

¿Las leyes “declarativas” tienen efectos?

A propósito de la Ley N° 30723 que declara de prioridad e interés nacional la construcción de carreteras en zonas de frontera y el mantenimiento de trochas carrozables en Ucayali

Carlos Trinidad Alvarado
Programa de Pueblos Indígenas, Biodiversidad y Desarrollo
@cetrinidad

Aspectos esenciales

Hay varios mitos acerca de las normas que declaran de interés, utilidad o necesidad pública o nacional una determinada actividad, programa o intervención del Estado. Por un lado, se percibe que estas normas, de por sí, generan grandes reformas o cambios determinantes¹. Otro sector las concibe como prospectos de intenciones o “declaraciones” sin efectos jurídicos².

Si bien la Constitución divide a las normas con rango de ley en función del ámbito de producción jurídica (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, entre otros), o en base a los requisitos formales para su dación (leyes orgánicas o leyes ordinarias), **la verdad es que ni la Constitución ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) ni el Reglamento del Congreso han dividido a las leyes en declarativas o constitutivas, o entre aquellas que tienen efectos jurídicos o no**. Tampoco hay una fuente normativa, de rango legal o constitucional, que determine qué son las normas declarativas y cuáles son sus efectos jurídicos³.

Por el contrario, de acuerdo a la teoría de los hechos cumplidos ampliamente abordada por el TC, todas las normas tienen efectos a partir de su publicación o salvo disposición contraria de la misma norma que posterga su vigencia⁴. Es decir, salvo un criterio de temporalidad, **no existe una excepción a la eficacia de las leyes en el ordenamiento legal peruano**.

Esto es congruente con la línea jurisprudencial del TC que, aun cuando ha dividido a las leyes según la temporalidad de sus efectos (autoaplicativas si son de aplicación inmediata y heteroaplicativas si requieren de actos posteriores de implementación para poder ser

¹ Lo que podría explicar el gran número de proyectos de ley de esta naturaleza que han sido aprobados en los últimos años. Solo en el 2016, 10 normas con rango de ley contienen disposiciones de este tipo.

² Ver: <http://www.minam.gob.pe/notas-de-prensa/comunicado-poder-ejecutivo-garantiza-el-respeto-hacia-los-pueblos-indigenas-y-la-conservacion-de-las-areas-naturales/>

³ ZEBALLOS Salinas. Vicente. *Leyes de necesidad pública e interés nacional*. Disponible en: <https://prensaregional.pe/moquegua/mariscal-nieto/moquegua-mariscal-nieto/leyes-necesidad-publica-e-interes-nacional-vicente-zeballos-salinas/>

⁴ Artículo 109° de la Constitución. Véanse, entre otras, las sentencias recaídas en los Expedientes N° 0050-2004-AI/TC, 0002-2006-PI/TC y 00316-2011-PA/TC.

aplicadas), parte de una premisa indubitable: todas las leyes tienen efectos, independientemente de si son inmediatos o mediatos⁵⁶.

¿Cuáles son los efectos concretos de las normas que declaran de interés público?

Si nos ajustamos a su construcción jurídica, las normas declarativas presentan un rasgo determinante: carecen de un supuesto de hecho. Es decir, “(...) *estas normas son dictadas como afirmaciones válidas por sí mismas, más que como hipótesis de que a tal supuesto debe seguir tal consecuencia*”⁷. Sin embargo, eso no implica que no sean obligatorias. Todo lo contrario, mantienen su vigencia y obligatoriedad.⁸

En ese contexto, las normas “declarativas” tienen una particularidad esencial: si bien requieren de actos administrativos posteriores para cumplir con los objetivos de interés público que justificaron su aprobación, **estas normas sí generan algunos efectos inmediatos**⁹.

Por ejemplo, una ley de declaración de necesidad o interés público es uno de los requisitos previstos por el artículo 70° de la Constitución para la expropiación de un predio privado. Si bien la sola dación de la ley es insuficiente para que se materialice la expropiación¹⁰, sí constituye el primer paso para lograrla. Ante la ausencia de este requisito, la expropiación no es posible.

En adición a ello, estas normas no sólo activan una red de procedimientos posteriores, sino que constituyen mandatos al Poder Ejecutivo, para que este priorice la ejecución de una determinada obra o infraestructura, ante la imposibilidad del legislador de proponer alguna iniciativa de gasto en la ejecución del presupuesto.¹¹

Esta conclusión ha sido compartida por el propio Ministerio de Justicia (MINJUS)¹². Absolviendo una duda específica de la Comisión de Descentralización del Congreso de la República acerca de los efectos de las normas de “declaración de necesidad pública e interés nacional”, el MINJUS indicó que “(...) *en aquellos dispositivos normativos en los que se incluyen las nociones jurídicas necesidad pública e interés nacional, se generan, en la mayoría de casos, una*

⁵ En base a lo dispuesto por el artículo 3° del Código Procesal Constitucional, el TC ha diferenciado a las normas en base al ámbito temporal de su aplicación: (i) las normas autoaplicativas, de efecto inmediato e incondicional, y (ii) las normas heteroaplicativas, también denominadas de efectos mediatos, pueden ser definidas como aquellas normas que, luego de su entrada en vigencia, requieren indefectiblemente de un acto de ejecución posterior para poder ser efectivas. Véase las sentencias recaídas en los Expedientes Nos. 01893-2009-PA/TC y 07261-2013-PA/TC.

⁶ Es más, el propio TC ha reconocido la existencia de un derecho constitucional a la eficacia de las normas legales. Véanse las sentencias recaídas en los Expedientes N° 0168-2005-PC/TC y 02695-2006-PC/TC.

⁷ RUBIO CORREA Marcial. El Sistema Jurídico Introducción al Derecho. Fondo Editorial PUCP, 2012, pág. 90.

⁸ Centro de Análisis y Resolución de Conflictos – PUCP. *Informe sobre implementación del derecho a la consulta previa para medidas legislativas formuladas por el Congreso de la República, que deben ser consultadas en el marco de la Ley N° 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT.* Pág. 41.

⁹ En este punto, es importante mencionar que la estructura de las normas declarativas es parecida a la de las “normas principios” que son mandatos de optimización y normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de otras fuentes para alcanzar plena concreción.

Esta definición de las “normas principio” ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como la recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, para caracterizar a las normas constitucionales y, en especial, a los derechos fundamentales.

¹⁰ Pues requiere del cumplimiento de los otros requisitos (como el cumplimiento del procedimiento expropiatorio y el pago del justiprecio correspondiente).

¹¹ Centro de Análisis y Resolución de Conflictos – PUCP. Pág. 41

¹² Ver el Informe N° 036-2014-JUS/DNAJ, del 10 de abril de 2013, emitido por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico.

serie de efectos de los cuales se vislumbra que el Estado debe cumplir una serie de obligaciones que devienen en resultados cuantitativos y cualitativos“

Nuestra normativa, nacional e internacional, presenta innumerables evidencias acerca de los efectos inmediatos de este tipo de normas. A continuación, listamos algunos ejemplos emblemáticos:

✓ **Constitución Política del Perú:**

- **Habilita la participación del Estado en actividad empresarial:** *sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (artículo 60°).*
- **Permite la realización de expropiaciones de propiedad privada:** *a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio (artículo 70°).*
- **Posibilita inversiones privadas en zonas de frontera:** *dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido.
Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley (artículo 71°).*

✓ **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

- **Habilita limitaciones en el uso y goce del derecho de propiedad:** *toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social (inciso 1 del artículo 21°).*
- **Requisito para la expropiación estatal de bienes:** *ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley (inciso 2 del artículo 21°).*
- **Permite la restricción del derecho a la circulación:** *1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
(...)
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público (incisos 1 y 4 del artículo 22°).*

✓ **Convenio N° 169 de la OIT**

- **Requisito para el traslado excepcional de pueblos indígenas:** *cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16°).*

✓ **Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas**

- **Primer paso para el desarrollo de actividades militares en territorios indígenas:** 1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.
2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares (incisos 1 y 2 del artículo 30°).
- ✓ **Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas**
 - **Primer paso para el desarrollo de actividades militares en territorios indígenas:** no se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado (numeral 5 del artículo XXX).
- ✓ **Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**
 - **Requisito para el otorgamiento de concesiones extractivas o para realizar planes y proyectos de desarrollo, explotación y extracción que afecten los recursos naturales en territorios indígenas:** la Corte Interamericana ha identificado tres condiciones obligatorias que se aplican cuando los Estados contemplan aprobar tales planes o proyectos: (a) el cumplimiento del derecho internacional sobre la expropiación, tal y como se refleja en el artículo 21 de la Convención Americana; (b) no aprobación de cualquier proyecto que pueda amenazar la supervivencia física o cultural del grupo; y (c) aprobación sólo después de asegurar su participación efectiva —incluyendo, cuando sea aplicable, el consentimiento— de un estudio previo de impacto ambiental y social realizado con participación indígena, y con participación razonable en los beneficios.¹³
- ✓ **Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, Ley N° 28736**
 - **Excepción a la intangibilidad de las reservas indígenas:** las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial son intangibles en tanto mantengan la calidad de tales (...).
c) (...) En caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley (Inciso c del artículo 5°).
- ✓ **Ley sobre los Desplazamientos Internos, Ley N° 28223**
 - **Excepción a la prohibición de desplazamientos:** la prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos:
(...) c) En casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial (literal c del inciso 7.2. del artículo 7°).

¹³ Informe de la CIDH “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15. 2015. Párr. 84. Ver también el Informe de la CIDH “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. Párr. 334.

Esta exigencia ha sido desarrollada ampliamente en la Sentencia de la Corte IDH en el Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam.

✓ **Código Civil**

- **Restricciones legales a actos jurídicos:** las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico (artículo 295°).

Problemas específicos de la Ley N° 30723: puerta abierta a la habilitación de carreteras

La Ley N° 30723 es una suerte de llave “formal” que permite la activación de diversos procesos administrativos específicos destinados a la habilitación de infraestructura vial, como el procedimiento de expropiación o el traslado de comunidades nativas.

No solo eso: esta ley surge en un contexto de falta de uniformidad de las políticas estatales para proteger a las áreas naturales protegidas (ANP) y los derechos de pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial (PIACI) frente a proyectos de infraestructura vial o terrestre. Un ejemplo tangible de ello es el número de proyectos de rutas viales (como la UC-106 o la MD-104) que han sido oficializados por el Clasificador de Rutas del Sistema Nacional de Carreteras a cargo del Ministerio de Transportes, a pesar de superponerse directamente con ANP o reservas indígenas y territoriales¹⁴.

Otro ejemplo es la cuestionable disposición del Reglamento de Consulta Previa que establece que la construcción y mantenimiento de infraestructura necesaria para la provisión de servicios públicos que “beneficie” a pueblos indígenas, no requiere ser sometida a un proceso de consulta previa.¹⁵ A esto se suman las diversas limitaciones de la Ley N° 28736 para proteger a los PIACI, como la excepción a la intangibilidad de las reservas indígenas por el aprovechamiento de un recurso natural que resulte de necesidad pública¹⁶, o la ausencia de mecanismos de protección integrales para los PIACI cuyos territorios están en reservas territoriales o que no se encuentran categorizados¹⁷.

¹⁴ Ver detalle en: <http://www.actualidadambiental.pe/?p=45626>

¹⁵ 15va Disposición Complementaria, Transitoria y Final del referido reglamento.

Es importante señalar que la doctrina especializada ha sido clara en evidenciar que esta norma constituye una excepción inconstitucional al derecho a la consulta previa. Véase:

✓ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *¿Se deben consultar construcción de servicios públicos en territorio de PPII?* SERVINDI. Disponible en: <https://www.servindi.org/actualidad-opinion/24/01/2016/se-debe-consultar-la-construccion-de-servicios-publicos-en-territorios>

La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2012, pág. 340 y 341.

✓ TAIPE ANCHIRAICO, Samanta. *¿Los proyectos de infraestructura de servicios públicos deben someterse también a la consulta previa?* PARTHENON. Disponible en: <http://www.parthenon.pe/editorial/los-proyectos-de-infraestructura-de-servicios-publicos-deben-someterse-tambien-a-la-consulta-previa/>

✓ CASTILLO, Pedro: *Reglamento de la Ley de Consulta: de buena a poquita fe.* CEPES. Disponible en: <https://cepesrural.lamula.pe/2012/05/07/reglamento-de-la-ley-de-consulta-de-buena-a-poquita-fe/cepesrural/>

✓ WIENER RAMOS, Leonidas. *El Proceso de Reglamentación de la Ley de Consulta Previa: Diálogo de Sordos.* En *Derecho y Sociedad* N° 39, Lima, 2012, pág.214.

¹⁶ La CIDH ha cuestionado este tipo de normas, tomando como ejemplo al caso peruano. Así, reseñando la existencia de proyectos viales dentro de territorios de PIACI en Ucayali y Madre de Dios, que son impulsados por leyes de “necesidad pública”, la CIDH ha señalado que estas situaciones “(...) reflejan la problemática de establecer excepciones de interés público para la protección efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario.” Véase: Informe CIDH “Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas”, 2013. párraf. 99.

¹⁷ Un ejemplo de los límites de esta ley es la opinión técnica vinculante sobre la exploración y explotación de recursos naturales prevista por el artículo 35° del Reglamento de la Ley N° 28736, Decreto Supremo N° 8-2007-MINDES. Esta opinión, a cargo del Ministerio de Cultura, solo se aplica a reservas indígenas. Si bien la 1era Disposición Complementaria Final de ese reglamento permite extender estos mecanismos de protección a los PIACI no reconocidos oficialmente, esto se aplica en la medida de que estén incorporados dentro de un proceso de categorización.

Además, a diferencia de la “Emisión de Compatibilidad” en el caso de las Áreas Naturales Protegidas, la opinión vinculante del Ministerio de Cultura no se realiza previamente al desarrollo de actividades conducentes al otorgamiento de

Si los procedimientos que aseguran la operatividad idónea de la Ley N° 30723 presentan falencias gravitantes, ¿cómo asegurar que sus efectos inmediatos no originen afectaciones a los territorios de PIACI y las ANP? Esto es importante, pues ya hay antecedentes de construcción de carreteras dentro de la Amazonía que han sido impulsados de facto, al margen del cumplimiento de la normativa nacional e internacional, así como de los requerimientos técnicos, financieros y ambientales mínimos. Una ley que impulse “trochas carrozables”, sin claridad acerca de su ámbito ni su alcance, podría ser la cobertura legal que necesitaban estos proyectos para poder validarse y legitimarse.