

La continuidad del modelo economía social de mercado frente a la situación del derecho al ambiente sano de los pueblos indígenas en una jurisprudencia peruana

Yuri Tornero Cruzatt*

Resumen: En este artículo analizo la sentencia del caso *Conga* del *Tribunal Constitucional* peruano. Explico la relación entre el modelo económico «economía social de mercado» y derecho al medio ambiente. La sentencia refuerza el gobierno central frente a una decisión regional e influencia directamente en la posibilidad de activar cualquier derecho social, incluyendo los derechos indígenas.

Palabras clave: Economía social de mercado; pueblos indígenas; derecho al medio ambiente; jurisprudencia.

Abstract: In this article analyzed the sentence *Conga* of the *Tribunal Constitucional of Perú*. I explain about the relationship without the economic constitutional model «social economic market» and the right of environment. The sentence enforced the government central power in front of the regional decision and influence directly the possibility for the active every social right, including the indigenous right.

Keywords: Social market economy; indigenous people; right of environment; Peruvian Court sentence.

* Actualmente estudia el Doctorado de «Comparazione Giuridica e Storico Giuridica» en la «Università degli Studi di Ferrara» (Italia) seguido por el profesor Alessandro Somma. Ha egresado de la Maestría de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1. Introducción

El Tribunal Constitucional peruano, mediante la sentencia del caso *Conga*, trata de interpretar conjuntamente de un lado, *economía social de mercado*, que contiene, implícitamente el *Estado fuerte* y la *constitución económica*, y de otro lado: derecho al medio ambiente sano. En la sentencia analizada, se refuerza el poder estatal central frente a una decisión del gobierno regional de gestión ambiental. Esta decisión refuerza el Estado fuerte, se perfila como pretenden los formuladores de la economía social de mercado, los ordoliberales, para defender dicho modelo económico, que en otro contexto se sobrepuso la *economía* a la democracia. Aquí reside el riesgo para la democracia, para los singulares derechos, incluyendo los derechos humanos: El riesgo de invocar nuevamente la defensa del régimen económico, institucionalmente, para justificar la limitación de los derechos constitucionalmente reconocidos.

El modelo económico citado se basó en la experiencia alemana de los años treinta, en un contexto de poco respeto a los derechos humanos, de corte nacionalista, teorizado y aplicado luego de la segunda Guerra mundial para proponer la cooperación entre capital y trabajo. Se le conoce como modelo *renano*. Circuló en el área estadounidense y se reformuló en un sentido de economía global mediante el *Consenso de Washingtong*¹, pasa a ser un modelo *neoamericano*, de las transnacionales, de la bolsa de valores, y del capital financiero². Los derechos de los pueblos indígenas y la democracia colisionan con éste modelo económico, en el momento que, se hace de la soberanía el reclamo constante a la «excepción» de la legalidad, fórmula teorizada por Carl Schmitt la cual justificó la toma del poder del líder nazi en los años treinta, que cobra vigencia en un nuevo contexto³. Esto último se prodría vincular al presidencialismo latinoamericano y el periodo de dictaduras. El otro aspecto es la racionalidad institucional de la justicia constitucional ambiental, de este aspecto nos ocupamos en la presente: de cómo se orienta el Tribunal Constitucional peruano a consecuencia de la vigencia de dicho modelo.

Si bien la sentencia analizada no trata de derecho de los pueblos indígenas in situ, sin embargo, subyacen dichos derechos al interior de una discusión mayor: sobre la democracia que los contiene. La discusión toma sentido en momentos que la sociedad, en su conjunto, es afectada,

¹ Conjunto de políticas económicas que se diseñaron desde la política estadounidense para América Latina.

² Alessandro Somma (2013), «*Scontri tra capitalismo, crisi del debito e diritti fondamentali*», *Diritto Pubblico comparato ed Europeo*, II, mayo-agosto, Turin, Giappichelli.

³ Carl Schmitt (2005), *Un giurista davanti a se stesso, Saggi e interviste*, Turin, Editorial Neri Pozza.

cuando se protege la economía de mercado por encima del conjunto de los derechos sociales que gozan al amparo de la democracia.

En el presente caso no se visibiliza un pueblo indígena o una comunidad campesina en singular, porque ellas confluyeron con el gobierno regional de Cajamarca para defender el medio ambiente sano. En particular, la decisión afectó a las comunidades adyacentes a una cabecera de cuenca donde surgía el agua de la zona afectada, dicho lugar es objeto de la controversia de fondo, donde se discute la protección de dicha zona o la realización de una actividad extractiva.

La parte sustantiva de los derechos de los pueblos indígenas, instrumentos en los cuáles se reconocen el derecho a la diversidad cultural, el derecho al medio ambiente sano, el pluralismo jurídico y otros, en la cual se recoge el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas, la Ley de Consulta previa y su reglamento, las dos últimas del Perú, las sentencias de la corte Interamericana de derechos Humanos, las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, y otros, la he desarrollado en el texto «Derecho de la Consulta previa de los Pueblos Indígenas: Un bosquejo para su estudio»⁴. Se trata de literatura jurídica con gran difusión que responde a la pregunta por qué los pueblos indígenas tienen determinados derechos. Dicho marco normativo es importante de tenerse en referencia, pero evito repetir dicho apartado para dar espacio al aspecto del régimen económico planteado como premisa principal de este texto.

2. El ordoliberalismo como combinación entre «Estado Fuerte» y «Constitución Económica»

Los teóricos ordoliberales se organizaron en Alemania, previa a la teorización del modelo economía social de mercado, durante los años treinta en torno a la *Escuela de Friburgo*, sólo fueron disidentes con el régimen alemán en el periodo del *Holocausto*, más antes no; algunos tomaron parte de la planificación económica de la administración alemana durante dicho periodo. En dicha economía, desde antes de que acontezca el «Holocausto», hubieron prácticas limitativas de la democracia y de los derechos en general, esas prácticas servirán a la formulación de presupuestos teóricos de la economía social de mercado. Esta experiencia les va servir para unir teóricamente el liberalismo con el totalitarismo. Ellos son los constructores del modelo teórico «economía social de mercado», modelo que pasó

⁴ Yuri Tornero Cruzatt (2013), *Derecho a la consulta previa: Un bosquejo para su estudio*, 1ra Edición, Madrid, Editorial Editora académica Española.

como neutral y como *tercera vía* por medio de la Carta Fundamental Alemana de la postguerra. Para esta sección nos basamos principalmente de los estudios de Alessandro Somma.

De otro lado, gracias al teórico Carl Schmitt se vuelve prestigiosa la fórmula teórica según la cual expresión máxima del poder soberano es el estado de excepción, idea recogida en su libro *Teología Política*, una *suprallegalidad*⁵. Dicho presupuesto teórico favoreció la toma del poder absoluto de Hitler, es más dicho teórico respaldó dicho acto. Dentro de dicha concepción había otros presupuestos teóricos menores para llegar a la premisa mayor, ésta última era: justificar y dotar de institucionalidad a un regimen totalitario que proteja el orden propietario. Uno de dichos presupuestos fue el individuo «impolítico», que era en sí renegar del hecho que el hombre, el ciudadano, participe en la democracia porque ésta era sinónimo de desorden y conflictividad no llevadera. Este es un presupuesto teórico afín a la corriente ordoliberal. La propuesta teórica de los ordoliberales es la concurrencia empresarial: el hombre debe dejar el conflicto ciudadano para entrar al conflicto concurrencial, es decir, entrar en la competencia empresarial de intereses representados.

Ordoliberalismo viene de la revista *Ordo* fundada por Bohm y Eucken en 1948⁶. Para los ordoliberales el mecanismo concurrencial debería reemplazar a la sociedad de masas representada mediante la democracia, gracias a ésta primera, a la concurrencia empresarial evitaría el conflicto social⁷.

2.1. *Sobre los teóricos del ordoliberalismo y la democracia*

Los teóricos del ordoliberalismo formularon una teoría con teoría con presupuestos divergentes con la democracia, ponían en supremacía de ésta la economía del orden propietario⁸. Explicamos:

⁵ Carl Schmitt, *Un giurista davanti a se.....*, *Op. cit.*

⁶ Alessandro Somma (2010), «*L'economia sociale di mercato /1 Il fascino della terza via: torna di moda un passato mai passato*», Biblioteca della libertà- Rivista quadrimestrale online del Centro Einaudi, Año XLV, mayo-agosto, N.º 198, Turín, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, p.10.

⁷ Alessandro Somma, «*L'economia sociale di mercato /1 Il fascino della terza via.....*», *Op. cit.*, p. 52, «Eppure dell'ordoliberalismo il nazionalsocialismo condivideva, da un lato, l'idea che l'attuazione dell'ordine economico naturale fosse un modo per ricondurre a unità interessi generali e interessi particolari; e apprezzava, dall'altro, l'immagine del meccanismo concorrenziale come "forma di selezione attraverso la lotta", capace di "contrastare la tendenza dei singoli entro la società di massa a evitare il conflitto".»

⁸ Alessandro Somma (2010), «*L'economia sociale di mercato /2. Dal nazionalsocialismo all'ordoliberalismo*», Biblioteca della libertà- Rivista quadrimestrale online del Centro Einaudi,

Gerd Habermann comenta que Röpke consideraba que «la moderna democracia de masas hace recurrir a los instintos más bajos, a la envidia y al deseo de vivir a expensas de los otros. El igualitarismo democrático destruye los vínculos entre el Estado y el individuo (...)» debido a que era anti utilitarista, entablando una polémica con John Stuart Mill sobre dicho tema⁹.

Alexander Rustow hacía referencia al *estado de preda* como la situación del orden público y la debilidad del ejecutivo de no poder afrontar el conflicto social. Pensaba que el avance de los partidos y de los grupos de presión eran la expresión de la debilidad del poder ejecutivo. Wilhelm Röpke consideraba que era necesario combatir la democracia parlamentaria y pluralista, pues era un instrumento al servicio de las *fuerzas caóticas de la masa*¹⁰, asimismo exigía que el Estado fuerte fuese capaz hacer prevalecer el modelo económico recurriendo a la *psicología y, a sociología del Estado* con la autoridad y la capacidad de conducir que era propia de esta institución¹¹.

Franz Böhm consideraba que «sin el justo orden económico no hay democracia» y tal orden era sólo aquel que «destruía o al menos circunscribía las concentraciones de poder económico». Eran estos los referentes del *estado fuerte*, incluso sobre la democracia¹².

Müller-Armack, como Alfred Müller, fueron precoces defensores de la dictadura, se inscriben al partido nacionalista en 1933, militando hasta 1939, cuando lo dejó por disentir sobre el antisemitismo, incluso participando en la administración de la economía¹³. Este mismo guarda relación

Año XLV, mayo-agosto, N.º 198, Turín, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, p.2: «el ordoliberalismo nace como exigencia de un poder estatal fuerte, en el cual el mecanismo democrático es puesto en una condición casi inexistente frente al desarrollo del mecanismo concurrencial».

⁹ Gerd Habermann (2013), «*La «misura umana» o l' «ordine naturale» l' umanesimo economico di Wilhelm Röpke e Alexander Rustow*», Storia del liberalismo in Europa, a cargo de NEMO y PETITOT, Jean, Rubbettino, p. 830.

¹⁰ Alessandro Somma, «L'economía sociale di mercato/2. Dal nazionalsocialismo.....», *Op. cit.*, p. 4.; A. Rustow, *Interessenpolitik*, «Der deutsche Volkswirt», 7, 1932, p. 171.

¹¹ Alessandro Somma, «*L'economía sociale di mercato/2. Dal nazionalsocialismo, ...*», *Op. cit.*, p. 5. Rustow es también el autor que pone en discusión las características del poder liberal como *biopoder*. Quien exigía que el Estado fuerte...se realizaba recurriendo en particular, a la «psicología y a la sociología del Estado». Todo esto acompañado de la «autoridad» y de la capacidad de conducir (*Führertum*)²⁰, que los nazionalsocialistas consideraban ser el punto fuerte de su credo, en esto distante de la tradición liberal, y más bien basada en la «constricción»²¹»

¹² Alessandro Somma (2011), «*L'Economía Social di mercato. 3. L'ordoliberalismo al crollo del mercato*», Biblioteca della libertà —Rivista quadrimestrale online del Centro Einaudi, Año XLVI, enero-abril, N.º 200, Turín, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, p. 11.

¹³ R. Ptak (2004), *Vom Ordoliberalismus zur sozialen Marktwirtschaft*, Lske + Budrich, Oplanden, p. 85 e ss.

con las ideas de Schmitt en cuanto consideraba ya desde tiempos de Wiermar que era el parlamentarismo causante del pluralismo incompatible éste con el desarrollo del orden propietario¹⁴.

Ludwing Erhard, por ejemplo, a mitad de los años sesenta, utiliza el concepto de la *sociedad formada*¹⁵(*Formierte Gesellschaft*) para sintetizar la combinación de *dinamismo económico* y *estabilidad social*, que le sirve de fundamento a su vez a la *economía social de mercado*. Se trata de una combinación que exhaltaba entre el perfil de la pacificación social pensando a la sociedad como un conjunto cooperante.

2.2. *El Estado fuerte en la teoría ordoliberal*

El *Estado fuerte* sólo podía ser actuado mediante una *constitución económica*, el nombre va venir después: *economía social de mercado*. Así que los dos conceptos van a tener conexidad profunda, y el uno sin el otro no podrían desarrollarse para cumplir sus propios objetivos trazados.

El ordoliberalismo proponía que no se podría dejar al Estado en el simple rol de administrador de los conflictos sociales, sino más bien, se requería que éste fuese fuerte, un estado fuerte, es decir el denominado *Estado económico nacional*¹⁶. Huber explicaba que el Estado social podía desarrollarse mientras estaba dentro de los confines del mercado¹⁷. El concepto de *Estado fuerte* era defendido por Böhm como una sociedad de derecho privado dirigido por la constitución que lo garantizaba así¹⁸.

Se desarrolla asimismo un *interés de la nación*. El conflicto social era reorientado a la invocación del interés nacional, según Müller-Armack proponía superar el «Estado (como) simple mediador de conflictos» y más bien implementar el *Estado económico nacional* (*nationaler Wirtschaftsstaat*); noción que completaba la idea *ordoliberal* de Estado econó-

¹⁴ Alessandro Somma, «L'Economia Social di mercato. 3. L'ordoliberalismo al crollo ... *Op. cit.*, p. 5.

¹⁵ *Ibid.*, p. 3.

¹⁶ *Ibid.*, p.5 «Más precisamente, el Estado fuerte de Müller-Armack resultaba del «Estado simple mediador de conflictos» al «estado económico nacional» (*nationaler Wirtschaftsstaat*). Locución que completaba la noción ordoliberal de Estado Económico.»

¹⁷ Alessandro Somma, *L'economia Social di mercato. 4. L'era...* *Op. cit.*, p. 8 «El esquema ideado por Huber concordaba con la idea ordoliberal según el cual el principio del Estado social podía eventualmente comprender el radio de acción del mercado, la extensión de sus confines, pero no así alterar la esencia de orden que funcionaba según el mecanismo de la competencia.»

¹⁸ Victor J. Vanberg, «La»*scuola di Friburgo*» *Walter Eugen e l' ordoliberalismo*», *Storia del liberalismo in ... Op. cit.*, p. 819 y 820

mico¹⁹. Asimismo, en el caso italiano Musolini exhaltaba la relación entre *suprema finalidad nacional*, el *interés superior de la producción* y la atribución de la *función nacional o social*²⁰. La *nación* era una entidad cuya referencia es definida por la fusión de conceptos de Estado y pueblo, este último entendido como *unidad de estirpe y de suelo*, y como coincidencia de *sentimiento y pensamiento*.²¹

Esta *pacificación* y este *interés de la nación* no tuvo un sentido emancipatorio, sino por el contrario tuvo el interés de evitar la expansión de la democracia y del ejercicio de las libertades ganadas gracias al liberalismo político, se trataría de un proyecto para *afosar* las libertades políticas²².

En tiempos de Weimar, se usó funcionalmente la *cogestión*: si bien se la puso con finalidad de *socialización*, invocando la cohesión social del *cuerpo de la sociedad* se buscó en el fondo, el apoyo coyuntural de los sindicatos. Esta política representó el corporativismo y neocorporativismo. Se plasmó en el ámbito de los sindicatos siderúrgicos, favoreciendo a las fuerzas de ocupación británicas, en aplicación de una de las sanciones de la Guerra²³ (así como en la minería), y se aplicaba a las empresas con más de mil dependientes. Una aparente victoria de la democracia económica, pero en realidad una táctica de pacificación social, que no tenía carácter emancipatorio.

Como lo explicaremos a continuación el Estado tuvo un rol central en los postulados ordoliberales. El Estado es instrumentalizado para custodiar el orden privado, el orden concurrencial *Hüter der Wettbewerbsordnung*²⁴.

*Al ser el Estado el tutor de la socialización, el ordoliberalismo se preocupó de la existencia de comunidades intermedias que puedan quitarle o disminuir dicho poder centralizador de las expectativas del individuo*²⁵. Asimismo, una *aversión al pluralismo*. Se constituyó una aversión a las comunidades intermedias, aquellas que podrían poner en marcha, tan igual que el Estado la solidaridad en su sentido horizontal como en su sentido vertical. No era posible construir un Estado fuerte si es que existiese un plu-

¹⁹ Alessandro Somma, «L'economia Social di mercato/ 3...», *Op. cit.*, p.5.

²⁰ Alessandro Somma, «Economia di Raza» 1ra ed., (Verona: Edit. Ombre Corte, 2009) p. 107.

²¹ Alessandro Somma, «L' Economia Social di mercato. 3.», *Op. cit.*, p.6.

²² Alessandro Somma «Economia di Raza...», *Op. cit.*,» p. 43 «Será el funcionalismo quien construye los fundamentos más o menos explícitos de la vía fascista para la reforma del liberalismo económico, realizada en el ámbito de un *affosamento* del liberalismo político.»

²³ Alessandro Somma, «L' economia sociale di mercato/ 4. L' era...», *Op. cit.*, p. 12 y 13

²⁴ Viktor J. Vanberg, «La «scuola di Friburgo»: Walter Eucken y l'ordoliberalismo», *Storia del liberalismo in...Op. cit.*, p.818.

²⁵ Alessandro Somma, «L' economía social di mercato /2. Dal nacionalsocialismo...», *Op. cit.* ,p.5

ralismo, muy por el contrario éste debería ser combatido para asegurar el poder político concentrado en el Estado²⁶.

2.3. *La Constitución Económica como teoría autónoma del ordoliberalismo*

Un presupuesto teórico era la necesidad de autonomizar la economía: Se necesitaba una teoría económica que evite el holismo, y por contrario que vea a la economía como un fenómeno aislado. Este era el fundamento de crear un instituto económico autónomo denominado *constitución económica*²⁷. Böhm la concebía como una *constitución jurídica* que implicaba necesariamente *un Estado fuerte: La primacía de la política*. Por medio de la política económica estatal se buscaba controlar moral y materialmente la vida económica en su complejidad.

Asimismo, era necesario una constitución parcial, es decir una *constitución económica* que esté por encima, incluso de la totalidad de la constitución. Dicha constitución debía sí o sí contener el mecanismo de competencia²⁸. Con un Estado fuerte y una constitución económica, se conformaba el núcleo de legitimidad ordoliberal que podía poner en marcha la obligada socialización, en función pacificadora, según las exigencias, necesidades y limitaciones propias del mercado²⁹.

En el primer volumen de su periódico *Ordnung des Wirtschaft*, Böhm, Eucken y Grossman-Doerth firman la introducción programática titulada

²⁶ Alessandro Somma «L' economía social di mercato /2. Dal nacionalsocialismo ...», *Op. cit.*, p.8 «El favor ordoliberal para la construcción de un Estado fuerte se traducía en la invitación a concentrar el poder político, por ello se debería combatir el pluralismo como provocación antisistema.»

²⁷ Alessandro Somma, «L' economía sociale di mercato/ 1...» *Op. cit.*, p. 3.

²⁸ Alessandro Somma «L' economia social di mercato /2. Dal nacionalsocialismo...», *Op. cit.*, p.7 Se entiende hasta aquí las referencias a una constitución económica como «constitución parcial» que la ciencia jurídica estaba llamada a poner en sintonía con la «constitución política en conjunto». En efecto, se debía «trazar un puente entre la política económica y el conjunto de la política nacional, exactamente como era oportuno hacer respecto a los nuevos estímulos provenientes de otros sectores del saber...» «constitución política y constitución económica establecía una relación jerárquica, y más aún, terminaban por ser complementarias: «que se reconoce en el Estado fuerte, debe querer una política económica liberal, y quien considera una política económica debe querer el Estado fuerte»³³. El orden económico debía desarrollarse según las líneas indicadas por una entidad a la cabeza del orden político y por ende, estructurarse como parte integrante de éste.»

²⁹ *Ibid.*, p.2 «Aquellos que portaban esta fórmula y traían, aún como forma de engaño, era la referencia a la socialización, utilizada para aludir como caracterizante de la economía social de mercado, la cual no constituye una alteración a su núcleo esencial, sino más bien, su propio reforzamiento.»

Nuestro Deber, en el cual reconocían como principio guía «vincular la idea de la *constitución económica* todas las cuestiones prácticas de tipo político- jurídico o político económico», en tal sentido la colaboración entre derecho y economía resulta esencial³⁰.

Esto conduce al agente económico a dejar de creer que el orden económico concebido como un orden espontáneo y por el contrario a tomar conciencia de la dirección por medio del constitucionalismo, y que, principalmente, dicho orden, al no ser ya espontáneo requiere ser mantenido³¹.

En efecto, en el área europea nacerían ideas según la cual la fuerza de la nación expresaba y justificaba la cooperación entre clases, bajo el modelo corporativista de convivencia social, se planteó la *cogestión* como forma de gestión interna del conflicto social, teniendo niveles de aceptación principalmente en los sectores siderúrgico y minero. El nacionalismo era la *tercera vía* entre capitalismo y socialismo. Se invocaba la cooperación organicista, basada en la naturaleza y el poder biológico de sus ciudadanos (biopoder) que encontraba justificación gracias al supuesto carácter científico de los estudios raciales.

3. La economía social de mercado en el Perú

3.1. *El canal de comunicación entre ordoliberalismo y dictaduras latinoamericanas*

La experiencia *ordoliberal* es propia del área Europea, se puede reconducir a un modelo de convergencia entre el capital y el trabajo en un contexto de *cooperación nacionalista*. A este primer modelo económico, en general, se le llama *renano*, se vincula a una economía *molecular* (*individual o de familia*)³². Mientras que, al contrario, la economía social de mercado de experiencia latinoamericana, se vincula más a la *Escuela de Chicago*, al *Consenso de Washington*, bajo el estilo de una *democracia protegida*, de

³⁰ Victor J. Vanberg, «La»*scuola di Friburgo*» Walter Eugen e l' *ordoliberalismo*», Storia del liberalismo in...*Op. cit.*, p.801

³¹ Victor J. Vanberg,«La»*scuola di Friburgo*» Walter Eugen e l' *ordoliberalismo*», Storia del liberalismo in ...*Op. cit.*, p. 818 «Es porque una constitución económica concurrencial permite mantenerse bajo el «dilema del prisionero», que todos tienen interés a aceptarla, por lo menos si esta adhesión viene considerada creíble por la presencia de un Estado que hace efectivamente respetar las reglas de juego (...) Esta es la lógica que los ordoliberales tienen en mente cuando diagnosticaron que el orden del mercado concurrencial no es autoproducido, no sé mantiene por sí solo. Sino necesita ayuda del Ordnungspolitik.»

³² Aldo Bonomi (2013), *Il capitalismo in-finito*. 1ra Edición, Editorial Einaudi, Turín, p. 6-25.

una *economía global de mercado*, considerada como superación, pero a la vez continuidad, de la primera, converge con el capital financiero. A este segundo modelo se le llama *neoamericano*³³, y en la literatura política la conoce *neoliberalismo*, está vinculado a la economía de las transnacionales y de la bolsa de valores. Teóricamente tienen muchas similitudes con su precedente: la crítica que se pone en evidencia en este texto es su implícita confrontación, al interior de su teoría, con la democracia.

El concepto de *democracia protegida*³⁴ fue elaborado en la experiencia económica chilena durante el periodo de la dictadura de Pinochet, con tal concepto se pretendió justificar primero, el golpe de Estado y luego el régimen de continuidad derivado de ésta. En este caso la *democracia* estaba *protegida* por la *dictadura*. El enemigo era el comunismo, el cual, incluso, se temía que pudiera tomar los mecanismos de la democracia, y que a partir de ello cambie el orden económico establecido. Éste es el caso del presidente Salvador Allende, quien mediante el Partido de los Trabajadores, gana elecciones democráticas. Éste acto fue considerado una amenaza, diremos: a la *constitución económica*, que siempre se había desarrollado al margen de la teoría social, este nuevo contexto la democracia promovida desde el partido de los trabajadores se superponía a la economía de mercado en curso.

Dicha dictadura citada va tener una abierta aproximación con la Escuela de Chicago, con la Escuela Monetarista incluyendo Milton Friedman y Harberger, en concreto cuando por ejemplo, Hayeck visita al dictador Pinochet en Chile proponiéndole fórmulas económicas para la mejora de su régimen. En este caso, al teórico Hayeck le interesó más la economía, *de mercado*, que la democracia del régimen de turno.

En ese instante, Friederich Hayeck, con su acto de visitar al dictador, hace emerge la idea de la protección de la economía, proporcionándole sus saberes académicos, por sobre la democracia. En esta decisión de tomar partido por parte de Hayeck, subyace para nosotros la pregunta: ¿hasta dónde un teórico puede evadir la propia responsabilidad social, y de proporcionar presupuestos teóricos de un modelo económico emergente al margen de un clima democrático, y si no fue un acto impulsivo, hasta dónde llega la racionalización que lo justifica al interior de sus teorías?

Se trata de un instante cualitativamente relevante, muestra del acercamiento de una economía global de mercado y de las medidas que se debieran de tomar para sostener un régimen restrictivo de mecanismos

³³ Alessandro Somma, «*Scontro tra capitalismo, crisi del debito e diritti fondamentali*». *Op. cit.*

³⁴ Tomás Mulian (1997), Chile anatomía de un mito. 17ma Edición, Editorial LOME, Santiago de Chile, p. 201-213.

democráticos, entendido esto último como las pocas libertades políticas subsistentes que tenían los ciudadanos chilenos.

El hecho político pasó, pero los instrumentos teóricos circularon, y el modelo economía social de mercado, más adelante, reformado, es convergente con las políticas del *Consenso de Washington*, las cuáles se aplicaron en el Perú durante el régimen de Fujimori.

Se le llamó *Consenso de Washington* a una plataforma de reformas económicas para reformar los Estados latinoamericanos, dichas reformas no marcaron la economía aisladamente sino que la sociedad en su conjunto. Fue una remodulación de la sociedad. La huella está en la Constitución de 1993, la cual desmantela un conjunto de derechos laborales para preferir la libre oferta de la mano de obra.

En regímenes ya, donde se elige democráticamente a los presidentes de la república, por medio del poder del Presidente de la república, éste tiene la facultad, cuando así se lo concede el Parlamento de activar mecanismos normativos excepcionales, muchas veces éstos se usan con la finalidad de expandir la «economía social de mercado»³⁵. Es éste un presupuesto teórico que puede contener la continuidad del Estado fuerte ordoliberal: la reducción del poder soberano a el sólo mecanismo excepcional activado en momento de crisis. Para activar dicho Estado fuerte, se requiere mantener la centralidad del poder estatal frente, por ejemplo, un poder regional, como en el caso concreto de la sentencia que analizaremos más adelante.

3.2. *Detalles sobre el origen de la economía social de mercado en las constituciones peruanas*

Más allá de los diversos procesos de privatización que el Perú ha tenido, empezamos a partir de la Carta Fundamental de 1979, la cual contiene la economía social de mercado como modelo económico. Durante un largo periodo, en especial de los veinte al sesenta y nueve estuvo latente el problema de la feudalización de la sociedad, esto quiere decir una República que acogió principios *liberales*, *la propiedad privada*, pero para crear grandes propietarios de las tierras, llamados latifundistas, quienes se apropiaban incluso de las tierras adyacentes denominadas comunidades indígenas. Asimismo, la explotación indígena, por medio de la servidumbre y otros mecanismos que incluso fueron racionalizados por medio de leyes.

³⁵ Yuri Tornero Cruzatt (2013), «Diritti dei popoli indigeni nel contesto del presidenzialismo forte ed espansione dell' economia sociale di mercato», *Dallo Stato del Bienestar allo Stato di Buen Vivir*, a cargo de Silvia Bagni, Boloña, Edit., Filodiritto, pp. 79-102.

Por entonces al sujeto titular de la legislación protectora se le llamaba indio. La demanda social exige la *reforma agraria* y frente intentos fallidos de realizar dicha demanda, tanto durante el primer gobierno de Víctor Andrés Belaunde Terry y otros gobiernos anteriores, resurge el nacionalismo desde el poder militar representado por el General Juan Velazco, quien llega al poder por golpe de Estado reivindicando la «Reforma Agraria», dicta el conocido Decreto Ley N.º 17716 el 24 de junio de 1969. Durante dicho gobierno de facto, pocos años después, 1975, quien por entonces tenía el cargo de General de Estado Mayor, Francisco Morales Bermúdez general, sería quien daría un golpe de Estado a Velasco y se dedicaría a realizar una serie de contrareformas económicas y sociales.

Morales Bermúdez se autorepresenta como el que realiza la «transición democrática»³⁶. En dicho contexto se convoca la Asamblea Constituyente de 1978, la cual tiene por protagonista político al Partido Aprista peruano (por el número de representantes que intervienen en dicha constituyente). Dicha Asamblea, daría origen a la denominada Constitución Política del Perú de 1979, la primera que contendría expresamente el término «economía social de mercado». La fórmula recogida en el capítulo primero de la citada Ley Fundamental, contenida en los principios generales del título tercero referido al régimen económico³⁷ fue redactada de la siguiente manera: «Artículo 115. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social». Éste primer modelo de economía social de mercado se aproxima más a la experiencia *renana*.

La derogatoria de la Constitución de 1979 se da en el contexto del autogolpe del 5 de abril de 1992, bajo el cual Alberto Fujimori, por entonces presidente electo, cierra arbitrariamente el Congreso de la República y con el respaldo militar reprime cualquier respuesta social. Debido a la presión internacional, la cual exigía retornar a la democracia, convoca el *Congreso Constituyente Democrático*, el cual da origen a la denominada Constitución de 1993³⁸.

³⁶ Según declaraciones de Morales Bermúdez «Perú nunca entró al Plan Cóndor porque el gobierno militar, que presidí, estaba en un proceso de transición democrática, por lo tanto no podíamos en absoluto acudir al plan Cóndor». Ver Ex dictador Morales Bermúdez dice que Perú no fue parte de Operación Cóndor [<http://feeds.univision.com/feeds/article/2012-02-02/edictador-morales-bermudez-dice-que>]

³⁷ Constitución Política del Perú de 1979.

³⁸ Edgar Carpio Marcos (2000), «*Constitución y reelección Presidencial: El Caso Peruano*. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,» N.º 98, mayo-agosto, disponible on line en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/98/art/art1.htm>] «No pudo durar mucho el régimen pretoriano. En enero de 1993, forzado por la comunidad internacional, el gobierno de facto cedía a su pretensión de gobernar mediante decretos leyes, y permitía la instalación del Congreso

3.3. *Modelo económico y justicia constitucional en el regimen de Fujimori*

La Constitución de 1993, de un lado, en su artículo 58, principalmente, mantiene la fórmula economía social de mercado, pero *afosando* abiertamente varios derechos sociales nominalmente reconocidos en la constitución de 1979³⁹. Este último modelo económico es de corte global, no es nacionalista, sino más bien, está más compenetrado con las políticas del Fondo Monetario Internacional y de la Banca Mundial.

Durante el autogolpe de Fujimori tiene un lugar principal el apoderamiento de la institucional, entendida a su vez como ruptura del *Estado democrático de derecho* desde el poder central, poder ejecutivo⁴⁰. La captura de la institucionalidad el Perú, incluso después del autogolpe, está documentada junto con la corrupción de funcionarios por parte del mismo presidente. Esto último registrado en los «Vladivideos», videos en los cuales se visualiza al asesor presidencial el cual corrompe al personal público como privado con grandes sumas de dinero.

De otro lado, en las sentencias de la Corte Interamericana de Derecho Humanos y las estadística, así como el Informe de la denominada «Comisión de la Verdad» se documenta el atropello de los derechos humanos perpetrados durante dicho regimen⁴¹, se registra el uso de la fuerza pública del Estado para socavar las libertades fundamentales⁴².

Constituyente Democrático (en adelante CCD), un órgano de transición para el restablecimiento del sistema democrático, que al no encontrarse previsto por la Constitución de 1979, entre las opciones de modificar la Constitución o sancionar una nueva, se decide finalmente por esta última.»

³⁹ Constitución de la república del Perú de 1993. «Artículo 58.º. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.»

⁴⁰ Rudecindo Vega (2000), «*Interferencia del poder ejecutivo en el poder judicial: La corrupción gubernamental de la administración de justicia*». Conferencia Internacional Reforma Legal y Judicial y Control de la Corrupción en América Latina y el Caribe .Madrid:, Casa de Américas Paseo de Recoletos N.º 2-3 de julio, disponible en [<http://info.worldbank.org/etools/docs/library/106128/madrid2002/pdf/vega.pdf>] «En la década de los 90, luego del autogolpe del 5 de abril del 2002, todas estas instituciones de una u otra manera fueron paulatinamente intervenidas e inutilizadas debido a la obsesión fujimorista por perpetuarse en el gobierno.»

⁴¹ Comisión de la Verdad Perú. Revisada el 12.12.2012 [www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php] «36. La CVR constata que Fernando Belaunde Terry y Alan García Pérez ganaron la presidencia en elecciones libres y directas por los ciudadanos. También lo hizo Alberto Fujimori en 1990. Sin embargo, a partir del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, Fujimori se convirtió en un gobernante autoritario que buscó permanecer en el poder consolidando una autocracia corrupta.»

⁴² *Ibid.*, «10. La CVR ha hallado que el conflicto puso de manifiesto graves limitaciones del Estado en su capacidad de garantizar el orden público y la seguridad, así como los derechos fundamentales de sus ciudadanos dentro de un marco de actuación democrático.»

La «Comisión de la Verdad» registra en sus conclusiones la condición de pobreza de las principales víctimas y la situación de exclusión social, así como el carácter cultural diferenciado de dichas víctimas del proceso de violencia⁴³. Dicha Comisión fue creada para reconocer e identificar, entre otras cosas la violación de derechos humanos ocasionados, principalmente durante los ochenta y noventa, lo que llamaría la violencia interna.

En resumen, la implementación de la economía social de mercado habría convivido con una dictadura, en especial la implementada desde 1992, de manera abiertamente neoliberal, teniendo en cuenta que ya el modelo económico citado se insertó en la Ley fundamental, Constitución de 1979. No se puede decir que solamente se obedeció al Consenso de Washington, sino que además se mantuvo el modelo economía social de mercado como forma de legitimizar a nivel jurídico el régimen dictatorial.

En el caso peruano habría documentación diversa que corroboraría cómo es que las libertades ganadas y ya globales del liberalismo político, sería suprimidas, restringidas en función de la implementación de un modelo económico, en sentido global, de la economía social de mercado.

Mediante la Constitución de 1993 se crea el Tribunal Constitucional peruano, existía un organismo precedente en la Constitución de 1979 denominado «Tribunal de Garantías Constitucionales», pero éste no tenía las mismas funciones, y la creación de dicho Tribunal no significó la puesta en marcha de la justicia constitucional: «la incorporación de la justicia constitucional, concentrada en la Constitución de 1993, surgió no sólo con gran desconfianza por parte de los poderes públicos autoritarios susceptibles al ver que las normas que el Parlamento y el Poder Ejecutivo emitían, podían

⁴³ *Ibid.*, «4. La CVR ha constatado que existió una notoria relación entre situación de pobreza y exclusión social, y probabilidad de ser víctima de la violencia. En el departamento andino de Ayacucho se concentra más del 40 por ciento de muertos y desaparecidos reportados a la CVR. Al sumar a ello las víctimas consignadas por la CVR en los departamentos de Junín, Huánuco, Huanavelica, Apurímac y San Martín se llega al 85 por ciento de las víctimas registradas por la CVR.3

5. La CVR ha constatado que la población campesina fue la principal víctima de la violencia. De la totalidad de víctimas reportadas, el 79 por ciento vivía en zonas rurales y el 56 por ciento se ocupaba en actividades agropecuarias. Estas cifras contrastan con las del censo de 1993 según el cual el 29 por ciento de personas vivían en zonas rurales y el 28 por ciento de la PEA nacional estaba ocupada en el sector agropecuario.

6. La CVR ha podido apreciar que, conjuntamente con las brechas socioeconómicas, el proceso de violencia puso de manifiesto la gravedad de las desigualdades de índole étnico-cultural que aún prevalecen en el país. Del análisis de los testimonios recibidos resulta que el 75 por ciento de las víctimas fatales del conflicto armado interno tenían el quechua u otras lenguas nativas como idioma materno. Este dato contrasta de manera elocuente con el hecho de que la población que comparte esa característica constituye solamente el 16 por ciento de la población peruana de acuerdo con el censo nacional de 1993.»

ser objeto de control, sino también con reticencias de la Corte Suprema»⁴⁴. Landa Arroyo, (quien sería posteriormente magistrado del Tribunal Constitucional peruano), describe cómo la justicia constitucional pasó inadvertida durante el régimen de Fujimori: «dicho Tribunal se implementó en un falso ambiente político democrático, poco propicio para su desarrollo institucional y la tutela de los derechos fundamentales»⁴⁵.

La justicia constitucional recaída en el Tribunal Constitucional peruano fue lo suficientemente neutralizada como para que de facto sigan existiendo los poderes que violaban los derechos fundamentales. Esta permeabilidad del sistema constitucional pone en evidencia la posibilidad de reconducir al interior de una sociedad un conjunto de acciones dictatoriales toleradas frente a la promoción de una economía social de mercado.

3.4. *Sentencia «Conga»: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano Sentencia N.º 0001-2012-PI/TC*

Nuestro análisis toma como referencia la Sentencia N.º 0001-2012-PI/TC del Tribunal Constitucional peruano (TC), de fecha 17 de abril del 2012), una demanda de inconstitucionalidad contra el gobierno regional de Cajamarca (quien mediante una resolución trataba sobre ambiental, no exclusiva de un pueblo indígena). No se visibiliza en dicha sentencia el sujeto comunidad y pueblos indígenas, porque éstas organizaciones afectadas se organizaron en torno al gobierno regional de Cajamarca. Mas, debe tenerse en cuenta que la clasificación, «PI», que se evidencia en el detalle de la numeración de la sentencia hace referencia a «pueblos indígenas». El Tribunal constitucional peruano, resuelve reforzando la parte orgánica del Estado, descrita como «Estado centralista», y reduce el tema de justicia ambiental a una cuestión de competencia y jerarquía entre gobierno regional y nacional. Para conseguir propias expectativas sociales de prestigio institucional no vincula el razonamiento formulado en los fundamentos (sobre justicia ambiental, descentralismo e institucionalidad débil del Estado), con el contenido del fallo, el cual es muy escueto.

El modelo económico bajo el cual deben razonar todo miembro del Tribunal viene expresamente consignado en la Ley Fundamental de 1993, esto es la economía social de mercado; y por consiguiente, el Tribunal trata de interpretar conjuntamente de un lado, «economía social de mercado»,

⁴⁴ César Landa Arroyo (2011), «Derecho procesal constitucional». *Vigésimo cuaderno de trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP.*, p. 11.

⁴⁵ César Landa Arroyo. *Op. cit.*, p. 10

que contiene el *Estado fuerte*, y de otro lado: derecho al medio ambiente sano; pero la parte de su fallo va tener, que tiene el efecto jurídico de declarar nula la resolución regional en discusión, no va darse por un motivo de justicia ambiental sino por una razón de competencia de funciones.

En un caso específico, el fallo del Tribunal Constitucional peruano en relación al «Caso Conga» subyace la mentalidad jurídica del *Estado Fuerte*, teorizada por los ordoliberales, para el contexto peruano en el aspecto de reforzar el *Estado centralista*, el cual no admite «cuerpos intermedios» entre éste y el individuo: es decir, opta por una posición centralizadora del poder estatal frente a una decisión regional que pretende defender bajo su propia competencia la salvaguardia del derecho al medio ambiente, en particular proteger ciertas cabeceras de cuencas de afluentes de agua que podrían verse afectadas por una próxima explotación extractiva minera.

Mientras que la resolución regional sí se pronunciaba sobre un tema de justicia ambiental, el fallo del TC sólo se queda, en la motivación. Por consiguiente, al no vincular del razamiento jurídico formulado en los fundamentos y el contenido del fallo, es forzosamente social.

Si bien esta sentencia no es exactamente sobre un pueblo indígena afectado, sirve de igual manera para evaluar la política de Estado que igual los involucra. Primero queremos demostrar cómo opera la economía social de mercado. Segundo, como la nominalidad al interior de la sentencia conduce «el social» en sentido declarativo más no decisorio.

Dentro del primer objetivo demostrar cómo opera la economía social de mercado, afirmamos que el Tribunal constitucional peruano, al seguir dicho modelo: 1) es permisivo al presidencialismo fuerte, y dependiendo del contexto racionaliza y reconduce los instrumentos para hacer más eficaz y legítima dicha actuación, en este caso hace primar la jarquía del gobierno nacional frente al regional posponiendo la realización del ideal de descentralización. 2) es buen conductor del modelo economía social de mercado, usa el nominalismo para su ampliación, aún así cuando no resuelva el conflicto de fondo, y salvaguarda así de una manera protectora, la constitución económica, es decir del mercado. 3) que al no resolver la cuestión de fondo deja pendiente temas de justicia ambiental y de pueblos indígenas, viéndose forzosamente a desarrollar ante nuevos escenarios de conflictos sociales.

La interpretación del Tribunal Constitucional peruano pone énfasis en decir: *La economía condiciona, establece límites*⁴⁶. Lo que hace el TC al

⁴⁶ La Sentencia del Tribunal Constitucional peruano (STC 0048-2004-AI/TC) respecto el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho y la Economía Social de Mercado «La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en ar-

desarrollar la jurisprudencia conforme al ordoliberalismo va ser poner a prueba la fuerza autoreferencial del orden propietario y su capacidad de socialización pacificadora.

Entonces, al condicionar la economía y poner límites, vamos a encontrar que cuando el TC peruano empieza a analizar la sentencia en análisis cuya cuestión de fondo es un tema ambiental, no va ser analizada sobre dicho objeto sino más bien va poner su atención en la competencia del órgano para emanar la norma que tomó una medida restrictiva en materia ambiental. Esto es aunque no lo diga, porque un análisis directo del caso concreto teniendo como premisa mayor el tema ambiental podría afectar el mercado. Se deja ver la decisión de optar por un tema de las competencias en el siguiente párrafo:

«8. Este proceso de inconstitucionalidad es en esencia un conflicto de competencias, siendo tramitado según lo ordena el artículo 110.º del Código Procesal Constitucional, debido a que la Ordenanza Regional tiene rango legal (art. 200, inciso 4, de la Constitución). El proceso de inconstitucionalidad, como se sabe, es un proceso fundamentalmente objetivo en el que se efectúa un juicio de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía (norma constitucional y norma infra-constitucional de rango legal). De ahí que en este tipo de casos se persiga primordialmente la defensa de la Constitución antes que un interés subjetivo (STC 0020-2005-PI/TC y acumulados, fund. 16). *Se desea expresar con esto que en el caso en particular, este Tribunal no analizará la legalidad o constitucionalidad de actos administrativos como el EIA referido, por no ser competente para ello en el presente proceso, remitiéndose exclusivamente a determinar las competencias establecidas por la Constitución.*» (Cursiva nuestro)⁴⁷.

monía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Lo «social» se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi «natural», permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida» (subrayado agregado).

⁴⁷ Sentencia TC N.º 0001-2012-PI/TC del Tribunal Constitucional peruano.

Con este razonamiento se justifica la precariedad de la justicia ambiental, remitiendo el tema de los Estudios de Impacto Ambiental a un aspecto de evaluación meramente técnica dilatada, siendo imposible para el TC el conocimiento directo de causas ambientales porque dichos estudios requieren una etapa probatoria. Si bien más adelante reconoce expresamente:

«10. Debe atenderse también que la propia naturaleza de la actividad minera tiene una incidencia directa en el ambiente debido al propio proceso extractivo del mineral, así como su posterior procesamiento. Es debido a ello que la aprobación de un proyecto minero cuenta con un procedimiento para evaluar el impacto ambiental de tal actividad. En el presente caso, el Gobierno Regional de Cajamarca alega que son competentes para regular aspectos relativos a la protección del ambiente, inclusive, en el contexto de un proyecto minero. *Por ello, en líneas generales, la naturaleza del conflicto competencial gira, principalmente, en torno al ámbito regulatorio del sector minería en su relación con la protección del ambiente, específicamente sobre la protección de la cabecera de cuencas.*» (Cursiva nuestro)⁴⁸.

E incluso llega a afirmar nominalmente que,

«49. Así, interesa resaltar que *la finalidad de lucro de la empresa debe ir acompañada de una estrategia previsor del impacto ambiental, y así prevenir conflictos sociales.* Y es que 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 o sociales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no estará dispuesta a soportar.*»⁴⁹ (Cursiva nuestro).

El tema ambiental está concatenado pero de manera subalterna al principal que es el de la competencia administrativa, es decir, la «organicidad» del Estado.

En todo «el desarrollo del ítem 4 titulado delimitación de los ámbitos competenciales en conflicto» no se vuelve a mencionar el tema ambiental ni de las cuencas, dicha omisión decidida tiene como finalidad reconducir

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

como criterio principal una solución en base a la jerarquía de las relaciones entre gobierno nacional y gobierno regional. En el punto 7 competencias normativas en materia de minería, no se hace sino reproducir la lógica de jerarquía según materias, donde lo más importante no son los valores ni los derechos para salvaguardar la constitución, sino una interpretación rigurosamente de normas infraconstitucionales bajo la orientación de la parte *orgánica* de la Constitución.

Entendido así la Constitución sería un cuerpo orgánico muy jerarquizado donde lo que termina primando es el *Estado fuerte*, en consecuencia el gobierno regional termina por ser obstaculizador a la dinámica de la economía social de mercado. El TC realiza una magnífica obra de hacer primar el Estado fuerte de manera interpretativa gracias a la jerarquía y a las competencias contenidas en la constitución de 1993, posponiendo ideales de descentralización:

«19. Como se pasará a fundamentar a continuación con mayor detalle, la Constitución ha establecido que las regiones son competentes para regular las materias relativas al ámbito de minería. La LBD [Ley de Bases para la Descentralización] y la LOGR [Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales], por su parte, en su calidad de normas interpuestas, establecen que estas competencias son compartidas, estando los gobiernos regionales encargados de regular y fiscalizar la pequeña minería y la minería artesanal, mientras que el Gobierno Nacional estará encargado de la gran y mediana minería. *En consecuencia, como se sostendrá a continuación, el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene competencias normativas para intervenir en la ejecución del proyecto de gran minería, como es el caso del proyecto Conga. En tal sentido, es manifiesto que el Gobierno Regional de Cajamarca, excedió sus funciones y contravino la repartición de competencia establecida por la Constitución.* (Cursiva y agregado nuestro)⁵⁰.

20. En efecto, la Constitución establece en su artículo 192.º que los gobiernos regionales son competentes para [...] «5. Promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.» [...] «7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley».⁵¹

La sentencia contiene parte declarativa en un ámbito distinto, que no guarda concatenación directa con las premisas que declaran inconstitucio-

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Idem.*

nal la ordenanza regional objeto del caso, de protección o no de *las cuencas*. Su sentido es estrictamente nominal, en cuanto no opta, como lo pudo haber hecho de oficio, de sugerir, o exhortar a una entidad específica de seguir determinada política o implementar determinado mecanismo.

El reclamo del *Estado fuerte* se manifiesta cuando el TC evidencia la debilidad institucional del Estado y de su rol dentro del proceso de fiscalización de la inversión privada. Es cuando dice: «52. Este es un aspecto neurálgico, ya que no puede negarse que en varios casos, *la ausencia fiscalizadora del Estado ha puesto en evidencia la debilidad institucional del Estado Peruano*. En tal sentido, la Administración debe elaborar verdaderos planes de control de la actividad económica de las empresas dedicadas a la extracción de minerales. Y es que de nada sirve tener reglas claras en un contexto en que el problema histórico ha sido la implementación de tales medidas.» (Cursiva nuestro).

Habiendo hecho primar el Estado fuerte en el caso concreto, ante próximos escenarios sugiere al Estado que debe ser forzosamente socialmente más expansivo y recuerda a la inversión privada su responsabilidad social, con ello consigue además reconducir a buen puerto las expectativas de un pronunciamiento firme del TC en materia propiamente de derechos. Con esta sentencia el Tribunal Constitucional se ve, siguiendo la misma línea que la doctrina ordoliberal, a ser forzosamente social. Esta activación del nominalismo es una advertencia de la necesidad de modificar el modelo economía social de mercado según las condiciones propias del momento: Explica el TC que dichas reglas de la economía social de mercado se deberían al nuevo contexto favorable *por la subida de precios de los metales*. Recordemos que para los ordoliberales el Estado social podía desarrollarse mientras estaba dentro de los confines del mercado.

El reclamo a un *deber* dentro de la tradición liberal no es muy común pero el TC peruano lo usó, pero esto obedece a la inevitable contradicción entre la postura *Laissez Faire* y ordoliberalismo, en el cual el orden económico, según esta última corriente no se mantiene por sí sólo: un camino forzosamente social que el mercado debe aceptar por determinada coyuntura. No es que la institucionalidad tenga un valor de por sí, sino que más bien son las condiciones del momento las que, para mantener el modelo económico requieren que sea socialmente de tal manera, en sentido prospectivo y no con referencia al caso concreto. Completamente con volver a mencionar los principios, que no operan en el caso concreto: desarrollo sustentable, principio de prevención, restauración mejora, precautorio, precautorio, compensación.

Dentro de los *deberes* el tema de la reparación integral por parte del Estado hacia las víctimas o potenciales víctimas sigue siendo un tema nominativo y por ello no central en el momento de incidir en éste:

«54...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.»⁵²

Asimismo, responde el TC asignado *deberes* las empresas deben actuar con responsabilidad social:

«50. Para ello, *las empresas deben de 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 o 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.»⁵³ (Cursiva nuestro).

Más adelante el TC ilustra «lo social»⁵⁴ va restringido por tres criterios, de manera nominativa: 1) Como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados 2) Como cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi «natural» 3) Como fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de vida.

En este sentido, «lo social» , al interior de la salvaguardia de la constitución económica, el mercado, va resumido como que «*cumpla con sus objetivos esenciales y promueva el Bien Común*» «*creación de nuevos proyectos de desarrollo (...) en coherencia con los principios de la economía social de mercado (...)* principio de *subsidiariedad solidaridad y de redistribución de la riqueza*».

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Sentencia del TC peruano N.º 0048-2004-AI/TC recogida en el fundamento 46 de la jurisprudencia citada.

La expansión del Estado fuerte en el sentido nominal va declarado en estos ámbitos: 1) prevención de conflictos y de posibles daños 2) fiscalización estatal (de la inversión privada) 3) reparación integral 4) coparticipación de la riqueza (en hacer efectivo el principio de coparticipación de la riqueza por medio del canon)⁵⁵.

La *coparticipación de la riqueza* se acerca a la experiencia de la *cogestión*, pero no deja de estar dentro de la propia experiencia peruana. En un contexto de una sociedad industrial se llamaba a la cooperación mediante la cogestión entre el empresario, el Estado y el trabajador. El corporativismo se plasmó en el ámbito de los sindicatos siderúrgicos, favoreciendo a las fuerzas de ocupación británicas, en aplicación de una de las sanciones de la Guerra. En este caso, para alcanzar dicha finalidad, explica el TC *representa al canon* «una de las manifestaciones del proyecto descentralista, específicamente en cuanto plasma el principio de co-participación de la riqueza.»(fundamento 60), desde el cual se plantea la expansión del Estado social con finalidad de «empoderar a las poblaciones circundantes», compatible con el Estado fuerte por parte del tribunal Constitucional⁵⁶. Los proyectos de «inversión a favor de la educación y la salud», pierden propia autonomía emancipadora. Asimismo, en un próximo análisis sería interesante profundizar sobre el diálogo institucionalizado, donde el conflicto no es presentado como obrero- empresario y con la solución de la sociedad interclases, sino que el conflicto se centra en la viabilidad o no de un proceso extractivo.

Vale agregar que, este análisis no comprende la sentencia del caso Tres Islas, en la cual por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano reconoce el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas⁵⁷.

4. Conclusiones

Por lo tanto, con este artículo se ha visto que el modelo «economía social de mercado» mantiene un vínculo aún teórico, con doctrinas que valoran el Estado fuerte, incluso el autoritario. Sus variantes (renano y americano) ambas se presentan como convergentes al mantener los presupuestos interpretativos para expandir la «constitución económica», por incluso sobre la democracia.

⁵⁵ Clasificación tomada del fundamento 45 de la sentencia principa del análisis.

⁵⁶ *Ibid.* 61.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional —TC— recaída sobre el expediente N.º 01126-2011-HC/TC disponible en [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.pdf>]

El modelo europeo (renano) si bien nace como nacionalista y de cooperación entre capital y trabajo, se reforma frente a su relación con el Estado peruano y más bien, tiene carácter de global: Una economía de la bolsa de valores, en la cual aún se exige que el poder soberano es representado sólo como la activación del mecanismo normativo excepcional, en convergencia con el modelo de Schmitt.

El Tribunal constitucional peruano en la jurisprudencia del caso Conga, toma un modelo mixto combinando los dos modelos: reclama la cogestión, cita valores últimos de protección del medio ambiente, para entrar en convergencia con la economía social de mercado.

Dada la postura de la Corte: la ética de sujeción de los jueces jurisdiccionales a la constitución vigente que contiene dicho modelo será limitativa de derechos sociales. El cambio interpretativo de la Corte debe orientarse bajo la exigencia de superación democrática frente a la continuidad de dicho modelo, y por consiguiente, una legitimidad de la interpretación divergente.

En lo social, Conga viabilizó la posible convergencia entre demandas indígenas y gobierno regional bajo una fórmula válida de coordinación democrática ampliada. El desafío para recomprender los derechos de los pueblos indígenas dentro de la democracia, será no minimizar la propia agenda; por consiguiente, construir la propia consciencia que la afeción de derechos no es limitativa de un sólo protagonista; sino más bien está integrada en el marco de una interacción que conlleve una decisión común, esto es la convergencia democrática de sujetos afectados por el modelo económico citado.

Derechos de autor (Copyright)

Los derechos de autor de esta publicación pertenecen a la editorial Universidad de Deusto. El acceso al contenido digital de cualquier número del Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos (en adelante Anuario) es gratuito inmediatamente después de su publicación. Los trabajos podrán descargarse, copiar y difundir, sin fines comerciales y según lo previsto por la ley. Así mismo, los trabajos editados en el Anuario pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en el Anuario, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). La revista se vende impresa Bajo Demanda.