

La inconstitucionalidad de las normas que desprotegen las ANP y el desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional

*Juan Carlos Ruiz Molleda
Instituto de Defensa Legal*

¿Pueden funcionarios públicos del Gobierno, modificar una ley del Congreso a través de un decreto supremo, desacatando una sentencia del Tribunal Constitucional? Es claro que no, salvo para algunos funcionarios del Gobierno actual.

1. La Ley N° 26834 exige el “Plan Maestro” para evaluar la realización de actividades extractivas en Áreas Naturales Protegidas (ANP)

El artículo 27 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas (Ley N° 26834), expresa claramente que **la evaluación de la compatibilidad de actividades extractivas con la preservación de áreas naturales protegidas se hace con el “Plan Maestro”**.

“Artículo 27.- El aprovechamiento de recursos naturales en Áreas Naturales Protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro del área. El aprovechamiento de recursos no debe perjudicar el cumplimiento de los fines para los cuales se ha establecido el área”.

Esto es compatible con el artículo 7º de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, que señala:

“Es responsabilidad del Estado promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a través de las Leyes especiales sobre la materia, las políticas del desarrollo sostenible, la generación de la infraestructura de apoyo a la producción, fomento del conocimiento científico-tecnológico, la libre iniciativa y la innovación productiva”.

2. El Tribunal Constitucional (TC) reafirma la constitucionalidad del artículo 27 de la Ley N° 26834.

El TC al resolver el proceso de amparo del expediente N° 03343-2007-PA, tiene que resolver el conflicto entre derechos adquiridos de los titulares del lote petrolero 103 y el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera. Si bien no es un proceso de inconstitucionalidad, en los hechos reafirma esta regla, y tácitamente confirma su constitucionalidad. El conflicto es –en realidad– entre los derechos adquiridos de una empresa petrolera y la protección del medio ambiente. La respuesta del TC fue clara:

“No es, entonces, un criterio temporal o cronológico el que brinda una respuesta satisfactoria en el presente caso, sino que debe preferirse un criterio más amplio y comprensivo de los elementos que significan la creación de una ANP. De lo contrario, la normativa consentiría incoherencias que importarían un gran costo para la legitimidad de la jurisdicción”. (03343-2007-PA/TC, f.j. 49)

Lo que dice el Tribunal es que no es el criterio cronológico el que prevalece, es decir, los derechos adquiridos sobre el lote petrolero con anterioridad al establecimiento de un Área Natural Protegida, sino la importancia del bien jurídico constitucional “medio ambiente”. Es por ello que resuelve en el fallo:

“Declarar FUNDADA la demanda. En consecuencia, queda prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera. En caso de que ya se encuentre en ejecución la última fase de la etapa de exploración o la etapa de explotación, dichas actividades deben quedar inmediatamente suspendidas”. (03343-2007-PA/TC, parte resolutive)

3. ¿Qué más dijo el TC sobre la posibilidad de realizar actividades de exploración y explotación de recursos naturales en Áreas Naturales Protegidas?

Por ejemplo, sostuvo que la conciliación de la actividad extractiva con la protección del medio ambiente, se realiza a través de los principios constitucionales ambientales de sostenibilidad y prevención.

“En el caso concreto, resulta necesario conciliar el impacto ambiental que generarían las diversas actividades que comprenden las etapas de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 103 con la protección de la biodiversidad y el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. En este contexto, es necesario

tomar en cuenta los principios de desarrollo sostenible y de prevención”. (STC No 03343-2007-PA, f.j. 62)

Precisó que los instrumentos de gestión ambiental permiten concretar la protección del medio ambiente.

“Los instrumentos de gestión ambiental desempeñan un rol de suma relevancia en relación con la prevención; es indispensable tenerlos en cuenta al referirse al desarrollo sostenible de la explotación hidrocarburífera que respete la biodiversidad y las áreas naturales protegidas. En esa línea, según quedó expuesto, de conformidad con el artículo 27º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, tal aprovechamiento sólo procederá si es que la explotación a realizar es compatible con el Plan Maestro del área protegida. De igual forma, ello fue resaltado por el Decreto Supremo N.º 045-2005-AG, que indicó particularmente que sólo sería permitido el aprovechamiento de recursos no renovables si el Plan Maestro así lo permite”. (STC No 03343-2007-PA, f.j. 64)

Sobre la subordinación de la celeridad de las inversiones a la protección del medio ambiente, señaló que:

“Sobre este tema, los demandados han señalado que el Plan Maestro a que hace referencia el Decreto Supremo N.º 045-2005-AG constituye una norma o mandato de preceptividad aplazada, ya que para su implementación se requiere la actuación especial del Estado a través de diversas instituciones especializadas en la materia. Según su entender, la inexistencia de un Plan Maestro no puede retrasar o impedir llevar a cabo actividades de exploración. Asimismo, indican que la empresa no ha realizado actividades de explotación de recursos que puedan calificarse como “aprovechamiento” de recursos naturales”. (STC No 03343-2007-PA, f.j. 65)

También, que no puede haber actividades extractivas en Áreas Naturales Protegidas sin “Plan Maestro”.

“En ese sentido, queda prohibida la realización de estas actividades mientras no se cuente con el respectivo Plan de Maestro, que contemple la posibilidad de aprovechar los recursos naturales que se encuentran en el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, sujetándose a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del área y su zonificación. Y en caso de que dichas actividades ya se encuentren en curso, deben quedar suspendidas mientras no se cuente con el referido Plan de Maestro [...] “Con ello se está materializando el enfoque preventivo, que es esencial e inherente al concepto de la responsabilidad social de la empresa, y

también debe contener aspectos retributivos a las comunidades afincadas en el área de influencia de las actividades de exploración y, sobre todo, de explotación”. (STC No 03343-2007-PA, f.j. 67)

3. La Constitución Política NO adopta la teoría de los “derechos adquiridos”

El artículo 27 de la Ley de ANP debe interpretarse de conformidad con el artículo 103 de la Constitución, modificado por la Ley de Reforma Constitucional N° 28389 según la cual *“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”*.

Como puede apreciarse, este artículo recoge la doctrina de los hechos cumplidos, superando la doctrina de los derechos adquiridos. En relación con este artículo, el TC ha señalado que *“se ha adoptado la teoría de los hechos cumplidos dejando de lado la teoría de los derechos adquiridos, salvo cuando la misma norma constitucional lo habilite [...] la teoría de los hechos cumplidos implica que la ley despliega sus efectos desde el momento en que entra en vigor, debiendo ser “aplicada a toda situación subsumible en el supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad”*¹.

4. El primer desacato: el Decreto Supremo N° 023-2007-AG

En agosto del 2007, el gobierno de Alan García aprobó el Decreto Supremo N° 023-2007-AG que crea el Parque Nacional Ichigkat Muja – Cordillera del Cóndor y la Reserva Comunal Tuntanain, como resultado del proceso de la categorización parcial de la Zona Reservada Santiago Comaina.

Sin embargo, el artículo 6.2. del mencionado DS incumple no solamente la Ley de ANP y el artículo 2, numeral 22 y artículo 68 de la Constitución Política del Perú, sino también la sentencia del TC N° 03343-2007-PA/TC (Caso Cordillera Escalera), que es vinculante² en cuanto establece que los dos ANP deberían adecuarse a los derechos adquiridos. En el caso de la Reserva Tuntanain se trate del lote 116, que se superpone a esa:

“6.2 La presente categorización respetará los derechos adquiridos y obligaciones contenidas en el Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 116. En este sentido, el Contrato de Administración, la zonificación, el Plan Maestro y la Zona de Amortiguamiento de la Reserva Comunal Tuntanain permitirán la ejecución del mencionado Contrato de Licencia al ser ésta un área de uso directo, en armonía con los fines y objetivos de la mencionada Reserva Comunal”.

¹ STC N° 00316-2011-PA, f.j. 26.

² Ver artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley No. 28237).

5. La Corte Suprema en el 2013 declaró inconstitucional el art. 6.2 el DS 023-2007-AG y la tesis sobre los derechos adquiridos

El DS 023-2007-AG fue cuestionado a través de un proceso constitucional de acción popular, presentado por AIDSESEP (expediente N° 3520-2011).

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema se pronunció en última instancia y declaró la nulidad de la citada disposición 6.2., expulsándola del ordenamiento jurídico nacional de forma definitiva:

Por tales consideraciones, **REVOCARON** la sentencia apelada obrante a fojas cuatrocientos sesenta y siete, su fecha veinticuatro de mayo del dos mil once y **REFORMANDOLA** declararon **FUNDADA** en parte la demanda y en consecuencia **NULO** el artículo 6 numeral 6.2 del Decreto Supremo N° 023-2007-AG; **ORDENARON** la publicación del texto de la presente resolución

El pronunciamiento de la Corte Suprema es de cumplimiento obligatorio para todos los funcionarios públicos. Y esto, de conformidad con el artículo 82 del Código Procesal Constitucional:

***“Artículo 82.- Cosa juzgada.** Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación”.*

6. El segundo desacato: el Decreto Supremo N° 008-2009-MINAM

Con fecha 24 de abril del 2009, se publica el Decreto Supremo N° 008-2009-MINAM, que de manera indirecta vuelve a desacatar la Ley de ANP y la sentencia del TC recaída en el caso Cordillera Escalera en febrero del 2009. Dicho DS señala, otra vez, la prevalencia de los derechos adquiridos sobre la efectiva protección del bien jurídico medio ambiente. Se sostiene que la zonificación de zona de protección estricta y zona silvestre, incompatible con la realización de actividades extractivas de acuerdo con el artículo 23 inciso a y b de la Ley de ANP, deberá de respetar los derechos adquiridos:

“4.2. No podrán establecerse Zonas de Protección Estricta (ZPE) y Zonas Silvestres (ZS), sobre predios de propiedad privada y/o que contengan derechos adquiridos o preexistentes a la norma aplicable, salvo consentimiento escrito del titular del derecho”.

7. Tercer desacato: el Decreto Supremo N° 003-2011-MINAM

Esta vez, ya no se insiste en la prevalencia de los derechos adquiridos, sino que se es más sutil y sofisticado. En claro desacato de la ley de ANP y de la sentencia del TC, el Decreto Supremo N° 003-2011-MINAM señala que la compatibilidad se evaluará no con el “Plan Maestro” sino con un documento distinto, denominado “Expediente Técnico”. Se trata de la primera y segunda disposiciones transitorias, complementarias y finales:

“Primera.- Para el caso que un Área Natural Protegida de administración nacional o regional no cuente con Plan Maestro, el SERNANP emitirá Opinión Técnica Previa Vinculante en base a la categoría, a los objetivos de creación del Área y al expediente técnico que sustenta su establecimiento. Este último constituye para todos los efectos el Plan Maestro Preliminar, a que se refiere el segundo párrafo del numeral 2.2.2 del “Componente Orientador para la Gestión” del Plan Director, aprobado por Decreto Supremo Num. 016-2009-MINAM”.

“Segunda.- Los expedientes técnicos que sustentan el establecimiento de un Área Natural Protegida de administración nacional o regional, deben contener explícitamente una zonificación provisional. El SERNANP establecerá las normas complementarias para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Decreto Supremo”.

8. ¿Cuál es la diferencia entre el “Expediente Técnico” y el “Plan Maestro”?

La diferencia fundamental es que el segundo se hace con la participación de la población aledaña al ANP a crear (en muchos casos son las comunidades nativas), mientras que el primero lo puede hacer un consultor. Pero lo más importante es que el primero solo categoriza de acuerdo a lo establecido en el artículo 22 de la Ley de ANP, mientras que el segundo, el “Plan Maestro” zonifica, y sin zonificación jamás se podrá establecer la compatibilidad de actividades extractivas con la protección del medio ambiente.

Habría que preguntarnos si el “Expediente Técnico” contiene información y documentos idóneos para determinar los usos del territorio del ANP. Porque, si está cumpliendo el mismo rol que haría el “Plan Maestro” (y su respectiva zonificación), es decir si cumple con la misma finalidad³ entonces, ¿para qué necesitamos el “Plan Maestro”?

³ Esto, ya que lo que se debe verificar es si la finalidad de la norma se cumple o no y con ello la protección del área del ACR de conformidad con el principio de prevención.

¿Por qué mejor no se aprueba el “Plan Maestro”, tal como lo dispone la tercera disposición complementaria del D.S. Nº 003-2011-MINAM, que da un plazo de 9 meses para hacerlo? Porque la tercera disposición complementaria reconoce la importancia y urgencia de contar con dichos planes. Además, los principios constitucionales de prevención y el precautorio exigen aprobar previamente el “Plan Maestro”.

Es evidente que los expedientes técnicos no resultan idóneos para evaluar la compatibilidad entre actividades extractivas y protección del medio ambiente. De otro lado, si así son las cosas entonces, ¿para qué necesitamos un “Plan Maestro”? Éste pierde su sentido.

Se está castigando el medio ambiente y las áreas naturales protegidas por la falta de actuación del Estado al no aprobar los Planes Maestros. Se continúa debilitando y relajando el control ambiental. Ello se ve claramente en el denominado “paquetazo ambiental”.

9. El caso de la Reserva Comunal Tuntanain y el lote 116

La región fronteriza de la región Amazonas se encuentra en una zona prioritaria para la conservación de la diversidad biológica nacional, identificada en el estudio sobre “Diversidad Biológica del Perú - Zonas Prioritarias para su Conservación” (GTZ, INRENA, 1996) que forma parte integral de la “Estrategia Nacional para las Áreas Naturales Protegidas - Plan Director”, aprobado por Decreto Supremo Nº 010-99-AG.

En este marco y después de la firma de los acuerdos de Paz entre Perú y Ecuador, INRENA establece la Zona Reservada Santiago Comaina mediante el D.S. Nº 05-99-AG con 863,277ha de extensión. En el 2000, su superficie es ampliada a 1,642, 567 ha mediante el D.S. Nº 029-2000-AG, con el objetivo de conservar la integridad del área que incluye las Cordilleras del Cóndor, Tuntanain y Kampagkis.

Después de un amplio proceso de categorización parcial de la Zona Reservada Santiago Comaina (ZRSC), se establece el Parque Nacional Ichigkat Muja-Cordillera del Cóndor y la Reserva Comunal Tuntanain en agosto del 2007 mediante DS Nº 023-2007-AG, manteniéndose como ZRSC la superficie de 398,449.44 ha, ubicada en la provincia del Datem del Marañón, departamento de Loreto; y el distrito de Río Santiago, provincia de Condorcanqui, departamento de Amazonas. Poco antes, el 28 de noviembre del 2006, el Gobierno de Alan García aprueba el contrato de licencia del lote 116 con la empresa Hocol mediante DS Nº 066-2006-EM.

Cabe señalar que las comunidades Awajún y Wampis son las titulares de derechos pre-existentes a la Zona Reservada, al PN Ichigkat Muja, a la RC Tuntanain y al lote 116. Así, el Expediente Técnico de Categorización de parte de la Zona Reservada Santiago Comaina, en Reserva Comunal Tuntanain, expresa claramente que los Pueblos Wampis y Awajún son los habitantes y usuarios ancestrales de esa zona (pp. 3, 50, 104-5).

Es evidente que si se trata de hablar de derechos adquiridos, estos corresponden a los pueblos indígenas Awajún y Wampis, que han habitado desde tiempos ancestrales en dichas zonas. Y bien sabemos que la simple posesión ancestral equivale al título de propiedad en segundo lugar⁴.

También cabe subrayar que el titular del lote 116 no tiene derechos adquiridos porque primero se establece la ANP en 1999 (la zona reservada forma parte del sistema de ANP, como confirma el mismo Gobierno)⁵, y siete años más tarde se firma el contrato del lote 116. En consecuencia, no se puede hablar de derechos adquiridos.

Aún más, el Gobierno ha vulnerado derechos constitucionales y la legislación de áreas naturales protegidas cuando aprueba el contrato con la empresa Hocol Perú S.A.C para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 116 (D.S. No. 066-2006-EM), sobre un área de 853.381 hectáreas. Y esto, porque se superpone de forma irregular a la Zona Reservada y a las comunidades tituladas Awajún y Wampis, que previamente participaron de un proceso de consulta previa sobre la categorización de la Zona Reservada Santiago-Comaina.

Con respecto a la vulneración de derechos constitucionales citamos a un experto en derecho ambiental:

“[...] el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) y Perupetro S. A. han vulnerado el orden constitucional al suscribir contratos de lotes de hidrocarburos antes señalados [entre ellos, el lote 116,] superpuestos a áreas nacionales protegidas puesto que los artículos 67 y 68 de la Constitución del Perú son desarrollados por los principios, instituciones, procedimientos y normas del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE), el cual ha sido vulnerado mediante la suscripción y aprobación de esos contratos, sin ser tomado en cuenta en ningún momento el procedimiento de otorgamiento de lotes de hidrocarburos en áreas nacionales protegidas que señala la legislación regulatoria.” (Gamboa 2008: 224)⁶

Con respecto a la vulneración de la legislación de áreas nacionales protegidas que incluye también a las zonas reservadas, es preciso mencionar que esta legislación es muy clara sobre el procedimiento para el otorgamiento de un derecho: se debe realizar un estudio de compatibilidad

⁴ Ver nuestro artículo: [“La inconstitucionalidad de las normas utilizadas por el Gobierno para no pagar ‘servidumbre petrolera’ a los PPII que viven dentro de los lotes 8 y 192”](#), y el informe jurídico [“¿Exclusión o expropiación del territorio de las instalaciones petroleras? A propósito de la titulación del territorios de los pueblos indígenas del lote 192 por el Gobierno Regional de Loreto”](#).

⁵ Véase [Sernanp](#) (27 de julio del 2014).

⁶ Una opinión sobre la irregularidad comentada la comparte el experto en derecho ambiental, César Gamboa Balbín (2008), (In)sostenibilidad de los hidrocarburos en la cuenca amazónica peruana. En: Fontaine, Guillaume y Alicia Puyana (ed.): **La guerra del fuego**. Políticas petroleras y crisis energética en América Latina en la cuenca amazónica peruana. Quito, Colección 50 años, FLASCO, pp. 223-227.

previo al otorgamiento del derecho para que la autoridad competente, en aquel entonces INRENA, deba pronunciarse si es posible realizar actividades extractivas dentro de las áreas nacionales protegidas (Art. 13 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley No. 26834, y Art. 59, 115 y 116 de su Reglamento, D.S. N° 038-2001-AG). El artículo 16, incisos a y b del D.S. N° 038-2001-AG son claros al respecto:

“Artículo 116: En caso de las actividades de hidrocarburos o de minería que se superpongan en todo o en parte con un Área Natural Protegida o su Zona de Amortiguamiento, se observa el siguiente procedimiento:

- a) La autoridad sectorial competente debe coordinar previamente con el INRENA, para definir la compatibilidad de la actividad con la naturaleza jurídica y condiciones naturales del área involucrada.
- b) De existir la compatibilidad, la Dirección General emite una Directiva que establezca los condicionantes legales y técnicos que supone operar en el área involucrada, siempre buscando las mejores prácticas posibles; [...]”

Por consiguiente, la DGAAE debió haber coordinado con el INRENA sobre la compatibilidad del lote 116 con la ZRSC antes de que éste sea licitado, y debió haber emitido una **directiva** explicando la compatibilidad del lote con la ZR, así como un informe técnico especificando las condiciones para operar en el ANP. Dado que esta obligación legal fue incumplida, los derechos adquiridos en base a esta omisión son ilegales.

Otra vulneración es la omisión de la consulta previa antes de la aprobación del contrato de licencia. El derecho a la consulta previa es exigible en el Perú desde febrero del 1995, como lo señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia STC N° 00025-2009-PI, fundamento 23.

En resumen, al aprobar el contrato de licencia sobre el lote 116, el Gobierno ha vulnerado una serie de derechos constitucionales, internacionales y legislativos. Por lo tanto, el lote 116 carece de base legal.

10. ¿Qué sanciones existen en caso del desacato de leyes y sentencias del TC?

El artículo 22 del Código Procesal Constitucional es muy claro. La *“sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la*

destitución del responsable". En ese mismo sentido, el artículo 59 del mismo código contempla el inicio de procedimiento administrativo contra el funcionario renuente.

De otro lado, el artículo 44 de la ley que regula el proceso contencioso administrativo regula los actos administrativos contrarios a sentencias. Precisa esta norma que *"Son nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir el cumplimiento de éstas"*.

11. Algunas conclusiones

En primer lugar debemos recordarle al Gobierno que la Ley de ANP no puede ser derogada o modificada por un decreto supremo tal como lo señala el artículo 51 de la Constitución, pues la ley tiene mayor jerarquía que un decreto supremo.

El artículo 103 de la Constitución es claro. No hay derechos adquiridos como pretende el gobierno, aquélla ha asumido la teoría de los hechos cumplidos. Esto significa que una norma posterior se aplica a las consecuencias de hechos o actos anteriores, siempre que se encuentre justificada.

De igual manera, que un decreto supremo no puede apartarse y desconocer lo establecido en una sentencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, la primera en un proceso de amparo y la segunda en un proceso de acción popular, de conformidad con los artículos V del Título Preliminar y 82 el segundo, ambos del Código Procesal Constitucional.

Por último, en el caso del lote 116, no se trata de derechos adquiridos con relación a la RC Tuntanain, y los titulares de los derechos preexistentes son las comunidades Awajún-Wampis.