Análisis de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) sobre la sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra varios artículos de la Ley 30230, que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país

SPDA

Edición:
Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Autores:
Isabel Calle, Carol Mora, Silvana Baldovino, Jean Pierre Araujo y José Luis Capella

Colaboración:
Bruno Monteferri, Alfredo Gálvez, Katherine Sánchez y Melissa Sánchez

Diagramación:
Juan Ignacio Sarmiento

Cita sugerida:

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA (2020). *Análisis de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) sobre la sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra varios artículos de la Ley 30230, que establece medidas tributarias, simpli icación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.* Lima: SPDA.

Se prohíbe la venta total o parcial de esta publicación, sin embargo, puede hacer uso de ella siempre y cuando cite correctamente a los autores.

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental Presidente:
Jorge Caillaux
Directora ejecutiva: Isabel Calle
Av. Prolongación Arenales 437, San Isidro, Lima
Teléfono: (+51) 612-4700
www.spda.org.pe

La Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) es una asociación civil sin ines de lucro que, desde su fundación en 1986, se ha consolidado como una de las organizaciones más reconocidas y especializadas del Perú en la promoción de políticas y legislación ambiental.

1. CONTEXTO

Luego de la crisis económica global del 2009, la economía mundial pudo mostrar recién un moderado crecimiento (3.0%) en el período 2012-2016. Este período de recuperación se caracterizó por el escaso aumento de la productividad: una marcada desaceleración en el crecimiento de China, y una América Latina tratando de superar la fuerte caída de la inversión y el consumo. (INEI: 2017, 13) [1].

Para el Perú, la crisis del 2009 impactó considerablemente en nuestro PBI, registrándose solo un crecimiento del 1,1%, una cifra bastante austera, si tomamos en cuenta los niveles de crecimiento del PBI en los años 2007 (8,5%) y 2008 (9,1%). Entre el 2010 y 2013, nuestra economía siguió en proceso de recuperación y crecimiento, a decir de los resultados del PBI, el cual mostró factores de crecimiento en ese período de 8,3%, 6,3%, y 5,9%. Para el año 2014, el PBI del Perú solo creció en 2,4%, año en el cual los sectores extractivos, transformación e importación fueron los más afectados. (INEI: 2019, 11) [2].

Cuadro Nº 1
PERÚ: OFERTA Y DEMANDA GLOBAL 2007 - 2019
(Variación porcentual del índice de volumen físico)
Año Base 2007=100

Oferta y Demanda Global	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016P/	2017P/	2018E/	2019E/
Producto Bruto Interno	8,5	9,1	1,1	8,3	6,3	6,1	5,9	2,4	3,3	4,0	2,5	4,0	2,2
Extractivas	4,1	7,9	0,5	1,3	2,8	1,8	4,3	-1,4	6,9	9,0	3,4	1,9	0,2
Transformación	11,9	10,5	-3,2	12,0	7,0	5,3	6,5	-0,2	-2,3	-0,9	1,1	5,6	-0,7
Servicios 1/	9,0	9,1	3,0	9,5	7,3	7,8	6,1	4,4	4,1	4,1	2,7	4,1	3,6
Importaciones	21,3	25,0	-15,9	26,6	13,6	10,0	2,9	-1,0	1,0	1,6	7,1	3,3	1,3
Oferta y Demanda Global	10,8	12,2	-2,6	11,7	7,9	7,0	5,2	1,6	2,8	3,4	3,5	3,8	2,0
Demanda Interna	12,3	13,7	-2,4	14,5	8,6	8,1	6,7	3,0	2,4	1,5	2,1	3,8	2,4
Consumo Final Privado	8,6	8,9	3,1	9,1	7,2	7,4	5,7	4,2	4,0	3,7	2,6	3,7	3,0
Consumo del Gobierno	4,3	4,8	12,1	3,9	7,4	8,3	7,5	6,5	8,0	5,2	3,3	2,7	4,5
Formación Bruta de Capital	28,6	31,1	-20,2	35,8	12,2	9,5	8,5	-1,1	-3,6	-5,8	0,0	4,7	-0,3
Formación Bruta de Capital Fijo	22,7	27,8	-3,4	21,9	9,9	14,9	5,4	-2,0	-7,2	-4,5	1,3	4,7	2,9
Público	20,4	33,7	29,7	16,3	-11,3	19,8	12,3	1,1	-5,7	0,1	-3,9	6,5	-0,8
Privado	23,2	26,5	-11,0	23,7	16,6	13,7	3,6	-2,9	-7,6	-5,8	2,9	4,2	4,0
Exportaciones	6,7	7,8	-3,3	3,2	5,5	3,1	-0,6	-3,8	4,3	11,8	8,8	3,9	0,5

1/ Incluye impuestos.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

En un contexto de preocupación por las proyecciones macroeconómicas del año 2014, el 12 de julio de 2014 se publicó, en el Diario Oficial El Peruano, la Ley 30230, "Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país".

1 Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI. Panorama de la Economía Peruana 1950 – 2016, año base 2007. Lima, mayo 2017. P. 150. Consultado el 19 de junio de 2020. En: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1424/libro.pdf

2 Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI. Panorama de la Economía Peruana 1950 – 2019, año base 2007. Lima, abril 2010. P. 139. Consultado el 19 de junio de 2020. En: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1726/Libro.pdf

La Ley 30230 estableció medidas tributarias, simpli icación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país promulgado en julio de 2014. Esta Ley fue parte de un paquete de proyectos legislativos presentados por el Gobierno peruano al Congreso de la República a in de reactivar la economía. Entre las medidas administrativas establecidas a in de promover la inversión en materia ambiental, se consideraron i) la creación de un régimen excepcional y temporal, de 3 años, que limitó la imposición de multas administrativas a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA); ii) la modi icación en el establecimiento de áreas naturales protegidas por resolución ministerial; y, iii) procedimientos especiales para el saneamiento físico legal para proyectos de inversión pública y privada, entre otros temas en materia tributaria, etc.

La serie de medidas introducidas por la Ley 30230, de acuerdo a lo manifestado por el gobierno, buscaron generar un impulso agresivo en las inversiones a in de dinamizar la economía. **En nuestra opinión, por lo tanto, el impulso económico que requería el país habría sido ponderado por encima de aspectos como: la supervisión y iscalización ambiental, el ordenamiento territorial y la seguridad jurídica de los pueblos indígenas sobre sus tierras,** como trataremos de explicar a continuación.

En esta coyuntura adversa para el sector ambiental, el Gobierno Regional de San Martín presentó una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 19º al 23º de la Ley 30230, el 30 de septiembre de 2014, la cual fue registrada con el expediente 003-2015-PI/TC. Posteriormente, el 9 de abril de 2015, un conjunto de la ciudadanía interpuso otra demanda de inconstitucionalidad contra los artículos antes mencionados y otros (especí icamente los artículos 19º al 23º, 36º al 51º, 57º, y Tercera disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230).

Habiendo transcurrido más de cinco años y ocho meses desde la interposición de la primera demanda de inconstitucionalidad, el pasado 12 de junio de 2020, el Tribunal Constitucional emitió sentencia (acumulando los dos expedientes), luego de que algunos plazos previstos en la Ley 30230 para limitar el ejercicio de la potestad sancionadora, y que motivaron las demandas de inconstitucionalidad, ya habían vencido (en adelante la “Sentencia”).

Tuvieron que transcurrir más de cinco años y ocho meses desde la interposición de la primera demanda contra la Ley 30230, para que el Tribunal Constitucional resuelva la presunta contravención a la Constitución Política de 1993. **Desde una perspectiva de acceso a la justicia ambiental, considerando los impactos generados por la implementación de la Ley 30230 (en especial respecto del Artículo 19º cuyos efectos jurídicos concluyeron en julio 2017), reviste especial preocupación el tiempo que ha tomado el Tribunal Constitucional para ejercer su rol de supremo intérprete de la Constitución y titular del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.**

Cuando hablamos de justicia ambiental, una de sus dimensiones más relevantes es el derecho que tiene la ciudadanía de exigir ante los tribunales administrativos o jurisdiccionales que se emita un pronunciamiento oportuno y de acuerdo a derecho, que resuelva un aparente con licto de relevancia jurídico ambiental.

Para el caso de las acciones de inconstitucionalidad, reviste vital importancia la oportunidad en la cual el Tribunal Constitucional emite sentencia, en tanto carece de efectos retroactivos, es decir, todos los actos amparados (otorgamiento de derechos, determinación de incumplimientos, incentivos perversos u otro) en la norma presuntamente inconstitucional son válidos, aún cuando estos puedan afectar el derecho a gozar de una ambiente sano y saludable de la ciudadanía. A ello debemos añadir, que en los procesos de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares (art. 105º Código Procesal Constitucional).

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 107º y 108º del Código Procesal Constitucional, una vez admitida la demanda, se otorgan 30 días para la contestación; vencido el plazo, el Tribunal debe emitir resolución dando cuenta de la contestación o declarar la rebeldía de quien fuera la persona emplazada. En esa misma resolución, se debe señalar fecha para la vista de la causa dentro de los diez días útiles siguientes. Una vez realizada la vista de la causa, el Tribunal Constitucional cuenta con 30 días para emitir sentencia.

Debemos señalar, además, que la demora en resolver las acciones de inconstitucionalidad contra leyes nacionales con relevancia ambiental ha ido incrementándose a lo largo de los últimos 20 años, tal como se muestra a continuación:

Cuadro Nº 02
Acciones de Inconstitucionalidad contra leyes nacionales de relevancia ambiental resueltas por el Tribunal Constitucional (2004 - 2020)

Nº	Expediente	Ley impugnada	Artículos	Interposición de la demanda	Fecha de la Sentencia	Tiempo total (días calendario)	Fallo	Enlace
1	048-2004-PI/TC	Ley Nº 28258, Ley de Regalía minera. (1)	1, 2, 3, 4, y 5.	23/06/2004	01/04/2005	282	Infundada	https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf
2	025-2009-PI/TC	Ley Nº 29338, Ley de Recursos Hídricos. (2)	Todos.	26/06/2009	17/03/2011	629	Infundada	https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2009-AI.html
3	011-2015-PI/TC	Ley Nº 30190, Ley que modifica el Decreto Legislativo Nº 1059, Ley General de Sanidad Agraria. (2)	7, 55, 63, 103, 105 y 139 inc. 2.	08/04/2015	05/11/2019	1672	Infundada	https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00011-2015-AI.pdf
4	003-2015-PI/TC 012-2015-PI/TC	Ley Nº 30230, Ley que que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. (2)	19 al 23, 36 al 51, 57, Tercera Disposición Complementaria Derogatoria.	30/09/2014	12/06/2020	2082	Infundada	https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00012-2015-AI.pdf

Fuente: 1 https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?tema=derecho_al_medio_ambiente_equilibrado&action=categoria
2 Búsqueda SPDA
Elaboración propia

Se evidencia que cada vez el Tribunal Constitucional ha venido tomando mayor tiempo en resolver aquellas acciones de inconstitucionalidad contra leyes con relevancia ambiental, desde la revisión de la Ley 28258, Ley de regalía minera (282 días calendarios), hasta llegar al caso actual de la Ley 30230 (2082 días calendario). A nivel de tiempo, la definición de la inconstitucionalidad de la Ley 30230, ha sido 9 veces más larga que el que tomó para resolver la inconstitucionalidad de la Ley 28258.

Como hemos señalado anteriormente, la construcción de un sistema que reconozca la importancia de la justicia ambiental debe asegurar la existencia de las vías idóneas para que los ciudadanos acudan y exijan la resolución de sus conflictos ambientales ante las autoridades administrativas y/o jurisdiccionales, a fin de que ellas se pronuncien de manera justa y oportuna.

Tal y como hemos revisado, no se trataría de un problema con la regulación procedimental, pues la Ley 28237 que establece el Código Procesal Constitucional, determina plazos razonables para la tramitación y resolución de los procesos de inconstitucionalidad. Apreciamos entonces, que el Tribunal Constitucional no solo ha emitido una sentencia bastante controversial en este caso, por el fondo, sino que además el tiempo utilizado para emitir su pronunciamiento definitivo, no guarda relación con su rol constitucionalmente otorgado.

2. INTRODUCCIÓN

Desde la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) consideramos imprescindible revisar y reflexionar sobre determinados aspectos de la Sentencia tales como la a) la moratoria a la fiscalización ambiental del OEFA entre el 2014 y el 2017: artículo 19º de la Ley 30230; b) la creación de Zonas Reservadas: artículo 20º de la Ley 30230; c) ordenamiento territorial, su carácter y limitaciones, así como su rectoría: artículo 22º de la Ley 30230; y d) seguridad jurídica de los territorios de los pueblos indígenas del Perú.

Con el presente documento la SPDA busca contribuir al desarrollo sostenible del país desde la reflexión jurídica de los temas citados en el párrafo precedente. Tenemos seguridad de la trascendencia y oportunidad de este debate en un contexto de reactivación post pandemia (el decrecimiento del PBI entre 2018 y 2019 fue casi similar al del 2013 y 2014), en el cual debemos asegurar que, pese a la premura y emergencia que demanda la actual crisis, no volvamos a flexibilizar determinados estándares institucionales ya logrados.

3. SOBRE LA MORATORIA A LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL DEL OEFA ENTRE EL 2014 Y EL 2017: ARTÍCULO 19° DE LA LEY 30230

3.1. El régimen de excepción a la potestad sancionadora en materia ambiental

El Tribunal Constitucional resuelve declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad en el extremo del artículo 19º de la Ley 30230. Es importante tener en cuenta que el periodo de vigencia del régimen de excepción a la potestad sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) tuvo una vigencia de tres años, culminando sus efectos en julio de 2017.

Sin perjuicio de ello, y aunque al parecer el criterio de la temporalidad es para dicho colegiado un argumento a favor de la constitucionalidad de la norma –consideramos que ello no nos exime de plantearnos el debate sobre la idoneidad de este artículo–, mediante el cual se limitó el accionar del OEFA, disponiéndose que su facultad de imponer sanciones solo era posible en supuestos excepcionales más gravosos. Para efectos constitucionales concordamos con el voto singular del magistrado Eloy Espinosa-Saldaña cuando señala que estamos ante un escenario de sustracción de la materia debido a la pérdida de los efectos jurídicos del Artículo 19º; **pero repetimos, nos parece esencial analizar los argumentos que recogen la mayoría de los magistrados de nuestro actual órgano colegiado a in de poder avizorar que nos espera –en términos de justicia constitucional– un escenario de reactivación económica pensado en la lexibilización o relajación del marco institucional ambiental. Si insistimos en pensar en lo ambiental como algo marginal o residual al desarrollo económico habremos aprendido muy poco sobre esta crisis.**

Recordemos que el artículo 19º de la Ley 30230 estableció con un sombrero de “privilegio de prevención y corrección de conductas infractoras”. que **durante tres años contados desde la vigencia de la Ley, el OEFA solo tramitaría procedimientos sancionadores excepcionales. De esta manera, si la autoridad administrativa declaraba la existencia de una infracción, solo ordenaría la realización de medidas correctivas** destinadas a revertir la conducta infractora, y suspendería el procedimiento sancionador excepcional, reanudándose este solo si se comprobara el no cumplimiento de la medida correctiva correspondiente; es decir, si se daba un doble incumplimiento.

Asimismo, se estableció que, durante el periodo de esos 3 años, las sanciones a imponerse por las infracciones no podrían ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones, considerando los atenuantes y/o agravantes correspondientes. Esta excepción no aplicaba si estábamos ante infracciones tipificadas como muy

graves que generaban daño real y muy grave a la vida y salud de las personas, actividades ilegales e informales; es decir, aquellas que se realizaban sin contar con los instrumentos de gestión ambiental aprobados previamente o los supuestos de reincidencia con el criterio de antigüedad de 6 meses entre una y otra sanción firme.

3.2. ¿Qué nos dice el Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del artículo 19º de la Ley 30230 y por qué discrepamos de sus argumentos?

- El Tribunal Constitucional señala que "la fórmula contenida en el dispositivo materia de impugnación no encierra en sí misma un tratamiento que pueda considerarse arbitrario o inconstitucional, sino que al revés de ello apunta a estructurar un modelo de comportamiento razonable en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración" y agrega "en efecto, no se trata de postular que el Estado, a través de sus organismos competentes tenga que necesariamente castigar como consecuencia inmediata de un comportamiento indebido o contrario a la ley, sino que se otorgue la posibilidad de adoptar medidas correctiva n de que estas puedan ser cumplidas antes de utilizar el máximo poder que se ostenta y que no es otro que el sancionador".

  Al respecto, nuestro tribunal adelanta esta reflexión sin considerar dos aspectos importantes: a) el carácter preventivo de la gestión ambiental que está vinculado no solo con la oportunidad en que se aplican los instrumentos y las medidas, sino también con la naturaleza de las mismas en tanto lo que se persigue, de forma enfática, es evitar el daño ambiental y b) las características particulares del bien jurídico protegido con el derecho ambiental esto es el ambiente, la salud y vida de las personas, bienes que aunque muestran altos niveles de resiliencia sufren muchas veces daños irremediables e irreversibles debido a las presiones acumuladas y gravosas a los que son sometidos.

  Entonces, ¿cuál es dicho comportamiento razonable esperado del que habla el órgano colegiado? Pues desde nuestro punto de vista un comportamiento razonable es acogerse al ordenamiento jurídico previsto *a priori*, cumplir las condiciones ambientales impuestas contenidas en los instrumentos de gestión ambiental que los propios operadores presentaron y sometieron a aprobación, gestionar reformas a las actividades económicas con la viabilidad ambiental, resarcir y remediar oportunamente accidentes o emergencias ambientales que pueden darse pues los comportamientos –efectivamente– no son perfectos.

- Ahora bien, el Tribunal Constitucional hace referencia a que a los administrados se les otorgue la posibilidad de adoptar medidas correctivas por sus incumplimientos, y tal vez ahí estamos ante un problema de origen. **En primer lugar, las medidas correctivas no son una posibilidad que**

reposa en manos de los administrados, sino un deber de imposición de la autoridad en búsqueda de remediar los efectos de la ilegalidad y, segundo, las medidas correctivas son perfectamente concurrentes y compatibles con las sanciones administrativas, por el simple hecho de que persiguen objetivos distintos en las esferas de los administrados. Efectivamente, cuando hablamos de sanción estamos ante un mal jurídico que se le impone a los administrados como una suerte de castigo, pero dicho castigo no debe ser impuesto ciegamente y por ello la potestad sancionadora es una actividad del Estado altamente reglada y tampoco es cierto que el castigo como tal no tenga mayores efectos a nivel de sistema. Como señala el maestro Rebollo Puig "las sanciones tienen una finalidad como la tienen las penas. Aquí también se puede decir que las sanciones administrativas son útiles como sistema de respaldo o tutela del ordenamiento pues sirven para prevenir infracciones futuras y, así, aunque sea de manera indirecta, proteger los intereses públicos confiados a la Administración". Es decir, en el sentido más directo, efectivamente la sanción tiene una finalidad retributiva y aflictiva, y en sentido indirecto persigue objetivos de evitación futura.

- Desde la SPDA, coincidimos en que el único camino hacia el cumplimiento del ordenamiento jurídico no descansa en la persecución, represión y el castigo jurídico; pero sí está comprobado que despojar al OEFA de una función esencial (no la única) en busca de la disuasión o disminución de infracciones no fue la receta. Solo entre el 2014 y 2017, se dio incremento porcentual de la comisión de conductas infractoras ya que el camino no pasaba por aligerar el poder público de una autoridad sino por establecer un régimen razonable que promueva el cumplimiento, que premie el sobrecumplimiento y que persiga y castigue el desacato, la impunidad no promueve mejores conductas de desempeño ambiental, solo nos deja un escenario de desatención y ausencia del Estado que queda habilitado a operar solo cuando ocurrió el daño ambiental.

  En efecto, el propio OEFA llegó a concluir que "el nuevo régimen de scalización que se había promovido mediante la aplicación del artículo 19° de la Ley 30230, no respondía en modo alguno a un enfoque disuasivo, pues no incentivaba la no comisión de la infracción, siendo el potencial resultado totalmente contrario, por cuanto el costo de incumplir para el administrado se reducía signi cativamente al restringirse únicamente al costo de cumplir la medida correctiva cuya imposición es además probabilística (debido a que no todas las infracciones son detectadas por la autoridad administrativa) [3]".

  Así, por ejemplo, se evidenció un incremento de infracciones administrativas luego de publicada dicha ley en cada uno de los sectores bajo competencia del OEFA [4].

3 Informe N° 553-2016-OEFA/OAJ, Informe sobre el Proyecto de Ley N° 269/2016-CR "Ley que recupera las facultades sancionadoras del Organismos de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. p. 6.

4 Ibídem. P. 9.

Porcentaje de incumplimientos materia de procedimiento administrativo sancionador		
Sector	**Antes de la Ley N° 30230**	**Después de la Ley N° 30230**
Electricidad	4%	33%
Hidrocarburos mayores	24%	71%
Industria	0%	86%
Minería	10%	37%
Pesquería	2%	76%

Fuente: OEFA, 2016

- Más adelante, el Tribunal Constitucional señala que no debe ignorarse que toda política pública, más allá de los intereses o bienes que resguarde, debe cumplir una finalidad pedagógica y que ello no se logra colocando sanciones únicamente, sino fomentando comportamientos adecuados y estableciendo fórmulas intermedias que solo de ser desacatadas es que puedan legitimar una acción radical y definitiva. Desde la SPDA coincidimos en que la razonabilidad y proporcionalidad en el actuar de la administración pública son principios que deben orientar permanente sus intervenciones, no solo respecto de la etapa reglamentaria sino especialmente respecto de las fases de supervisión y fiscalización ambiental. No buscamos que decisiones a ciegas aquejen a los administrados ya que ello no nos asegura mejores niveles de desempeño ambiental y puede terminar vulnerando sus derechos y garantías más esenciales.

  Podríamos ampliar considerablemente el debate si analizamos la no reciente noción o enfoque responsivo de la potestad sancionadora que propone un tratamiento alternativo a la sanción para asegurar adecuados niveles de cumplimiento por parte de quienes son agentes pero no es objeto del presente documento. Desde la SPDA, consideramos que existen fórmulas y manifestaciones de dicho enfoque que bien la autoridad viene implementando y que se dan a través de medidas como una tipificación razonable de infracciones y sanciones, con la imposición de medidas previamente regladas y bajo el cálculo predecible de multas, a través de la previsión de eximentes de responsabilidad frente a supuestos menos gravosos; tenemos el hecho de que la etapa de supervisión y fiscalización justamente están separadas y recaen en distintas instancias y que se admita la subsanación voluntaria en una etapa estratégica de la supervisión ambiental. El OEFA y las entidades de fiscalización ambiental están habilitadas además a interponer mandatos de carácter particular que pueden acompañar o no un procedimiento administrativo sancionador; es decir, el OEFA no solo sanciona, pero debe poder hacerlo cuando resulte necesario, la autoridad debe tener habilitadas las medidas y medios necesarios para aplicar proporcional y gradualmente las formas de intervención estatal que considere apropiadas.

Lo que es cierto es que el ordenamiento jurídico no es perfecto, su aplicación técnica puede resultar inviable o excesivamente onerosa, el marco normativo también es muchas veces confuso y las fuentes de las obligaciones fiscalizables pueden devenir en poco claras, pero insistimos en que la fórmula ante estas fallas no radica en despojar a la autoridad de su poder público punitivo y aún menos so pretexto de dinamizar la inversión privada. La noción responsiva en la fiscalización ambiental debe ser compatible con el interés público y el bien jurídico que se ostenta proteger.

El camino hacia el cumplimiento voluntario y natural de los agentes debe ir de la mano con una institucionalidad fortalecida. Ensayar ese camino voluntario de la mano con la impunidad no ha traído buenos resultados.

- Asimismo, consideramos que con esta mirada sesgada de la fiscalización ambiental, el Tribunal Constitucional actúa como si no existiese un Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), a través del cual, los titulares de actividades económicas que generen impactos significativos al ambiente, deben planificar e implementar, previamente al desarrollo de sus actividades, un instrumento de gestión ambiental que identifique, prevenga, mitigue o restaure aquellas posibles alteraciones al ambiente o a los recursos naturales. En ese orden de ideas, toda actividad económica antes del inicio de actividades debe cumplir de manera obligatoria con obtener la certificación ambiental sectorial respectiva. La certificación ambiental contiene, entonces, todos aquellos requisitos y obligaciones que asegurarán una gestión adecuada de los impactos negativos que pudiese generar la actividad económica.

  De esa manera, toda actividad económica, previamente a su ejecución conoce los posibles impactos que generaría, así como las medidas de prevención, mitigación o restauración. Es en esta etapa y en base al principio de internalización de costos cuando el administrado comprende los alcances de sus obligaciones con el Estado, y se compromete a desarrollar una serie de acciones para asegurar la sostenibilidad de su actividad.

  Una vez iniciada la actividad, el rol del Estado es monitorear el cumplimiento de las obligaciones ambientales asumidas, y es a partir de allí que se despliegan las acciones de fiscalización ambiental en sentido amplio, las cuales incluyen una etapa de supervisión, luego de la cual, de existir indicios de conductas antijurídicas, podrá activar el inicio del ejercicio de la potestad sancionadora (investigación, determinación de responsabilidad, sanciones y

medidas correctivas). Entonces, el administrado no llega a la etapa de scalización ambiental desconociendo la regulación ambiental y sus obligaciones, sino que la propia existencia del SEIA, constituye en sí misma esta etapa de aprendizaje que señala el Tribunal Constitucional.

- Finalmente, señala el Tribunal Constitucional, que la moratoria a la potestad sancionadora del Estado no se dio de manera integral. Efectivamente, la moratoria no se aplicaba para supuestos de reincidencia, cuando la comisión de la infracción produjera daño real o concreto al ambiente y vida y salud de las personas y para la ejecución de actividades sin instrumento de gestión ambiental aprobado, o sea para las actividades ilegales o informales. Todos esos supuestos no constituyen solo medidas más gravosas, sino que representan situaciones límites donde el nivel de exposición al riesgo de los bienes jurídicos protegidos ya es intolerable; entonces, la pregunta es: ¿debemos esperar llegar a dichos escenarios límite para que el Estado quede habilitado a sancionar?

4. SOBRE LA CREACIÓN DE ZONAS RESERVADAS: ARTÍCULO 20º DE LA LEY 30230

De conformidad con los artículos 7° y 13° de la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, podrán establecerse de forma transitoria Zonas Reservadas, en aquellas áreas que, reuniendo las condiciones para ser consideradas como áreas naturales protegidas, requieren la realización de estudios complementarios para determinar, entre otros, la extensión y categoría que les corresponderá como tales. De ello se desprende que la naturaleza jurídica de las Zonas Reservadas es de constituir áreas naturales protegidas transitorias y de carácter técnico-científico, mas no constituyen áreas naturales protegidas definitivas *per se*, en tanto tienen como fin complementar la información técnica a través de estudios específicos, y llevar a cabo procesos políticos legales y sociales involucrando actores públicos y privados para definir una categoría de área natural protegida consensuada en el futuro. Asimismo, el establecimiento de Zonas Reservadas se ampara en el Principio Precautorio[5] orientado en la conservación de la diversidad biológica de dichos espacios.

En el artículo 20º, de la Ley 30230 se modifica el artículo 7º de la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, determinándose con este cambio que las Zonas Reservadas se establecen con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros por Decreto Supremo, mas no con Resolución Ministerial como se venían estableciendo con anterioridad a la promulgación de la mencionada norma.

Este artículo es impugnado por considerar que el mismo debilita la institucionalidad ambiental, al establecer que el reconocimiento de estas se estaría basando en criterios políticos y no técnicos ambientales, que eran los que definían el proceso. En la etapa referente a la contestación de la demanda, el Congreso de la República precisa que no considera alteración alguna de los criterios técnicos ambientales, ya que los requisitos para el establecimiento de las Zonas Reservadas siguen siendo los mismos que establece la Ley de Áreas Naturales Protegidas y su Reglamento, antes de la modificatoria.

En su análisis, el Tribunal Constitucional estima que el hecho de crear Zonas Reservadas mediante aprobación del Consejo de Ministros **no implica una afectación al derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, resaltando que con esta nueva fórmula se deja de lado la visión sectorial para dar una visión más amplia de coordinación intersectorial, transparentando así la posición del Poder Ejecutivo respecto de la creación de estas áreas.**

El colegiado concuerda, además, con la argumentación del Congreso de la República, sobre la posición de que mantiene el espectro técnico para la toma de decisiones, ello sobre la base de lo establecido en el expediente justificatorio. Precisando, además, que la Constitución Política

5 Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza cientí ca absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas e caces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

del Perú no indica que el voto del Consejo de Ministros debe ser unánime sino en mayoría, desestimando el criterio político o el argumento de que la negativa de uno u otro ministerio limita el establecimiento de estas áreas, desestimando así la alegación realizada contra el artículo 20º de la Ley 30230.

4.1. ¿Qué nos dice el Tribunal Constitucional sobre este tema y por qué discrepamos de sus argumentos?

- Consideramos necesario mencionar y ratificar que la Ley 30230 debilitó la institucionalidad del Ministerio del Ambiente (Minam), al modificar el instrumento normativo por el cual se establecen las Zonas Reservadas. El establecimiento de las Zonas Reservadas, mediante Resolución Ministerial, responde a una de las competencias del Minam en su estricto ámbito, como rector para la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, y la puesta en valor de la diversidad biológica, siendo este quien debe determinar a través de sus brazos técnicos los espacios naturales que requieren protección; ello, generando mediante este proceso previo y participativo, los estudios técnicos para la determinación de los valores ecológicos, sociales y culturales de los mismos.

- Si bien es acertado afirmar que los requisitos técnicos no se han reducido, tal como argumenta el colegiado, **sí se ha producido un cambio determinante en las etapas, ya que el proceso se inicia con el cambio desde la base de una discusión política como es el Consejo de Ministros, ello partiendo de intereses sectoriales para la asignación de derechos y para la gestión del territorio, y no desde el espectro técnico sectorial**, que se daba en el Minam, respondiendo a su especialidad. Ello se refleja en que, posteriormente a la promulgación de la mencionada Ley, el Minam no estableció Zona Reservada alguna[6].

6 Ver listado de áreas naturales protegidas: https://www.sernanp.gob.pe/documents/10181/165150/Listado+ANP+03.03.2020.pdf/47f-02d7d-ee04-4e82-8c64-1d41668c92ff

5. SOBRE EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL, SU CARÁCTER Y LIMITACIONES, ASÍ COMO LA RECTORÍA

El artículo 22º de la Ley 30230 dispuso y reconfirmó la interpretación jurídica respecto a que el ordenamiento territorial (OT) es solamente un **proceso político y técnico de carácter orientador** para la ocupación ordenada y uso sostenible del territorio. Agregó que tanto el OT, como la zonificación económica ecológica (ZEE), **no asignan usos ni los excluyen**. Finalmente, reafirma que, en el marco del Consejo de Ministros, se aprueba la Política Nacional de Ordenamiento Territorial, con el voto aprobatorio de sus miembros.

En primer lugar, como opinó la SPDA en oportunidades pasadas[7], el primer problema con este artículo tiene que ver con las limitaciones expresas de índole legal que reafirma el artículo con las frases literales: "ni asignan usos, ni exclusiones de uso" y al mencionar que se trata de un proceso político/técnico solamente orientador, evitando cualquier mención a acápites como los contenidos en la Ley General del Ambiente (LGA):

> (i) "(…) que **condicionan la asignación de usos territoriales y la ocupación ordenada del territorio.**" (artículo 19.2 LGA).
>
> (ii) "(…) **racionalizar las intervenciones** sobre el territorio y orientar su conservación y aprovechamiento sostenible." (artículo 20º LGA)

En cambio, el artículo 22º dispuso dos elementos que ya eran de bastante consenso, en el sentido que el OT:

> (i) No asigna usos: Obviamente no podría hacerlo dado que no se trata de una herramienta de otorgamiento de títulos habilitantes o derechos sobre el uso de los recursos naturales o la tierra (como podría ser una concesión).
>
> (ii) No excluye usos: Con lo cual busca aclarar que mediante el OT no se pueden establecer zonas de exclusión de derechos o limitación de estos. Es decir, indica que cualquier derecho existente, otorgado de acuerdo con un marco legal sobre el uso de la tierra o los recursos naturales, no podría ser excluido en virtud al OT.

Con ello, creemos, más allá de motivar la aclaración necesaria que no otorgaba derechos o excluía estos, se debilitó la fuerza legal del OT como instrumento que pudiera incluirse dentro de

7 Ver numeral 4 del Policy Brief "Ley 30230 - Efectos para la institucionalidad ambiental y la tenencia de la tierra en Perú" (pp. 5): "La Política del Ordenamiento Territorial será aprobada no por el MINAM sino por el Consejo de Ministros": http://www.cifor.org/publications/pdf_ les/infobrief/5206-infobrief.pdf

procedimientos administrativos en donde se decidiera sobre la tierra y los recursos naturales, y en donde las decisiones públicas pudieran emplear de manera específica elementos provenientes del OT.

En segundo lugar, el artículo 22º de la Ley 30230 inició el debilitamiento de las facultades del Minam con relación al OT como instrumento del sector ambiental. En efecto, como hemos señalado, el entonces vigente artículo 3.3.c. del Reglamento de Organización y Funciones del Minam, Decreto Supremo 007-2008-Minam, disponía en la misma línea que el literal c) del artículo 7º del Decreto Legislativo 1013 , norma de creación del Minam, que correspondía a este como función específica vinculada al ejercicio de sus competencias el "establecer la política, los criterios, las herramientas y los procedimientos de carácter general para el ordenamiento territorial nacional, en coordinación con las entidades correspondientes, y conducir su proceso". Bajo dicha interpretación, la competencia se encontraba completamente en manos del Minam, pero con el artículo 22º de la Ley 30230 se dispuso que sería el Consejo de Ministros quien aprobaría la Política de OT con el voto del Consejo de Ministros.

Para la fecha en la que se promulgó la Ley 30230, el Minam había implementado aspectos regulatorios e implementado el OT en diferentes ámbitos, con resultados auspiciosos, pero también criticados por su alta burocracia y efectividad práctica. Sin embargo, en la modificación del Reglamento de Organización y Funciones del Minam, bajo la aprobación del Decreto Supremo 002-2017-Minam, se cambiaron dentro de las funciones específicas las competencias de ordenamiento territorial nacional, por aquellas de **ordenamiento territorial ambiental**. Con ello, se dejó una competencia otorgada mediante la Ley de creación del Minam, por una competencia sobre un instrumento que acotaba su impacto a los aspectos ambientales. Entonces, ¿qué habría pasado con el ordenamiento territorial nacional (sin el concepto de "ambiental")?

Mediante una norma de rango menor, recientemente (agosto de 2019) mediante Resolución de Secretaría General de la Presidencia del Consejo de Ministros 027-2019-PCM/SG, s e dispuso "Conformar la Unidad Funcional de Ordenamiento Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros". Entre sus competencias, indica, que está a su cargo "formular, proponer, coordinar, monitorear y evaluar las políticas en las materias de ordenamiento territorial y gestión del riesgo de desastres". Esta norma fue duramente criticada en virtud de que, además de ser considerada ilegal por ir en contra de la norma de creación del Minam, estaría consolidando la salida del ordenamiento territorial del ámbito competencial de dicho ministerio, para llevarlo a una entidad como PCM que no tendría la experiencia y capacidades para implementarlo, como tampoco la voluntad política para ello[8].

8 Ordenamiento territorial: entre la ilegalidad y la dispersión institucional. SERVINDI 2019. https://www.servindi.org/actualidad-opinion/15/08/2019/ordenamiento-territorial-en-el-peru-entre-la-ilegalidad-y-la

Desde SPDA[9] coincidimos en que las decisiones públicas que se han venido dando en torno al OT estarían debilitando sistemáticamente y vaciando de contenido una herramienta que podría servir para solucionar temas complejos del quehacer ambiental y sobre los recursos naturales, como son la posibilidad de compatibilizar el uso del territorio y los recursos naturales y prevenir o transformar adecuadamente los conflictos socioambientales con base en evidencia e información técnica. En manos del Minam, creemos, la herramienta de OT puede resultar ser un elemento articulador de políticas y decisiones públicas basadas en información relevante sobre el territorio y sus usos, considerando su vocación y uso actual, pero también los factores de interacción y dinámicas de poder que deberían también ser evaluadas integralmente.

Ahora bien, en este escenario, resulta importante analizar qué elementos nuevos trae la sentencia del Tribunal Constitucional para el estado de la situación sobre el OT y las competencias alrededor de este instrumento.

5.1. ¿Qué nos dice el Tribunal Constitucional sobre este tema y qué opinamos sobre su argumentación?

El Tribunal Constitucional, en virtud del petitorio demandante, analiza si es que las frases del artículo 22º de la Ley 30230, que establecen que el OT está “destinado a orientar” y que “no asigna usos ni exclusiones de uso” vulnera o contraviene el artículo 2.22 de la Constitución Política (derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida). La ciudadanìa se basan en una interpretación del artículo 11º de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (LOASRN) según la cual, indican, el OT debería asignar usos. La sentencia no entra a discutir los elementos vinculados a la competencia de Minam o PCM para la implementación de la política de OT o para la implementación del OT en el territorio.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional define el OT a partir de los conceptos de la Guía Metodológica para la Elaboración de los Instrumentos Técnicos Sustentatorios para el OT, aprobada por Resolución Ministerial 135-2013-Minam. Luego, a partir de la revisión de estos conceptos y su concordancia con las normas de ZEE, concluye el Tribunal Constitucional que “no es factible deducir que (…) el OT es una herramienta para asignar usos”. Luego, el Tribunal Constitucional reafirma el carácter meramente orientador del OT, indicado que este no tiene carácter decisorio, por lo que no se habría vulnerado la LOASRN. La sentencia también descarta una posible vulneración del artículo 2.22 de la Constitución Política, dado que, indica, el artículo 22º no implica que “las actividades de producción estén exentas de análisis ambiental o que se haya dado carta libre a incidir irrazonablemente en el derecho desarrollado por el artículo constitucional 2.22”.

9 https://www.actualidadambiental.pe/opinion-y-el-ordenamiento-territorial-ot-ay-siguio-muriendo/

Creemos que las conclusiones de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre este punto son débiles dado que no entran a dilucidar cómo se relaciona el OT con las modalidades de otorgamiento de derechos (usos) como títulos habilitantes o concesiones sobre recursos naturales, y la posibilidad de que el OT sirva para un mejor otorgamiento de derechos y prevenir superposiciones y/o conflictos.

El Tribunal Constitucional analiza y descarta a continuación la posibilidad de que el artículo 22º hubiera vulnerado competencias de gobiernos regionales y locales, en virtud de su relación con el ordenamiento territorial en base a la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades.

Otro argumento que merece la pena ser discutido (numeral 55 de la sentencia del Tribunal Constitucional) es aquel por el cual los demandantes indican que al quitarle la competencia de aprobar la política nacional de OT al Minam, "la dimensión ambiental pierde su carácter prioritario establecido en el Artículo 22 de la LGA". Consideramos que este argumento no es contestado en la sentencia del Tribunal Constitucional, sino que más bien en los numerales 66 al 71 se limita a repetir la relación entre la política nacional y la actuación de los gobiernos regionales. Más aún, preocupa que el numeral 66 de la sentencia no solamente se cite el Decreto Legislativo 1013, cuando para este momento este artículo ha quedado vaciado de contenido u operacionalización dado que, como hemos indicado líneas arriba, mediante el ROF de 2017 el Minam declinó de implementar el OT, pasando a solamente realizar un ordenamiento territorial ambiental.

Por los fundamentos y el análisis indicados, nos encontramos en desacuerdo con las conclusiones a las que arriba el Tribunal Constitucional con relación al artículo 22º, en virtud de que no entró a discutir el fondo sobre la importancia de la utilización del OT para los procesos decisionales, más allá de indicar que no asigna usos o excluye usos. Además, omite considerar el conflicto existente con las competencias conferidas a PCM en torno a OT y la declinación del Minam a solamente contar con un llamado ordenamiento territorial ambiental, cuestión que si bien es cierto no fue puesta en evidencia por los demandantes, sí era posible que sea materia de análisis por el colegiado por estar directamente asociado con dilucidar qué pasa con las competencias en torno a esta herramienta.

6. SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS TERRITORIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL PERÚ

Uno de los ejes de esta sentencia se vincula con una discusión jurídica desarrollada a través de amplia jurisprudencia de este colegiado: el derecho al territorio y a la consulta previa de los pueblos indígenas.

De acuerdo con lo señalado por este colegiado, la discusión busca responder, inicialmente, si (i) los artículos 36º al 51º, el artículo 57º y la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230 pueden afectar el derecho al territorio de los pueblos indígenas y pueden privarlos de la propiedad sobre estos, a pesar de su reconocimiento por el Convenio 169 de la OIT y la Constitución y, en consecuencia, debieron ser sometidos a consulta previa; (ii) si resultaba necesario salvar la constitucionalidad de estos artículos emitiéndose una sentencia interpretativa aditiva que incorpore un literal “c” en el artículo 37º de la cuestionada Ley, indicando que quedan excluidas de la aplicación de esta ley los territorios de las comunidades campesinas, nativas, y demás pueblos originarios.

La sentencia declara infundada la demanda contra los artículos 36º al 51º, incluyendo que su interpretación debe darse en el sentido de excluir de su aplicación a los territorios de pueblos indígenas. Al hacerlo, este colegiado considera que se estaría salvaguardando los derechos de los pueblos y las comunidades, reconocidos en la Constitución y el Convenio 169 de la OIT.

Finalmente, exhorta a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, así como a los gobiernos regionales, a debatir de forma participativa junto con las comunidades campesinas y nativas, propuestas de mejora de los procedimientos de titulación y demarcación de los territorios comunales.

6.1. El análisis constitucional de la sentencia

- Para determinar la constitucionalidad del artículo 36º de la Ley 30230, el colegiado interpreta dicho artículo a la luz de lo dispuesto en el artículo 14º del Decreto Supremo 019-2015-Vivienda, que aprueba el Reglamento de los Capítulos I, II y III del Título III de la Ley 30230, Ley que establece medidas tributarias, simpli cación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país (en adelante, el Reglamento), para garantizar la aplicación del Principio de Constitucionalidad. De dicho ejercicio interpretativo concluye que “el artículo 37 de la Ley 30230 permite considerar que los alcances de tal artículo excluyan de su mandato a los territorios de los pueblos indígenas”.

  Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Constitucional utiliza un mecanismo de interpretación para otorgarle contenido a una ley utilizando una norma de menor rango de forma retroactiva. El Decreto Supremo 019-2015-Vivienda es uno de los reglamentos en el marco de la Ley 30230 y fue publicado el 16 de diciembre de 2015; es decir, más de un año y medio después

de publicada la Ley 30230 (publicada el 12 de julio de 2014). Este instrumento considera en su artículo 14º que sus disposiciones no resultan aplicables a las "tierras" de las comunidades nativas, campesinas y reservas indígenas[10], especificando que en dichos espacios se aplican las normas especiales de la materia.

Pues bien, sobre la aplicación de una norma de menor rango, el colegiado afirma que, si bien estos no pueden dejar sin efecto una ley, es necesario interpretarla de forma conjunta con el reglamento para salvar su constitucionalidad (fundamentos 110 a 113). Así, un primer elemento que salta a la vista es que el Tribunal Constitucional no motiva de forma aparente su decisión en base a una "interpretación" cuyo método no precisa y que, adelantamos, no coincide ni con los métodos sistemáticos por comparación o por ubicación de la norma[11].

Decimos ello ya que el Reglamento no "esclarece" ni muestra la intención de la Ley 30230 y no lo podría hacer porque esta ley no incluye excepción alguna en el caso del artículo 37º. Por el contrario, en el artículo 14º del Reglamento se establece que dicha restricción se aplica únicamente a lo dispuesto en tal norma; es decir, son los procedimientos del reglamento los llamados a excluir a las "tierras" de las comunidades nativas, campesinas y reservas indígenas.

- A mayor abundamiento, esta restricción exceptúa de su aplicación a las tierras de las comunidades campesinas y nativas y a las reservas indígenas[12], señalando que estas se rigen por la normatividad de la materia, redacción que no incluye a las Reservas Territoriales, creadas en el marco del Decreto Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva; a las propuestas de áreas para Reservas Indígenas; a los pueblos indígenas que aún no han sido reconocidos bajo la figura de comunidad campesina o nativa; y, aquellos que pese a encontrarse reconocidos no cuentan con un título de propiedad sobre sus territorios. Así, es incorrecto aseverar que "las normas del reglamento no podrían ser aplicadas en el ámbito territorial de los pueblos indígenas", tal como lo hace el colegiado en su fundamento 110.

10 Artículo 14.- De la no aplicación del presente Reglamento a las tierras de las Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas y Reservas Indígenas
El presente Reglamento no es de aplicación a las:
14.1 Tierras de las Comunidades Campesinas.
14.2 Tierras de las Comunidades Nativas
14.3 Reservas Indígenas de acuerdo a lo dispuesto en el literal n) del artículo 3 del Reglamento de la Ley Nº 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, aprobado por Decreto Supremo Nº 008-2007-MIMDES.Las tierras antes citadas se rigen por la normatividad de la materia.

11 Sobre dichos métodos, Marcial Rubio Correa establece que el método sistemático por comparación con otras normas consiste en "(...) esclarecer el qué quiere decir la norma atribuyéndoles los principios y conceptos que quedan claros en otras normas y que no están expresados claramente en ella". Por su parte, respecto de el método sistemático por ubicación de la norma, "(...) su interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el conjunto, sub- conjunto, grupo normativo, etc., en el cual se halla incorporada, a n de que su qué quiere decir sea esclarecido por los elementos conceptuales propios de la tal estructura normativa".
Rubio, M. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Ponti cia Universidad Católica del Perú. Décima Edición, 2009, p. 267 y 270.

12 Reservas Indígenas de acuerdo a lo dispuesto en el literal n) del artículo 3 del Reglamento de la Ley Nº 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, aprobado por Decreto Supremo Nº 008-2007-MIMDES

Ninguna de estas variables ha sido considerada por el colegiado y, por el contrario, esboza argumentos peligrosos para la seguridad jurídica que permiten sustentar que, tácitamente, es viable modi car el contenido de la Ley 30230 a través de una norma con menor rango, vulnerando el principio que dicta que una norma continúa teniendo vigencia permanente hasta que otras normas de su mismo nivel las modi quen o deroguen[13].

- A mayor abundamiento, el colegiado omite pronunciarse sobre una característica adicional del reglamento: el mismo se emitió un año y medio después de la publicación de la referida ley.

  En efecto, el colegiado establece que no se habría producido afectación alguna aplicando lo dispuesto por el Reglamento; sin embargo, obvia especi car cuál es el criterio jurídico que sustenta la aplicación de forma retroactiva del artículo 14º del Reglamento. Al respecto cabe señalar que nuestra Constitución recoge como principio la aplicación inmediata de las normas siendo que precisa en su artículo 103° que solo surte efectos retroactivos en materia penal cuando favorece al reo[14]. Así, la aplicación retroactiva es una excepción en nuestro régimen legal por lo que su aplicación debe encontrarse debidamente motivada.

- Por otro lado, e incluso en el supuesto de entenderse debidamente aplicado el criterio de retroactividad, el Tribunal Constitucional presume que todas las disposiciones del Título III son normas que requerían de desarrollo reglamentario. Este ejercicio resulta importante si tomamos en consideración que las disposiciones de carácter autoaplicativas de dicho título se encontraban vigentes desde la publicación de la ley y, en consecuencia, eran de observancia obligatoria incluso antes de la promulgación del Reglamento.

  Si bien el principio de constitucionalidad nos exige presumir las normas jurídicas como constitucionales y declarar su inconstitucionalidad como última ratio, no es menos cierto que tal presunción cabe “en tanto y en cuanto mediante una interpretación razonable de la norma fundamental pueda ser armonizada con aquella”[15], situación que se encuentra relativizada en este caso al haberse vulnerado otros principios constitucionales tal como se ha señalado.

13 Rubio, M. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Ponti cia Universidad Católica del Perú. Décima Edición, 2009, p. 148

14 Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho
Artículo 103.- “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.
La Constitución no ampara el abuso del derecho.

15 Rubio, M. La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Ponti cia Universidad Católica del Perú. Segunda Edición, 2005, p. 31.

En ese sentido, de acuerdo con lo dicho por el propio colegiado en los fundamentos 103 y 107, el artículo 37º de la Ley 30230 y, en consecuencia, demás disposiciones del Título III de dicha ley, implica una potencial afectación al derecho al territorio de los pueblos indígenas y por lo tanto al no ser sometido al procedimiento de consulta legislativa, devendría en inconstitucional por contravención al Convenio 169 de la OIT (fundamento 105).

- El Convenio 169 de la OIT, tratado internacional rati cado por el Estado peruano en 1994 y que forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad, exigió adoptar una serie de medidas legislativas para adecuar nuestro sistema normativo hacia la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Como parte de dicho proceso de adecuación, en el año 2011 se aprobó la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT. Su Reglamento, aprobado un año después por Decreto Supremo 001-2012-MC, establece que se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.

  A mayor abundamiento, como lo ha mencionado el Tribunal Constitucional en anteriores oportunidades y en esta sentencia, la consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconocen a las comunidades y es un derecho que se activa no ante la afectación directa sino potencial de alguna medida legislativa o administrativa (fundamento 102). **En consecuencia, el no someter a consulta previa las disposiciones del Título III de la Ley 30230, objeto de la demanda de inconstitucionalidad, constituye una vulneración a los derechos de los pueblos indígenas.**

7. CONCLUSIONES

- Es esencial mejorar la capacidad de respuesta del Tribunal Constitucional para evaluar y resolver oportunamente los procesos de inconstitucionalidad, en especial aquellos con relevancia ambiental en tanto la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos y derechos fundamentales involucrados así lo demanda.

- El Artículo 19º de la Ley 30230 que reguló la moratoria para ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA por el periodo de 3 años sí significo un debilitamiento a la institucionalidad ambiental. Consideramos que, el Estado no puede ni debe ser privado de una función esencial que es la de imponer sanciones no solo porque estas comportan una finalidad de disuasión y prevención sino porque el ejercicio de esta potestad es una actividad altamente reglada y se cuenta con fórmulas menos restrictivas del poder público para lograr el cumplimiento del ordenamiento jurídico. La impunidad no promueve mejores conductas de desempeño ambiental, solo nos deja un escenario de desatención y ausencia del Estado que queda habilitado a operar solo cuando ocurrió el daño ambiental.

- La Ley 30230 debilitó la institucionalidad del Minam respecto del proceso de creación de Zonas Reservadas, al exigir que este emane de un proceso de debate político y sectorial en el Consejo de Ministros, y no desde el análisis eminentemente técnico debidamente sustentado por el Minam. Este debilitamiento resulta evidente, por cuanto desde la publicación de la Ley 30230, no se ha creado ninguna Zona Reservada.

- En la sentencia del Tribunal Constitucional no se entró a discutir el fondo de la importancia de la utilización del ordenamiento territorial para los procesos decisionales y de definición de potencialidades del territorio, limitándose solo indicar que no asigna o excluye usos. Además, el Tribunal Constitucional omite pronunciarse sobre el conflicto existente entre las funciones asumidas de facto por PCM y la declinación del Minam a solamente contar con un llamado ordenamiento territorial ambiental. Consideramos que, este conflicto debió ser materia de un mayor análisis por el colegiado, por estar directamente asociado con la eficacia y viabilidad en torno al OT.

- La consulta previa, libre e informada es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconocen a las comunidades y es un derecho que se activa no solo ante la afectación directa sino también potencial de una medida legislativa o administrativa. En consecuencia, el no someter a consulta previa las disposiciones del Título III de la Ley 30230, objeto de la demanda de inconstitucionalidad, constituye una vulneración a los derechos de los pueblos indígenas.

www.spda.org.pe
(511) 612 4700
info@spda.org.pe
Prolongación Arenales 437,
San Isidro, Lima - Perú