos los fiscales. Para ello el Consejo Nacional de la Magistratura o el Congreso según corresponda deben hacerse esfuerzos para nombrar titulares en los juzgados y tribunales del país, y así superar la tasa muy alta de provisionalidad entre los jueces.

- La Corte Suprema y la Fiscalía de la Nación deberían ampliar su presencia calificada en las zonas donde están ocurriendo

166. Actualmente, existen 531 distritos beneficiados con la exoneración de las tasas judiciales, lo cual beneficia aproximadamente a cerca de tres millones de personas. Sería conveniente verificar cuántos distritos más deben alcanzar este beneficio.

afectaciones a los derechos humanos derivados de actividades mineras empresariales u otras. Las personas procesadas penalmente deben tener garantizado un proceso justo en lugares accesibles donde puedan organizar una defensa adecuada.

- La Corte Suprema debería continuar con su práctica de asambleas plenarios y aprobación de documentos de guía y clarificación sobre aspectos del sistema jurídico peruano, tal como lo hizo en el caso de las normas de responsabilidad penal de la persona jurídica. Un aspecto al que debería abocarse es el tema de la carga de la prueba y la atribución de costos y costas en juicios en materia civil. Estos dos temas se encuentran entre aquellos que desalientan la utilización del proceso civil por parte de pobladores pobres y comunidades. Otros temas a considerar son orientaciones a los jueces para facilitar el acceso a la justicia de los ciudadanos utilizando de manera flexible las normas procesales existentes, y la limitación de las maniobras dilatorias por parte de las empresas demandadas.
- Se deberían desarrollar mas los mecanismos no judiciales que permiten la fiscalización de la actividad empresarial y la responsabilización y sanciones por incumplimientos con las normas laborales o medioambientales. Entre estos se encuentran la inspectoría de trabajo dentro del Ministerio de Trabajo y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental dentro del Ministerio del Ambiente.
- Otros mecanismos de tipo quasi-judicial como los mecanismos de justicia de las comunidades indígenas y el arbitraje de conciencia deberían tener un papel en la resolución de conflictos entre estas comunidades y empresas operando dentro de sus territorios.
- Para facilitar el acceso a asesoría jurídica por parte de las comunidades y pobladores de zonas en extrema pobreza deberían promoverse clínicas jurídicas en Universidades de esas zonas u otras, así como crearse un sistema nacional de asesoría y patrocinio pro bono por parte de los Colegios de abogados.
- La Defensoría del Pueblo debería ser habilitada para recibir quejas y reclamos, investigar los casos y brindar recomendaciones públicas a las partes en conflicto. Los informes defensoriales

en casos materia de queja o reclamo deberían ser públicos y susceptibles de utilizarse delante de los tribunales.

Entre las medidas de capacitación y difusión se encuentran:

- La difusión de los recursos que permiten a los ciudadanos afrontar las afectaciones a sus derechos por parte de las empresas. Actualmente, los únicos procedimientos que permiten parcialmente una respuesta rápida son los recursos constitucionales, los que en realidad deberían ser excepcionales. Debería fomentarse la utilización de las vías ordinarias civiles y laborales para encauzar ciertos reclamos que no son susceptibles de litigarse por la vía constitucional.
- Una formación mas especializada para abogados defensores de los derechos humanos para que incrementen su capacidad para utilizar creativamente los mecanismos que el sistema judicial brinda,
- La realización de programas de formación descentralizados para jueces y fiscales en temas de estándares internacionales de derechos humanos, pueblos indígenas y su derecho a la consulta.
- La facilitación de espacios o foros de intercambio y aprendizaje mutuo entre organizaciones y defensores de derechos humanos individuales, que fomente la colaboración y la acción conjunta.
- La elaboración y difusión de materiales jurídicos adecuados para jueces, fiscales y abogados.

Finalmente, debería incorporarse de modo más relevante la conexión entre los derechos afectados por empresas sobre población indígena-campesina y los mecanismos internacionales y nacionales aprobados por el Perú.

BIBLIOGRAFIA

1. Libros y artículos académicos

Bhansali, Lisa (2006). "Justicia". En BANCO MUNDIAL. *Perú: La oportunidad de un país diferente*. Lima: Banco Mundial.

Borowski, Martín (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría y Filosofía del Derecho, Lima.

Canessa, Miguel (2012). "El redimensionamiento del derecho internacional del trabajo". *Derecho PUCP*. N° 68, Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 285-300.

Cappelletti, Mauro y Bryant GARTH (1996). *El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Cárdenas Quiroz, Carlos (2000). "La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú". *Contratación contemporánea. Teoría General y Principios*, Lima: Palestra Editores.

Carhuatocto Sandoval, Henry (2010). *La responsabilidad civil de los hospitales por negligencia y eventos adversos*, Lima: Jurista.

CCamercco Magaña, Moisés, (2012). Demanda de amparo ambiental con la empresa Xstrata Tintaya. Disponible en línea en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc12042012-092546.pdf>. Consultado el 29 de octubre de 2012.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). *Acceso a la justicia e inclusión social: El camino del fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Washington, D. C.: Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*.

Washington, D. C.: Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.

Defensoría del Pueblo (2012), "Reporte de conflictos sociales". Octubre. Disponible en línea en: <http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/home.php>. Consultado el 28 de noviembre de 2012.

Demus (2007). *Para una justicia diferente. Temas para la reforma judicial desde y para las mujeres*, Lima: DEMUS.

Facio, Aldo (2003). "Con los lentes del género se ve otro Derecho". *Reducción de la pobreza, gobernabilidad democrática y equidad de género*. Proyecto de Promoción de Políticas de Género, tomo II, Managua: GTZ.

Fernández Revoredo, Marisol (2006), "Usando el género para criticar el Derecho", *Derecho PUCP*. N° 59, Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 357-369.

García Pelayo, Manuel (1985). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2da. ed., Madrid: Alianza.

Gerardi, Natalia (2006). "Acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas". En BIRGIN, Haydée y KOHEN, Beatriz. *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*. Buenos Aires: Biblos.

González Mantilla, Gorki (2008). "Enseñanza del Derecho, cultura legal y reforma judicial". *La enseñanza del Derecho o los molinos de viento. Cambios, resistencias y continuidades*. Lima: Palestra.

Gonzales Moreno, Beatriz (2002). *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas.

Haberle, Peter (2008). "Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo". *Constitución Económica del Perú*. Lima: Palestra.

Hakansson Nieto, Carlos (2009). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

Hernández Breña, Wilson (2006). *Carga y descarga procesal en el Poder Judicial, 1996-2005. De lo general a lo particular, de lo cotidiano a lo preocupante*. Lima: Justicia Viva.

Hernández Breña, Wilson (2011). *Cuánto le cuesta la justicia a las mujeres?* Lima: Proyecto de Acceso a la Justicia en Comunidades Rurales – Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz del Poder Judicial.

Instituto de Defensa Legal y otros (2008), *Barreras para el acceso a la justicia en América Latina*, Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en línea en: http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/octubre/30/informe_acceso.pdf. Consultado el 28 de noviembre de 2012.

Kresalja, Baldo y Ochoa, César (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La Rosa Calle, Javier (2007). "Acceso a la Justicia: Elementos para incorporar un enfoque integral de política pública". En La Rosa Calle, Javier (coord.). *Acceso a la Justicia en el mundo rural*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

La Rosa Calle, Javier (2009). "El acceso a la justicia como condición para una reforma judicial en serio". *Derecho PUCP*, N° 62. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

León Hilario, Leysser (2001). "El daño existencial ¿Una idea valiosa o solo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?" *Ius et Veritas*, año XI, N° 22, Lima: Asociación Civil Ius et Veritas.

Limbach, Jutta. "Papel y Poder del Tribunal Constitucional" (1999). *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 4. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Meetzen, Ángela (2007). *Políticas públicas para los pueblos indígenas de América Latina*. Lima: Fundación Konrad Adenauer.

Meetzen, Ángela (2007). *Relaciones de género, poder e identidad femenina en cambio. El orden social de los aymaras rurales peruanos desde la perspectiva femenina*. Cusco: Centro de Estudios Regionales Bartolomé de las Casas.

Mendoza Escalante, Mijail (s/a). "Los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación." Disponible en línea en: http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/v/tratados_internacionales.ddhh.pdf

Moura, Ercilio (2011). *Regímenes Laborales Especiales en el Perú del XXI* [Diapositivas]. Foro Público con los Jefes de los Planes de Gobierno de las principales alianzas electorales. Centro de Derechos y Desarrollo (CEDAL), 24 de marzo de 2011. Disponible en línea en: http://www.plades.org.pe/descargar-Archivos/foropublicoRegimenesEspecialesLaborales/regimenes_especiales_laborales_24Mar.pdf. Consultado el 4 de diciembre de 2012.

Peña Cabrera Freire, Alonso Raúl (2007). *Derecho penal parte general. Teoría del delito y de la Pena y sus Consecuencias Jurídicas*. Lima: Rodhas.

Perez Luño, Antonio (1993). *Los derechos fundamentales*. 5ta. ed., Madrid: Tecnos.

Prieto Sanchis, Luis (2001). "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial". *Derechos sociales y derechos de las minorías*. 2da. ed. México D.F.: Porrúa, pp. 17-68.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2005). *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*. Buenos Aires: PNUD, 2005.

Relatoría sobre Derechos de la Mujer. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68.

Roche, Carmen Luisa y Richter, Jacqueline (2005), "Barreras para el acceso a la justicia". En *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*. Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.

Rubio Llorente, Francisco (1993). *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ruiz Molleda, Juan Carlos (2012). Los derechos de los pueblos indígenas como límites a la libertad contractual. Informe Jurídico. Agosto de 2012. Disponible en línea el: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc27092012-141439.pdf. Consultado el 27 de noviembre de 2012.

Transparencia Internacional (2007). *Informe global de la corrupción 2007, corrupción en el sistema judicial*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ulloa Mijares, Daniel (2009). "El surgimiento del Derecho Laboral en el Perú. Una descripción de los principales beneficios sociales para entender su presente y vislumbrar su futuro". En *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*, Lima: Editorial Grijley.

Villavicencio Ríos, Alfredo (2009). "Los tratados de derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad". En Villavicencio Ríos, Alfredo (coord.). *Temas centrales del Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Lima: Ara editores, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. Fallos y documentos judiciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987). Opinión consultiva OC-8/87, El habeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987). Opinión consultiva OC-9/87, Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1990). Opinión consultiva OC-11/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2012, serie C, N° 97.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia de 22 de setiembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas).

Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República, 2009, Acuerdo Plenario N° 07-2009/CJ-116.

Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República 2012, Proyecto de Ley N° 1627/2012-PJ.

Poder Judicial, Cuarto Juzgado de Investigación preparatoria de Cusco, junio 2012, Sentencia de habeas Corpus. Disponible en línea en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc07062012-104947.pdf. Consultado el 30 de octubre de 2012.

Ruiz Molleda, Juan Carlos y otros (2012). Amicus curiae en el proceso constitucional de acción popular interpuesto por AIDSESEP recaído en el expediente N° 1234-2007 ante la Corte Suprema de Justicia, Caso Cordillera el Cóndor. Disponible en línea en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc12042012-141954.pdf. Consultado el 28 de noviembre de 2012.

Tribunal Constitucional, Sentencia 00001-2012-PI.

Tribunal Constitucional, Sentencia 00001-2012-PI.

Tribunal Constitucional, Sentencia 00020-2005-AI.

Tribunal Constitucional, Sentencia 00042-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional, Sentencia 0048-2004-AI/TC.

Tribunal Constitucional, Sentencia 00858-2003-AA.

Tribunal Constitucional, Sentencia 02736-2004-AA.

Tribunal Constitucional, Sentencia 03343-2007-AA.

Tribunal Constitucional, Sentencia 05427-2009-PC.

Tribunal Constitucional, Sentencia 06534-2006-AA.

Tribunal Constitucional, Sentencia 0964-2002-AA.

Tribunal Constitucional, Sentencia 1124-2001-AA.

Tribunal Constitucional, Sentencia 1714-2005-AA.

Tribunal Constitucional, Sentencia 206-2005-PA.

Tribunal Constitucional, Sentencia 2185-2002-AA.

Tribunal Constitucional, Sentencia 2670-2002-AA.

Tribunal Constitucional, Sentencia 3510-2003-AA.

Tribunal Constitucional, Sentencia 4611-2006-PA.

Tribunal Constitucional, Sentencia 976-2001-AA.

3. Artículos breves y notas de prensa

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, junio de 2012, Comunicado de prensa: CIDH expresa su preocupación por agresiones ocurridas en el Departamento de Cajamarca, Perú. Disponible en línea en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/080.asp>. Consultado el 30 de octubre de 2012.

El Berr, Sandy (2012), Consulta Defraudada: el caso de la Cordillera del Cóndor. Disponible en línea en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=788>. Consultado el 28 de noviembre de 2012.

Gorriti, Gustavo (2012), De lagunas a desmante. Disponible en línea en: <http://idl-reporteros.pe/2011/11/25/de-lagunas-a-desmontes/>. Consultado el 30 de octubre de 2012.

Poder Judicial (mayo 2012), Nota de prensa: Dictan medidas para una acción eficaz en zonas convulsionadas. Disponible en línea en: <http://historico.pj.gob.pe/imagen/noticias/noticias.asp?codigo=19682&opcion=detalle>. Consultado el 29 de octubre 2012.

Prelatura de Sicuani (mayo de 2009), Pronunciamiento: La Prelatura de Sicuani promueve "un modelo de desarrollo sostenible, que asegure el bienestar de todos respetando el equilibrio ecológico". Disponible en línea en: http://servindi.org/pdf/Prelatura_Sicuani_Espinar.pdf. Consultado el 30 de octubre de 2012.

Rivera Paz, Carlos y Florían Vicente, Sigfredo. 2012. ¿Y los derechos fundamentales? Sobre el cuestionable requerimiento de prisión preventiva contra alcalde de Espinar. Disponible en línea en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=835>. Consultado el 30 de octubre de 2012.

Ruiz Molleda, Juan Carlos (2012). *Primer caso de amparo contra concesión minera no consultada llegó al Tribunal Constitucional*. Disponible en Línea en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=847>. Consultado el 28 de noviembre de 2012.

Ruiz Molleda, Juan Carlos (2011). "Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos?", Justicia Viva, 09 de septiembre de 2011. Disponible en línea el <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>. Consultado el 27 de noviembre de 2012.

Anexo: Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Perú¹⁶⁷

1. **Declaración Universal de los Derechos Humanos**
Este instrumento fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), en París, el 10 de diciembre de 1948.
Incorporación a la legislación peruana: El Perú lo aprobó por Resolución Legislativa N° 13282 del 09 de diciembre de 1959.

2. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**
El Pacto fue adoptado en la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.
El Perú lo firmó el 11 de agosto de 1977.
Incorporación a la legislación peruana: Aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978. Se encuentra vigente para el Perú desde el 28 de julio de 1978.

3. **Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**
El Protocolo Facultativo fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966.
El Perú lo firmó el 11 de agosto de 1977.
Incorporación a la legislación peruana: Aprobado por el Título VIII Disposición General y Transitoria XVI de la Constitución Política del Perú. Se encuentra vigente para el Perú a partir del 03 de enero de 1981.

4. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**
El Pacto Internacional fue adoptado en Nueva York por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976.
El Perú lo firmó el 11 de agosto de 1977.
Incorporación a la legislación peruana: Aprobado por Decreto Ley N° 22129 de 28 de marzo de 1978. Se encuentra vigente para el Perú desde el 28 de julio de 1978.

167. Tomado de:
<http://revistaiddes.blogspot.com/2010/07/sumario-de-instrumentos-internacionales.html>

5. Convención Americana sobre Derechos Humanos
Llamado también: Pacto de San José.
Adoptado durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, en San José, el 22 de noviembre de 1969.
Incorporación a la legislación peruana: El Perú la suscribió el 27 de julio de 1977. Se aprobó por Decreto Ley N° 22231 de 11 de julio de 1978 y se encuentra en vigencia para el Perú a partir del 28 de julio de 1978.

6. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador"
Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988 en el decimotercero periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.
Incorporación a la legislación peruana: Aprobado por Resolución Legislativa N° 26448 de 28 de abril de 1995. Se encuentra vigente para el Perú a partir del 16 de noviembre de 1999

7. Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
Adoptado en Nueva York, el 21 de diciembre de 1965.
Incorporación a la legislación peruana: Aprobado por Decreto Ley N° 18969 de 21 de setiembre de 1971.
En vigencia para el Perú a partir del 29 de octubre de 1971.

8. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
Adoptado en Nueva York, el 10 de diciembre de 1984.
El Perú lo suscribió el 29 de mayo de 1985.
Aprobado por Resolución Legislativa N° 24815 de 12 de mayo de 1988.
En vigencia para el Perú desde 06 de agosto de 1988.

Reconocimiento de las Competencias del Comité contra la Tortura Previstas en los Artículos 21 y 22 de la Convención contra la Tortura

Con Resolución Legislativa N° 27830 publicada el 20.Set.2002 se aprobó la Declaración Unilateral de Reconocimiento de las Competencias del Comité contra la Tortura, previstas en los artículos 21 y 22 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

9. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2002
Aprobado por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 28833 de 19 de julio de 2006, publicado 23 de julio.2006
Ratificado por Decreto Supremo N° 044-2006-RE de 25 de julio de 2006 publicado 26 julio 2006. En vigencia para el Perú a partir del 14 de octubre de 2006

10. Convención sobre Eliminación de las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)
Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 34/180 el 18 de diciembre de 1979. El Perú la suscribió en la ciudad de Nueva York el 23 de julio de 1981. Aprobada por Resolución Legislativa N° 23432 de 04 de junio de 1982.
En vigencia para el Perú a partir del 13 de octubre de 1982.
Nota: Esta Convención fue objeto de enmienda en su artículo 20. la "Enmienda al Párrafo del Artículo 20 de la Convención sobre Eliminación de las Formas de Discriminación contra la Mujer" fue adoptada en la Octava Reunión de los Estados Partes, el 22 de mayo de 1995.

11. Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/54/44 del 6 de octubre de 1999, abierto a la firma el 10 de diciembre de 1999. El Perú lo suscribió el 22 de diciembre del año 2000.
Aprobada por Resolución Legislativa N° 27429 de fecha 22 de febrero de 2001. Fue ratificado por Decreto Supremo N° 018-2001-RE del 5 de marzo de 2001

12. Convención sobre los Derechos del Niño (ONU)
Adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Perú la suscribió el 26 de enero de 1990.
Aprobada por Resolución Legislativa N° 25278 de 03 de agosto de 1990.
En vigencia para el Perú a partir del 04 de octubre de 1990.

Nota: Enmienda al párrafo 2 del Artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución A/50/L.61/Rev.1, del 21 de diciembre de 1995 sobre la "Enmienda al Artículo 43, párrafo 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño", que amplía de 10 a 18 miembros el comité de los derechos del niño, la misma que ha sido aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 27196, de 29 de octubre de 1999, promulgada el 6 de noviembre de 1999;

13. Protocolos Facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño en los Conflictos Armados; y en la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía Adoptados el 25 de mayo de 2000 por la Asamblea General con Resolución A/RES/54/263. El Perú los suscribió el 1 de noviembre de 2000.
Ambos Protocolos fueron aprobados por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 27518 del 13 de setiembre de 2001
Por Decreto Supremo N° 078-2001-RE del 4 de octubre 2001 se dispone la ratificación.
En vigor desde el 18 de enero de 2002 el primero (Participación de niños en conflictos armados), y desde el 12 de febrero de 2002 el segundo (venta, prostitución y pornografía infantil)
14. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares Adoptada por la Asamblea General con Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en la ciudad de Nueva York.
Aprobado por Resolución Legislativa N° 28602 de 10 de setiembre de 2005,
Ratificada con Decreto Supremo N° 071-2005-RE
Vigente para el Perú a partir del 01 de enero de 2006
15. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Pará"
Adoptada en Belem Do Pará, Brasil, el 09 de junio de 1994 en el 24° periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA
En vigor para el Perú el 04 de julio de 1996
16. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el 15° periodo de sesiones de la Asamblea General de la OEA

Suscrito por el Perú el 10 de enero de 1986

Ratificado el 27 de febrero de 1990

Depositado el instrumento de ratificación el 28 de marzo de 1991

En vigor para el Perú desde el 28 de abril de 1991 conforme al artículo 22 de la Convención

17. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
Adoptada en la ciudad de Belén do Pará, Brasil, República Federativa del Brasil el 9 de junio de 1994. El Perú los aprobó con Resolución Legislativa N° 27622 del 21 de diciembre del 2001 El Decreto Supremo N° 010-2002-RE del 22 de enero de 2002 se dispone la ratificación. Se encuentra en vigor para el Perú desde 15 de marzo de 2002

18. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
Adoptada en Guatemala, el 7 de junio de 1999, en el marco del Vigésimo Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA).
Aprobada con Resolución Legislativa N° 27484 publicada el 18 de junio de 2001.
Decreto Supremo N° 052-2001-RE del 2 de julio de 2001 que dispuso la ratificación,
En vigor desde el 14 de septiembre de 2001

19. Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio
Adoptada en Nueva York, el 9 de diciembre de 1948.
Aprobado por Resolución Legislativa N° 13288 de 28 de diciembre de 1959.
En vigencia para el Perú desde el 24 de mayo de 1960.

19. Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mueres y Niños
Adoptado en Ginebra, el 30 de setiembre de 1921.
Perú se adhirió, ad-referendum, el 15 de setiembre de 1924.
La adhesión no fue ratificada.

20. Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer
Adoptado en Bogotá, el 02 de mayo de 1948.
Aprobada por Resolución Legislativa N° 12409 de 05 de noviembre de 1955.

En vigencia a partir del 11 de junio de 1956.

21. Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer
Abierto para su firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 640 (VII) de 20 de diciembre de 1952. Adoptado en Nueva York, el 31 de marzo de 1953. El Perú la aprobó por Decreto Ley N° 21177 de 10 de junio de 1975.
Se encuentra en vigencia desde el 25 de setiembre de 1975.
22. Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza
Adoptada en París, el 14 de diciembre de 1960, en la XI Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO.
Aprobada por Resolución Legislativa N° 16277 de 20 de octubre de 1966.
Entró en vigencia el 19 de marzo de 1967.
23. Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid
Adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución N° 3068 (XXVIII) del 30 de noviembre de 1973.
Aprobada por Decreto Ley N° 22280 de 05 de setiembre de 1978.
En vigencia para el Perú el 01 de diciembre de 1978 (según el Art. XV de la Convención).
24. Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes
Adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 10 de diciembre de 1985. Fue suscrita Ad-referéndum por el Perú el 30 de mayo de 1986.
Aprobada por Resolución Legislativa N° 24806 de 12 de mayo de 1988.
Entró en vigencia el 06 de agosto de 1988.

ANEXO. Tratados Internacionales de DDHH ratificados por Perú

Sistema de Naciones Unidas			
Tratado	Aprobación por Perú	Ratificación	Entrada en vigor para Perú
<i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>	Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978	28/04/1978	28/07/1978
<i>Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales</i>	Decreto Ley N° 22129 de 28 de marzo de 1978	28/04/1978	28/07/1978
<i>Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio</i>	Legislativa N° 13288 de 28 de diciembre de 1959	24/02/1960	24/05/1960
<i>Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial</i>	Decreto Ley N° 18969 de 21 de setiembre de 1971	29/09/1971	29/10/1971
<i>Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer</i>	Resolución Legislativa N° 23432 de 04 de junio de 1982	13/09/1982	13/10/1982
<i>Convención sobre los Derechos del Niño</i>	Resolución Legislativa N° 25278 de 03 de agosto de 1990	04/09/1990	04/10/1990
<i>Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes</i>	Resolución Legislativa N° 24815 de 12 de mayo de 1988	06/08/1988	07/07/1988
<i>Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares</i>	Decreto Supremo N°071-2005-RE	14/09/2005	01/01/2006
<i>Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad</i>	Resolución Legislativa N° 29127 de 1ro. de noviembre de 2007	30/01/2008	03/05/2008
<i>Convenio 169 de la OIT</i>	Resolución Legislativa N° 26253 de 05 de diciembre de 1993	17/01/1994	02/02/1995

Sistema Interamericano			
Tratado	Aprobación por Perú	Ratificación	Entrada en vigor para Perú
<i>Convención Americana sobre Derechos Humanos</i>	Decreto Ley N° 22231 de 11 de julio de 1978	27/07/1977	28/07/1978
<i>Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"</i>	Resolución Legislativa N° 26448 de 28 de abril de 1995	06/04/1995	16/11/1999
<i>Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura</i>	Resolución Legislativa N° 28246 de 17 de mayo de 2004	28/03/1991	28/04/1991
<i>Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas</i>	Resolución Legislativa N° 27622 del 21 de diciembre del 2001 En el Decreto Supremo N° 010-2002-RE del 22 de enero de 2002 se dispone la ratificación	12/13/2002	15/03/2002
<i>Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belem do Pará</i>	Resolución Legislativa N° 26583 de 11 de marzo de 1996	06/04/1996	25/04/1996
<i>Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad</i>	Aprobada con Resolución Legislativa N° 27484 publicada el 18 de junio de 2001. En el Decreto Supremo N° 052-2001-RE del 2 de julio de 2001 que dispuso la ratificación.	30/08/2001	14/09/2011

Miembros de la Comisión de la CIJ

Mayo de 2013

Presidente:

Prof. Sir Nigel Rodley, United Kingdom

Vicepresidente/a:

Justice John Dowd, Australia

Justice Michèle Rivet, Canada

Comité Ejecutivo:

Prof. Carlos Ayala, Venezuela

Justice Azhar Cachalia, South Africa

Prof. Robert Goldman, United States

Prof. Jenny E. Goldschmidt, Netherlands

Ms Imrana Jalal, Fiji

Ms Karinna Moskalenko, Russia

Prof. Mónica Pinto, Argentina

Otros miembros de la Comisión:

Mr Muhannad Al-Hasani, Syria

Dr. Catarina de Albuquerque, Portugal

Mr Ghanim Alnajjar, Kuwait

Prof. Abdullahi An-Na'ím, Sudan

Mr Abdelaziz Benzakour, Morocco

Justice Ian Binnie, Canada

Justice Moses Chinhengo, Zimbabwe

Prof. Andrew Clapham, UK

Justice Radmila Dacic, Serbia

Dr. Rajeev Dhavan, India

Prof. Louise Doswald-Beck, Switzerland

Justice Unity Dow, Botswana

Justice Elisabeth Evatt, Australia

Dr. Gustavo Gallón Giraldo, Colombia

Mr Stellan Gärde, Sweden

Mr Roberto Garretón, Chile

Prof. Michelo Hansungule, Zambia

Ms Sara Hossain, Bangladesh

Ms Gulnora Ishankanova, Uzbekistan

Mr. Shawan Jabarin, Palestine

Ms Asma Jahangir, Pakistan

Justice Kalthoum Kennou, Tunisia

Prof. David Kretzmer, Israel

Prof. Kazimierz Maria Lankosz, Poland

Justice Ketil Lund, Norway

Justice Qinisile Mabuza, Swaziland

Justice José Antonio Martín Pallín, Spain

Justice Charles Mkandawire, Malawi

Mr Kathurima M'Inoti, Kenya

Justice Sanji Monageng, Botswana

Tamara Morschakova, Russia

Prof. Iulia Motoc, Romania

Prof. Vitiit Muntarbhorn, Thailand

Justice Egbert Myjer, Netherlands

Prof. Victor Rodriguez Rescia, Costa Rica

Mr Belisario dos Santos Junior, Brazil

Prof. Marco Sassoli, Italy-Switzerland

Mr Raji Sourani, Palestine

Justice Philippe Texier, France

Justice Stefan Trechsel, Switzerland

Prof. Rodrigo Uprimny Yepes, Colombia

Justice E. Raúl Zaffaroni, Argentina

ISBN 978-92-9037-179-X



**Comisión
Internacional
de Juristas**

Casilla postal 91

Rue des Bains 33

CH 1211 Ginebra 8

Suiza

t +41 22 979 38 00

f +41 22 979 38 01

www.icj.org