

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Análisis de la Sentencia recaída sobre el Expediente N°  
00012-2019-PI/TC, Demanda de acción de  
inconstitucionalidad interpuesta por un conjunto de  
ciudadanos contra la Ordenanza 014-2018-MPSCH**

**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada  
que presenta:**

**Lira Sofía Cruzado Portugal**

**ASESOR:  
Jean Pierre Araujo Meloni**


**Lima, 2023**

## Informe de Similitud

Yo, JEAN PIERRE ARAUJO MELONI, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado **“Análisis de la Sentencia recaída sobre el Expediente N°00012-2019-PI/TC, Demanda de acción de inconstitucionalidad interpuesta por un conjunto de ciudadanos contra la Ordenanza 014-2018-MPSCH”**, de la autora LIRA SOFÍA CRUZADO PORTUGAL, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 17/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 18 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> JEAN PIERRE ARAUJO MELONI	
DNI: 10782254	 Firma:
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0001-8586-2440">https://orcid.org/0000-0001-8586-2440</a>	

## **RESUMEN**

Con la promulgación del Decreto Supremo N° 015-2007-AG, se suprimió la potestad de los gobiernos locales de crear áreas de conservación municipal (“ACM”). Sin embargo, ello no fue obstáculo para que las municipalidades continúen estableciendo ACM como mecanismo para suspender las actividades mineras en espacios que estimaban de especial vulnerabilidad, como cuencas hidrográficas. Tal es el caso que se analizará, en el cual, mediante demanda de inconstitucionalidad, se cuestiona la legalidad de la Ordenanza 014-2018-MPSCH que dicta diversas medidas para proteger las fuentes de agua dulce de la provincia de Santiago de Chuco, en un contexto de conflicto socioambiental en La Libertad.

En ese sentido, este informe tiene como objeto desarrollar cuatro problemas jurídicos identificados del análisis de la Sentencia 343/2020 en torno a los dos siguientes ejes: la constitucionalidad de la suspensión de actividades que potencialmente puedan afectar fuentes de agua dulce por parte de las municipalidades y la legalidad del establecimiento de ACM por parte de gobiernos locales. Para responder a dichas cuestiones, se empleará normativa y jurisprudencia constitucional en materia de áreas naturales protegidas, recursos hídricos, descentralización y recursos constitucionales. Tras arribar a una conclusión sobre la constitucionalidad de la Ordenanza, a manera de recomendación, se esbozarán posibles vías de actuación del Tribunal frente a futuros casos similares al presente, haciendo énfasis en la necesidad de que este se pronuncie sobre el estatus de las ACM en el ordenamiento jurídico desde su concepción en el Reglamento de la Ley de ANP hasta la actualidad.

### **Palabras clave**

Áreas naturales protegidas – Áreas de conservación municipal – Conservación ambiental – Acción de inconstitucionalidad – Descentralización

## **ABSTRACT**

With the promulgation of Supreme Decree No. 015-2007-AG, the power of local governments to create Municipal Conservation Areas (“MCA”) was abolished. However, this was not an obstacle for the municipalities to continue establishing MCA as a mechanism to suspend mining activities in spaces that they considered to be especially vulnerable, such as hydrographic basins. Such is the case under analysis, in which, through a claim of unconstitutionality, the legality of Ordinance 014-2018-MPSCH, which dictates various measures in order to protect the sources of fresh water in the province of Santiago de Chuco, is questioned, in a context of socio-environmental conflict in La Libertad.

In that sense, the purpose of this report is to develop four legal problems identified from the analysis of Sentence 343/2020 around the two following axes: the constitutionality of the suspension of activities that could potentially affect freshwater sources on the part of the municipalities and the legality of the establishment of MCA on the part of local governments. To answer these questions, constitutional regulations and jurisprudence will be used in terms of protected natural areas, water resources, decentralization and constitutional resources. After reaching a conclusion on the legality of the Ordinance, as a recommendation, possible courses of action of the Tribunal will be outlined in future cases similar to the present one, emphasizing the need for it to rule on the status of the MCA in the legal system from its conception in the Regulation of the ANP Law to the present.

## **Keywords**

Protected Natural Areas – Municipal Conservation Areas – Action of Unconstitutionality – Environmental conservation – Decentralization

## ÍNDICE

<b>PRINCIPALES DATOS DEL CASO</b>	1
<b>TABLA DE ABREVIATURAS</b>	2
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	3
I.1.    Justificación de la elección de la resolución	3
I.2.    Presentación del caso y análisis	5
<b>II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES</b>	6
II.1.   Antecedentes	6
II.2.   Hechos relevantes del caso	8
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS</b>	12
III.1.  Problema principal	12
III.2.  Problemas secundarios	13
III.3.  Problemas complementarios	14
<b>IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA</b>	14
IV.1.  Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios	14
IV.2.  Posición individual sobre el fallo de la resolución	17
<b>V. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS PREVIOS AL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA</b>	18
V.1.    Precisiones conceptuales sobre áreas naturales protegidas (“ANP”)	18
V.1.1.  Creación de las Áreas Naturales Protegidas, categorías, zonificación y el SINANPE	19
V.1.2.  Precisiones conceptuales respecto de las competencias ambientales en materia de áreas naturales protegidas	29
V.1.3.  Las Áreas de Conservación Municipal	30
V.1.4.  Desarrollo jurisprudencial relevante en torno a las competencias de los gobiernos locales y regionales para limitar actividades económicas	36
V.1.5.  Potenciales modificaciones normativas sobre Áreas Naturales Protegidas	46
V.2.    Precisiones conceptuales sobre recursos hídricos	48
V.2.1.  El régimen de los recursos hídricos	48
V.2.2.  Competencias en materia de recursos hídricos	49
V.2.3.  La regulación de las cabeceras de cuenca	50

V.3.	Precisiones conceptuales sobre los procesos constitucionales	51
V.3.1.	Recurso de amparo	52
V.3.2.	Acción de inconstitucionalidad	55
V.4.	Precisiones conceptuales sobre la descentralización	57
<b>VI.</b>	<b>ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS</b>	<b>61</b>
VI.1.	Problema jurídico N° 1: Constitucionalidad de la declaración de interés prioritario de la protección de las fuentes de agua dulce de la jurisdicción de Santiago de Chuco ante todo tipo de actividades que contaminen o afecten la superficie, el aire o el subsuelo, por parte de la MPSCH	61
VI.2.	Problema jurídico N° 2: Constitucionalidad de la declaración como áreas de conservación municipal ("ACM") a las quebradas de Huacamarcanga; Caballo Moro; Alumbre, Miraflores, Inchaca y Jaulabamba, por parte de la MPSCH	71
VI.3.	Problema jurídico N° 3: Constitucionalidad de la suspensión, con apoyo de las autoridades de la jurisdicción ordinaria y/o de la jurisdicción especial rondera de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie o el subsuelo (aguas subterráneas)	76
VI.4.	Problema jurídico N° 4: Constitucionalidad de la solicitud por parte de la Municipalidad dirigida a SERNANP para que se realice la inscripción de las áreas de protección municipal en el Registro de Áreas de Protección Nacional, la solicitud a la Autoridad Nacional del Agua (ANA) de que disponga la realización de un registro de fuentes de agua dulce y la concertación de esfuerzos para implementar un Sistema Provincial de Identificación, Vigilancia, Control, Fiscalización de la Calidad y Protección de los ecosistemas de agua dulce de Santiago de Chuco	78
<b>VII.</b>	<b>ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS COMPLEMENTARIOS</b>	<b>80</b>
VII.1.	Problema jurídico complementario N° 1: El cumplimiento de los requisitos para la creación de un Área Natural Protegida	81
VII.2.	Problema jurídico complementario N° 2: La actuación del Tribunal Constitucional frente a futuras demandas de amparo u acciones de inconstitucionalidad respecto de la creación de áreas naturales protegidas por gobiernos locales o regionales	84
<b>VIII.</b>	<b>CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES</b>	<b>87</b>
<b>IX.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>91</b>

## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>N° EXPEDIENTE</b>	00012-2019-PI/TC
<b>AREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO</b>	Derecho Ambiental Derecho Constitucional Derecho Procesal Constitucional
<b>IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES</b>	Sentencia 343/2020
<b>DEMANDANTE/DENUNCIANTE</b>	Seiscientos cincuenta (650) ciudadanos de la provincia de Santiago de Chuco
<b>DEMANDADO/DENUNCIADO</b>	Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco
<b>INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL</b>	Tribunal Constitucional
<b>TERCEROS</b>	
<b>OTROS</b>	

## TABLA DE ABREVIATURAS

Area Natural Protegida	ANP
Area de Conservación Regional	ACR
Area de Conservación Municipal	ACM
Autoridad Nacional del Agua	ANA
Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional	CPC del 2004
Ley N° 31307, Código Procesal Constitucional	CPC vigente
Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales	LOASRN
Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales	LOGR
Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización	LBD
Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades	LOM
Ley N° 26834, Ley de Areas Naturales Protegidas	Ley de ANP
Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco	MPSCH
Ordenanza N° 014-2018-MPSCH	Ordenanza
Reglamento de las Ley de Areas Naturales Protegidas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 038-2001-AG	Reglamento de la Ley de ANP
Sentencia recaída sobre el Expediente N° 0012-2019-PI/TC	La Sentencia
Sentencia recaída sobre el Expediente N° 009-2010-PI/TC	Sentencia Caso GORE Cusco
Sentencia recaída sobre el Expediente N° 03932-2015-PA/TC	Sentencia Caso Yanacocha
Sentencia recaída sobre el Expediente N° 0001-2012-PI	Sentencia Caso Conga
Sentencia recaída sobre recaída sobre los Expedientes acumulados N° 300-2002-AA/TC y otros	Sentencia Caso Quilish
Sentencia recaída sobre el Expediente N° 008-2010-PI/TC	Sentencia Municipalidad Fajardo
Servicio Nacional de Areas Naturales Protegidas por el Estado	SERNANP
Sistema Nacional de Areas Naturales Protegidas por el Estado	SINANPE



## I. INTRODUCCIÓN

### I.1. Justificación de la elección de la resolución

La elección de la Sentencia del Expediente N° 00012-2019-PI/TC (en adelante, "la Sentencia") se basó en los siguientes tres aspectos fundamentales.

En primer lugar, la Sentencia se pronuncia sobre una materia relevante y de actualidad: la legalidad del establecimiento de áreas de conservación municipal (en adelante, "ACM") por parte de gobiernos locales, conflicto que ha sido tratado en múltiples ocasiones por el Tribunal Constitucional, en respuesta a demandas de inconstitucionalidad o de amparo que cuestionaban la creación de este tipo de áreas debido a las restricciones que suponían sobre el ejercicio de actividades económicas con impactos ambientales significativos, como la minería o la explotación de hidrocarburos. Ello adopta especial trascendencia considerando tanto las irregularidades en la creación de dicha figura, mediante la promulgación del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, a pesar de no encontrarse previamente contemplada en la Ley sobre la materia, así como la inexistencia de la categoría de áreas de conservación municipal en el ordenamiento jurídico desde el año 2007, con la emisión del Decreto Supremo N° 015-2007-AG que derogó todas las normas referidas a dicha figura jurídica. Más aún, de la revisión de las sentencias emitidas sobre la materia, se puede concluir que en ninguna de las mencionadas ha existido un pronunciamiento sobre cuál es la situación de las ACM que fueron creadas durante el periodo de vigencia del Decreto Supremo que habilitaba su creación, o de las ACM creadas con posterioridad, si bien dicha irregularidad sí es reconocida mediante la Sentencia recaída en el Expediente N° 03932-2015-PA/TC. Cabe mencionar que en la citada sentencia, el Magistrado Ernesto Blume emite un voto singular, por lo que la doctrina no es pacífica en la materia.

Se puede observar un escenario similar en la Sentencia N° 343/2020 del Expediente N° 00012-2019-PI/TC. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional

se pronuncia sobre la acción de inconstitucionalidad presentada por 650 ciudadanos de la provincia de Santiago de Chuco respecto de la Ordenanza N° 014-2018-MPSCH, que declara de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de su jurisdicción, establece áreas de conservación municipal y dispone la paralización de todas las actividades mineras en la zona, entre otras medidas.

En segundo lugar, la Sentencia se enmarca en un contexto más amplio de casos de conflictividad socioambiental que surgen cuando las comunidades ubicadas en el área de influencia de proyectos mineros perciben el inicio de dichas actividades como una amenaza a sus derechos constitucionalmente respaldados, como el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, y al acceso al agua potable. Estas controversias han sido analizadas en múltiples ocasiones por el Tribunal Constitucional, y los fallos no han adoptado un solo tenor al resolver dichos conflictos.

Como podrá identificarse de la revisión de sentencias efectuada en el presente Informe, gobiernos regionales y locales han empleado no solo la figura de ACM, sino también la declaración de zonas reservadas o de zonas de intangibilidad con el propósito de evitar el desarrollo de actividades económicas que las autoridades perciben como contaminantes. Ello dista de ser un fenómeno temporal, sino que se ha prolongado desde inicios del siglo hasta la actualidad. La conflictividad socioambiental en torno a proyectos mineros, que a menudo implica una ponderación entre derechos con respaldo constitucional como el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, y la libertad de contratación y el derecho al trabajo, requiere, en ese sentido, especial atención por parte del Tribunal en su calidad de máximo intérprete constitucional.

En tercer lugar, la relevancia de la presente sentencia reside en que, complementariamente, aborda el proceso de descentralización en el Perú y revela las concepciones esbozadas por la MPSCH respecto del significado, bajo su entendimiento, de autonomía municipal, así como de la cláusula de residualidad en materia competencial, interpretada en el sentido de que las competencias no otorgadas “taxativamente” al gobierno nacional o regional

corresponden al gobierno local. De la revisión de sentencias que abordan este tema, identificamos, una vez más, que no existe consenso sobre los alcances de dichos conceptos, por lo que su análisis es imprescindible.

En suma, la sentencia es relevante en tanto se pronuncia respecto de tres materias cuyo análisis, debido a la complejidad del mismo, debe hacerse conjuntamente: el proceso de descentralización, las competencias locales sobre protección del ambiente y la autonomía municipal, y el empleo de dichos conceptos para apoyar o rechazar actuaciones de los gobiernos locales orientadas a suspender actividades mineras en sus jurisdicciones.

A partir de la revisión de la normativa y jurisprudencia relevante, así como la doctrina desarrollada sobre las materias abordadas en la sentencia (áreas naturales protegidas, recursos hídricos, recursos constitucionales, descentralización, entre otras), se complementará el análisis efectuado por el Tribunal.

## **I.2. Presentación del caso y análisis**

Mediante la Ordenanza N° 014-2018-MPSCH, emitida el 28 de noviembre de 2018, la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco (en adelante, “MPSCH”) **(i)** declara de interés prioritario para el desarrollo sostenible de la provincia de Santiago de Chuco la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de la jurisdicción de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el sub suelo (aguas subterráneas); **(ii)** declara como áreas de conservación municipal a las quebradas de Huacamarcanga; Caballo Moro; Alumbre, Miraflores, Inchaca y Jaulabamba; **(iii)** ordena que se suspenda, con apoyo de las autoridades de la jurisdicción ordinaria y/o de la jurisdicción especial rondera todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el sub suelo (aguas subterráneas); **(iv)** solicita al SERNANP realizar la inscripción de las áreas de protección municipal aprobadas en la ordenanza en el Registro de Áreas de Protección Nacional; **(v)** solicita a la Autoridad Nacional del Agua disponer la realización de un registro oficial de todas las fuentes de agua dulce en la jurisdicción; y,

(vii) concierta esfuerzos con municipalidades de gobiernos distritales y centros poblados, sociedad civil, organizaciones sociales, comunidades y rondas campesinas para la implementación de un Sistema Provincial de Identificación, Vigilancia, Control, Fiscalización de la Calidad y Protección de los ecosistemas de agua dulce en la jurisdicción de Santiago de Chuco. En suma, se establecieron diversas medidas destinadas a proteger las fuentes de agua dulce de la provincia de actividades que la MPSCH estimaba como potencialmente contaminantes y perjudiciales para su acceso al agua potable.

Frente a ello, un grupo de ciudadanos de dicha provincia interpone una demanda de inconstitucionalidad respecto de la Ordenanza, alegando principalmente que esta declara áreas de conservación municipal, produciendo como consecuencia la suspensión de todas las actividades mineras en el área, a pesar de que la MPSCH no posee autoridad para tomar dichas decisiones. El Tribunal Constitucional, mediante Sentencia N° 343/2020, concluye que únicamente los extremos (ii) y (iii) antes mencionados son inconstitucionales, mientras señala que los artículos restantes no comparten dicha característica.

En ese sentido, el propósito de este trabajo es realizar un análisis de la constitucionalidad de la Ordenanza íntegra, complementando la evaluación efectuada por el Tribunal en relación a la ejecución de las competencias municipales con la revisión de normativa y jurisprudencia en las materias abordadas por la sentencia, con el objeto de brindar un panorama más amplio sobre el proceder por el cual debería optar dicha instancia frente a un conflicto similar en materia de creación de ACM por gobiernos locales. Con el objetivo de determinar si hubo una contravención de las competencias establecidas en la normativa pertinente a través de la emisión de la Ordenanza, se llevará a cabo un análisis de la legislación relevante en áreas como las áreas naturales protegidas, competencias municipales y regionales, recursos hídricos, minería y recursos naturales.

## **II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES**

### **II.1. Antecedentes**

La Ordenanza Municipal N° 014-2018-MPSCCH fue promulgada el 28 de noviembre de 2018, en un contexto de conflictividad social en la región de La Libertad en torno a los recursos hídricos. Al respecto, en dicho año, la Defensoría del Pueblo (2018) reportaba la existencia de diversos conflictos socioambientales en dicha región, entre los cuales se encontraba, como caso en observación, una controversia que involucraba a la empresa minera Newmont y a diversos representantes del distrito de Quiruvilca, Santiago de Chuco. Las mencionadas personas se oponían al empleo del canal madre “Vicente Jiménez”, en el caserío de Huacamarcanga, debido al temor de contaminación de las fuentes de agua con relaves mineros, que afectaría negativamente las actividades agrícolas (p. 93).

Este conflicto ocurrió apenas meses después de otro incidente que contribuyó a la tensión en la región con respecto a las actividades mineras: la declaración de Estado de Emergencia de dos centros poblados dentro de la misma provincia debido al peligro de desborde o ruptura de los diques de las relaveras de la Unidad Minera Quiruvilca, mediante Decreto Supremo N° 077-2018-PCM.

Una manifestación de dicho descontento se evidencia en los considerandos de la Ordenanza, en la que se señala que “particulares de manera individual o empresas mineras han iniciado actividades de exploración en territorios donde se ubican las quebradas de Huacamarcanga [...]. En ese sentido, la autoridad advierte que dichas actividades tendrían efectos negativos en diversos componentes ambientales y, especialmente, en el agua proveniente de la quebrada Huacamarcanga para consumo humano. Similares opiniones fueron recogidas por medios de la región (Durant, 2018a, s/p; Durant, 2018b, s/p), que se expresaron en contra de dos problemáticas en el área: la minería informal y la minería formal, ambas percibidas como amenazas a los recursos hídricos, debido a los antecedentes negativos con respecto a la afectación previa de fuentes de agua por otras empresas mineras

En los meses siguientes a la emisión de la Ordenanza, se llevaron a cabo medidas como paros de transporte y bloqueo de vías, bajo la consigna de derogar la mencionada norma (Defensoría del Pueblo, 2019, p. 104). Finalmente, el 5 de junio de 2019, seiscientos cincuenta (650) ciudadanos de la provincia de Santiago de Chuco, y, concretamente, del distrito de Quiruvilca, donde ocurrió el referido conflicto, presentaron una acción de inconstitucionalidad contra dicha norma, argumentando que esta declara áreas de conservación municipal, produciendo como consecuencia la paralización de todas las actividades mineras de la zona, sin que la Municipalidad tenga la competencia para tomar esa decisión.

## **II.2. Hechos relevantes del caso**

El 5 de junio de 2019, un grupo de seiscientos cincuenta (650) ciudadanos de la provincia de Santiago de Chuco representados por el ciudadano Dodanim Mizraim Alcalde Obeso interpusieron una acción de inconstitucionalidad contra la mencionada norma. Alegaron que esta norma, supuestamente, infringía los artículos 58, 59, 159, 194 y 195 de la Constitución, así como otras normas del bloque de constitucionalidad. Específicamente, argumentaron que la ordenanza tenía como objetivo establecer áreas de conservación municipal dentro de la provincia y, como consecuencia, ordenaba el cese de todas las actividades mineras en el área, sin que la Municipalidad posea competencias para ello.

El 18 de junio de 2019, mediante Auto del Tribunal Constitucional, se admitió la demanda tras haber cumplido con los criterios de admisibilidad y procedencia establecidos en la Constitución Política y el Código Procesal Constitucional vigente en dicha fecha (en adelante, “CPC del 2004”). En ese sentido, se cumplieron las disposiciones establecidas en el artículo 200, inciso 4 de la Constitución Política del Perú, ya que la norma impugnada, la Ordenanza N° 014-2018-MPSCH, poseía rango de ley, y se alegaba que contravenía a la Constitución en forma y contenido.

Asimismo, se cumplió con lo establecido en el artículo 203 inciso 6 de la misma norma, la cual establece que poseen legitimidad para presentar una acción de

inconstitucionalidad el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Esto se verificó mediante la Resolución 0042-2019-JNE, de fecha 22 de abril de 2019.

De igual manera, se cumplieron las disposiciones de los artículos 99, 100 y 101 del CPC del 2004, en tanto los 650 ciudadanos presentaron la demanda bajo la representación de un abogado, respetando el plazo de seis años desde la publicación de la norma cuestionada, según lo establecido en el artículo 100 del CPC. Finalmente, se cumplieron los requisitos de identificar al demandado, precisar su domicilio y la norma impugnada y adjuntar una copia simple del texto de la norma junto con los fundamentos que respaldaban la alegada inconstitucionalidad, como lo exige el artículo 101 del CPC. En consecuencia, la demanda fue admitida y se notificó a la parte demandada para que se presente en el proceso y responda en un plazo de treinta (30) días hábiles a partir de la notificación de la resolución. La referida notificación se efectuó mediante Oficio N° 0292-2019-SR/TC, de fecha 22 de agosto de 2019.

Dentro del plazo establecido, el 11 de octubre de 2019, la MPSCH, mediante su procuradora pública para asuntos judiciales, se apersonó al proceso y presentó contestación a la demanda. Se argumentó, en ese sentido, que la Ordenanza se expidió con el objetivo de salvaguardar y mantener, dentro de su entorno natural, la flora y la fauna silvestre, y las fuentes de recursos hídricos para la agricultura, ganadería y consumo humano. Esto se planteó, a su vez, como medida para frenar el riesgo de agotamiento de las fuentes de agua en la zona. Por lo tanto, alegó que los artículos cuestionados de la norma no violaban los derechos constitucionales planteados por los accionantes, pues la Ordenanza buscaba resguardar los intereses colectivos de la provincia y sus pobladores, mediante el establecimiento de áreas de conservación natural en su jurisdicción. Más aún, indicó la demandada, el Estado en sus diferentes niveles de gobierno tiene la obligación de preservar y conservar la biodiversidad y los recursos naturales, deber que sustenta la emisión de la norma.

El 16 de junio de 2020, se emitió la sentencia 343/2020, mediante la cual el Tribunal Constitucional declaró parcialmente fundada la demanda y, como resultado de ello, determinó la inconstitucionalidad de los artículos 2 al 5 de la Ordenanza 014-2018-MPSCH. La sentencia se fundamenta en los siguientes tres puntos resolutivos.

En primer lugar, el Tribunal efectuó el análisis de los artículos 1 (declaración de interés prioritario de la protección de todas las fuentes de agua dulce dentro de la jurisdicción de la Municipalidad) y 6 (solicitud al SERNANP de la realización de inscripción de las áreas de protección municipal en el Registro de Áreas de Protección Nacional) de la Ordenanza, desde una óptica competencial. Así, se concluyó respecto del artículo 1, que ello no afectaría las competencias del gobierno nacional, como alegan los demandantes. Por el contrario, el Tribunal determinó que dicho artículo únicamente reconocía la importancia de las cabeceras de cuenca en el desarrollo ambiental de la provincia, por lo cual no resultaba inconstitucional.

En líneas similares, se determinó que el artículo 6 de la Ordenanza, en virtud del cual se solicita al SERNANP que realice la inscripción de las áreas de conservación municipal en el Registro de Áreas de Protección Nacional, no era ilegal. Se concluyó ello al señalar que realizar una solicitud al SERNANP para la inscripción de las áreas naturales no suponía una invasión a las competencias que ejercía el gobierno nacional. Por lo tanto, el Tribunal afirma que, con relación a los artículos 1 y 6 de la Ordenanza, la Municipalidad ha actuado conforme con el bloque de constitucionalidad, “sin invadir competencias del Gobierno Nacional y amparada en el artículo 73.3 de la LOM, por el cual los gobiernos locales son competentes para proponer la creación de áreas de conservación ambiental” (FJ 138).

En segundo lugar, se analizaron los artículos 2, 3 y 4 de la Ordenanza, que declaran como áreas de conservación municipal a diversas quebradas ubicadas en los distritos de Santiago de Chuco y Quiruvilca, y establecen una zona de amortiguamiento a su alrededor. Tras analizar en conjunto la Ley de



Áreas Protegidas Naturales y la Ley Orgánica de Municipales, el Tribunal concluye que los gobiernos locales, como la MPSCH, no se encuentran facultados para crear áreas naturales protegidas. Su rol se limita a proponer al Poder Ejecutivo la creación de dichas áreas. Adicionalmente, identifican que es la Autoridad Nacional del Agua (ANA) la entidad responsable de determinar la intangibilidad de una zona de cabecera de cuenca. Por lo tanto, determinan que la Municipalidad no posee la competencia para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca dentro de su área de jurisdicción y, como consecuencia de ello, los tres artículos mencionados carecen de legalidad.

Finalmente, se analizó el artículo 5 de la Ordenanza, que dispone el respaldo de las autoridades de la jurisdicción ordinaria y/o de las autoridades de la jurisdicción especial rondera para suspender cualquier actividad que contamine o afecte la superficie, el aire o el subsuelo, ya sea de índole personal, empresarial, nacional o extranjera. Respecto de dicho artículo, el Tribunal señala que, incluso si la finalidad de la emisión de la ordenanza fue propósito legítimo como la protección de los recursos hídricos, no existe ninguna norma en la legislación nacional que autorice a las municipalidades a efectuar dicha restricción sobre las actividades económicas, menos aún, con el apoyo de la jurisdicción rondera. Por lo tanto, esta disposición de la Ordenanza también se declara inconstitucional.

La sentencia incluyó el fundamento de voto del Magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular emitido por los Magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada.

El Magistrado Espinosa-Saldaña, sin perjuicio de coincidir con lo resuelto en la sentencia, expresó sus consideraciones respecto del caso, pronunciándose respecto de la descentralización territorial en el país y los conflictos de competencia que han surgido a raíz de ello. En particular, el Magistrado resaltó la necesidad de que los gobiernos regionales y locales cuenten con condiciones necesarias para tomar decisiones que promuevan su propio desarrollo (FJ 11). En ese sentido, señaló que, frente a conflictos

competenciales, el Tribunal Constitucional debe resolver sin asumir que el gobierno nacional posee una jerarquía superior frente a los otros niveles del gobierno, sino en base a las competencias establecidas; las competencias residuales en casos no regulados y en el deber de colaboración y lealtad mutua entre los gobiernos.

Por su parte, los Magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada señalaron que, si bien coincidían con el fallo en mayoría, que declaraba la inconstitucionalidad de únicamente los artículos 2, 3, 4 y 5, consideraban que la declaración de inconstitucionalidad debía alcanzar también al artículo 1. Expusieron, en dicho sentido, que el artículo primero, en tanto restringía en cuatro microcuencas *“todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el sub suelo (aguas subterráneas)”*, excedía las competencias otorgadas a las municipales provinciales. Asimismo, estimaron que el artículo 6 de la Ordenanza, que autorizaba a solicitar al SERNANP la inscripción de las áreas de conservación municipal creadas, era igualmente inconstitucional al estar vinculado a los artículos 2, 3 y 4 de la Ordenanza. Por otro lado, no se efectuó pronunciamiento alguno respecto de los dos artículos finales de la norma.

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS**

En el caso que estamos examinando, se han identificado cuatro (4) problemas jurídicos secundarios cuya absolución es necesaria para dar respuesta al problema principal, los cuales serán desarrollados en el presente Informe. De igual manera, se ha identificado dos (2) problemas complementarios, cuya absolución no es imprescindible para dar respuesta al problema principal, pero que coadyuva a la comprensión de los diversos problemas jurídicos secundarios analizados e invita a la reflexión respecto de la problemática subyacente en la presente sentencia.

### **III.1. Problema principal**

¿La Ordenanza N° 014-2018-MPSCH, que dispone **(i)** declarar de interés prioritario para el desarrollo sostenible de la Provincia de Santiago de Chuco la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de la jurisdicción de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el sub suelo (aguas subterráneas); **(ii)** declara como áreas de conservación municipal a las quebradas de Huacamarcanga; Caballo Moro; Alumbre, Miraflores, Inchaca y Jaulabamba; **(iii)** que se suspenda, con apoyo de las autoridades de la jurisdicción ordinaria y/o de la jurisdicción especial rondera todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el sub suelo (aguas subterráneas); **(iv)** solicita al SERNANP realizar la inscripción de las áreas de protección municipal aprobadas en la ordenanza en el Registro de Áreas de Protección Nacional; y a la Autoridad Nacional del Agua disponer la realización de un registro oficial de todas las fuentes de agua dulce en la jurisdicción, es constitucional; y **(v)** concierta esfuerzos para implementar un Sistema Provincial de Identificación, Vigilancia, Control, Fiscalización de la Calidad y Protección de los ecosistemas de agua dulce en toda la jurisdicción de Santiago de Chuco, es inconstitucional?

### **III.2. Problemas secundarios**

1. ¿Es constitucional la declaración de interés prioritario para el desarrollo sostenible de la Provincia de Santiago de Chuco mediante la Ordenanza N° 014-2018-MPSCH, que implica la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de la jurisdicción de todo tipo de actividades que contamine o afecte la superficie, el aire o el sub suelo (aguas subterráneas)?
2. ¿Es constitucional la declaración como áreas de conservación municipal a las quebradas de Huacamarcanga; Caballo Moro; Alumbre, Miraflores, Inchaca y Jaulabamba?

3. ¿Es constitucional que, mediante la Ordenanza, se suspenda, con apoyo de las autoridades de la jurisdicción ordinaria y/o de la jurisdicción especial rondera todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie o el subsuelo (aguas subterráneas)?
4. ¿Es constitucional que, mediante Ordenanza, se solicite al SERNANP realizar la inscripción de las áreas de protección municipal en el Registro de Áreas de Protección Nacional, se solicite a la ANA que disponga la realización de un registro de fuentes de agua dulce, y que se concierten esfuerzos para implementar un Sistema Provincial de Identificación, Vigilancia, Control, Fiscalización de la Calidad y Protección de los ecosistemas de agua dulce de Santiago de Chuco?

### **III.3. Problemas complementarios**

1. En el supuesto de que la MPSCCH hubiese contado con la competencia para crear áreas de conservación municipal, ¿la ordenanza cumple con los requisitos normativos que justifican la necesidad de su creación?
2. ¿Cuál debería ser el papel que desempeñe el Tribunal Constitucional frente a posibles futuras demandas de inconstitucionalidad u otras acciones que cuestionen la creación de un área natural protegida por un gobierno local?

## **IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA**

### **IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios**

En mi opinión, y, a diferencia del fallo emitido por el Tribunal —que únicamente declara la inconstitucionalidad de los artículos segundo al quinto de la Ordenanza—, los artículos primero, sexto, séptimo y octavo de la Ordenanza también carecen de legalidad. Así, en primer lugar, considero que la

declaración de interés prioritario para el desarrollo sostenible de la Provincia de Santiago de Chuco mediante la Ordenanza N° 014-2018-MPSCH, que implica la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de la jurisdicción de todo tipo de actividades que contamine o afecte la superficie, el aire o el sub suelo (aguas subterráneas) es inconstitucional. Sostengo ello debido a que no consiste en una declaración meramente enunciativa, que resalte la importancia de los recursos hídricos, sino que implica, en los hechos prácticos, la paralización de cualquier actividad económica que se efectúe en el área, ya sea esta sea contaminante o únicamente tenga potenciales efectos respecto de las aguas dulces de las quebradas especificadas en el artículo. A mi parecer, aquella no solo es una medida inconstitucional, en tanto a partir de una prohibición genérica, que no encuentra fundamento en ninguna competencia municipal, sino también irrazonable.

En segundo lugar, opino que la declaración de diversas quebradas de la prvoncia como áreas de conservación municipal es igualmente inconstitucional. Afirmo ello en tanto, por un lado, el ordenamiento jurídico vigente a la fecha de la emisión de la Ordenanza (Ley de ANP, Reglamento y modificatorias) únicamente reconocía tres tipos de ANP: de administración nacional, de administración regional y áreas de conservación privada. Las ACM, por su parte, y como se desarrollará con amplitud en el Informe, de por sí aparecen en el ordenamiento jurídico contraviniendo el principio de jerarquía de normas, al regularse mediante Reglamento de la Ley de ANP, cuando la Ley de ANP no las preveía. Más aún, a la fecha de la emisión de la Ordenanza, no eran una figura existente en el ordenamiento jurídico de la fecha, en tanto fueron expulsadas del mismo durante el año 2007, por lo que su configuración no podía concretarse. Aunado a lo anterior, ningún dispositivo normativo establece competencias para que los gobiernos locales establezcan algún tipo de área natural protegida, incluidas las ACM. La única competencia que poseen los gobiernos locales en la materia, como reconoce la LOM mediante su artículo 73, es la posibilidad de proponer el establecimiento de áreas de conservación ambiental.

En tercer lugar, considero que es contrario a la Constitución suspender, a través de una Ordenanza, todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie o el subsuelo, con el respaldo de las autoridades de la jurisdicción ordinaria o rondera. Esta disposición concretiza lo dispuesto en el primer artículo, al emitir un mandato para que las autoridades suspendan cualquier actividades potencialmente contaminante de la superficie, atmósfera o sub suelo de las quebradas. Más aún, no se establece parámetro alguno que señale los criterios para juzgar qué actividades son permitidas, por lo que, esencialmente, se legitima a que las autoridades actúen bajo su libre albedrío. Nuevamente, concluimos que la medida no solo es ilegal, en tanto los gobiernos locales no poseen competencias que los legitimen para efectuar una paralización de dicho tipo, sino que además es irrazonable y sus repercusiones de una medida como aquella implican una grave afrenta a derechos con reconocimiento constitucional como la libertad de empresa y el derecho a la propiedad.

En cuarto lugar, considero que existe una inconstitucionalidad por conexidad en el hecho de solicitar al SERNANP, mediante Ordenanza, la inscripción de las áreas de protección municipal en el Registro de Áreas de Protección Nacional, así como requerir a la ANA la creación de un registro oficial de todas las fuentes de agua dulce de la jurisdicción. Esta solicitud se relaciona directamente con el mandato de creación de ACM establecido en los artículos 2, 3 y 4, los cuales han sido declarados inconstitucionales y, más ampliamente, se vincula con el objetivo de la Municipalidad de suspender las actividades mineras en la jurisdicción, lo cual es ajeno a sus competencias locales. Por tanto, considero que los artículos sexto y séptimo de la Ordenanza también deben ser declarados considerados inconstitucionales.

Finalmente, y siguiendo lo expuesto en el párrafo anterior, opino que el artículo octavo de la Ordenanza, que se pronuncia ordenando la concertación de esfuerzos para implementar un Sistema Provincial de Identificación, Vigilancia, Control, Fiscalización de la Calidad y Protección de los ecosistemas de agua dulce en toda la provincia de Santiago de Chuco también es inconstitucional

debido a su vinculación con los artículos declarados ilegales. Considero, en ese sentido, que la permanencia en el ordenamiento jurídico de los artículos no estimados inconstitucionales por el Tribunal posee un efecto contraproducente, pues, si bien no contravienen una norma del parámetro de control, sí son consecuencia de actos ilegales.

Quiero afirmar categóricamente que, si bien la actuación del Tribunal Constitucional se ve restringida por parámetros como el principio de congruencia, a lo que se le suma la presunción de validez de las normas desde su entrada en vigencia (ya sea ello ocurra el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano o en un periodo posterior determinado por la norma) hasta su derogación o declaración de inconstitucionalidad, este caso era una oportunidad precisa para emitir un pronunciamiento certero sobre la ilegalidad de la creación de ACM, en consonancia con los alcances sobre la materia brindados en la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 03932-2015-PA/TC, que se desarrollarán en acápite posteriores.

#### **IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución**

Me encuentro parcialmente de acuerdo sobre el fallo de la resolución en tanto esta declara la inconstitucionalidad de cuatro de los ocho artículos (del segundo al quinto) de la Ordenanza, mientras que, en mi opinión, la integridad de la Ordenanza carece de legalidad. Dicha postura es parcialmente acogida por los Magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, quienes expresan en sus votos que los seis primeros artículos de la Ordenanza deben ser declarados como inconstitucionales.

En ese sentido, mi crítica se orientará a sustentar por qué tanto la declaración de interés prioritario de la protección de las fuentes de agua dulce de la jurisdicción de Santiago de Chuco ante todo tipo de actividades que contaminen o afecten la superficie, el aire o el sub suelo, por parte de la MPSCH (artículo 1) como la solicitud por parte de la Municipalidad, mediante Ordenanza, dirigida a SERNANP para que realice la inscripción de las áreas de

protección municipal en el Registro de Áreas de Protección Nacional (artículo 6) y a la ANA (artículo 7), para que disponga la creación de un registro de las fuentes de agua dulce de la jurisdicción también resultan ilegales, en tanto coadyuvan a que se ejecute el propósito contenido en el primer artículo: que se efectúe el cese de las actividades mineras, entre otras actividades económicas, a pesar de que, por un lado, aquellas sean medidas excesivas e irrazonables y, por otro, sean ilegales en tanto son ajenas a las competencias de las municipalidades provinciales. En la línea de la argumentación señalada, el artículo 8 también debe ser declarado ilegal, pues orienta esfuerzos al establecimiento e implementación de un sistema de vigilancia, control, fiscalización y protección de los ecosistemas de Santiago de Chuco. En mi opinión, resulta claro que este extremo de la Ordenanza es consecuencia de los artículos declarados ilegales, y, en ese sentido, debe ser igualmente declarado inconstitucional.

Considero especialmente criticable la ausencia de un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional respecto de la inexistencia de las ACM en el ordenamiento jurídico vigente, lo cual, en mi opinión, pudo realizar en ejercicio de sus labores de pacificación y ordenación, reconocidas en la Sentencia emitida en el Expediente N° 0054-2004-PI/TC.

## **V. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS PREVIOS AL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA**

El presente acápite tiene como propósito brindar alcances conceptuales previos en las principales materias respecto de las cuales se pronuncia la Sentencia N° 343/2020: áreas naturales protegidas, recursos hídricos, recursos constitucionales y descentralización.

### **V.1. Precisiones conceptuales sobre áreas naturales protegidas (“ANP”)**

A continuación, se expondrán algunas precisiones conceptuales relacionadas con las áreas naturales protegidas, de acuerdo con la normativa actual. En ese



sentido, se analizará, en primer lugar, los antecedentes de las ANP en la regulación nacional. Tras ello, se examinará el marco legal actual que rige a estas áreas, los tratados internacionales suscritos por el Perú que respaldan su creación, las diferentes categorías de ANP existentes, la zonificación que puede ser establecida en dichos espacios para restringir o admitir ciertas actividades, así como la función del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE).

Habiendo pasado revista de los conceptos antes señalados, se podrán identificar los distintos objetivos que han motivado la conservación de la naturaleza en el país mediante ANP, así como mediante las figuras que la precedieron.

#### **V.1.1. Creación de las Áreas Naturales Protegidas, categorías, zonificación y el SINANPE**

Las Áreas Naturales Protegidas son definidas por el artículo primero de la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas (“Ley de ANP”) como “los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país”. Dicha definición es coherente con la proporcionada por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), que caracteriza a las ANP como “una superficie de tierra o mar especialmente dedicada a la protección y mantenimiento de la biodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados; manejada a través de medios legales, o de otros medios efectivos”. En efecto, ambos conceptos coinciden en que la creación de las referidas áreas encuentra sustento en la conservación de bienes de especial interés, como la biodiversidad, los recursos naturales, la protección de la fauna silvestre, entre otros.

Conforme con el SERNANP (2016), la creación de ANP en el Perú con el propósito de conservar la biodiversidad comenzó en la segunda mitad del siglo

XX (p. 12). Un ejemplo temprano de ello fue la creación del Parque Nacional de Cutervo en Cajamarca mediante Ley N° 13694, emitida el 27 de setiembre de 1961.

No obstante lo indicado, los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano en relación a la conservación de la naturaleza se remontan a décadas anteriores. En particular, uno de los primeros tratados internacionales suscritos por el Perú en materia de protección del ambiente es la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas de América, adoptada en Washington el 12 de octubre de 1940 y ratificada por el Perú el 31 de diciembre de 1941. En particular, es destacable la obligación establecida en el artículo II de los gobiernos firmantes de evaluar la posibilidad de crear figuras como los parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales y reservas de regiones dentro de sus territorios. En caso de que no fuera factible en ese momento, se insta a los gobiernos a seleccionar sitios, objetos o especies vivas de animales o plantas que podrían convertirse en ese tipo de espacios en el futuro, tan pronto como las circunstancias lo permitan. Dicha obligación se ve complementada con el artículo V del tratado, que establece la obligación de los Gobiernos de adoptar o recomendar la adopción de leyes y reglamentos que garanticen la protección y conservación de la flora y fauna en sus respectivos territorios. Puede identificarse, a partir de la ratificación del citado tratado, la primera obligación del Estado en términos de protección y conservación de la flora y fauna, si bien ello se realiza inicialmente con fines principalmente estéticos.

En concordancia con lo expuesto, se puede identificar un primer antecedente legislativo en materia de conservación en la Ley de Servicio Forestal y de Caza del año 1963, aprobada por Decreto Ley N° 14552, cuyo objeto expreso es la protección y conservación de bosques, terrenos forestales y vida silvestre. Para lograr esto, se estableció el Servicio Forestal y de Caza, bajo cuya propuesta, el Poder Ejecutivo establecía reservas forestales, de naturaleza temporal, y bosques nacionales. Estos últimos se encontraban orientados, conforme lo dicta el artículo 17 de la mencionada ley, a la protección y conservación de las

bellezas escénicas naturales de la flora y vida silvestre de importancia nacional, en clara línea de lo dispuesto en la Convención de Washington.

Más adelante, con la promulgación de la Ley de Promoción y Desarrollo Agropecuario, Ley 16726, del año 1967, se otorgó al Ministerio de Agricultura la potestad para expropiar tierras necesarias para la creación de Parques Nacionales. Esta ley fue posteriormente reglamentada mediante Decreto Supremo 18-a-68-AG, la cual incorpora los conceptos de reservas y santuarios nacionales a la legislación de ese periodo.

Otro antecedente relevante se encuentra en la derogada Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobada mediante Decreto Ley N° 21147, de fecha 15 de mayo de 1975. En esta norma, se establecían los fundamentos de un régimen de conservación de la biodiversidad en la figura de unidades de conservación. La referida norma, en su artículo 15, precisa que las Unidades de Conservación pueden ser: Parques Nacionales, Reservas Nacionales, Santuarios Nacionales y Santuarios Históricos. Complementariamente, en el Reglamento de Unidades de Conservación, aprobado mediante Decreto Supremo N° 160-77-AG, actualmente derogado, se desarrolla la zonificación de las unidades de conservación en las categorías de zona vedada, zona restringida, zona primitiva, zona de recreación, zona de utilización directa, zona de recuperación y zona de servicios. Adicionalmente, se precisa en el artículo 26 que “la protección y conservación de la flora y faunas silvestres y de las formaciones naturales primará sobre todos los demás objetivos de las Unidades de Conservación”.

El panorama normativo anteriormente descrito permite evidenciar un interés por parte del Estado en la conservación de la naturaleza, mayormente restringido a la flora, fauna y paisaje, que, a la fecha de emisión de las normas citadas, aún no poseía un fundamento constitucional.

En efecto, la existencia de las ANP encuentra su fundamento actual en la obligación de conservar la diversidad biológica, que surge con el artículo 68° de la Constitución de 1993, que declara la obligación del Estado de promover la

conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. En contraste, en la Constitución de 1979, únicamente se hacía alusión a la función del Estado de evaluar y preservar los recursos naturales, así como fomentar su aprovechamiento racional, así como un deber general de conservar el ambiente. Por lo expuesto, consideramos que la inclusión expresa de la obligación de conservar la diversidad biológica en la constitución vigente implica un avance significativo vinculado al reconocimiento de la protección de la biodiversidad mediante ANP en el país

La disposición constitucional de 1993 debe ser leída de manera conjunta con los artículos 85, 86 y 131 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente. Los referidos artículos inciden en la promoción de la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales por parte del Estado, así como la adopción y aplicación de medidas para controlar los factores de riesgo que afecten dichos recursos naturales. En particular, el artículo 131 explícitamente establece que cualquier persona que genere impactos ambientales significativos se encuentra sujeta a las acciones de fiscalización y control ambiental determinadas por la Autoridad Ambiental Nacional y demás autoridades competentes. Las disposiciones citadas evidencian obligaciones reforzadas para el Estado vinculadas a la conservación de la naturaleza, que se extienden a la implementación de medidas que prevengan y frenen potenciales impactos ambientales negativos.

Este compromiso del Estado es reafirmado en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 0021-2003-AI/TC. En dicha sentencia, se establece que la referida obligación implica que cualquier acto que pueda representar riesgo para las ANP requieren la participación conjunta de los organismos del sector, para que, con labores preventivas, dicho riesgo se reduzca al mínimo posible (Fundamento Jurídico N° 53 de la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 03343-2007-AA, Caso “Cordillera Escalera”).

A nivel internacional, una de las manifestaciones más destacadas de la relevancia que se le otorga a las ANP es el Convenio de Diversidad Biológica, ratificado por Perú el 7 de junio de 1993. Este Convenio reconoce que la

conservación de la diversidad biológica es de interés común de toda la humanidad la conservación de la diversidad biológica y, en ese sentido, establece la obligación de las Partes Contratantes de establecer un sistema de áreas protegidas con el objeto de conservar la referida diversidad biológica. De esta manera, este dispositivo jurídico resalta la importancia de las ANP como mecanismo esencial para la conservación de la biodiversidad a nivel global.

Por su parte, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, ratificada por Perú el 22 de diciembre de 1981, establece como obligación relevante para la conservación del patrimonio natural de cada país la adopción de medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras, para conservar dicho patrimonio. Así, se destaca la necesidad de tomar decisiones concretas orientadas para preservar el patrimonio para la humanidad.

La Ley de ANP, por otro lado, establece los objetivos que justifican la conservación de las áreas declaradas como protegidas. Estos objetivos incluyen la preservación de cualidades ambientales, así como a la restauración de las condiciones de los ecosistemas. En ese sentido, de la lectura conjunta de los tratados internacionales suscritos por el Estado, así como de la Ley de ANP, Reglamento y modificatorias, puede concluirse que, a diferencia de los primeros antecedentes en materia de conservación del siglo pasado, el sistema actual de ANP protege objetivos que van más allá de la mera estética. Por el contrario, se centran también en la protección de bienes jurídicos antes no reconocidos, como la diversidad genética o los ecosistemas, sin dejar de lado categorías como el paisaje. Puede concluirse, en dicho sentido, que el enfoque actual de conservación de la naturaleza se sustenta en la comprensión de su valor intrínseco y la necesidad de su protección para las presentes y futuras generaciones.

Las ANP pueden categorizarse a partir de dos criterios: su naturaleza y objetivos (áreas de uso directo e indirecto), así como su nivel de administración (ANP de administración nacional, regional y Áreas de Conservación Privada).

El primer criterio se refiere a las restricciones que establece la Ley de ANP y su reglamento a las actividades económicas que pueden desarrollarse dentro del espacio geográfico que compone un ANP. En ese sentido, en las áreas de uso indirecto, en tanto poseen como objetivo principal la preservación y conservación de los ecosistemas y biodiversidad, se prohíbe la extracción de recursos naturales, así como otras actividades que impliquen la modificación y transformación del ambiente natural. Sin perjuicio de ello, en dichas zonas sí se permiten actividades de investigación científica, siempre que ello no implique manipulación, así como actividades de recreación y turismo, en las áreas que se encuentren apropiadamente designadas y manejadas para tales fines. Entre las áreas de uso indirecto, se encuentran los Parques Nacionales, Santuarios Nacionales y Santuarios Históricos, que comparten las características que se describen a continuación:

**Figura 1: Áreas naturales protegidas de uso indirecto**

<b>Áreas de uso indirecto</b>	<b>Parques Nacionales</b>	Son áreas que constituyen muestras representativas de la diversidad natural del país y de sus grandes unidades ecológicas. En ellas, se protege con carácter intangible la integridad ecológica de uno o más ecosistemas, las asociaciones de flora y fauna silvestre y los procesos sucesionales y evolutivos, así como otras características, paisajísticas y culturales que resulten asociadas.
	<b>Santuarios Nacionales</b>	Áreas donde se protege con carácter intangible el hábitat de una especie o una comunidad de la flora y fauna, así como las formaciones naturales de interés científico y paisajístico.
	<b>Santuarios Históricos</b>	Áreas que protegen con carácter de intangible espacios que contienen valores naturales relevantes y constituyen el entorno de sitios de especial significación nacional, por contener muestras del patrimonio monumental y arqueológico o por ser lugares donde se desarrollaron hechos sobresalientes de la historia del país.

**Fuente:** Ley de ANP

**Elaboración:** Propia

En contraste, en las áreas de uso directo sí se admite la explotación de recursos naturales, otorgando prioridad a las comunidades locales y respetando las disposiciones establecidas en el plan de manejo del ANP. Dentro de esta categoría, se incluyen las Reservas Comunes, Reservas Nacionales, Reservas Paisajísticas, Refugios de Vida Silvestre, Bosques de Protección, Cotos de Caza y Áreas de Conservación Regionales, como se evidencia en la siguiente figura.

**Figura 2: Áreas Naturales Protegidas de uso directo**

<b>Áreas de uso directo</b>	<b>Reservas Nacionales</b>	Áreas destinadas a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos de flora y fauna silvestre, acuática o terrestre. En ellas se permite el aprovechamiento comercial de los recursos naturales bajo planes de manejo, aprobados, supervisados y controlados por la autoridad nacional competente.
	<b>Reservas Paisajísticas</b>	Áreas donde se protege ambientes cuya integridad geográfica muestra una armoniosa relación entre el hombre y la naturaleza, albergando importantes valores naturales, estéticos y culturales.
	<b>Refugios de Vida Silvestre</b>	Áreas que requieren intervención activa con fines de manejo, para garantizar el mantenimiento de los hábitats, así como para satisfacer las necesidades particulares de determinadas especies, como sitios de reproducción y otros sitios críticos para recuperar o mantener las poblaciones de tales especies.
	<b>Reservas Comunales</b>	Áreas destinadas a la conservación de la flora y fauna silvestre, en beneficio de las poblaciones rurales vecinas. El uso y comercialización de recursos se hará bajo planes de manejo, aprobados y supervisados por la autoridad y conducidos por los mismos beneficiarios. Pueden ser establecidas sobre suelos de capacidad de uso mayor agrícola, pecuario, forestal o de protección y sobre humedades.
	<b>Bosques de Protección</b>	Áreas que se establecen con el objeto de garantizar la protección de las cuencas altas o colectoras, las riberas de los ríos y de otros cursos de agua y en general, para proteger contra la erosión a las tierras frágiles que así lo requieran. En ellos se permite el uso de recursos y el desarrollo de aquellas actividades que no pongan en riesgo la cobertura vegetal del área.
	<b>Cotos de Caza</b>	Áreas destinadas al aprovechamiento de la fauna silvestre a través de la práctica regulada de la caza deportiva.
	<b>Áreas de Conservación Regionales</b>	ANP de administración regional, que se constituyen sobre áreas que, a pesar de tener significativa importancia ecológica, no califican para ser declaradas como ANP de administración nacional.

**Fuente:** Ley ANP

**Elaboración:** Propia

Conforme con sus niveles de administración, se categorizan a las ANP en tres grupos: ANP de administración nacional, administradas por el gobierno central mediante el SERNANP; ANP de gestión regional (“ACR”) y ANP de gestión privada, es decir, Áreas de Conservación Privada (“ACP”) administradas por



propietarios de los predios. Sus características se describen en la siguiente imagen.

**Figura 3: Áreas protegidas conforme con su nivel de administración**

<b>ANP de Administración Nacional</b>	Conforman el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SINAMPE). Se crean por Decreto Supremo, aprobado por el Consejo de Ministros y refrendado por el Ministro de Agricultura.
<b>ANP de Administración Regional (Áreas de Conservación Regional)</b>	Conformadas por áreas que, teniendo una importancia ecológica significativa, no califican para ser declaradas como áreas del Sistema Nacional. Sin perjuicio de ello, la Autoridad Nacional podrá incorporar al SINANPE aquellas áreas regionales que posean una importancia o trascendencia nacional. Se crean por Decreto Supremo, aprobado por Consejo de Ministros y refrendado por el Ministerio de Agricultura.
<b>Áreas de Conservación Privadas (ACP)</b>	Se crean por Resolución Ministerial.

**Fuente:** Ley de ANP

**Elaboración:** Propia

Los diferentes usos que pueden efectuarse dentro de una ANP se rigen, además de la categoría de ANP (según sea de uso directo o indirecto), por la zonificación que se haya asignado al espacio geográfico. En ese sentido, la zonificación que impone limitaciones más estrictas para el ejercicio de actividades económicas en el interior del ANP es la Zona de Protección Estricta (PE), en la cual únicamente se admiten actividades de manejo y monitoreo del área y, ocasionalmente, investigaciones científicas. Por el contrario, en las demás zonas, se autorizan diversos niveles de intervención, siempre que ello sea compatible con la legislación, los objetivos y el Plan Maestro de la ANP. En la siguiente figura, se desarrollan las diversas categorías de zonificación y los usos permitidos dentro de cada una de ellas.

**Figura 4: Zonificación de las ANP**

Denominación	Caracterización	Usos permitidos
Zona de Protección Estricta (PE)	Aquellos espacios donde los ecosistemas han sido poco o nada intervenidos, o incluyen lugares con especies o ecosistemas únicos, raros o frágiles, los que, para mantener sus valores, requieren estar libres de la influencia de factores ajenos a los procesos naturales mismos, debiendo mantenerse las características y calidad del ambiente original.	Actividades propias del manejo del área y de monitoreo del ambiente, y excepcionalmente, la investigación científica.
Zona Silvestre (S)	Zonas que han sufrido poca o nula intervención humana y en las que predomina el carácter silvestre; pero que son menos vulnerables que las áreas incluidas en la Zona de Protección Estricta	Actividades de administración y control, la investigación científica, educación y la recreación sin infraestructura permanente ni vehículos motorizado
Zona de Uso Turístico y Recreativo (T)	Espacios que tienen rasgos paisajísticos atractivos para los visitantes y, que por su naturaleza, permiten un uso recreativo compatible con los objetivos del área	Actividades educativas y de investigación, así como infraestructura de servicios necesarios para el acceso, estadía y disfrute de los visitantes, incluyendo rutas de acceso carrozables, albergues y uso de vehículos motorizados
Zona de Aprovechamiento Directo (AD)	Espacios previstos para llevar a cabo la utilización directa de flora o fauna silvestre, incluyendo la pesca, en las categorías de manejo que contemplan tales usos y según las condiciones especificadas para cada ANP.	Actividades para la educación, investigación y recreación
Zona de Uso Especial (UE)	Espacios ocupados por asentamientos humanos preexistentes al establecimiento del Area Natural Protegida.	Uso agrícola, pecuario, agrosilvopastoril u otras actividades que implican la transformación del ecosistema original.
Zona de Recuperación (REC)	Zona transitoria, aplicable a ámbitos que por causas naturales o intervención humana, han sufrido daños importantes y requieren un manejo especial para recuperar su calidad y estabilidad ambiental, y asignarle la zonificación que corresponde a su naturaleza.	Usos compatibles con el manejo especial requerido para recuperar la calidad de la zona.
Zona histórico-cultural (HC)	Espacios que cuentan con valores históricos o arqueológicos importantes y cuyo manejo debe orientarse a su mantenimiento, integrándolos al entorno natural.	Investigación, las actividades educativas y uso recreativo, en relación a sus valores culturales.

**Fuente:** Ley de ANP

**Elaboración:** Propia

Finalmente, la Ley de ANP contempla la existencia de zonas reservadas, que se caracterizan por ostentar dicha categoría de manera transitoria, lo cual permite que estas gocen de protección hasta que las autoridades concluyan, a partir de la realización de diversos estudios, si dicha área –ya sea íntegra o parcialmente– posee las condiciones y características que justifiquen la creación de una ANP. Si se determina que ello no es el caso y el área no reúne las características requeridas para que sea declarada ANP, el espacio perderá su categoría de zona reservada.

Otra categoría relevante, si bien no conforman a las ANP, son las zonas de amortiguamiento, que son aquellas áreas que rodean las zonas en conservación. Estas actúan como un espacio de transición gradual entre las ANP, que se ven restringidas por la zonificación y lo dispuesto en el Plan Maestro, y las áreas adyacentes, que usualmente admiten mayor grado de actividad humana, que sea compatible con la conservación de la naturaleza, tales como actividades de ecoturismo, investigación, entre otras. Estas actividades, conforme con la Ley de ANP, se encuentran reguladas dentro del Plan Maestro del ANP.

Con respecto de la institucionalidad en materia de ANP, el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado ("SINANPE") fue establecido mediante Decreto Supremo N° 010-90-AG, el 24 de marzo de 1990. El SINANPE encuentra su antecedente en el Sistema Nacional de Unidades de Conservación (SINUC), que fue creado mediante la Ley Forestal y de Fauna Silvestre del año 1975, ahora derogada.

La creación del SINANPE encuentra su justificación la necesidad de protección y desarrollo de áreas representativas del Patrimonio Natural del país, tales como Parques Nacionales y otras ANP. Ello se considera de interés público y como necesidad nacional para contribuir al desarrollo del país. De igual manera, se señala que la implementación de una política sólida de protección y desarrollo de la diversidad biológica y la riqueza natural, paisajística y cultural fortalecería a largo plazo el prestigio a nivel internacional. Ello permitiría, a su vez, obtener espacios de cooperación internacional y recursos financieros adicionales.

El SINANPE se compone únicamente por las ANP de administración nacional, que son gestionadas por el Gobierno central. Esto incluye tanto a las ANP con estatus transitorio, conocidas como Zonas Reservadas, como aquellas con carácter permanente. Las ACR y las ACP, por su parte, son áreas complementarias al SINANPE.

Al 22 de marzo de 2023, se contaba con 68 Áreas Naturales Protegidas de administración nacional, 32 Áreas Naturales Protegidas de administración regional y 139 Áreas Naturales Protegidas de administración privada (SERNANP 2023). Aunado a ello, existen 8 zonas reservadas. En conjunto, el porcentaje de la superficie terrestre protegida mediante ANP asciende al 17.90%, mientras que la superficie marina protegida equivale a un 7.76%.

### **V.1.2. Precisiones conceptuales respecto de las competencias ambientales en materia de áreas naturales protegidas**

En tanto uno de los principales puntos de discusión en la Sentencia materia de análisis es la potestad de los gobiernos locales de crear áreas de conservación municipal, es relevante revisar cuáles son las competencias ambientales en relación a las ANP que ostentan las entidades de los distintos niveles de gobierno.

A nivel nacional, el SERNANP desempeña un papel fundamental en la administración de las ANP a nivel nacional, al actuar como ente rector del SINANPE, conforme con las disposiciones de la Ley de ANP. Entre las principales responsabilidades del SERNANP, se encuentra la elaboración y aprobación de los Planes Maestros de las ANP de administración nacional, lo cual implica planificar y gestionar los objetivos de conservación para dichas áreas.

En el ámbito regional, conforme a la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (“LOGR”), la preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas regionales son competencias compartidas. Concretamente, son las Gerencias de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente regionales a las que poseen la responsabilidad de llevar a cabo las funciones específicas sectoriales relacionadas con las áreas protegidas (artículo 29-A).

Adicionalmente, los gobiernos regionales poseen dos funciones específicas en el ámbito ambiental y de ordenamiento territorial. En primer lugar, poseen la facultad de *proponer la creación* de las áreas de conservación regional y local en el marco del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (artículo 53 literal “d”), considerando las características particulares de cada región. En segundo lugar, los gobiernos regionales tienen la obligación de *preservar y administrar*, en coordinación con los gobiernos locales, las reservas y áreas naturales protegidas regionales que se encuentren comprendidas completamente dentro de su jurisdicción, así como los territorios insulares (artículo 53 literal “j”). De igual manera, se encuentran entre sus funciones elaborar y aprobar los Planes Maestros de las áreas protegidas de gestión regional. Es importante destacar que, a diferencia de los Planes Maestros de las ANP de administración nacional, estos Planes Maestros requieren de opinión previa vinculante emitida por el SERNANP. Este requisito adicional busca mantener la coherencia y coordinación entre la gestión a nivel nacional y regional de ANP.

Finalmente, las competencias a nivel local se encuentran recogidas en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (“LOM”). En el artículo 73 de la norma citada, se enuncia como competencia *proponer* la creación de áreas de conservación ambiental. Esta facultad permite a las municipalidades presentar propuestas para establecer áreas de conservación en su jurisdicción, con el objetivo de preservar y proteger el entorno natural y promover la conservación de la biodiversidad y los recursos naturales a nivel local.

### **V.1.3. Las Áreas de Conservación Municipal**

La figura de las Áreas de Conservación Municipal fue contemplada originalmente en el derogado Código del Medio Ambiente, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 613. En el artículo 56 de dicha norma, se establecía que las áreas naturales protegidas por el Estado podían ser creadas a nivel nacional, regional o local. Asimismo, se precisaba que las referidas áreas protegidas locales se aprobaban mediante Acuerdo de Consejo; es decir, en espacios de deliberación y aprobación, que permitían involucrar a

representantes locales en la toma de decisiones relacionadas con la protección del medio ambiente y conservación de la naturaleza.

Posteriormente, con la emisión del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, se derogaron las disposiciones previamente citadas. Como producto de esta norma, se dispuso que los gobiernos regionales y municipios tenían la potestad de establecer áreas protegidas municipales y regionales a través de decreto supremo emitido por el Poder Ejecutivo. Ello implicó que dichas entidades mantuvieran la facultad de establecer ANP en sus jurisdicciones, pero sujetas a una nueva modalidad y con un procedimiento reglamentado por decreto supremo. Ello se dio en un contexto de búsqueda de equilibrio entre la promoción de la inversión privada y la facultad de las autoridades locales y regionales de impulsar iniciativas de conservación ambiental dentro de sus territorios.

Solano & Monteferri (2009) resaltan la promulgación del Decreto Legislativo N° 708 un día después de la emisión del Decreto Legislativo N° 757, cuyo efecto fue la sustitución de los artículos 56 y 57 del Código del Medio Ambiente, con la siguiente redacción (pp. 13-14): *“Las áreas naturales protegidas son establecidas por Decreto Supremo, con voto aprobatorio de Consejo de Ministros y refrendado por el Ministro de Agricultura, la política de manejo la establece el Gobierno Nacional. Su administración corresponde al Gobierno Nacional, pudiendo delegarse a los Gobiernos Regionales o Locales”*. Dicha emisión sucesiva de leyes implicó que primase el DL 708, al ser la más reciente. En ese sentido, bajo dicha norma, se establecieron tres disposiciones: (i) todas las ANP debían ser establecidas por Decreto Supremo, (ii) las políticas de manejo debían ser establecidas siempre por el Gobierno Central; y, finalmente (iii) la administración de las ANP corresponde también a dicha instancia del Gobierno, teniendo la posibilidad de delegar su administración a gobiernos regionales o locales (Solano & Monteferri, 2009, p. 14).

En la Ley de ANP emitida en el año 1997, no se hace alusión alguna a las ACM. Por su parte, la Disposición Complementaria Única de la Ley de ANP dispuso que la participación de las Municipalidades en la gestión e

implementación de la ANP sería regulada mediante la LOM, lo cual no ocurrió. Conforme con Solano & Monteferrí (2009), ello respondió a motivaciones políticas y a la tensión existente entre el Poder Ejecutivo y el gobierno municipal de Lima (p. 14). Como ya se mencionó, se identificó, más bien, como escenario idóneo para abordar las competencias en torno a la creación de ACM y, específicamente, regular la participación de las Municipalidades en su gestión e implementación, a la LOM, promulgada en el año 2003. Sin embargo, aquella tampoco resolvió dicho vacío legal, en tanto, como se analizará en el siguiente apartado, únicamente se hace mención a las áreas de conservación ambiental, mas no a las ACM.

El primer Plan Director de las ANP, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-99-AG en el año 1999, tampoco esbozó una regulación sobre las ACM, mas sí hizo mención sobre las mismas. Incidió, en dicho sentido, en que el país requería contar con ACM como áreas protegidas complementarias al SINANPE y que sería positiva su incorporación en futuros instrumentos legales.

Fue recién mediante Decreto Supremo N° 038-2001-AG, que aprobó el Reglamento de la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, que se estableció la categoría de “Áreas de Conservación Municipal”. En efecto, únicamente con la publicación del reglamento de la Ley de ANP, surge nuevamente el término “Áreas de Conservación Municipal” en el ordenamiento jurídico. Como se ha mencionado previamente, su existencia es cuestionable, al suponer una infracción al principio de jerarquía de normas, en tanto la figura fue regulada por reglamento, sin poseer sustento previo en una norma de rango legal, que debió ser la Ley de ANP.

En la misma línea, fue emitida la Resolución Jefatural 029-2006-INRENA, que aprueba los lineamientos para el establecimiento y gestión de las ACM, y que sería posteriormente derogada conjuntamente con todas las normas emitidas sobre ACM.

Los hitos normativos anteriormente descritos nos permiten concluir que la creación de la figura de ACM es ilegal, por lo cual mediante Decreto Supremo

N° 015-2007-AG, de fecha 14 de mayo de 2007, se derogaron las alusiones a las ACM del Reglamento de la Ley de ANP. De la exposición de motivos de la norma, puede evidenciarse que tres razones motivaron dicha supresión. La primera de ellas es que, como se mencionó previamente, el Reglamento de la Ley de ANP reglamenta una figura que no encuentra amparo en la Ley de ANP, lo cual vulnera el principio de jerarquía normativa contemplado en el artículo 51 de la Constitución Política. En segundo lugar, se precisa que las competencias municipales son únicamente aquellas enunciadas en la LOM. Esta, en lo referido a conservación ambiental, únicamente les otorga la función de proponer la creación de áreas de conservación ambiental, pero no de establecerlas. Como última razón, se señala que el Plan Director tampoco otorgó potestades a las municipalidades para la creación de ACM.

En suma, ninguno de los dispositivos normativos vigentes a la fecha de emisión del Decreto Supremo en el año 2007 había otorgado legalmente competencias a las municipalidades para crear ACM, sin perjuicio de lo cual múltiples áreas habían sido creadas de manera anterior a la promulgación del Reglamento de la Ley de ANP, así como después de la derogación de las disposiciones sobre ACM, en el año 2007.

La única disposición vigente en el ordenamiento jurídico que brinda luces sobre la materia es el numeral 3.2 del artículo 73° de la LOM vigente, que establece que las municipalidades son únicamente competentes para proponer la creación de áreas de conservación ambiental.

Es relevante detenernos en este punto para efectuar una precisión terminológica entre áreas de conservación municipal (“ACM”) y áreas de conservación ambiental (“ACA”). Como ya se ha desarrollado en líneas anteriores, las ACM encuentran su sustento en el Reglamento de la Ley de ANP, cuyas disposiciones referidas a ACM fueron derogadas por el D.S. 015-2007-AG. Las ACA, por el contrario, encuentran su fundamento en la LOM. Monteferri & Solano (2009) son de la opinión de que las ACM y las ACA son, esencialmente, el mismo concepto bajo denominaciones diferentes pero creadas bajo la misma lógica (p. 15).



Para mejor entendimiento de los diversos hitos normativos y modificaciones, en la siguiente figura se listan cronológicamente los dispositivos relevantes:

**Figura 5: Línea del tiempo normativa en materia de ACM**



**Elaboración:** Propia

En ese sentido, el panorama después de la emisión del Decreto en el año 2007 era y continúa siendo incierto. ¿Qué debía hacerse con las ACM creadas desde el año 2001 hasta el año 2007? Más importante aún, ¿cómo debía procederse frente a las ACM que continuaron creándose incluso después de la emisión del Decreto?

Sobre la situación, se pronuncia Gálvez (2015) señalando que existe incertidumbre sobre la competencia municipal para la creación de ACM, precisando que "resulta importante que Sernanp se pronuncie sobre ello y sobre las ACM creadas antes de la publicación del D.S. 015-2007-AG" (p. 197). Dicha falta de claridad persiste hasta la fecha.

Sin embargo, debe mencionarse que la doctrina ha esbozado algunas propuestas de solución a dicha problemática. Villanueva (2019) señala posibles vías: (i) la reactivación del régimen de Áreas de Conservación Municipal, intención que se ve manifiesta en diversos proyectos de ley dirigidos a tal

propósito<sup>1</sup>; (ii) la posibilidad de convertir las ACM creadas en ACR; (iii) la integración de las ACM existentes a un ACR cercana a su ubicación; (iv) la inclusión del régimen de las ACM al SINANPE, como áreas complementarias, mediante la modificación de la Ley de ANP; y, finalmente, (v) la liberación de las áreas comprendidas dentro de las ACM (pp. 26-27). Dicha autora precisa, además, que las opciones ii y iii serían aplicables en las ACM creadas con anterioridad a la vigencia del D.S N° 015-2007-AG, que admitía la creación de ACM, mientras que las opciones iv y v aplicarían, indistintamente, a las ACM creadas antes del 2007 como a potenciales ACM creadas a futuro. Cada una de dichas opciones plantea desafíos que la autora reconoce, entre los que se encuentran las dificultades presupuestarias que podría suponer, por ejemplo, convertir una ACM en un ACR, o, de manera transversal a las propuestas que implican conservar las áreas existentes, convirtiéndolas o no en ACR, la posible amenaza que los titulares de proyectos de inversión podrían percibir a la continuidad de sus actividades económicas.

Sin perjuicio de desarrollar nuestro planteamiento a profundidad en las recomendaciones, nos inclinamos por la propuesta consistente en incluir a las ACM como áreas complementarias al SINANPE. Consideramos que este planteamiento equilibra dos pretensiones válidas, que además han sido

---

<sup>1</sup> Villanueva (2019) hace referencia al Proyecto de Ley 02528/2017-CR, que proponía modificar el inciso 3 del artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades para dotar a las municipalidades de competencias para crear ACM (p. 25). Dicho proyecto fue archivado en el año 2021. Monteferri & Solano (2009), por su parte, reseñan propuestas legislativas previas, tales como el Proyecto de Ley N° 10408, del año 2004, que planteaba que los propios municipios establezcan ACM (p. 15); el Proyecto de Ley N° 1200-2006-CR, cuyo propósito era restituir las normas derogadas por el D.S. N° 015-2007-AG y modificar las competencias municipales en la Ley Orgánica de Municipalidades (p. 16), así como el Proyecto de Ley N° 3692/2009-CR, que incorpora a las ACM y ACR en el SINANPE y, específicamente, precisa que el establecimiento de las ACM se encontraría a cargo de los Gobiernos Regionales (p. 41). Los proyectos mencionados no llegaron a ser aprobados.

manifestados en las sentencias que a continuación se analizarán: el interés de los gobiernos locales por conservar la biodiversidad a nivel de sus jurisdicciones y las acciones del Estado conducentes a descentralizar competencias en materia de ANP.

#### **V.1.4. Desarrollo jurisprudencial relevante en torno a las competencias de los gobiernos locales y regionales para limitar actividades económicas**

En esta sección, se realizará un análisis de las principales sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional que abordan casos en los que los gobiernos locales emiten ordenanzas que plantean la paralización de actividades económicas dentro de su jurisdicción. A partir de la revisión de las sentencias, se ha identificado que dichas medidas se han llevado a cabo mediante la declaración de zonas como intangibles o con la creación de Áreas de Conservación Municipal.

En este sentido, se examinarán cinco casos específicos, que comprenden tres acciones de inconstitucionalidad y dos acciones de amparo. En este apartado, se examinarán los fundamentos jurídicos y los criterios empleados por el Tribunal Constitucional al evaluar la legalidad y constitucionalidad de dichas medidas adoptadas por los gobiernos locales.

##### **V.1.4.1. Sentencia recaída sobre los Expedientes acumulados N° 300-2002-AA/TC y otros. Recursos extraordinarios interpuestos contra las sentencias emitidas por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Cajamarca, que declaran improcedentes las acciones de amparo de autos**

La Sentencia (en adelante, "Sentencia Caso Quilish") se pronuncia respecto de la Ordenanza N° 012-2000-CMPC, que estableció una Zona Reservada Protegida Municipal en torno al Cerro Quilish y las microcuencas de los ríos Quilish y Porcón, espacios en los cuales las empresas mineras demandantes ejercían actividades de exploración y explotación de recursos minerales.

Frente a dicho hecho, las empresas recurrentes acudieron a la vía de amparo, argumentando, entre otros puntos, la vulneración de sus derechos de

propiedad y a la libertad de trabajo y solicitando, como consecuencia, el cese inmediato de todos los actos conducentes a hacer efectiva la Ordenanza.

Por su parte, la Municipalidad emisora de la Ordenanza respondió indicando que el propósito de la norma se orientaba a proteger “el colchón hídrico de donde nacen los ríos que abastecen de agua a la ciudad de Cajamarca”. En ese sentido, rechazaron el argumento referido a la vulneración de los derechos económicos alegados, afirmando que el ejercicio de los mismos no puede realizarse contraviniendo el bien común. Adicionalmente, precisaron que la Ordenanza únicamente declaraba ciertas áreas como “zona reservada protegida municipal”, sin crear una ANP propiamente dicha, bajo el entendimiento de que dicha creación únicamente podía realizarse mediante Decreto Supremo.

Es importante destacar dos puntos relevantes del análisis de la sentencia. En primer lugar, debe notarse que la vía empleada para cuestionar el establecimiento de la denominada “zona reservada protegida municipal” fue la acción de amparo, que ejercieron, de manera individual, diversas empresas mineras siguiendo el tracto regular: recurriendo, en calidad de primera instancia, al Primer Juzgado Civil de Cajamarca. En segunda instancia, tras la declaración de improcedencia por parte del Juzgado, recurrieron a la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Cajamarca, que se pronunció en el mismo sentido.

Debe advertirse, además, el plazo que transcurrió desde la presentación de la amparo, el 8 de enero de 2001, hasta la emisión de la Sentencia, el 7 de abril de 2003.

Por lo anterior, somos de la opinión de que los recurrentes perjudicados por disposiciones como las reseñadas —que suspenden el desarrollo de actividades mineras en las jurisdicciones con el empleo de figuras como las ACM o, en este caso, de “zonas reservadas protegidas municipales”— optan, en un mayor número de casos, por seguir la vía de la acción de constitucionalidad en tanto ello evita someterse a dos juicios y agotar las instancias previas. Sin embargo, la restricción para acudir a dicha vía, evidentemente, es que solo ciertos sujetos se encuentran legitimados para

interponer una acción de inconstitucionalidad, según lo establecido en el artículo 203 de la Constitución, entre los cuales no se encuentran particulares.

En las siguientes sentencias que se revisarán, se podrá observar que las acciones de inconstitucionalidad sobre la materia han sido formuladas por autoridades como el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, o bien por el 1% de los ciudadanos de un área territorial al cuestionar la legalidad de una ordenanza municipal. Una empresa minera, por el contrario, no se encontraría legitimada a interponer este tipo de acción, por lo que tendría que optar por la vía de amparo.

**V.1.4.2. Sentencia recaída sobre el Expediente N° 008-2010-PI/TC.  
Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Municipal N° 004-2008-MPF-H/A expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo, departamento de Ayacucho, que declara como zona intangible toda la jurisdicción territorial de la provincia de Fajardo y, en consecuencia, prohíbe las licencias para la exploración y explotación minera en la zona**

La referida Sentencia se pronuncia sobre una cuestión similar a la que es materia del presente Informe: la integridad de la jurisdicción territorial de provincia de Fajardo es declarada como zona intangible por la Municipalidad Provincial correspondiente (en adelante, "Sentencia Municipalidad Fajardo"), bajo el presupuesto de que en dicha área se ubican diversos recursos naturales cuya protección es de relevancia, tales como recursos hídricos, flora, fauna, entre otros. En dicha línea, se dispone la restricción a actividades futuras de exploración o explotación dentro del área, mientras que se estipula que las empresas que, a la fecha del dictado de la norma, se encuentren realizando dichas actividades, deban sujetarse a la consulta popular, además de ceñirse a la legislación vigente y reparar los daños generados por sus actividades, bajo el alegado propósito de protección de los recursos hídricos, el medio ambiente y la salud.

La legalidad de la norma es cuestionada por su alegada vulneración a los artículos 66, 106 y 119 de la Constitución, los mismos que señalan que las condiciones para el aprovechamiento de los recursos naturales se fijan mediante ley orgánica; las materias reguladas mediante ley orgánica y que la dirección y gestión de los servicios públicos se encuentran a cargo del Consejo de Ministros, respectivamente. Adicionalmente, los demandantes precisan que, como consecuencia de la Ordenanza, se encontrarán restringidos de efectuar actividades de exploración y explotación minera, a pesar de contar con títulos habilitantes válidos otorgados para dichos fines.

En dicha oportunidad, el Tribunal se pronunció declarando la inconstitucionalidad de la referida Ordenanza, como producto del análisis competencial que efectuó. Así, determinó que la preservación de áreas naturales protegidas locales es una competencia municipal compartida con otros organismos nacionales, conforme con la LOM. Bajo dicha lógica, incluso si la medida de la Ordenanza consistente en declarar como intangible toda la provincia y retirar la “licencia social” se adoptaba para preservar el medio ambiente y las áreas naturales protegidas locales, ello debía ser coherente y no extralimitarse con respecto a competencias de otras entidades referidas, por ejemplo, a la minería. Ello ocurre, precisamente, al prohibir el otorgamiento de concesiones mineras, cuando la única entidad legitimada para brindar dichas concesiones y declararlas caducas es el INGEMMET, como órgano adscrito al Ministerio de Energía y Minas.

En ese sentido, en la sentencia se hace énfasis en los principios de cooperación y lealtad constitucional nacional que deben observar los gobiernos locales en su actuación, cuya contraparte es el deber de cooperación para con los gobiernos locales, o lealtad constitucional local, que debe ejercer el gobierno nacional.

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal determinó que era el Gobierno Nacional y no la Municipalidad Provincial la que poseía competencias para regular la gran y mediana minería. En ese sentido, se concluyó que la Municipalidad se había irrogado una competencia ajena y, por tanto, la

prohibición de otorgamiento de concesiones mineras y la no admisión de petitorios mineros resultaba ilegal.

**V.1.4.3. Sentencia recaída sobre el Expediente N° 009-2010-PI/TC.  
Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente  
de la República, representado por el Ministerio de Energía y  
Minas, contra la Ordenanza Regional N°  
065-2009-CR/GRC.CUSCO**

En la presente Sentencia (en adelante, “Sentencia Caso GORE Cusco”), el Presidente de la República, representado por el Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas (“MINEM”), interpone una demanda de inconstitucionalidad contra el Gobierno Regional de Cusco, cuestionando la legalidad de la Ordenanza Regional N° 065-2009-CR, que declara toda la región del Cusco como área de no admisión de denuncios mineros. Al respecto, se argumenta que la Ordenanza excede las competencias que le otorga el artículo 192 de la Constitución en materia minera, al avocarse una competencia que corresponde al MINEM.

Por su parte, el Gobierno Regional solicita que se desestime la demanda, afirmando que la Ordenanza se encuentra acorde con el principio de autonomía de los gobiernos regionales en sus circunscripciones, además de que esta es conforme con los objetivos en materia ambiental.

El análisis del Tribunal Constitucional, entre otros aspectos, se detiene en el artículo 36 de la Ley de Bases de la Descentralización, que establece como competencia compartida de los gobiernos regionales la regulación, promoción y gestión de actividades como la minería. Es en base a ello que se concluye que el ejercicio de competencias mineras por parte de los Gobiernos Regionales debe hacerse respetando las políticas nacionales del gobierno regional. Concretamente, del examen de la normativa relevante, se identifica que es la Dirección de Promoción Minera el órgano a cual le corresponde evaluar y opinar sobre las áreas en las que no se admitan denuncios. En ese sentido, se pronuncia el Tribunal, afirmando que la emisión de la Ordenanza, que declara a toda la región como área de no admisión de denuncios, constituye una violación indirecta del artículo 192 de la Constitución.

**V.1.4.4. Sentencia recaída sobre el Expediente N° 0001-2012-PI.  
Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la  
Nación contra la Ordenanza N° 036-2011-GR.CAJ.CR. que  
declara inviable la ejecución del Proyecto Minero Conga**

En la presente Sentencia (en adelante, "Sentencia Caso Conga"), el Fiscal de la Nación presenta una denuncia de inconstitucionalidad contra la Ordenanza del Gobierno Regional de Cajamarca N° 036-2011, que declaró de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en la jurisdicción de la Región de Cajamarca, así como la inviabilidad del Proyecto Minero Conga en ciertas cabeceras de cuenca. El Gobierno Regional emitió la norma cuestionada alegando inconsistencias en el Estudio de Impacto Ambiental ("EIA") del Proyecto Conga y sosteniendo que su ejecución pondría en riesgo diversos bienes jurídicos ambientales relevantes, tales como los ecosistemas frágiles.

Es importante destacar que, entre otros argumentos, la Ordenanza emplea como sustento los principios de subsidiariedad, precautorio, *pro homine*, así como su autonomía política, económica y administrativa "ante la falta de regulación y vacíos normativos advertidos respecto a la protección del medio ambiente". Adicionalmente, afirma que la Constitución no determina con especificidad los sectores sobre los cuales el gobierno constitucional detenta competencias, mientras que, por el contrario, el artículo 192 de la Constitución es claro al enunciar las potestades de los gobiernos regionales.

El Fiscal de la Nación, por su parte, alega que la Ordenanza invade las competencias nacionales en materia del sector minero. A su vez, señala que el efecto práctico de la ordenanza es declarar la nulidad del acto administrativo que aprobó el EIA del Proyecto, para lo cual el gobierno regional no posee competencias.

Como parte del análisis efectuado por el Tribunal, este llega a la conclusión de que, si bien la Constitución establece que los gobiernos regionales poseen competencias en materias relativas a la minería, normas como la LBD y la LOGR precisan que las competencias en materia minera son compartidas. Así, las concesiones en pequeña minería y minería artesanal recaen sobre



gobiernos regionales, mientras que los gobiernos nacionales tienen a su cargo el otorgamiento de concesiones para la mediana y gran minería. Aquel es el fundamento empleado para concluir la inconstitucionalidad del artículo que declara inviable la ejecución del Proyecto.

Por otro lado, el Tribunal concluye que el Gobierno Regional tampoco poseía competencias para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca. Al respecto, el Gobierno Regional se había pronunciado señalando que el EIA infringía el artículo 75 de la Ley de Recursos Hídricos, que precisaba que la naturaleza vulnerable de las cabeceras de cuenca, así como el artículo III numeral 5 de la misma norma, que establece el principio de respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas. El Tribunal estima frente a dichos argumentos que son precisamente los artículos invocados los cuales determinan taxativamente las entidades competentes para declarar la intangibilidad de las cabeceras: la ANA y no el Gobierno Regional. Es así como se determina que el segundo artículo de la Ordenanza es igualmente ilegal. Por lo anterior, la demanda es fundada y, por tanto, la Ordenanza es declarada inconstitucional por voto unánime.

El Caso Conga es de especial relevancia por el debate doctrinal que surgió en torno a la correcta interpretación sobre competencias en materia de recursos hídricos. En ese sentido, el ex Magistrado Landa (2014) es crítico con el fallo, señalando, por un lado, que esta sentencia se limita a realizar un análisis de legalidad de la Ordenanza, en lugar de llevar a cabo un test de competencias como corresponde frente a una acción de inconstitucionalidad. Por otro lado, rechaza la decisión de la sentencia que finalmente determina que es la ANA y no el gobierno regional el ente adecuado para proteger las cabeceras de cuenca, como previamente ya se había hecho en los casos Municipalidad Fajardo y GORE Cusco. Al respecto, incide en que dichas sentencias se apartan de las funciones de los procesos constitucionales de valorar, pacificar y ordenar el ordenamiento jurídico, así como apaciguar los conflictos sociales en un proceso de descentralización (Landa, 2014, pp. 44-45). En suma, para el ex Magistrado, en la Sentencia del Caso Conga, el Tribunal se aparta de sus labores propias de intérprete de la Constitución y únicamente aplicó las leyes nacionales, sin efectuar un verdadero examen de constitucionalidad que

incluya confrontar la norma cuestionada con los principios de interpretación constitucional de las leyes. En su opinión, con la cual coincidimos y que retomaremos al absolver nuestro segundo problema complementario, en tanto los potenciales efectos de la ejecución del Proyecto Conga sobre las cabeceras de cuenca serían sufridos por las localidades de la región, dicha medida debió pasar por un test de ponderación. Producto de este, y en caso se hubiera superado las fases de idoneidad y necesidad, podría haberse concluido que la desproporción de la medida la volvía inconstitucional. Sin embargo, dicha evaluación no se dio.

**V.1.4.5. Sentencia recaída sobre el Expediente N° 03932-2015-PA/TC. Acción de amparo interpuesta por Minera Yanacocha S.R.L. contra la Municipalidad Provincial de San Pablo, solicitando la inaplicación en su caso de la Ordenanza Municipal N° 001-2007-MPSP, que crea las áreas de conservación municipal denominadas Las Lagunas y Pozo Seco**

La Sentencia recaída sobre el Expediente N° 03932-2015-PA/TC (en adelante, "Sentencia Minera Yanacocha") se pronuncia respecto de una acción de amparo interpuesta por la Minera Yanacocha frente a la emisión de la Ordenanza Municipal N° 001-2007-MPSP, con fecha 28 de febrero de 2007. Específicamente, la Ordenanza crea dos Áreas de Conservación Ambiental Municipal, Las Lagunas y Pozo Seco, declarándolas áreas naturales protegidas complementarias y restringiendo los usos posibles en dicha área al pastoreo no intensivo, el turismo y la construcción de infraestructura para el incremento de la oferta hídrica. La emisión de la Ordenanza generó, a su vez, una superposición entre los derechos de la Minera Yanacocha, adquiridos de manera anterior a la norma, y el área declarada ACM. Frente a dicho escenario, la Minera interpuso una demanda de amparo, alegando que la Municipalidad Provincial no poseía facultades para crear ACM, en conformidad con la LOM.

Para efectos del presente análisis, es especialmente relevante el pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional al reconocer que la creación de ACM en la Ordenanza se sustenta en el Decreto Supremo N° 038-2001-AG, que reglamenta la Ley de ANP, promulgado el 22 de junio de 2001 y derogado mediante Decreto Supremo 015-2007-AG el 15 de marzo de 2007. Así, el Tribunal señala que, si bien al publicarse la Ordenanza materia de la acción de amparo, las ACM se encontraban reguladas por el Decreto Supremo N° 015-2007-AG entonces vigente, el mismo Tribunal se había pronunciado sobre la distribución de competencias entre los diversos niveles del gobierno, señalando que, conforme con el principio de taxatividad, los gobiernos locales únicamente tienen las competencias que le otorgan la Constitución y las leyes orgánicas y que las competencias no asignadas expresamente a un nivel de gobierno subnacional corresponden al gobierno nacional (FJ 22 y 23). En dicha línea, el Tribunal destaca que “es inadmisibles que, a través de un decreto supremo, el Poder Ejecutivo asigne a los gobiernos locales competencias que no están reconocidas a su favor por la Constitución o las leyes orgánicas”, precisando que “ello es contrario al principio de reserva de la ley orgánica previsto en el artículo 106 de la Constitución” (FJ 24).

En vista de lo señalado, se estima la demanda de amparo y se inaplica los artículos tercero al quinto de la Ordenanza para la demandante, empresa minera Yanacocha, en tanto estos restringen el poder de ejercer los derechos otorgados por títulos habilitantes. Ello se debe a que, con la promulgación de la Ordenanza, se restringen las actividades posibles de efectuar en la zona a la protección e investigación de especies nativas, turismo, entre otros. El Tribunal es claro en señalar en su fundamento 29 que ello, en la práctica, constituye un supuesto de expropiación regulatoria.

Es relevante, sin embargo, destacar el voto singular emitido por el Magistrado Ernesto Blume, quien sostiene que la demanda debe declararse infundada en tanto la Ordenanza es compatible con la Constitución y, además, no lesiona derechos fundamentales. Concretamente, el Magistrado afirma que la Sentencia estimatoria de la demanda desconoce el proceso de descentralización, resuelve la tensión entre el derecho al medio ambiente y los

derechos económicos prefiriendo el interés particular sobre el interés social y, finalmente, aplica erradamente la cláusula de residualidad competencial a favor del gobierno nacional cuando debería ser de manera inversa, al encontrarse el gobierno local más cercano a la población y ser ello conforme con la Ley de Bases de la Descentralización. En lo referido a las ACM, el Magistrado Blume es de la opinión de que la facultad de los gobiernos locales de crear ACM no se encontraba en el Decreto Supremo N° 038-2001-AG derogado, sino en la Constitución y normas integrantes del bloque de constitucionalidad que se pronuncian respecto de la descentralización y la preservación del medio ambiente.

En suma, mediante la citada Sentencia, el Tribunal se pronuncia rechazando la posibilidad de que un gobierno local, como una Municipalidad Provincial, cree ACM, incluso durante la vigencia del Decreto Supremo que permitía dicha acción, a partir del reconocimiento de que la figura jurídica, en sí misma, nace defectuosa, al haber surgido mediante un reglamento, sin antes encontrarse contenida en la ley correspondiente; es decir, en la Ley de ANP.

Como conclusión de la revisión de las cinco sentencias analizadas, encontramos evidencia múltiple de diversas instancias en las que gobiernos locales o regionales emiten normas que persiguen la paralización de proyectos mineros, bajo el argumento compartido de que ello es necesario para la protección de bienes jurídicos de importancia constitucional, como el medio ambiente, los recursos hídricos, el paisaje, entre otros. A lo largo de los pronunciamientos revisados, se encuentra que el Tribunal Constitucional emplea el test de competencias para determinar si, en efecto, las entidades que emiten la normativa cuestionada poseen las facultades legales para suspender las actividades mineras, ya sea mediante la declaración de zonas geográficas particulares o incluso jurisdicciones completas como zonas intangibles, o bien mediante el establecimiento de ACM y consiguientes restricciones sobre los usos que pueden realizarse en un espacio.

Los fallos analizados siguen una línea argumentativa común: el Tribunal estima las acciones de inconstitucionalidad o de amparo, coincidiendo en que los mecanismos empleados por las entidades que emiten las Ordenanzas exceden su competencia. Encontramos excepciones en el voto singular del Magistrado Blume, que se aparte del sentido argumentativo mayoritario y afirma que las potestades municipales que, en el caso Yanacocha, habilitan a la Municipalidad a crear ACM no provienen de normas legales sino del desarrollo constitucional en materia de protección del medio ambiente en un contexto de descentralización. De igual manera, encontramos críticas valiosas en la opinión del ex Magistrado Landa al referirse al Caso Conga y señalar la necesidad de someter este tipo de medidas, como las declaraciones de intangibilidad, a un examen de ponderación.

Así, somos de la opinión, como desarrollaremos con mayor amplitud en posteriores acápite, de que la actuación del Tribunal Constitucional debería ir más allá de simplemente evaluar la coherencia de las medidas dictadas por los gobiernos locales con el parámetro de control. Consideramos, a partir de las sentencias revisadas, que han existido diversas instancias, especialmente, ante casos de especial trascendencia nacional como la Sentencia Caso Conga o la Sentencia Minera Yanacocha, en las que un pronunciamiento menos formalista del Tribunal Constitucional podría haber contribuido no solo a enriquecer la doctrina constitucional en materia de resolución de conflictos socioambientales, sino que también podría haber sumado al desescalamiento de los mismos.

#### **V.1.5. Potenciales modificaciones normativas sobre Áreas Naturales Protegidas**

A lo largo de los últimos años, se han presentado diversas iniciativas legislativas en torno a la modificación de la regulación actual de las ANP, tendientes a la flexibilización de las restricciones de uso en estas áreas. Estas iniciativas han surgido tanto desde el ámbito legislativo como desde espacios privados, con el respaldo de ministerios y gremios sectoriales. Consideramos necesario hacer mención a estas en el presente informe debido a las

implicancias que su aprobación supondría sobre el sistema de ANP como se lo concibe en la actualidad.

A la fecha de la redacción del presente trabajo, la más reciente es el Proyecto de Ley que modifica la Ley de Áreas Naturales Protegidas, presentado por el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) y la empresa estatal Petróleos del Perú (PETROPERÚ), con el objeto de modificar nueve artículos de la ley, así como incorporar tres disposiciones complementarias al texto original, favoreciendo la explotación de hidrocarburos. Si bien este se compone de diversas modificaciones, destacamos dos puntos que consideramos de especial relevancia por sus consecuencias prácticas sobre el sistema de ANP.

El primero de ellos es la relativización de la intangibilidad de las ANP de uso indirecto, en tanto se propone que sea posible extraer recursos naturales de este tipo de ANP cuando se declare de interés nacional o necesidad pública mediante decreto supremo. Esta modificación desnaturaliza la existencia de ANP de uso indirecto, cuyo fin expreso es restringir la extracción de recursos naturales en espacios en los que se estime la necesidad de evitar dichas actividades para proteger la naturaleza. Entre las actividades que se buscan limitar, por su incompatibilidad con la protección del área, pueden subsumirse actividades de exploración y aprovechamiento de recursos como hidrocarburos, debido al impacto ambiental que generan este tipo de proyectos

Más aún, el empleo de la declaración de interés nacional o necesidad pública es una figura cuyo ejercicio ha sido ampliamente discrecional. En efecto, como reseñan Mora & Jara (2021), este tipo de declaraciones no poseen un desarrollo normativo ni jurisprudencial suficiente que permita identificar los supuestos de aplicación a los cuales se encuentra sujeto y, por el contrario, podría ser empleado de manera incompatible con el interés público de la generalidad y, más aún, con el propósito de conservación de la biodiversidad.

El segundo punto es la flexibilización de los criterios para modificar la extensión de las ANP –que, en principio, es un proceso excepcional, que únicamente puede efectuarse con norma de rango de ley. Con respecto a esta propuesta

de modificación, debemos incidir que la redacción original del artículo establecía que únicamente la reducción de las ANP que conformaban el SINANPE (es decir, ANP de administración nacional, ACR y ACP) sería aprobada por ley. Ello implicaba que se siga todo el tránsito previsto para la emisión de una ley, lo cual incluye la deliberación en el Congreso, la discusión en comisiones especializadas, además de la participación ciudadana respectiva. En contraste, con la modificación, únicamente se requerirá del asentimiento del Poder Ejecutivo y los ministros para aprobar una modificación de la extensión de las ANP.

## **V.2. Precisiones conceptuales sobre recursos hídricos**

Como segundo apartado de la sección de conceptos previos para el análisis de la sentencia, consideramos prudente referirnos a los recursos hídricos, pues, como se ha podido evidenciar de la revisión de sentencias efectuadas, la mayoría de casos estudiados se refieren a controversia en torno a la protección de los recursos hídricos. En ese sentido, es relevante revisar cuál es el régimen de los recursos hídricos en el ordenamiento jurídico actual, cuáles son las entidades competentes en la materia en los tres niveles del gobierno, así como detenernos a analizar el régimen particular de las cabeceras de cuenca, reconocidas por la Ley de Recursos Hídricos como de especial vulnerabilidad ambiental.

### **V.2.1. El régimen de los recursos hídricos**

El agua es un recurso natural caracterizado por la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, como indispensable para la vida, vulnerable y estratégico. En ese sentido, el acceso al agua potable fue reconocido como un derecho universal y progresivo mediante la reforma constitucional contenida en la Ley N° 30588, por la cual, además, se estableció el deber del estado de promover su manejo sostenible.

Con respecto a su manejo, el recurso hídrico –concretamente, las aguas subterráneas y superficiales– posee la naturaleza de bien público, con calidad de patrimonio de la Nación, y con las características de inalienabilidad e imprescriptibilidad. Se encuentra sujeto, como los demás recursos naturales del

Estado, a un régimen dominalista, que implica que el Estado posee dominio estatal sobre los recursos, respecto de los cuales se encuentra facultado para legislar, administrar, controlar y planificar su aprovechamiento (Huapaya, 2014, p. 328).

En ese sentido, el Estado, mediante la Autoridad Nacional del Agua, concede a los particulares tres tipos de títulos habilitantes para hacer uso poblacional o productivo del agua: licencias, permisos y autorizaciones de uso de agua.

### **V.2.2. Competencias en materia de recursos hídricos**

Los tres niveles del gobierno poseen diversas competencias, exclusivas y compartidas, en materia de recursos hídricas. A continuación, destacaremos las que resultan de mayor relevancia para el presente Informe.

A nivel del gobierno central, es el artículo 66 de la Constitución el que establece que los recursos naturales renovables y no renovables, lo cual incluye al recurso hídrico, es patrimonio de la Nación y, por tanto, su titularidad corresponde al gobierno central (Peña, 2012, p. 234). En ese sentido, es el gobierno central el responsable de otorgar concesiones sobre dicho recurso, lo cual realiza mediante títulos habilitantes de uso de agua.

A nivel del gobierno regional, el artículo 192 de la Constitución otorga la potestad de promover y regular actividades y/o servicios en materias en las cuales se emplean recursos hídricos, tales como la agricultura, energía, minería, entre otras. Señala Peña (2012) que los Gobiernos Regional no poseen atribuciones directas vinculadas a la gestión del agua, mas sí indirectas (p. 234). La LOGR, por su parte, describe competencias exclusivas en materia de gestión de recursos hídricos, vinculadas al diseño y ejecución de programas regionales de cuencas. Por otro lado, como competencias compartidas, se encuentra la participación en la gestión sostenible del recurso hídrico, así como la promoción y ejecución de proyectos y obras de irrigación, riego y conservación de recursos hídricos (artículo 10)

A nivel de los gobiernos locales (municipalidades provinciales y distritales), se destaca entre sus funciones el desarrollo y regulación de actividades y/o servicios en materias como el saneamiento, medio ambiente y sustentabilidad de los recursos naturales. De lo expuesto, puede identificarse la necesidad de



que las competencias de los gobiernos locales se encuentren en armonía con los otros dos niveles de gobierno (Peña, 2012, p. 235). La LOM, por su parte, establece en sus artículos 79 y 80 funciones vinculadas a la gestión sostenible de los recursos naturales. Cabe destacar, en dicho sentido, la gestión de los recursos hídricos en áreas rurales, la administración y reglamentación de los servicios de agua potable, alcantarillado y desagüe, así como, de manera general, la promoción de la gestión sostenible de los recursos naturales como el agua.

### **V.2.3. La regulación de las cabeceras de cuenca**

Las cabeceras de cuenca son definidas por el Decreto Supremo N° 014-2021-MIDAGRI como “aquellas zonas localizadas en las nacientes de los cursos de agua y perimétricas de la unidad hidrográfica mayor”. Dourojeanni (2017), en términos más simples, señala que esta acepción “hace referencia en particular a las partes más altas de las cuencas que reciben agua por neblina, lluvia, nieve, granizo y que además tienen el potencial de retener y acumular agua en forma de glaciares, nieve, humedales (bofedales) y agua subterránea” (s/p). Como puede observarse, este concepto se refiere a grandes extensiones geográficas. En palabras de Dourojeanni, todas las cabeceras tienen una cuenca y, “de lo que se trata es de aplicar el concepto solo para aquellas que tienen condiciones naturales de retención de agua (humedad) y de creación de ecosistemas únicos y, por lo tanto, al ser zonas más sensibles, deben ser intervenidas bajo severas condiciones de protección” (s/p). Dicha distinción, como puede evidenciarse del contraste de lo dispuesto en el Decreto Supremo y lo enunciado por Dourojeanni, no se ha contemplado en el Perú y, de manera general, se ha buscado otorgar protección *a todas* las cabeceras de cuenca<sup>2</sup>, independientemente de que estas posean características particulares que requieran una especial tutela.

En efecto, las cabeceras poseen una regulación especial desde el año 2009, fecha desde la cual se las reconoce como zonas ambientalmente vulnerables al incorporar el artículo 75 a la Ley de Recursos Hídricos y, como consecuencia de dicha condición de fragilidad, se otorga competencias a la Autoridad

---

<sup>2</sup> Cuyo número rodea las 184 cuencas hidrográficas oficialmente reconocidas.

Nacional del Agua para declararlas como zonas intangibles, con la opinión respectiva del Ministerio del Ambiente. Ello implica que, en dichas áreas, no se pueda otorgar ningún derecho para el uso, disposición o vertimiento de agua.

Los criterios para realizar la identificación, delimitación y zonificación de las cabeceras de cuenca fueron aprobados en el año 2021, con la promulgación de un Marco Metodológico específico, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2021-MIDAGRI.

En ocasión de la emisión sobre el Caso Conga, el ex Magistrado César Landa (2014) se pronunció sobre las cabeceras de cuenca, señalando que “[...] si las cabeceras de cuenca constituyen una zona ambientalmente vulnerable, parece razonable interpretar que no es una competencia exclusiva del gobierno declararlas o no como zonas intangibles, y que los gobiernos regionales deben participar en las decisiones sobre el manejo de recursos hídricos de su jurisdicción” (p. 48).

Esta opinión es contraria a los pronunciamientos en las demás sentencias que se han analizado en acápites anteriores, donde el Tribunal, en mayoría, concluye que es la ANA –y no los gobiernos locales o regionales– la responsable de determinar qué cuencas son intangibles o no. Sin embargo, es importante resaltar que el mecanismo para efectuar dicha determinación fue recién aprobado en el año 2021. Por lo tanto, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional previos a la emisión de dicho Marco Metodológico son criticables en cuanto incompletos: se resolvía acciones de inconstitucionalidad o amparos indicando que era la ANA la única responsable de declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca, declarando la inconstitucionalidad o inaplicación de las normas que buscaban otorgar dicha protección a dichos ecosistemas, cuando no existía otro mecanismo disponible a la fecha de los fallos para tutelar dichos espacios.

### **V.3. Precisiones conceptuales sobre los procesos constitucionales**

Finalmente, consideramos relevante repasar algunos conceptos en materia de recursos constitucionales, en vista de que controversias como la que es materia de análisis —la creación de áreas de conservación municipal por parte

de gobiernos locales, con el propósito de detener actividades extractivas— han sido abordadas tanto mediante acciones de amparo como acciones de inconstitucionalidad. En ese sentido, es apropiado identificar las características de ambos recursos, así como sus requisitos de procedencia, tanto en el Código Procesal Constitucional (aprobado mediante Ley N° 28237) que se encontraba vigente a la emisión de la Ordenanza, como en el Código Procesal Constitucional actual, aprobado mediante Ley N° 31307, que entró en vigencia durante el año 2021.

Conforme con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (en adelante, “CPC vigente”), los procesos constitucionales poseen dos fines: garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales

### **V.3.1. Recurso de amparo**

La acción de un amparo es un proceso de tutela de derechos, al igual que el proceso de hábeas corpus, de hábeas data y el proceso de cumplimiento, cuyo objeto es proteger derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación. Al respecto, el artículo 200 inciso 2 de la Constitución de 1993 precisa que esta acción procede contra “el hecho o la omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos distintos a la libertad individual y a los tutelados por el hábeas data” (Abad, 2019, p. 224).

#### **V.3.1.1. Características**

Dentro de los derechos que pueden ser protegidos mediante una acción de amparo se incluyen tanto aquellos contemplados en el primer capítulo del texto constitucional, que abarca los derechos fundamentales, como en el capítulo segundo (derechos sociales y económicos), tercero (derechos políticos) y, además, los derechos implícitos, definidos por Abad (2019) como “aquellos que no se encuentran expresamente reconocidos por la Constitución pero que derivan de la dignidad del ser humano” (p. 225). Por el contrario, no procede un amparo en defensa de derechos que carezcan de sustento constitucional

directo, o que no se encuentren referidos a aspectos constitucionalmente protegidos de los mismos.

Por otro lado, los sujetos legitimados para iniciar un proceso de amparo conforme con el artículo 39 de la Constitución, así como en el artículo 40 del Código del año 2004 y el artículo 39 del Código vigente son los “afectados”. Cabe destacar que, en el caso de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos con reconocimiento constitucional, puede interponer amparo cualquier persona o entidades sin fines de lucro dedicadas a la defensa de dichos derechos.

El plazo para interponer un amparo es comparativamente menor que el que se otorga para interponer acciones de inconstitucionalidad: sesenta días hábiles desde producida la afectación, cuando el afectado tuvo conocimiento del acto y se encontraba en posibilidades de interponer una demanda. En caso ello no sea posible, el plazo pasa a calcularse desde que se levanta dicho impedimento.

El amparo, por otro lado, es un proceso de urgencia, que goza de naturaleza residual. Bajo esta premisa, el amparo únicamente procede cuando se hayan agotado las vías previas. La excepción de ello es en cuatro supuestos específicos, entre los que se encuentra el caso de que, con el agotamiento de la vía previa, la agresión pueda convertirse en irreparable; si la vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado, o bien si no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

### **V.3.1.2. El amparo ambiental**

En las sentencias analizadas, es posible identificar un patrón claro: un gobierno regional o local emite una norma que busca detener las actividades mineras, presentes o futuras, sustentando dicha disposición en la necesidad de proteger bienes jurídicos, como los recursos hídricos, la biodiversidad u otros, frente a actividades potencialmente contaminantes. Como consecuencia de ello, empresas mineras o particulares interponen un recurso de amparo solicitando

que se detengan los efectos o que se derogue dicha norma, alegando la infracción a sus derechos económicos, como la libertad de empresa, de propiedad, o el derecho al trabajo.

Consideramos relevante situarnos en el escenario contrario al antes señalado. ¿Qué ocurriría si es que, en vez de que una entidad del gobierno dictase una norma que suspenda actividades económicas alegando la potencial afectación al ambiente, fuesen particulares quienes solicitasen la suspensión de las actividades presuntamente contaminantes, alegando la vulneración de su derecho al medio ambiente sano y equilibrado? Traemos a la mesa esta cuestión pues diversos autores se han pronunciado respecto de la eficacia del amparo ambiental como mecanismo para garantizar la protección de dicho derecho.

Así, Abad (2008) identifica como características del amparo que dificultan la garantía del mencionado derecho a la dificultad de acreditar el daño ambiental y consiguiente afectación al derecho al medio ambiente sano y equilibrado (p. 205). Aunado a ello, se encuentra el factor temporal en la duración de los procesos de amparo, cuya consecuencia puede ser que, al emitirse la decisión de última instancia, los hechos iniciales hayan variado, de tal modo que el contenido de la sentencia final no necesariamente resuelva la controversia inicial. Esta intensidad probatoria, en su opinión, no se condice con la naturaleza de urgencia del amparo (Abad, 2008, p. 205).

Por su parte, Huerta (2012) se refiere a diversos aspectos del amparo ambiental, entre los que queremos destacar una importante conclusión que dicho autor esboza y que no es de menor relevancia. Así, Huerta indica que múltiples controversias sobre la tutela del derecho al medio ambiente tienen origen en provincias que enfrentan conflictos socioambientales. Al respecto, precisa que, si bien ello podría generar cuestionamientos sobre la imparcialidad de los magistrados de primera y segunda instancia “[...] las decisiones del Poder Judicial reflejan que no necesariamente los órganos jurisdiccionales que pertenecen a una jurisdicción donde se aprecia un conflicto social emiten un fallo acorde con las exigencias ciudadanas, lo que para algunos puede reflejar un signo de independencia [...] y, para otros, una forma de evadir la expedición de una sentencia con un impactos social y económico importante” (p. 734)

Así, mientras Abad detecta en el amparo ambiental ciertas dificultades que vuelven a dicha vía menos atractiva para solicitar la tutela del referido derecho, Huerta, complementariamente, brinda luces sobre la importancia del componente político en la resolución de dicho tipo de amparos, y cómo es que estos terminan siendo resueltos por el Tribunal Constitucional. A nuestro parecer, los factores anteriormente descritos por la doctrina nos brindan luces sobre el motivo por el cual ciudadanos y sus representantes, frente a la percibida potencial afectación a sus derechos por actividades económicas con impactos ambientales significativos, conducen sus exigencias mediante la emisión de normas locales o regionales que restringen o paralizan dichas actividades económicas.

Somos de la opinión de que un amparo cuyo diseño identifique las dificultades que ha ubicado la doctrina y las revierta, se volvería un mecanismo eficaz para que los ciudadanos perciban y empleen dicho recurso constitucional para buscar la garantía de su derecho al medio ambiente sano y equilibrado, en vez de promover el dictado de medidas que no solo consiguen dicho propósito, sino que afectan ilegalmente otros derechos con respaldo constitucional, como la libertad de empresa, de propiedad, entre otros.

### **V.3.2. Acción de inconstitucionalidad**

La acción de inconstitucionalidad, en contraste con el proceso de amparo, es un proceso de control de normas, cuyo principal objetivo es la defensa de la Constitución, en calidad de norma jurídica suprema, depurando del ordenamiento jurídico de las disposiciones que la vulneren. Para definir los aspectos esenciales de la acción de inconstitucionalidad, haremos referencia a la Sentencia recaída sobre los Expedientes N° 0020-2005-PI/TC y otros, coloquialmente conocida como el Caso Hoja de Coca, que desarrolla ampliamente los rasgos de dicho proceso constitucional.

Conforme con el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, la inconstitucionalidad puede ser directa o indirecta, de carácter total o parcial.

De esta manera, una norma se considera directamente inconstitucional cuando su vulneración a la Constitución puede ser constatada sin necesidad de contrastarla con otras normas legales. Esto sucede cuando el parámetro de

constitucionalidad de la norma se compone únicamente por la Constitución. Por el contrario, una norma es indirectamente constitucional cuando el parámetro de constitucionalidad se encuentra conformado por otras normas legales además de la Constitución.

La inconstitucionalidad puede ser total o parcial, dependiendo de si todo el contenido de la norma o únicamente algunas disposiciones resultasen inconstitucionales como producto del análisis efectuado por el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, conforme con el artículo 74 del CPC vigente, los vicios de inconstitucionalidad pueden ser de naturaleza formal cuando se vulneran las normas procedimentales del iter legislativo. Estos vicios pueden manifestarse en tres situaciones específicas.

El primer supuesto se da cuando se emite una norma infringiendo el procedimiento legislativo previsto en la Constitución. Por ejemplo, esto ocurre cuando se incumplen con las disposiciones del Reglamento del Congreso de la República para la emisión de una norma.

El segundo supuesto se presenta cuando la norma cuestionada aborda una materia que la Constitución expresamente reserva para otra fuente del derecho. Ello ocurriría, por ejemplo, si se legisla mediante ley ordinaria una materia reservada por la Constitución para leyes orgánicas.

Finalmente, el tercer supuesto se produce cuando la norma cuestionada es emitida por un órgano que carece de competencia para hacerlo. Como ejemplo de esta situación, el Tribunal Constitucional se refiere a la emisión de decretos de urgencia por parte del Congreso de la República, dado que esta función se encuentra exclusivamente reservada para el presidente.

Por otro lado, los vicios de fondo ocurren cuando el objeto de la norma cuestionada atenta contra normas reconocidas en la Constitución.

#### **V.3.2.1. Características**

Las normas que pueden ser sometidas a una acción de inconstitucionalidad son, necesariamente, normas con rango de ley, a saber: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados con o no la aprobación del

Congreso, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter regional y ordenanzas municipales.

Por otro lado, los facultados para interponer acciones de inconstitucionalidad se encuentran taxativamente enunciados en el artículo 203 de la Constitución, por lo cual contamos con un control constitucional de legitimidad restringida, en contraste con el sistema de legitimidad popular que caracteriza a los demás países de Latinoamérica, “por el fundado temor de que el Tribunal Constitucional colapse” (Fonseca, 2015, p. 270). Ello puede realizarse dentro del plazo de seis años contados desde su publicación, salvo en el caso de los tratados, cuyo plazo prescribe en 6 meses.

Para efectos de analizar una acción de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional realiza un test de competencias. Este implica un ejercicio de contrastar la norma cuestionada con un parámetro de control, conformado por disposiciones contenidas en la Constitución, así como interpretaciones que válidamente puedan hacerse de ella (Sosa, 2015, p. 125).

En palabras de Landa (2014), en un proceso de inconstitucionalidad, es admisible el empleo de principios de interpretación constitucional de las leyes, así como las técnicas de la ponderación de una medida normativa restrictiva (pp. 46-48).

Los efectos de una sentencia fundada recaída sobre un proceso de inconstitucionalidad es dejar sin efecto las normas, ya sea íntegras o parcialmente, sobre las cuales se pronuncian, sin efectos retroactivos. Su eficacia se encuentra sujeta a su publicación en el Diario Oficial El Peruano, y esta produce efectos desde el día siguiente de su publicación.

Consideramos relevante mencionar que, en la actualidad, la cantidad de votos requerida para declarar la inconstitucionalidad de una norma, según con el ordenamiento vigente, es de cinco de siete votos conformes. La exigencia previa era de seis de siete votos lo cual, según reseña Abad (2019), “limitaba irrazonablemente el control constitucional” (p. 312), especialmente, considerando conjuntamente la dificultad de obtener dicho número de votos, aunado al factor político que podía influir sobre las decisiones de los magistrados.



#### **V.4. Precisiones conceptuales sobre la descentralización**

Como último punto del acápite, es necesario detenerse sobre la definición de descentralización, concepto que es empleado constantemente en Sentencias del Tribunal Constitucional mediante las cuales se cuestiona la legalidad de ordenanzas municipales o regionales que exceden las competencias previstas en la norma empleando como sustento su autonomía política municipal.

Esta noción toma especial importancia en la presente Sentencia, en tanto la Ordenanza cuestionada fundamenta sus actuaciones en la autonomía política y administrativa de las municipalidades, que, presuntamente, se encontraría siendo vulnerada por hechos tales como el Decreto Supremo N° 015-2007-AG, que, a su vez, derogó al Decreto Supremo N° 038-2001-AG, y, con ello, dejó sin vigencia a todas las disposiciones del ordenamiento jurídico referidas a ACM.

Conforme lo dicta la Constitución política, el Estado es uno e indivisible, con un gobierno unitario, representativo y descentralizado, organizado bajo el principio de separación de poderes. Las implicancias de esta disposición son múltiples, al ser leída conjuntamente con la autonomía municipal también reconocida. En dicho sentido, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia Municipalidad Fajardo previamente reseñada, establece en su fundamento jurídico 12 que

“La *ley fundamental* [...] otorga y garantiza a los gobiernos municipales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales [...] dicha autonomía no podrá ser ejercida deliberadamente respecto de aquellas que los excedan, como los intereses supralocales, donde necesariamente tal autonomía tendrá que ser graduada en intensidad, debido a que de esas competencias pueden también, según las circunstancias, coparticipar otros órganos estatales”

Así, la doctrina define a la descentralización como un proceso consistente en “la distribución de competencias, pero no desde una misma organización jerárquica, sino mediante su transferencia hecha a personas jurídicas distintas del ente transferidos” (Brewer-Carías citado en Kresalja & Ochoa, 2020, p.

381). El artículo tercero de Ley de Bases de la Descentralización, por su parte, complementa dicha definición estipulando que la finalidad de dicho proceso es “el desarrollo integral, armónico y sostenible del país, mediante la separación de competencias y funciones, y el equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población”.

Zas Friz (2020) reseña que, a lo largo de la historia, es posible identificar diversas instancias en las cuales el gobierno se ha inclinado en torno a la distribución de poderes mediante el establecimiento de municipalidades y gobiernos a nivel regional. Concretamente, dicho autor sitúa temporalmente la lógica de descentralización actual en el periodo posterior a la transición democrática ocurrida a inicios de la década (p. 26), en contraste con la dinámica de centralización de la Administración Pública ocurrida como consecuencia del autogolpe, la cual implicó que se supriman los avances a los que se había llegado en la materia con la emisión de normas como la antigua Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 23853 del año 1984, en el marco de la Constitución Política de 1979, que reconocía a las municipalidades como entidades con autonomía económica y administrativa.

El retorno a dicho paradigma requirió del dictado de la Ley de Reforma Constitucional N° 27680, que modificó, en el año 2002, el capítulo de la Constitución sobre descentralización. Dichos cambios se evidencian, además, en la promulgación de normas como la Ley de Bases de la Descentralización (“LBD”) en el año 2002 y la Ley Orgánica de Municipalidades (“LOM”), en el año 2003. Ambos dispositivos sientan bases legales para el empoderamiento y autonomía de los gobiernos regionales y locales, a través del establecimiento de competencias diferenciadas de dichos niveles de gobierno, con el propósito de que aquellos posean un marco jurídico claro para encargarse de las demandas específicas de las poblaciones de sus jurisdicciones.

En ese sentido, debe tenerse presente, según lo establecido en la LBD, los tres tipos de competencia que existen en el ordenamiento jurídico. En primer lugar, están las competencias exclusivas, que corresponden de manera única y exclusiva a cada nivel de gobierno de acuerdo con lo establecido en la

Constitución y la ley. En segundo lugar, están las competencias compartidas, donde intervienen dos o más niveles de gobierno y comparten fases sucesivas de los procesos involucrados. Por último, se encuentran las competencias delegables, en las cuales un nivel de gobierno puede delegar ciertas competencias a otro nivel de gobierno distinto.

La descentralización se rige por los principios listados en la LBD: la permanencia, el dinamismo, la democracia, la integralidad, la subsidiariedad, la irreversibilidad y la gradualidad. Asimismo, debe leerse a la luz de principios constitucionales como la unidad, competencia, efecto útil y poderes implícitos, progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos. En suma, como señalan Kresalja y Ochoa (2020) la finalidad última del proceso de descentralización no debe ser “solo la transferencia de poder de decisión y responsabilidad del gobierno nacional a los gobiernos subnacionales, sino fundamentalmente la elevación de la calidad de vida de los ciudadanos” (p. 383).

Es fundamental prestar atención al artículo 14 de la LBD, los cuales establecen diversos criterios para la asignación de competencias, entre los cuales se encuentra la subsidiariedad; selectividad y proporcionalidad; provisión y concurrencia. En particular, destacamos el primero de los criterios mencionados, en tanto estipula que el gobierno con mayor proximidad a la población es el más idóneo para ejercer competencias o funciones, por lo que el gobierno nacional no debería asumir competencias que los gobiernos regionales puedan llevar a cabo de manera más eficiente. De la revisión de las sentencias efectuadas en el acápite V.1.2, hemos podido identificar interpretaciones contrapuestas entre la subsidiariedad en la asignación de competencias y, por otro lado, la cláusula de residualidad competencial, por la que se establece que las competencias regionales solo serán aquellas explícitamente consagradas en la Constitución y leyes de desarrollo, por lo que, lo que no se encuentre señalado en ellas, será competencia exclusiva del Gobierno Central. Sin embargo, consideramos que la opinión predominante y que se refleja en las Sentencias (sin perjuicio de los votos en contrario que

esbozan posturas disidentes) se inclinan a favor de la cláusula de residualidad competencial.

Por último, es crucial destacar la diferencia entre el proceso de descentralización y el proceso de desconcentración. Este último se encuentra definido por Morón Urbina (2019) como “técnica de asignación permanente de competencias decisorias a órganos inferiores de la propia entidad” (p. 555). Así, la desconcentración puede ser vertical, cuando se efectúa en base a la especialidad de la tarea, u horizontal, en función del territorio geográfico. En contraste, la descentralización es un proceso intrínsecamente distinto, al orientarse a distribuir el poder en el territorio hacia niveles de gobierno representativos intermedios (regionales) y locales (municipales).

## **VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

En la sentencia materia de análisis, se ha identificado cuatro (4) principales problemas jurídicos, los cuales serán desarrollados a lo largo del presente informe.

### **VI.1. Problema jurídico N° 1**

- 1.** Como primer problema jurídico, se dilucidará si la declaración como de interés prioritario de la protección de fuentes de agua dulce en la provincia frente a actividades potencialmente contaminantes es o no ilegal. De manera previa al análisis de la constitucionalidad de cada extremo de la Ordenanza, incluyendo su primer artículo, es necesario partir por delimitar el parámetro de control o bloque de constitucionalidad que se empleará para evaluar la validez de la norma.
- 2.** Al respecto, los ciudadanos demandantes sostienen que dicho mandato habría sido emitido vulnerando los artículos 58, 59, 194, 195 de la Constitución; los artículos 38, 40, 73, 74, 75 y 79 de la LOM; los artículos

8, 26, 35 y 36 de la LBD y la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos. Así, sostienen que la Ordenanza ha incurrido en una **infracción constitucional de forma**, en conformidad con el artículo 75° del CPC del 2004, en tanto ha sido expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo. Adicionalmente, los demandantes argumentan que la Ordenanza incurre en una **infracción constitucional de fondo** en tanto la materia regulada por la norma con rango de ley (es decir, mediante Ordenanza) resulta contraria a derechos, principios y/o valores constitucionales.

3. De este modo, los demandantes concluyen que la Ordenanza es inconstitucional debido a su emisión por parte de un órgano no competente y por contravenir de manera manifiesta la inversión privada, la libertad de empresa e industria, consagradas en los artículos 58° y 59° de la Constitución, según el párrafo octavo del escrito de demanda.
  
4. El Tribunal Constitucional efectúa el análisis de la legalidad de la Ordenanza contrastando sus artículos con los dispositivos normativos empleados por los ciudadanos en la formulación de su demanda. Sin embargo, somos de la opinión de que el Tribunal Constitucional prescindió de analizar disposiciones normativas relevantes como parte del parámetro constitucional; es decir, como parte de las normas que el Tribunal debe emplear como referencia para determinar la legalidad de la Ordenanza. Al respecto, cabe recordar que dicha instancia se ha pronunciado previamente respecto de las características que deben poseer las normas para conformar el parámetro de constitucionalidad en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00020-2005-PI/TC: (i) deben regular algún requisito esencial del procedimiento de producción normativa; (ii) deben regular algún contenido materialmente constitucional o bien (iii) deben determinar las competencias o límites de las competencias de los órganos constitucionales.

5. En vista de la premisa anterior, consideramos que tanto la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (“LOASRN”), así como la Ley de ANP, su Reglamento y modificatorias forman parte del bloque de constitucionalidad en el presente caso. En efecto, la LOASRN regula un contenido materialmente constitucional, en tanto se pronuncia respecto de los límites para el aprovechamiento de los recursos naturales bajo un estándar de sostenibilidad, desarrollando así el mandato contenido en el artículo 66 de la Constitución. Por su parte, la normativa en materia de ANP determina las competencias en materia de creación de ANP, en conformidad con el deber del Estado referido a la promoción de las ANP, según el artículo 68 de la Constitución.
  
6. Como consecuencia de lo señalado, para efectos de absolver el primer problema jurídico secundario, se analizará cada uno de los dispositivos normativos que presuntamente se habrían vulnerado mediante la emisión de la Ordenanza, adicionando a dicho grupo las disposiciones antes mencionadas, en tanto también les corresponde ser parte del parámetro de control.

a. *Contravención a la Constitución política*

7. Los demandantes alegan que la emisión de la Ordenanza, y, en particular, su primer artículo, vulnera los artículos 58, 59, 194 y 195 de la Constitución política. Los artículos 58 y 59 forman parte del Título III de la Constitución, referido al régimen económico constitucional, y se pronuncian respecto a los derechos económicos que emanan del referido régimen.
  
8. En ese sentido, el artículo 58 señala que la iniciativa privada es libre y se ejerce bajo una economía social de mercado. Por su parte, el artículo 59 se pronuncia respecto de la función del Estado de estimular la riqueza, así como garantizar las libertades de trabajo, de empresa, comercio e industria.

9. Por su parte, los artículos 194 y 195 se enmarcan en el Capítulo XIV de la Constitución, referido a la descentralización. El artículo 194, concretamente, se refiere a las municipalidades provinciales y distritales, y su autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Por su parte, el artículo 195 lista las competencias de los gobiernos locales.
10. De la lectura conjunta de los artículos anteriormente citados, puede concluirse la ilegalidad de la emisión de la Ordenanza y, específicamente, la declaración de interés prioritario y consiguiente supresión de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que posea características para afectar la superficie, aire o aguas subterráneas de las subcuencas, en tanto ninguna disposición legal autoriza a los gobiernos locales a imponer semejantes restricciones sobre las actividades de las personas.
11. Más aún, debido a la generalidad de la disposición, una multiplicidad de actividades podrían verse prohibidas y no únicamente la actividad minera, que es la que la Ordenanza reconoce como amenaza a sus fuentes de agua dulce. Es prudente recurrir, en este punto, a un concepto esencial al analizar materias ambientales: el riesgo que surge de la mayoría, sino es de la totalidad, de actividades antrópicas. Al respecto, Wieland (2017) acertadamente incide en que el derecho ambiental persigue el propósito de minimizar la influencia negativa de las actividades humanas relacionadas con el ambiente y, de esta manera, fomentar, más bien, la reparación de los daños ambientales (p. 18).
12. Por lo señalado anteriormente, consideramos que la medida interpuesta mediante el primer artículo de la Ordenanza no solo es inconstitucional, en tanto el gobierno local no posee competencia alguna que lo habilite a imponer tales restricciones, sino que además es una medida excesiva y carente de razonabilidad que, además, vulnera libertades económicas, como el derecho a la libre empresa.

*b. Contravención a la Ley Orgánica de Municipalidades ("LOM")*

13. Los demandantes alegan que la Ordenanza vulnera los artículos 38, 40, 73, 74, 75 y 97 de la LOM.
14. El artículo 38 se refiere al ordenamiento jurídico municipal. Al respecto, precisa que el referido ordenamiento jurídico de las municipalidades está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración municipal, de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional. Adicionalmente, se señala que las normas y disposiciones municipales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo.
15. El artículo 40, por su parte, establece que las ordenanzas de las municipalidades provinciales, en materias de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en la que la municipalidad tiene competencia normativa.
16. De la lectura conjunta de los artículos 38 y 40, puede concluirse que, en efecto, la emisión de la Ordenanza vulnera a ambos, en tanto genera consecuencias jurídicas respecto de un asunto que no es de su competencia: la paralización de diversas actividades económicas potencialmente contaminantes, entre ellas, la minera, sin poseer competencia para ello.
17. Por otro lado, los artículos 73, 74 y 75 se enmarcan en el capítulo de la LOM referido a las competencias y funciones específicas generales de los gobiernos locales. En ese sentido, el artículo 73 lista las materias de competencia municipal. Por su parte, el artículo 74 establece que las municipalidades ejercen, de manera exclusiva o compartida, una función promotora, normativa y reguladora, así como las funciones de ejecución, fiscalización y control en las materias de su competencia. Finalmente, el artículo 75 señala que ninguna persona o autoridad puede ejercer las



funciones específicas que son de competencia municipal exclusiva, en tanto ello constituye usurpación de funciones.

18. De la lectura conjunta de los artículos anteriormente citados, puede concluirse, al igual que indicamos en el acápite anterior, que la emisión de la Ordenanza y, específicamente, la declaración de interés prioritario y consiguiente supresión de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que posea características para afectar la superficie, aire o aguas subterráneas de las subcuencas, es ilegal. En efecto, la LOM tampoco contiene disposición alguna que autorice a restringir las actividades económicas en las cuencas hidrográficas por una potencial contaminación.
19. En suma, en tanto la paralización antes mencionada no encuentra sustento en la normativa vigente, corresponde declarar su ilegalidad.

*c. Contravención a la Ley de Bases de la Descentralización ("LBD")*

20. Los demandantes alegan que la Ordenanza vulnera los artículos 8, 26, 35 y 36 de la LBD.
21. El artículo 8 de la Ley se enmarca dentro del Título referido a aspectos generales de la descentralización. Al respecto, se pronuncia sobre la autonomía del gobierno y precisa que esta se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas.
22. Por su parte, el artículo 26 está dedicado a las competencias exclusivas del gobierno nacional. Dicha disposición no es taxativa, en tanto precisa en su último literal que no excluye otras competencias que señale la ley, conforme a la Constitución Política del Estado.
23. Finalmente, los artículos 35 y 36 se encuentran en el capítulo referido a las competencias de los gobiernos regionales. El artículo 35 lista las competencias exclusivas de los gobiernos regionales, mientras que el artículo 36 se avoca a las competencias compartidas.

24. De la lectura conjunta de los cuatro artículos citados, puede concluirse que la emisión de la Ordenanza ha vulnerado la Ley de Bases de la Descentralización, en tanto la Municipalidad ha actuado bajo competencias que no posee, en tanto no es potestad de un gobierno nacional, regional y mucho menos local, detener las actividades económicas que puedan desarrollarse en una cuenca hidrográfica por el posible riesgo a que estas causen contaminación.

*d. Contravención a la Ley de Recursos Hídricos ("LRH")*

25. Los demandantes alegan que la Ordenanza vulnera, de manera general, la LHR y la Ley 30640, que modifica a la norma citada. Estos dispositivos se verían vulnerados por el artículo primero de la Ordenanza, que declara de interés prioritario las fuentes de agua dulce de la jurisdicción de Santiago de Chuco de actividades que puedan contaminar o afectar la superficie, aire o sub suelo, en tanto ello supondría una afectación de las competencias del gobierno nacional.

26. En el fundamento 129 de la Sentencia, el Tribunal precisa no compartir el criterio de los demandantes, señalando que el artículo cuestionado "únicamente reconoce la importancia especialísima de las cabeceras de cuenca en el desarrollo ambiental en la provincia de Santiago de Chuco", por lo que no implicaría una contravención a las competencias del gobierno nacional. A mayor abundamiento, desarrollan en los fundamentos jurídicos siguientes, que

27. Concluyen, de esa manera, que el artículo primero se encuentra amparado por el artículo 73.3 de la LOM.

28. Somos de la opinión de que el artículo 1 sí implica una invasión a las competencias de una entidad del Estado y, más aún, que el artículo 73.3 de la LOM no ampara ninguno de los extremos de la Ordenanza, en tanto únicamente autoriza a los gobiernos locales a proponer la creación de áreas de conservación ambiental. Nos encontramos de acuerdo, en ese

sentido, con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la presente Sentencia, aunque en fundamentos posteriores, al indicar que es la ANA la autoridad encargada de determinar la intangibilidad de una zona de cabecera de cuenca. Sin embargo, debemos mencionar que compartimos la crítica que esboza Ruiz (2020, s/p) al señalar que resultaba insuficiente que, a la fecha del pronunciamiento del Tribunal, durante el 2020, se refiera a la citada función de la ANA cuando el Marco Metodológico requerido para ejercer dicha competencia.

29. Si bien no se pronuncia sobre este caso en específico, es relevante referirnos a los comentarios emitidos por Landa (2014) respecto de la Sentencia Caso Conga y la postura asumida por los magistrados en dicha oportunidad con respecto de las competencias en materia de recursos hídricos. El ex Magistrado, como hemos referido previamente, es de la opinión de que debió emplearse el principio de subsidiariedad frente a un caso similar, pues, bajo su interpretación del artículo 14 de la LBD, debería ser el gobierno más cercano a la población el adecuado para ejercer competencias o funciones.
  
30. Respetuosamente diferimos de su opinión, en tanto consideramos que la aplicación del principio de subsidiariedad, bajo la interpretación señalada, únicamente tendría cabida si es que no existiera una entidad que expresamente posee una competencia sobre la materia (en este caso, declaración de intangibilidad de las cabeceras de cuenca). En base a ello, a nuestro parecer, el rol del Tribunal en el presente caso debió ser también exhortativo. En la sentencia analizada, si bien se indica que es la ANA la indicada para ejercer dicha competencia, no se insta a dicho órgano a que efectúe las acciones necesarias para que se implemente el marco necesario para poder evaluar la intangibilidad de las cuencas. Es solamente alrededor de un año después de la emisión de la Sentencia analizada que finalmente se promulga el Marco requerido.

31. Por lo anterior, incidimos en la necesidad de que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como hemos advertidos en las sentencias analizadas, no se limite a un análisis formal, esencialmente consistente en el contraste entre una norma cuestionada y un parámetro de control, sino que se detenga en este tipo de aspectos de relevancia que aún resultaban y resultan inciertos, como la regulación de las cabeceras de cuenca o el estatus vigente de las ACM. En nuestra opinión, solo de esta manera se cumple realmente con el rol moderador y pacificador del Tribunal Constitucional, especialmente, en situaciones de conflictividad socioambiental como en el presente caso.

*b. Contravención a la normativa minera*

32. Los demandantes argumentan que la Ordenanza infringe, de manera general, el Decreto Supremo N° 014-92-EM, que corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería ("TUO de la LGM"). Asimismo, sostienen que también se vulnera el Decreto Ley N° 25962, que corresponde a Ley Orgánica del Sector de Energía y Minas.
33. Conforme con el artículo 23 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821, el desarrollo de actividades mineras requiere del otorgamiento previo de una concesión y que dicho derecho de aprovechamiento se ejerza, a su vez, bajo las condiciones y limitaciones establecidas en el título habilitante. Por su parte, el TUO de la LGM estipula en su artículo 105 que es atribución del Registro Público de Minería (por el cual debe entenderse al Instituto Geológico Minero Metalúrgico – INGEMMET) otorgar los títulos de concesiones de minería, así como declarar su caducidad, abandono o nulidad.
34. En ese sentido, las competencias en materia de habilitar o suspender las actividades mineras no son municipales.

*f. Contravención a la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales ("LOASRN")*

35. Si bien los demandantes no alegan que la Ordenanza haya contravenido a la LOASRN, consideramos que esta norma debe ser incluida en el parámetro de control, por lo que es pertinente analizar su potencial vulneración. Específicamente, nos referimos al artículo 8 de la citada norma, referido a los límites del otorgamiento y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Esta disposición establece que el Estado garantiza que la concesión del derecho de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice en consonancia con el interés nacional, el bien común y dentro de los límites y principio establecidos en la LOASRN, leyes especiales y normas reglamentarias aplicables.
36. En efecto, la norma reconoce que las únicas limitaciones al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales son el interés de la nación, el bien común y los límites establecidos por la normativa.
37. Al contrastar dicha disposición con la justificación que esboza la Ordenanza para la creación de ACM, referida a la necesidad de la preservación del recurso agua dulce mediante el establecimiento de un área protegida, se concluye que dicho razonamiento, cuando menos, no encuentra sustento en un límite o principio establecido en la LOASRN, leyes especiales o normas reglamentarias sobre la materia.
38. De igual forma, incluso en el supuesto de que la protección del recurso agua dulce mediante la creación de ACM se sustentase en que ello responde al interés de la nación o al bien común, ello no justificaría la emisión de un acto ilegal.
39. Por lo anterior, se concluye que la emisión de la Ordenanza contraviene la LOASRN y es ilegal, en tanto busca limitar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, mediante la actividad minera, sin sustentar dicha restricción en el interés de la nación, el bien común o los límites establecidos en la normativa.

c. *Contravención a la Ley de ANP, su Reglamento y modificatorias*

40. De igual manera, si bien los demandantes no alegan que la Ordenanza haya contravenido la Ley de ANP, su reglamento y modificatorias, es relevante analizar su vulneración.
41. Como se ha analizado ampliamente en el acápite referido a precisiones conceptuales sobre ANP, a la fecha de emisión de la Ordenanza, no existía una disposición que autorizase a los gobiernos locales a crear ACM. Más aún, dicha categoría no se encontraba vigente en el ordenamiento jurídico desde la derogación de los artículos 78 y 79 del Reglamento.
42. Por el contrario, la creación de ACM contraviene expresamente el propósito de la modificación del Reglamento de la Ley de ANP mediante Decreto Supremo N° 015-2007-AG, que deroga cualquier otra norma que regule cualquier aspecto relativo a las ACM mediante su artículo primero.
43. Por lo señalado anteriormente, se concluye que la emisión de la Ordenanza es ilegal, al contravenir la Ley de ANP, su reglamento y modificatorias.

**VI.2. Problema jurídico N° 2**

44. Como segundo problema jurídico, se analizará si la creación de las ACM y zonas de amortiguamiento por parte de la MPSCH es constitucional, de conformidad con la normativa competencial relevante. Para dicho propósito, es necesario examinar el marco jurídico que admitió la existencia de ACM durante los años 2001 al 2007.
45. Al respecto, los demandantes alegan la ilegalidad de la disposición, afirmando que dicha creación implica el cese de las actividades mineras, lo cual es ajeno a las competencias de la MPSCH.
46. Por su parte, la MPSCH alega que su competencia para declarar ACM se fundamenta tanto en la autonomía municipal, manifestada en el principio

de garantía constitucional, los incisos 6 y 8 del artículo 195 de la Constitución, así como el artículo 70 numeral 1 de la LOM.

47. En adición a lo anterior, la MPSCH añade, respecto de sus competencias, que es de aplicación la cláusula de residualidad competencial, que “establece la competencia no otorgada “taxativamente” al gobierno nacional o regional corresponde al gobierno local [...] ya que alcanza mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente”.
48. Finalmente, aunado a lo anterior, es importante incidir que la MPSCH expresamente se aparta del informe emitido por el Gerente Regional de Energía, Minas e Hidrocarburos, contenido en el Oficio N° 2229-019-GRLL-GGR/GREMH, que concluye que no es consecuencia de la municipalidad constituir áreas municipales protegidas. En opinión de la Municipalidad, ello constituye una opinión técnica que, en los hechos, cuestiona la autonomía y competencia de la MPSCH. Bajo dicho entendimiento, es que el Concejo Municipal decide apartarse de las conclusiones y recomendaciones del referido informe en aplicación del artículo 180° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (“TUO LPAG”).
49. Complementariamente, mediante contestación de la demanda, la procuradora pública de la Municipalidad se pronuncia respecto de la creación de ACM mediante la Ordenanza cuestionada señalando que, más allá de las facultades que la normativa pueda atribuir a la MPSCH para crear ACM, debe considerarse que la conservación es su preservación. Más aún, indicó la Procuradora, este es un deber del Estado en sus tres niveles, que encuentra respaldo en múltiples principios de la LGA.
50. Habiendo expuesto los argumentos empleados por la Municipalidad para legitimar la creación de las ACM y sus respectivas zonas de amortiguamiento, corresponde, entonces, responder a las tres siguientes sub-preguntas: **(i)** ¿La autonomía constitucional, el numeral 1 del artículo

79 de la LOM y los incisos 6 y 8 del artículo 195 de la Constitución otorgan competencia a la MPSCH para declarar ACM?; (ii) ¿la cláusula de residualidad competencial puede ser empleada como fundamento para otorgar competencia a la MPSCH para declarar ACM?; y, (iii) ¿el artículo 180 del TUO LPAG permite al Concejo Municipal apartarse de las conclusiones del informe emitido por la Gerencia Regional de Energía, Minas e Hidrocarburos? A continuación, se absolverán dichas interrogantes.

a. La autonomía constitucional, el numeral 1 del artículo 79 de la LOM y los incisos 6 y 8 del artículo 195 de la Constitución como fundamento legal para el otorgamiento de competencias a las municipalidades locales en la creación de ACM

51. El artículo 79 de la LOM establece las funciones de las municipalidades en materia de organización del espacio físico y uso del suelo. Concretamente, es una función específica exclusiva “aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como [...] las **áreas de conservación ambiental**”. En efecto, la LOM únicamente hace mención a las ACA que, como se ha indicado en el acápite referido a precisiones conceptuales en materia de áreas naturales protegidas, es un concepto ajeno al sistema de ANP.
52. El artículo 195° de la Constitución, por su parte, enuncia las diversas competencias de los gobiernos locales, a la luz de su propósito de promover el desarrollo y la economía local, así como la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad. Entre las referidas funciones, se encuentra la planificación del desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones (inciso 6), así como el desarrollo y la regulación de actividades y/o servicios en materia de, entre otros, medio ambiente y sustentabilidad de los recursos naturales, conforme a ley (inciso 8).



53. Del marco constitucional anteriormente citado, así como de la normativa en materia de áreas naturales protegidas, no se puede concluir que exista un otorgamiento implícito o expreso de competencias a las municipalidades locales en la creación de ACM. Por lo tanto, este argumento no es válido y, nuevamente, confirma la inconstitucionalidad de este artículo de la Ordenanza.

b. La cláusula de residualidad competencial como fundamento legal para el otorgamiento de competencias a las municipalidades locales en la creación de ACM

54. Como se ha señalado en acápites anteriores, la Municipalidad alega poseer la competencia de crear ACM en base a su interpretación consistente en que las competencias no otorgadas taxativamente al gobierno nacional o regional, como ocurren en este caso, se entienden otorgadas a favor del gobierno local. Dicha interpretación, sin embargo, es errónea y contraviene a lo dispuesto por el mismo Tribunal.

55. En efecto, la cláusula de residualidad competencial es definida mediante el Fundamento Jurídico N° 48 de la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 0002-2005-AI, estableciendo que las competencias regionales únicamente son las explícitamente señaladas en la Constitución y leyes de desarrollo de la descentralización, mientras que lo no señalado, corresponde exclusivamente a la competencia del gobierno nacional. Como consecuencia de lo señalado, en tanto los gobiernos locales no poseen competencias expresas para crear ACM, incluso en el supuesto negado de que las ACM se encontrasen vigentes en el ordenamiento jurídico actual, la competencia para su creación correspondería al Gobierno Central.

56. Como se ha identificado a partir de la revisión de sentencias en acápites anteriores, existen opiniones contrapuestas en la doctrina respecto del sentido que posee la cláusula de residualidad y si esta debe ser entendida a favor de los gobiernos nacionales o, por el contrario, a favor de los

gobiernos locales. Esta última postura es expuesta por el Magistrado Ernesto Blume en su voto singular en la Sentencia Minera Yanacocha. En nuestra opinión, la opinión del Magistrado es incorrecta, en tanto se aparta de la concepción de descentralización que ampara el ordenamiento jurídico vigente y que hemos repasado en el acápite referido a la descentralización.

57. Por lo tanto, incluso en el supuesto en que se efectuase una interpretación correcta de la cláusula de residualidad competencial, ello implicaría aceptar que es el Gobierno nacional el autorizado para crear ACM, lo cual es contrario a lo esgrimido por el demandado.
58. En suma, este argumento no sustenta la creación de las ACM y, más aún, confirma la inconstitucionalidad de este artículo de la Ordenanza.

c. El apartamiento por parte del Concejo Municipal de la MPSCH de las conclusiones de la Gerencia Regional de Energía, Minas e Hidrocarburos

59. En los considerandos de la Ordenanza, se reconoce expresamente que, mediante Oficio N° 738-2018-GRLL-GOB/GGR, el Gerente General Regional emitió un informe sobre la competencia municipal para declarar “zonas de conservación municipal”, suscrito, a su vez, por el General Regional de Energía, Minas e hidrocarburos. Dicho documento concluía que no es competencia de la MPSCH constituir áreas municipales protegidas.
60. En respuesta a ello, la MPSCH rechaza expresamente dicha opinión, por estimar que ello cuestiona su autonomía, atribuciones y competencias. En dicho sentido, decide apartarse de dicho pronunciamiento. Cabe preguntarnos si dicha conducta es legal y, más aún, cabría cuestionarnos si el funcionario que emite un acto ilegal, a pesar de contar con asesoría de gerencias relevantes que le alertan sobre su falta de competencia, podría ser sancionado.

61. Para identificar la naturaleza de los informes, es necesario recurrir al artículo 180 del TUO LPAG, que se refiere a la presunción de la calidad de los informes señalando que estos pueden ser obligatorios, facultativos, vinculantes o no vinculantes. En particular, los informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo lo dispuesto por la ley.
62. Al respecto, Morón Urbina define como informes facultativos a “aquellos que la instancia decisoria solicita de acuerdo a su propio criterio e iniciativa discrecional para ilustrarse mejor de aquellos aspectos que considere indispensables, sin que su requerimiento provenga de alguna obligación legal” (2019, p. 37). Por lo tanto, y en contraste con los informes vinculantes, la autoridad que requiere el informe (que, en este caso, fue el Concejo Municipal) no requiere considerarlo para que el acto administrativo finalmente adoptado sea considerado válido. En ese sentido, las autoridades que se apartan de dichos informes “mantienen discrecionalidad para, bajo su responsabilidad, seguir o apartarse del parecer contenido en el informe con una motivación expresa y suficiente” (2019, p. 38).
63. En base a lo anterior, se puede concluir que la Municipalidad podía apartarse de la opinión de la Gerencia Regional de Energía, Minas e Hidrocarburos, que explicitaba la inexistencia de competencias por parte de la Municipalidad para crear ACM. Así, en efecto, podía actuar a pesar de las advertencias de que sus actuaciones no se sustentaban en fundamento legal alguno. Ello debía realizar con una motivación expresa y suficiente que, en nuestra opinión, no es brindada por la MPSCH, en tanto únicamente señala que dicho informe contradice su autonomía municipal.
64. Sin embargo, la actuación de la Municipalidad mediante la emisión de la Ordenanza, excediendo sus competencias, era ilegal, independientemente de que el Informe sostuviese lo contrario. Por tanto, debemos desvirtuar este argumento de la MPSCH.

### VI.3. Problema jurídico N° 3

65. Mediante el artículo quinto de la Ordenanza, la Municipalidad establece la suspensión de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el sub suelo (incluyendo aguas subterráneas) de diversas unidades morfológicas. Para concretar dicha paralización, ordena el respaldo de las autoridades de la jurisdicción ordinaria y especial rondera.
66. Por su parte, si bien los demandados no se pronuncian expresamente sobre la constitucionalidad del artículo quinto, sí desarrollan a lo largo de su argumentación que las medidas dictadas mediante Ordenanza tienen como objetivo resguardar recursos naturales como las fuentes de agua y que, específicamente, aquella “no estima amenaza para los intereses particulares de la accionante, sino, busca resguardar los intereses colectivos de la Provincia de Santiago de Chuco y sus pobladores”.
67. En su pronunciamiento, el Tribunal se expresa señalando que, a pesar de que pueda considerarse que el propósito de dicho artículo fue proteger el medio ambiente y los recursos hídricos —ambos fines legítimos— dicha medida únicamente poseería validez constitucional en tanto sea emitida por los mecanismos autorizados y a la luz de las leyes relevantes. Al respecto, el Tribunal concluye que no existe ninguna disposición en la legislación vigente que autorice a las municipalidades, como competencia exclusiva, para suspender actividades que puedan afectar el ambiente, como la Ordenanza pretende (FJ 181 y 182). Por lo tanto, el artículo quinto de la Ordenanza implica el ejercicio por parte de la Municipalidad de una competencia no conferida por la Constitución ni las leyes sobre la materia (FJ 183).
68. Si bien coincidimos con el Tribunal en el sentido de que, en efecto, la suspensión de actividades personales y empresariales no se encuentra legitimada por ninguna competencia municipal, también consideramos que el análisis de los derechos infringidos, a pesar de no ser obligatorio al

tratarse de un pronunciamiento respecto de una acción de inconstitucionalidad, debió ser efectuado.

69. Por lo expuesto, coincidimos que el dictado de la Ordenanza y, en específico, el contenido del artículo quinto de esta resulta inconstitucional.

#### **VI.4. Problema jurídico N° 4**

70. El cuarto problema jurídico busca analizar la legalidad de los tres artículos restantes de la Ordenanza, que el Tribunal, en base al voto en mayoría, estima como constitucionales. En contraste, el voto singular de los Magistrados Blume y Sardón de Taboada se inclina por la inconstitucionalidad del artículo sexto. En nuestra opinión, tanto el artículo sexto, como el sétimo y octavo —estos dos últimos, además, no fueron cuestionados por los demandantes— son inconstitucionales, como desarrollaremos a continuación.
71. En efecto, los demandantes alegan, que el artículo sexto es inconstitucional tanto debido a que restringe irrazonablemente los derechos de propiedad, pues limita libertades económicas al suspender las actividades de explotación y exploración minera, afectando a las empresas que poseen los permisos requeridos para desarrollar minería, así como por conexidad, en tanto se solicita al SERNANP inscribir las ACM creadas mediante las disposiciones anteriores en un Registro de Áreas de Protección Nacional.
72. Somos de la opinión de que, en efecto, puede concluirse que el extremo de la ordenanza es ilegal por conexidad, debido a su estrecha vinculación con los artículos declarados inconstitucionales. Precisamente, sobre dicha figura se pronuncia el artículo 78° del Código Procesal Constitucional del 2004, al señalar que “la sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”.
73. A mayor abundamiento, Abad (2019) encuentra como antecedente de dicha disposición al artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal

Constitucional español, por el cual una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad “declarará (...) igualmente, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia” (p. 298). En nuestra opinión, la regulación peruana y española difiere en el sentido que la norma nacional extiende la declaración de inconstitucionalidad hacia *otras normas* cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada ni alegada, mientras que la disposición española, expresamente, admite que se declare también la inconstitucionalidad de *otros extremos de la norma* que no hayan sido cuestionados por el demandante. Sin perjuicio de lo anterior, bajo la aplicación del aforismo jurídico *quien puede lo más puede lo menos*<sup>3</sup>, considero lógico y razonable que en el país se admita, al igual que en la experiencia española, que la ilegalidad de un extremo de una norma se extienda hacia otros artículos de la misma ley<sup>4</sup>.

74. Al respecto, el Tribunal estima, mediante voto en mayoría, que este extremo de la Ordenanza no es inconstitucional. Así, se pronuncian señalando, en resumen, que los demandantes no han conseguido probar que de este artículo se afecta el contenido constitucionalmente protegido de las libertades económicas, ni tampoco han demostrado cómo la declaración de cuencas, creación de ACM y suspensión de actividades contaminantes implican, de por sí, vulnerar los referidos derechos (F.J 187).

---

<sup>3</sup> La aplicación de dicho aforismo ha sido acogida por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, entre las cuales se encuentra la STC recaída sobre el Expediente N° 012-96-I/TC, la STC recaída sobre el Expediente N° 00031-2009-PHC/TC (FJ 12), entre otros.

<sup>4</sup> De igual manera, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional admite la aplicación de inconstitucionalidad por conexidad a otros artículos de una norma cuestionada. Ello puede evidenciarse, entre otros, en la Sentencia Caso Municipalidad Fajardo, fundamentos 43 al 46.

75. Bajo dicho fundamento, sostengo que los artículos sexto, sétimo y octavo de la Ordenanza son inconstitucionales. Ello no se debe a que infrinjan una competencia otorgada a otro nivel de gobierno, sino porque son consecuencia de las disposiciones declaradas inconstitucionales; es decir, de los artículos 2 al 5. Me explico.
76. Es únicamente a raíz de la declaración de interés prioritario de las fuentes de agua dulce de la jurisdicción de Santiago de Chuco y la consiguiente suspensión de cualquier tipo de actividades potencialmente riesgosas (artículo primero), con el apoyo de la jurisdicción ordinaria y rondera (artículo quinto), así como la creación de ACM en torno a dichos espacios (artículos segundo al cuarto), que se promueven las demás medidas contempladas en la Ordenanza: a saber, la solicitud al SERNANP de que inscriba las ACM ilegalmente creadas en un Registro, que la ANA registre todas las fuente de agua de la jurisdicción y, finalmente, que se concierten esfuerzos para implementar un Sistema Provincial que permita, esencialmente, fiscalizar lo dispuesto en los artículos inconstitucionales de la Ordenanza, es decir, a suspensión de actividades en las fuentes de agua dulce.
77. En base a lo expuesto, es posible concluir que los artículos sexto, sétimo y octavo son inconstitucionales.

## **VII. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS COMPLEMENTARIOS**

De manera adicional al análisis anteriormente efectuado, se han identificado dos (2) problemas jurídicos complementarios, cuya solución permite una mejor comprensión de los diversos problemas jurídicos presentes en la Sentencia estudiada. En ese sentido, consideramos relevante absolver, en primer lugar, si las características de las áreas declaradas ACM eran suficientes para justificar la protección especial de ser declaradas como tales. En segundo lugar, esbozamos una vía de solución que puede emplear el Tribunal Constitucional al enfrentarse a dilemas similares sobre la creación de ACM o el empleo de las declaratorias de intangibilidad para suspender actividades económicas.

## VII.1. Problema jurídico complementario N° 1

78. El primer problema complementario busca dilucidar si, en el supuesto de que la MPSCH hubiese contado con la competencia necesaria para crear áreas de conservación municipal y esta figura jurídica todavía existiese en el ordenamiento jurídico vigente, la Ordenanza analizada cumpliría o no con los requisitos normativos que justifican la necesidad de su creación.
79. Para tales efectos, cabe recordar que el área que se buscaba conservar mediante la Ordenanza eran diversas quebradas de Santiago de Chuco. En ese sentido, en primer lugar es relevante recurrir al artículo 2 de la Ley de ANP, que enuncia taxativamente los diversos objetivos que justifican la protección de las ANP, los cuales se vinculan con la conservación de flora y fauna silvestre, paisaje, ecosistemas, entre otros recursos naturales con valor para el interés público.
80. En nuestra opinión, el único objetivo contemplado a la Ley de ANP que se vincula con la materia de la Ordenanza es el señalado en el literal “h”, que se orienta al mantenimiento de las condiciones de las cuencas hidrográficas, con el objeto de asegurar, entre otras cualidades, la calidad del agua y el control de erosión y sedimentación.
81. Del análisis de las normas de creación de ANP u otras áreas que involucren cuencas hidrográficas, podemos identificar ciertas similitudes con el Parque Nacional de la Cuenca Alta del Río Abiseo (en adelante, “Parque Nacional”), cuya extensión comprende. En ese sentido, creemos que es relevante analizar los fundamentos que se emplearon para justificar la creación de dicha ANP, con el objeto de determinar qué requisitos reúne un espacio geográfico vinculado a cuencas hidrográficas para que su conservación sea necesaria.
82. Cabe aclarar, sin embargo, que dicha ANP se creó durante la vigencia de la antigua Ley Forestal y de Fauna Silvestre y bajo lo dispuesto por el



artículo 123 de la Constitución Política de 1979; es decir, el deber de todos de conservar el ambiente. En contraste, la Ordenanza se planteaba bajo la Ley de ANP y su Reglamento vigentes, así como el artículo 68 de la Constitución de 1993, que expresamente contempla el deber del Estado de promover la conservación de las ANP. Sin perjuicio de las diferencias normativas enunciadas, consideramos que en las normas empleadas en la creación del Parque Nacional poseían similitudes importantes con el marco normativo actual. Como se ha descrito en el acápite referido a precisiones conceptuales en materia de ANP, la Ley Forestal y de Fauna Silvestre ya reconocía la necesidad de proteger los recursos forestales y la fauna silvestre.

83. Así, de la revisión del Decreto Supremo N° 064-83-AG que, en 1983, declara la creación del Parque Nacional, corroboramos que en los considerandos, en primer lugar, se hace referencia a estudios realizados por instituciones como el Instituto Nacional Forestal y de Fauna, entre otras, como insumos de investigación que determinan la conveniencia de crear dicha ANP.
84. En segundo lugar, entre los objetivos de conservación que se listan para justificar el establecimiento de la ANP, se encuentra la existencia de ecosistemas que albergan especies de flora y fauna silvestre, entre las que destacan al mono choro cola amarilla. Aunado a ello, se menciona que la creación del Parque contribuiría a proteger la Cuenca, asegurando la estabilidad de tierras, así como la cantidad y calidad del agua. Finalmente, se señala que dentro del área se ubican complejos arqueológicos pre-hispánicos relevantes. En suma, en el Decreto que crea la ANP coexisten tres objetivos de creación: la protección de una especie de fauna silvestre en riesgo de extinción, la protección de una cuenca, con el objeto de asegurar el acceso al agua y el desarrollo agrario, y, finalmente, la existencia de patrimonio arqueológico en el área. A ello se le suma, por supuesto, el sustento científico de los estudios que avalan la necesidad de crear un Parque Nacional.

85. El Plan Maestro actualizado del Parque para los años 2014-2019 agrega como objetivos, por su parte, la conservación de los ecosistemas de bosques de neblina y páramos (SERNANP, pp. 17-18). Con respecto a la protección de los recursos hídricos del área, se establece una zonificación de protección estricta (PE) en el 27% del Parque, que incluye la parte central de las cuencas de los ríos Montecristo, Túmac y Abiseo. Entre las condiciones que se establecen para dicha zonificación, se encuentra que las actividades antrópicas no alteren la calidad ni el régimen hídrico de las cuencas hidrográficas de los ríos mencionados. Otras categorías de zonificación también son establecidas en el área de las cuencas hidrográficas. De este modo, parte de la cuenca alta de los ríos se encuentra en Zona Silvestre, Zona de Uso Turístico y Recreativo y Zona de Uso Especial. Así, se admite las actividades antrópicas con restricciones, entre las que se encuentran no poner en riesgo ecosistemas como cataratas y quebradas, así como no alterar la cabecera de la cuenca del río Abiseo ni su calidad ni su régimen hídrico.
86. De la información reseñada a partir del Decreto de Creación del Parque, así como su Plan Maestro, se puede reconocer el establecimiento debidamente fundamentado de una ANP, que cuenta con aval científico de su necesidad de conservación y que emplea categorías de zonificación para restringir y estimular las actividades económicas que sean acordes o no a los usos de la zona.
87. En contraste, la fundamentación que la Municipalidad emplea para sustentar la necesidad de crear ACM es sumamente escueta, y se limita a argumentar que el desarrollo de la actividad minera en las quebradas que se buscan proteger podría impactar negativamente sobre las fuentes de agua para consumo humano de la población de Santiago de Chuco. Sin restarle importancia a dicha situación, es necesario recordar que el propósito de las ANP (y podría alegarse que, por extensión, de las ACM) no es proteger un recurso hídrico impidiendo que se desarrolle cualquier actividad en dicha área. Como se ha concluido del análisis del Parque Nacional, incluso una ANP cuya creación se encuentra debidamente

avalada por estudios científicos y que alberga distintos bienes que requieren de especial protección (como fauna silvestre y monumentos arqueológicos) admite el desarrollo de actividades dentro de la zona cuando estas no contravienen lo dispuesto en su Plan Maestro.

88. Lo señalado en las anteriores líneas nos lleva a concluir que, incluso en el supuesto de que la Municipalidad de Santiago de Chuco hubiese contado con la competencia para crear ACM, y si dicha figura se encontrase vigente en el ordenamiento jurídico, el área que se busca proteger no reúne los criterios necesarios para recibir la protección que supone obtener la categoría de ANP o, en ese caso, ACM.
89. Este examen de ponderación debe verse acompañado, además, de un pronunciamiento certero del Tribunal sobre qué debe hacerse con las ACM creadas de manera previa al 2001, tras el 2007 y las que se encuentran vigentes a la fecha. En nuestra opinión, solo una declaración expresa del Tribunal Constitucional en dicha materia podrá evitar que conflictos como los analizados deban verse evaluados en dicha instancia.

## **VII.2. Problema jurídico complementario N° 2**

90. Como segundo problema jurídico complementario, consideramos necesario abordar posibles vías de actuación del Tribunal Constitucional frente a potenciales procesos constitucionales que cuestionen la creación de ACM por parte de gobiernos municipales o la implementación de otras medidas (declaración de zonas de intangibilidad, por ejemplo) que suspendan el desarrollo de actividades económicas, bajo el fundamento de evitar la afectación al ambiente.
91. Como hemos expuesto en la absolución de los problemas anteriores, somos de la opinión de que las medidas dictadas por la Ordenanza no son solo ilegales, sino también irrazonables. Por ello, y acogiendo lo señalado por Landa (2014, p. 48), respecto de la posibilidad de efectuar un examen de ponderación en el marco de un proceso de

inconstitucionalidad, a continuación, someteremos a dos de las medidas de la Ordenanza de manera conjunta al test de proporcionalidad –declaración de zonas como intangibles para efectos de suspender todo tipo de actividades que puedan afectar el ambiente, así como la creación de ACM.

92. El primer paso del referido examen consiste en analizar si las medidas restrictivas destinada a proteger las fuentes de agua dulce, ya sea mediante la suspensión de todo tipo de actividades (personales, empresariales, nacionales o extranjeras) potenciales de contaminación, así como el establecimiento de ACM que implicaba similares restricciones sobre las áreas, cumplen con el requisito de idoneidad. Ello implica preguntarse si la restricción en el derecho de libertad de empresa, de propiedad y de trabajo que ocurriría con la suspensión de las actividades mineras producto de la declaración y el establecimiento de ACM, por el extremo de los demandantes, resultaba pertinente o adecuado para la finalidad que buscaba tutelar. Dicha finalidad, según alegan los demandados, es la protección de las fuentes de agua dulce de la jurisdicción.
93. Somos de la opinión de que esta medida, si bien resultaba excesiva e ilegal, sí conseguía la protección de las fuentes de agua dulce. Sin embargo, solo lograba ello suprimiendo a totalidad las actividades de diversa índole que se realicen en dichas fuentes, con los perjuicios que ello implicaba no solo en la empresa minera, sino en los diversos puestos de trabajo que esta generaba. Al superar este primer análisis, puede pasarse al siguiente.
94. El segundo paso del test se refiere a la necesidad y consiste en someter a juicio si las medidas dictadas en la Ordenanza eran las medidas menos gravosas posibles para alcanzar el fin perseguido por los demandados o si, por el contrario, existían medios alternativos al finalmente adoptado. En nuestra opinión, el mecanismo diseñado para evitar y controlar impactos ambientales generados por actividades económicas es la certificación

ambiental. Este medio, además, posee un importante componente de participación ciudadana, en el que se emplean diversos mecanismos para socializar este tipo de proyectos e incluir las sugerencias y aportes de poblaciones potencialmente afectadas por los proyectos.

95. En suma, a mi parecer, sí existían medios alternativos, menos gravosos y, sobre todo, legales. Debemos incidir en este último punto pues, como ya se concluyó del análisis, la declaración de intangibilidad y la creación de ACM son medidas inconstitucionales del MPSCH, que exceden sus competencias. Al haber concluido que existían otras medidas menos gravosas, el test debería finalizar en esta fase.
96. Sin perjuicio de lo anterior, para efectos explicativos, procederemos con el tercer juicio del test de ponderación, para lo cual se debe partir de la ley de la ponderación, por la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. En nuestra opinión, la afectación de los derechos de los demandantes (a la libertad de empresa, propiedad, trabajo, entre otros) se ven completamente suprimidos con la emisión de la Ordenanza, en tanto se ven impedidos de continuar efectuando actividades mineras para las cuales legítimamente se encuentran habilitados; por lo tanto, es grave. Esta suspensión de actividades, sin embargo, no genera, en nuestra opinión, una mayor satisfacción para el derecho a la salud y al medio ambiente sano de los demandados, sino que únicamente podría ser catalogada como media.
97. Concluimos ello porque las medidas consistentes en suspender una multiplicidad de actividades en las quebradas, así como crear ACM con restricciones para las actividades de explotación de recursos, no necesariamente garantiza el buen estado de las fuentes de agua dulce. Estas pueden verse contaminadas por factores externos, distintos a los que la MPSCH identifica que pueden causar, principalmente, las empresas mineras. Una de dichas amenazas es la minería ilegal, por ejemplo, que carece de medidas mitigantes de sus impactos ambientales negativos. Si bien no es parte del test, no es menos importante recordar

que la suspensión de actividades mineras en una región con alto potencial minero, como La Libertad, inevitablemente generará consecuencias económicas y sociales, que es necesario evaluar antes de promover una norma como la que cuestionamos.

98. Esta incertidumbre respecto de la situación de las fuentes de agua dulce tras la prohibición de las actividades mineras nos lleva a concluir que una afectación grave a los derechos de los demandantes no se justifica por una realización media de los derechos de los demandados. Ello nos lleva a concluir que la medida, al no superar el test de ponderación, es inconstitucional.
99. Por lo expuesto anteriormente, sostenemos que una de las posibles vías de actuación del Tribunal frente a casos como los estudiados debería incluir, definitivamente, la inclusión de un test de ponderación en el análisis efectuado, más allá de la emisión de sentencias enfocadas en el aspecto formal competencial. Somos de la opinión de que un pronunciamiento en dicho sentido concretiza las funciones de valoración, ordenación y pacificación que inspiran la creación y subsistencia del Tribunal Constitucional, y que ganan especial relevancia frente a conflictos socioambientales.

## **VIII. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES**

100. Con respecto del primer problema jurídico, hemos concluido que el artículo primero es ilegal, a diferencia de lo estimado por el Tribunal Constitucional, pues la consecuencia de la declaración de interés prioritario para el desarrollo sostenible de Santiago de Chuco de las diversas fuentes de agua dulce de la jurisdicción genera como consecuencia la suspensión de cualquier tipo de actividad que potencialmente contamine o afecte dichas fuentes, sin que se establezca, siquiera, un parámetro claro que establezca qué actividades son dañosas o no. Dicha suspensión, además, no se encuentra amparada por ninguna competencia local, por lo que es ilegal.

101. Con respecto del segundo problema jurídico, hemos determinado la ilegalidad de los artículos que establecen ACM en Santiago de Chuco, en tanto, como hemos descrito ampliamente, dicha figura no se encontraba vigente en el ordenamiento jurídico a la fecha de emisión a la Ordenanza e, incluso durante su vigencia entre los años 2001 y 2007, esta carecía de legalidad al haberse creado vulnerando el principio de jerarquía de normas. Sostenemos ello en tanto, como se ha señalado, la figura de ACM es creada mediante Reglamento de la Ley de ANP, sin que la Ley de ANP la contemple previamente.
102. Con respecto del tercer problema jurídico, hemos estimado, coincidiendo con lo señalado por el Tribunal, que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico vigente que habilite a las municipalidades a suspender todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el subsuelo, como la Ordenanza pretende. Dicha medida, en suma, no solo es ilegal por contravenir las competencias de los gobiernos locales, sino también es irrazonable y vulneratoria de derechos.
103. Con respecto del cuarto problema jurídico, concluimos que los artículos sexto, sétimo y octavo de la Ordenanza son inconstitucionales por conexidad; es decir, por su vinculación con los demás artículos de la Ordenanza cuya ilegalidad se ha confirmado por haber sido emitidos excediendo las competencias locales. En ese sentido, hemos precisado que únicamente como consecuencia de la declaración de interés prioritario de las fuentes de agua dulce de la jurisdicción de Santiago de Chuco y la consiguiente suspensión de cualquier tipo de actividades potencialmente riesgosas (artículo primero), con el apoyo de la jurisdicción ordinaria y rondera (artículo quinto), así como la creación de ACM en torno a dichos espacios (artículos segundo al cuarto), es que se promueven las medidas contenidas en los artículos sexto al octavo, las cuales se orientan a garantizar que la suspensión de las actividades ordenada mediante el primer artículo se cumplan.

104. Respecto del primer problema complementario, que se orientaba a determinar si, en el supuesto de que la Municipalidad contase con la potestad para crear ACM y dicha figura se encontrase vigente en el ordenamiento jurídico actual, hemos concluido que el área que la Ordenanza pretende proteger no reúne las características que establece el artículo 2 de la Ley de ANP para justificar el otorgamiento de dicha protección.
105. Finalmente, en lo referido al segundo problema complementario, sostenemos que, frente a potenciales casos similares que sean analizados por el Tribunal Constitucional, debe incluirse el test de ponderación como parte de dicho examen. Esta herramienta permitirá evidenciar el equilibrio al que puede llegarse entre intereses que, en ocasiones, pueden percibirse como opuestos: la protección del ambiente y la inversión privadas y los derechos económicos que la respaldan.
106. Adicionalmente, de la revisión de pronunciamientos del Tribunal Constitucional (Sentencia Municipalidad Fajardo, Sentencia Caso Conga, Sentencia Caso Yanacocha), respecto de casos en los que gobiernos regionales y locales buscan suspender el desarrollo de proyectos mineros en su jurisdicción o, incluso, prohibir completamente dicha actividad económica, evidencia una problemática subyacente que aún no ha podido ser resuelta. Más allá del empleo erróneo de figuras como la declaración de zonas de intangibilidad o la creación de ACM, figura inexistente en el ordenamiento jurídico, se revela una percepción negativa sobre el desarrollo de la actividad minera debido a sus potenciales efectos negativos en el ambiente y, especialmente, respecto de los recursos hídricos. Más aún, se emplea recurrentemente argumentos referidos a la autonomía municipal. Somos de la opinión de que dichos conflictos trascienden el aspecto estrictamente legal que puede ser evaluado, por ejemplo, mediante un test de competencias. En ese sentido, a manera de recomendación, consideramos necesario que el Tribunal analice casos similares desde un enfoque que no se limite a lo formal, sino que



considere las percepciones conflictuadas en torno a la minería subyacentes a las normas cuya constitucionalidad es cuestionada.

107. Para concluir, identificamos un interés legítimo de los gobiernos regionales y locales de poder crear sus propias áreas de conservación a nivel local. Somos de la opinión de que, mediante las modificaciones legislativas requeridas, que se efectúen en el marco del debate abierto y transparente, y la integración de las opiniones de los diversos sectores afectados, sería posible crear una categoría de áreas de conservación municipal y, más aún, integrarla al SINANPE.
  
108. Por lo expuesto anteriormente, consideramos que los ocho artículos de la Ordenanza —y no solo los artículos 2 al 5, como estimó el Tribunal mediante la Sentencia— son inconstitucionales. Si bien reconocemos que los distintos extremos de la Ordenanza perseguían un objetivo legítimo, orientado a la protección de las fuentes de agua dulce de la provincia de Santiago de Chuco para garantizar el acceso al agua potable de los ciudadanos del área, ello debía efectuarse mediante mecanismos igualmente legítimos y con sustento legal. La creación de ACM — figura con un origen, de por sí, cuestionable, al haber sido concebida en el Reglamento de la Ley de ANP sin poseer reconocimiento previo en la Ley de ANP— no es un medio legal para evitar los potenciales daños que la minería puede ocasionar en dichas fuentes de agua. Por el contrario, el ordenamiento jurídico se anticipa a dichos riesgos mediante la obligatoriedad de la certificación ambiental como materialización del principio preventorio. En efecto, somos de la opinión de que el aprovechamiento de los recursos naturales de manera sostenible —como es el caso de la actividad minera que se desarrolla conforme con el marco legislativo previsto— es un fin legítimo, que debe ser respetado y promovido por el Estado, bajo un régimen de fiscalización ambiental constante que garantice que dichas actividades se efectúan en el marco de la legalidad.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

Abad, S. (2008). El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado: Las dificultades del proceso de amparo para su tutela. *Revista De Derecho Administrativo*, (6), 201-206. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14064>

Abad, S. (2019). *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

Defensoría del Pueblo (2019). *Reporte de Conflictos Sociales N° 180. Febrero 2019*. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/03/Conflictos-Sociales-N%C2%B0-180-Febrero-2018.pdf>

Defensoría del Pueblo (2018). *Reporte de Conflictos Sociales N° 176. Octubre 2018*. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/11/Conflictos-Sociales-N%C2%B0-176-October-2018.pdf>

Dourojeanni, A. (2017). *¿Qué son “cuencas de cabecera” o “cabeceras de cuenca”?* Actualidad Ambiental. Recuperado de <https://www.actualidadambiental.pe/opinion-que-son-cuencas-de-cabecera-o-cabeceras-de-cuenca/>

Durand, F. (30 de mayo 2018). La Libertad: Minería en Santiago de Chuco tiene un panorama difícil. *Info región*. Recuperado de <https://www.inforegion.pe/251227/la-libertad-mineria-en-santiago-de-chuco-tiene-un-panorama-dificil/>

Durand, F. (31 de mayo de 2018). *La Libertad: Explotación minera en las cercanías del río Huacamarca no es viable*. Recuperado de <https://www.inforegion.pe/251257/la-libertad-explotacion-minera-a-cercanias-del-rio-huacamarca-no-es-viable/>

Fonseca, C. (2015). *Artículo 98. Competencia y legitimación. Código Procesal Constitucional Comentado*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Huapaya, R. (2014). El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, 14, 327-339. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13455>

Kresalja, B. & Ochoa, C. (2020b). *Derecho Constitucional Económico. Tomo II: Recursos naturales, servicios públicos y régimen financiero*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Landa, C. (2014). Descentralización y jurisprudencia constitucional. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 7, 41-54.

Mora, C & Jara, B. (2021). *¿Las leyes declaratorias de interés nacional o necesidad pública de carreteras son solo declaratorias?* *Actualidad Ambiental*. Recuperado de <https://www.actualidadambiental.pe/opinion-las-leyes-declaratorias-de-interes-nacional-o-necesidad-publica-son-solo-declaratorias/>

Morón Urbina, J. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica.

Peña, A. (2012). Marco constitucional, legal, jurisprudencial y consuetudinario para la gestión de agua en las cuencas peruanas. *Revista de Derecho Administrativo*, 12, 233-243.

Ruiz, J. (8 de setiembre de 2020). *¿Quién protege las cabeceras de cuenca?* Instituto de Defensa Legal. Recuperado de <https://www.idl.org.pe/a-proposito-de-la-stc-no-00012-2019-pi-tc/>

SERNANP (2023). Listado oficial de las Áreas Naturales Protegidas protegidas por el Estado (SINANPE). Recuperado de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2622831/Listado%20ANP%2023.03.2023.pdf.pdf?v=1679600153>

SERNANP (2016). *Gestión Ambiental en Áreas Naturales Protegidas. Guía de roles y competencias del SERNANP en el marco del SINANPE*. Lima: SERNANP.

SERNANP (2014). Parque Nacional Río Abiseo. Plan Maestro 2014-2019. Recuperado de [https://old.sernanp.gob.pe/sernanp/archivos/biblioteca/planes\\_maestros\\_2014/abiseo/Plan%20Maestro%202014-2019%20PN%20Rio%20Abiseo%20Ver%20aprob.pdf](https://old.sernanp.gob.pe/sernanp/archivos/biblioteca/planes_maestros_2014/abiseo/Plan%20Maestro%202014-2019%20PN%20Rio%20Abiseo%20Ver%20aprob.pdf)

Solano, P. & Monteferri, B. (2009). *Áreas de Conservación Regional y Áreas de Conservación Municipal*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

Sosa, J. (2015). Artículo 79. Principios de interpretación. *Código Procesal Constitucional Comentado*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Villanueva, M. (2019). *Estrategias de conservación de diversidad biológica mediante el establecimiento de áreas de protección local: caso de las áreas de conservación municipal*. Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales. Recuperado

de

[https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16007/VILLANUEVA\\_ARAMAYO\\_MARITZA\\_ALESSANDRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16007/VILLANUEVA_ARAMAYO_MARITZA_ALESSANDRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Wieland, P. (2017). *Introducción al Derecho Ambiental*. Lo Esencial del Derecho. Fondo Editorial PUCP.

Zas Friz, J. (2020). *Derecho Municipal*. Lo Esencial del Derecho. Lima: Fondo Editorial PUCP.

### **Normativa empleada**

#### **Recursos naturales**

1. Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Congreso de la República del Perú, Ley n.o. 26821, Diario Oficial El Peruano (26 de junio de 1997) (1997).
2. Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, Congreso de la República del Perú, Ley n.o. 26839, Diario Oficial El Peruano (16 de julio de 1997) (1997).
3. Reglamento de la Ley sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, Congreso de la República del Perú, Decreto Supremo n.o. 068-2001-PCM, Diario Oficial El Peruano (21 de junio de 2001) (2001).
4. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Poder Ejecutivo, Decreto Supremo n.o. 014-92-EM, Diario Oficial El Peruano (4 de junio de 1992) (1992).

## **Áreas Naturales Protegidas**

1. Ley de Áreas Naturales Protegidas, Congreso de la República del Perú, Ley n.o. 26834, Diario Oficial El Peruano (4 de julio de 1997) (1997).
2. Plan Director de las Áreas Naturales Protegidas, Poder Ejecutivo, Decreto Supremo n.o. 010-99-AG, Diario Oficial El Peruano (11 de abril de 1999) (1999).
3. Actualización del Plan Director de las Áreas Naturales Protegidas, Poder Ejecutivo, Decreto Supremo n.o. 016-2009-MINAM, Diario Oficial El Peruano (3 de setiembre de 2009) (2009).
4. Modifican el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Poder Ejecutivo, Decreto Supremo n.o. 015-2007-AG, Diario Oficial El Peruano (15 de marzo de 2007) (2007).
5. Aprueban Disposiciones Complementarias al Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas en materia de establecimiento de Áreas Naturales Protegidas de administración nacional y del proceso de categorización de zonas reservadas, SERNANP, Resolución Presidencial n.o. 324-2014-SERNANP, Diario Oficial El Peruano (17 de enero de 2015) (2015).

## **Recursos hídricos**

1. Ley de Recursos Hídricos, Congreso de la República del Perú, Ley n.o. 29338, Diario Oficial El Peruano (31 de marzo de 2009) (2009).
2. Ley que modifica la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, mediante el establecimiento de los criterios técnicos para la identificación y delimitación de las cabeceras de cuenca, Congreso de la República del Perú, Ley n.o. 30640, Diario Oficial El Peruano (16 de agosto de 2007) (2007).
3. Decreto Supremo que aprueba la adecuación del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos a lo dispuesto en la Ley N° 30640, Poder Ejecutivo, Decreto Supremo n.o. 016-2017-MINAGRI, Diario Oficial El Peruano (16 de noviembre de 2017) (2017).
4. Aprueba el Reglamento de la Ley N° 29338, Poder Ejecutivo, Ley de Recursos Hídricos, Decreto Supremo n.o. 001-2010-AG, Diario Oficial El Peruano (24 de marzo de 2010) (2010).
5. Decreto Supremo que aprueba el Marco Metodológico de Criterios Técnicos para la Identificación, Delimitación y Zonificación de Cabeceras de Cuenca; y modifica el numeral 103.5 del artículo 103 del Reglamento de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2010-AG, Poder Ejecutivo, Decreto Supremo n.o. 014-2021-MIDAGRI, Diario Oficial El Peruano (9 de julio de 2021) (2021).

## **Competencias**

1. Ley de Bases de la Descentralización, Congreso de la República del Perú, Ley n.o. 27783, Diario Oficial El Peruano (20 de julio de 2002) (2002).
2. Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV del título IV sobre descentralización, Ley n.o. 27680, Diario Oficial El Peruano (07 de marzo de 2002) (2002).
3. Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Congreso de la República del Perú, Ley n.o. 27867, Diario Oficial El Peruano (18 de noviembre de 2002) (2002).
4. Ley Orgánica de Municipalidades, Congreso de la República del Perú, Ley n.o. 27972, Diario Oficial El Peruano (27 de mayo de 2003) (2003).

## **Institucionalidad ambiental**

1. Ley General del Ambiente, Congreso de la República del Perú, Ley n.o. 28611, Diario Oficial El Peruano (15 de octubre de 2005) (2005).
2. Reglamento de la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, Poder Ejecutivo, Decreto Supremo n.o. 019-2009-MINAM, Diario Oficial El Peruano (25 de septiembre de 2009) (2009).
3. Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Congreso de la República del Perú, Ley n.o. 28245, Diario Oficial El Peruano (08 de junio de 2004) (2004).
4. Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Poder Ejecutivo, Decreto Supremo n.o. 008-2005-PCM, Diario Oficial El Peruano (28 de enero de 2005) (2005).
5. Política Nacional del Ambiente al 2030, Poder Ejecutivo, Decreto Supremo n.o. 023-2021-MINAM, Diario Oficial El Peruano (25 de julio de 2021) (2021).
6. Ley de creación, organización y funciones del Ministerio del Ambiente, Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo n.o. 1013, Diario Oficial El Peruano (14 de mayo de 2008) (2008).



### **Tratados internacionales**

1. Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas de los Países de América. Ratificada por Perú el 11 de diciembre de 1946.
2. Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural. Establecida por UNESCO en 1972 y ratificada por Perú en 1981.
3. Convenio sobre la Diversidad Biológica. Ratificado por el Perú en 1993.

### **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

- Recurso de agravio inconstitucional interpuesto por Minera Yanacocha SRL, contra la sentencia de fojas 1652, de 19 de noviembre de 2014, Expediente N° 03932-2015-PA/TC. (Tribunal Constitucional, 14 de marzo de 2017).
- Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ordenanza N° 036-2011-GR.CAJ.CR, que declara inviable la ejecución del Proyecto Minero Conga, Expediente N° 0001-2012-PI. (Tribunal Constitucional, 17 de abril de 2012).
- Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República, representado por el Ministerio de Energía y Minas, contra la Ordenanza Regional N° 065-2009- CR/GRC.CUSCO, Expediente N° 009-2010-PI/TC. (Tribunal Constitucional, 4 de octubre de 2011).
- Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Municipal N° 004-2008-MPF-H/A expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo, departamento de Ayacucho, que declara como zona intangible toda la jurisdicción territorial de la provincia de Fajardo y, en consecuencia, prohíbe las licencias para la exploración y explotación minera en la zona, Expediente N° 008-2010-PI/TC. (Tribunal Constitucional, 25 de julio de 2011).

- Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Luis Arellano Alania contra la resolución de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fojas 211, de fecha 7 de noviembre de 2008, Expediente N° 00031-2009-PHC/TC. (Tribunal Constitucional, 18 de junio de 2009).
  - Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jaime Hans Bustamante Johnson contra la resolución de la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín (Caso Cordillera Escalera), Expediente N° 03343-2007-AA. (Tribunal Constitucional, 19 de febrero de 2009).
- 
- Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, contra las Ordenanzas N° 018-2004-CM-M y N° 040-2004-CM-MPH-M, expedidas por la Municipalidad Provincial de Huarochirí, Expediente N° 0054-2004-PI/TC. (Tribunal Constitucional, 13 de abril de 2005).
  - Recursos extraordinarios interpuestos contra las sentencias emitidas por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Cajamarca, que declaran improcedentes las acciones de amparo de autos, Expedientes acumulados N° 300-2002-AA/TC y otros. (Tribunal Constitucional, 7 de abril de 2003).
  - Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por treinta y dos congresistas contra los artículos 2°, 6° y 10° de la Ley 26457 y los artículos 1°, 2° y 3° de la Ley 26614, Expediente N° 012-96-I/TC. (Tribunal Constitucional, 24 de abril de 1997).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 343/2020

Firmado digitalmente por:  
LEDESMA NARVAEZ  
Marianella Leonor FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de conformidad  
Fecha: 03/08/2020 11:51:50-0500

PLENO JURISDICCIONAL

EXPEDIENTE 00012-2019-PI/TC

Firmado digitalmente por:  
REATEGUI APAZA Flavio  
ID: 20217267618 soft  
Motivo: Doy fé  
Fecha: 15/08/2020 00:49:33-0500

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Firmado digitalmente por:  
FERRERO COSTA Augusto FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de conformidad  
Fecha: 03/08/2020 17:28:23-0500

16 de junio de 2020

CIUDADANOS C. MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SANTIAGO DE CHUCO

### Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por un conjunto de ciudadanos contra la Ordenanza 014-2018-MPSCH, expedida por la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco, que declara de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de su jurisdicción entre otras medidas.

Firmado digitalmente por:  
MIRANDA CANALES Manuel Jesus FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de conformidad  
Fecha: 05/08/2020 16:31:22-0500

Magistrados firmantes:

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ**

**FERRERO COSTA**

**MIRANDA CANALES**

**RAMOS NÚÑEZ**

Firmado digitalmente por:  
RAMOS NÚÑEZ Carlos Augusto FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de conformidad  
Fecha: 03/08/2020 10:47:16-0500



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 2

### TABLA DE CONTENIDOS

<b>Norma impugnada</b>	<b>Parámetro de control</b>
Ordenanza 014-2018-MPSCH, Artículo primero. Artículo segundo. Artículo tercero. Artículo cuarto. Artículo quinto. Artículo sexto.	Constitución Política del Perú - artículo 194 - artículo 195  Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización.  Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.  Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos.  Ley 30640, Ley que modifica la Ley de Recursos Hídricos.  Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas.  Decreto Ley 30640, Ley Orgánica del Sector de Energía y Minas.

## I. ANTECEDENTES

### A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

### B. DEBATE CONSTITUCIONAL

#### B-1. DEMANDA

#### B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

## II. FUNDAMENTOS

### §1. DETERMINACIÓN DE LAS DISPOSICIONES OBJETO DE



## **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

### **§2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE, RECURSOS NATURALES Y AGUA EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA**

**2.1. Medio ambiente sostenible y Constitución**

**2.2. Recursos naturales**

**2.3. El derecho de acceder al agua**

**2.4. Política Nacional respecto del ambiente y preservación de los recursos naturales**

### **§3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO**

**3.1. Antecedentes: las Sentencias 008-2010-PI/TC (Municipalidad Provincial Víctor Fajardo) y 0001-2012-PI/TC (Gobierno Regional de Cajamarca)**

**3.2. Parámetro de control**

**3.3. Análisis de la Ordenanza 014-2018-MPSCH desde la perspectiva competencial**

**3.3.1 Protección de las cabeceras de cuenca y la declaración de interés prioritario de la protección de todas las fuentes de agua dulce dentro de la jurisdicción de la MPSCH (análisis de los artículos 1 y 6 de la Ordenanza).**

**3.3.2 Competencia para la creación de áreas naturales protegidas (análisis de los artículos 2, 3 y 4 de la Ordenanza).**

**3.3.3. Sobre la competencia para suspender todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el subsuelo (aguas subterráneas) y demás recursos hídricos (análisis del artículo 5 de la Ordenanza).**

## **III. FALLO**



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 4

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de junio de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo, se agregan el voto singular en conjunto de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

#### I. ANTECEDENTES

##### A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 5 de junio de 2019, seiscientos cincuenta ciudadanos de la provincia de Santiago de Chuco solicitan se declare la inconstitucionalidad parcial de la Ordenanza 014-2018-MPSCH. En concreto, además de sostener que dicha ordenanza ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad por la forma, los demandantes alegan que los artículos 1 al 6 de la Ordenanza 014-2018-MPSCH, expedida por la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco (en adelante MPSCH), son inconstitucionales también por el fondo.

Por su parte, con fecha 11 de octubre de 2019, el procurador público de la MPSCH contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada en todos sus extremos.

##### B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Durante el presente proceso, las partes han presentado diversos argumentos a favor o en contra de la constitucionalidad de la ordenanza impugnada que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

###### B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- Los ciudadanos demandantes sostienen que la Ordenanza 014-2018-MPSCH, que declara de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce ubicadas dentro de la jurisdicción de la provincia



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 5

de Santiago de Chuco, se ha emitido en contravención de los artículos 58, 59, 194, 195 y 159 de la Constitución; 38, 40, 73, 74, 75 y 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante LOM); 8, 26, 35 y 36 de la Ley de Bases de la Descentralización (en adelante LBD), así como en contravención de la Ley de Recursos Hídricos-Ley 29338 (LRH), entre otras normas desarrolladas en su demanda.

- Los ciudadanos alegan que la ordenanza impugnada tiene como finalidad declarar áreas de conservación municipal dentro de la jurisdicción de la provincia de Santiago de Chuco y, en consecuencia, disponer la suspensión de todas las actividades mineras de la zona, sin que la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco (en adelante MPSCCH) tenga competencia para ello.
- Indican además que, como consecuencia de la emisión de la referida Ordenanza, las empresas que actualmente desarrollan proyectos mineros en la zona o las que lo harán en un futuro no pueden efectuar actividades de exploración y explotación, a pesar de contar con los títulos y permisos habilitantes otorgados por las autoridades competentes.
- En ese sentido, los recurrentes afirman que la ordenanza cuestionada pretende regular en el ámbito de las actividades mineras, los recursos hídricos y el medio ambiente, arrogándose competencias exclusivas de otros niveles de gobierno.
- Así, los demandantes sostienen que la ordenanza impugnada vulnera la Constitución por la forma, al haber sido emitida por un órgano que no es competente para regular dichas materias. Al respecto, manifiestan que la disposición impugnada contraviene la Constitución por la forma dado que los artículos 194 y 195 de la Constitución no autorizan a la Municipalidad demandada para crear áreas de conservación municipal ni a suspender actividades mineras.
- En relación a lo anterior, los recurrentes refieren que las competencias de los gobiernos locales deben ser ejercidas conforme a ley. En ese sentido, afirman los ciudadanos que los artículos cuestionados de la ordenanza antes mencionada han vulnerado los principios constitucionales que orientan el reparto de competencias de los distintos niveles de gobierno, en la medida que la municipalidad demandada se ha arrogado competencias no contempladas en la Constitución ni en las leyes orgánicas integrantes del bloque de constitucionalidad para los gobiernos locales.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 6

- Al respecto, los ciudadanos demandantes sostienen que, en virtud de los artículos 15, 42, 43 y 44 de la LBD, las municipalidades tienen competencias compartidas con otros niveles de gobierno en lo relativo a la protección del medio ambiente; no obstante, indican que dicha competencia se circunscribe únicamente a la preservación y administración de las áreas naturales protegidas en el ámbito de su jurisdicción, pero no incluye la creación de áreas de conservación municipal.
- Sostienen también que los artículos 3 y 73 de la LOM han otorgado a los gobiernos locales una competencia compartida con los gobiernos regionales y el gobierno nacional respecto de la conservación y protección del medio ambiente; por esta razón, la ordenanza impugnada incurre en una infracción constitucional al haber sido emitida por un órgano que no tiene competencia para crear áreas de conservación municipal ni para regular las actividades mineras.
- Asimismo, los ciudadanos recurrentes señalan que el Decreto Supremo 038-2001-AG, citado en la parte considerativa de la ordenanza impugnada, no otorga competencias a los gobiernos locales para crear áreas de conservación municipal ni para suspender actividades mineras en su jurisdicción. Además, indican que dicho decreto ha sido derogado expresamente y, en consecuencia, no despliega efectos en la actualidad. Por tal motivo, los demandantes alegan que la MPSCH no puede invocar una disposición derogada como base legal para justificar el ejercicio de las competencias que se ha atribuido en la ordenanza cuestionada, más aún si se trata de competencias reservadas al Gobierno Nacional.
- En esa línea, y con base en el principio de unidad, los demandantes sostienen que la autonomía de los gobiernos locales debe ejercerse dentro del marco constitucional y legal que regula el reparto de competencias de los distintos niveles de gobierno. Asimismo, en relación con el principio de competencia, refieren que ninguna de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad atribuyen competencias a las municipalidades para emitir normas que regulen el ámbito de las actividades mineras, así como tampoco, les confieren competencia para la creación de áreas de conservación municipal.
- Además, los ciudadanos recurrentes sostienen que ni los principios de efecto útil y poderes implícitos, ni el principio de progresividad pueden justificar dicha intromisión en las competencias del Gobierno Nacional.
- Por tales consideraciones, los demandantes indican que la norma





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 7

impugnada ha incurrido en una infracción parcial de la Constitución. Así, para los demandantes, los artículos 1 al 5 de la referida ordenanza son inconstitucionales por cuanto la municipalidad emplazada no tiene competencia para crear áreas de conservación municipal ni para disponer la suspensión de actividades mineras que se efectúen en su jurisdicción. Adicionalmente, los ciudadanos recurrentes sostienen que el artículo 6 de la referida ordenanza es inconstitucional por conexidad, puesto que en dicha disposición se solicita al SERNANP que realice la inscripción en el Registro de Áreas de Protección Nacional (RAPN) de las áreas de conservación municipal detalladas en dicha ordenanza.

- En cuanto a la vulneración de la Constitución por el fondo, los demandantes refieren que los artículos cuestionados de la ordenanza en mención contravienen de forma manifiesta diversos principios constitucionales como la libertad en el ámbito de la inversión privada, el derecho de propiedad y la libertad de empresa e industria, consagrados en los artículos 58 y 59 de la Constitución. En el caso del derecho de propiedad, los ciudadanos demandantes alegan que este derecho ha sido vulnerado por los artículos cuestionados de la ordenanza de la municipalidad emplazada en la medida que esta última dispuso que el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP) realice la inscripción en el RAPN de las áreas de protección municipal que fueron establecidas como tales en aquella ordenanza.
- Por todo lo expuesto, los demandantes sostienen que los artículos 1 al 6 de la Ordenanza 014-2018-MPSCH deben ser declarados inconstitucionales.

### **B-2. Contestación de la demanda**

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- El procurador público municipal de la MPSCH sostiene que la Ordenanza 014-2018-MPSCH pretende evitar la depreciación y el deterioro del ámbito natural de los espejos naturales y cabeceras de cuenca que aún se preservan en la jurisdicción de la provincia de Santiago de Chuco. En ese sentido, afirma que la referida ordenanza se ha expedido con la finalidad de preservar, proteger y conservar, dentro de su ámbito natural, la flora y la fauna silvestre así como fuentes de recursos hídricos para el consumo humano, irrigación agrícola y pecuaria.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 8

- El procurador público de la municipalidad emplazada manifiesta que esta medida busca frenar el riesgo de extinción de las fuentes de agua de la zona, toda vez que existen épocas de sequía y escasez de agua que afectan en gran parte a caseríos, centros poblados y distritos de la provincia de Santiago de Chuco.
- En tal sentido, sostiene dicho procurador, que los artículos impugnados de la Ordenanza 014-2018-MPSCH no vulneran los derechos constitucionales alegados por los demandantes, esto es, la libertad de empresa, la libertad de industria y la propiedad, toda vez que la referida ordenanza busca resguardar los intereses colectivos de la provincia de Santiago de Chuco y de sus pobladores, al establecer áreas de conservación natural dentro de su respectiva jurisdicción.
- A ello, debe añadirse, según la demandada, que el Estado, en sus tres niveles de gobierno, tiene la obligación de preservar y conservar la biodiversidad natural y los recursos naturales, tal como lo establecen los principios constitucionales que resguardan el medio ambiente y su desarrollo en la Ley 28611, Ley General del Ambiente.
- Finalmente, la demandada afirma que la creación de un “área natural protegida” no conlleva ninguna limitación para quienes ejercen actividades o son titulares de derechos dentro de dicha área, dado que no se está limitando la titularidad de los derechos de ningún propietario. Sostiene que en virtud de la referida ordenanza se promueve la conservación y/o restauración de las áreas naturales protegidas y con ello se impide, además, su deterioro ante amenazas de depredación y extracción de sus aguas por los intereses particulares, en detrimento del interés colectivo.

## II. FUNDAMENTOS

### §1. DETERMINACIÓN DE LAS DISPOSICIONES OBJETO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Los ciudadanos demandantes impugnan, por razones de forma y de fondo, la constitucionalidad de diversos artículos de la Ordenanza 014-2018-MPSCH, que declara de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce, especialmente las ubicadas en cabeceras de microcuenca, en toda la jurisdicción de la provincia de Santiago de Chuco.
2. Tales artículos de la Ordenanza 014-2018-MPSCH disponen lo siguiente:



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 9

- (i) Se declare de interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce (ríos, quebradas, lagunas, vertientes, manantiales y aguas subterráneas), ubicadas dentro de la jurisdicción de la provincia de Santiago de Chuco, de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el subsuelo (artículo 1).
  - (ii) Se declare como áreas de conservación municipal las quebradas de Huacamarcanga, Caballo Moro, Alumbre, Miraflores, Inchaca y Jaulabamba, pertenecientes a la microcuenca del río San Antonio y ubicadas en los distritos de Santiago de Chuco y Quiruvilca, estableciendo asimismo una zona de amortiguamiento de 5 kilómetros a la redonda respectivamente (artículos 2, 3 y 4).
  - (iii) Se suspenda, con apoyo de las autoridades de la jurisdicción ordinaria y/o de las autoridades de la jurisdicción especial rondera, todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el subsuelo (aguas subterráneas) y demás recursos hídricos (artículo 5).
  - (iv) Se solicite al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP), realice la inscripción de las áreas de protección municipal mencionadas anteriormente en el Registro de Áreas de Protección Nacional (RAPN) (artículo 6).
3. Siendo ello así, este Tribunal estima pertinente, dada su relevancia y pertinencia para el presente caso, desarrollar algunas consideraciones en torno al derecho al medio ambiente sano y equilibrado y a la protección constitucional de los recursos naturales y del agua, de acuerdo a la Constitución, entendida esta en un sentido material y desde una perspectiva dinámica.
  4. En segundo lugar, este Tribunal determinará qué disposiciones jurídicas forman parte del bloque de constitucionalidad respecto del cual se analizará la constitucionalidad de los artículos cuestionados de la Ordenanza 014-2018-MPSCH.
  5. Finalmente, en aplicación del test de competencia, se concluirá si en efecto la expedición de la aludida ordenanza ha afectado las competencias del Gobierno Nacional.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 10

### §2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE, DE LOS RECURSOS NATURALES Y DEL AGUA EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA

#### 2.1. Medio ambiente y Constitución

6. El Tribunal Constitucional, como garante de la supremacía constitucional y de la tutela efectiva de los derechos fundamentales, considera de especial relevancia para el Estado Social y Democrático de Derecho, establecido en los artículos 3 y 43 de la Constitución, la protección y preservación del medio ambiente y de los recursos naturales en nuestro país.
7. A ello debe aunarse que en la Sentencia 3610-2008-PA/TC, este órgano de control de la Constitución indicó que podría hablarse de una auténtica "Constitución ecológica", que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente (fundamento 33).
8. En ese sentido, siguiendo a la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-760/07), este Tribunal ha explicitado que dicho ámbito de la Constitución tiene una triple dimensión:
  - i. La de un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación;
  - ii. Como un derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales;
  - iii. Como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares "en su calidad de contribuyentes sociales" [fundamento 34].
9. Dentro de la denominada "Constitución ecológica" se encuentran los artículos establecidos en el capítulo segundo del título tercero de la Norma Fundamental. Así, el artículo 66 de la Constitución ha establecido en materia de ambiente y recursos naturales que:
  - a. Los recursos naturales son patrimonio de la Nación;
  - b. El Estado es soberano en su aprovechamiento; y,



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 11

c. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares.

10. Además, en los artículos 67 y 68 de la Constitución, respectivamente, se establece que el Estado determina la política nacional del ambiente promoviendo el uso sostenible de los recursos y la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. Por último, en el artículo 69 el constituyente fijó el deber del Estado de promover el desarrollo sostenible de la Amazonía con una regulación adecuada (Sentencia 0005-2016-CC/TC, fundamento 23).

11. En cuanto al medio ambiente, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de precisar su definición en la Sentencia 0048-2004-AI/TC:

12. En dicha oportunidad, este Tribunal sostuvo lo siguiente:

Desde la perspectiva constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven [...]. En dicha definición se incluye «(...) tanto el entorno globalmente considerado - espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna- como el entorno urbano» [...]; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros [fundamento 17].

13. Efectivamente, es tal la importancia del medio ambiente para el ser humano y las demás especies de su entorno que el inciso 2 del artículo 2 de Constitución Política de 1993 ha reconocido como un derecho fundamental al derecho de toda persona a disfrutar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su existencia. Así, el Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia y prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión.

14. En referencia a esto último, este Tribunal ha sostenido lo siguiente:

(...) una manifestación concreta del derecho de toda persona a un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su vida es el reconocimiento de que los recursos naturales — especialmente los no renovables—, en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 12

políticas adecuadas a tal efecto (Sentencia 0048-2004- AI/TC, fundamento 33).

15. En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha establecido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está compuesto por los siguientes elementos:
  - i. el derecho a gozar de ese medio ambiente y
  - ii. el derecho a que ese medio ambiente se preserve (Sentencia 0011-2015-PI/TC, fundamentos 144 y siguientes, entre muchas otras).
16. En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por lo tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino especialmente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.
17. Con respecto a la segunda manifestación, esta consiste en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos como la de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A criterio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden o pueden incidir, directa o indirectamente, en el medio ambiente.
18. Así, este derecho, en su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el medio ambiente sano y equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Como es sabido, esta dimensión no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención de daños de ese ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de una vida digna.
19. De esta manera, la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y



de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan. De este modo, la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución).

20. Asimismo, este Tribunal ha sostenido en diversas oportunidades que el Estado debe velar por la conservación y debida protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que busquen salvaguardar las riquezas naturales y el medio ambiente de la Nación.
21. Y es que la protección del medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica, el desarrollo sustentable y la calidad de vida de las personas en condiciones dignas.
22. Como se puede advertir, el derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.
23. Precisamente por ello, resulta imprescindible tomar en consideración la Opinión Consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, solicitada por el Estado Colombiano<sup>1</sup>. En dicha opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que los Estados parte deben tomar medidas:

(...) para prevenir el daño significativo al medio ambiente, dentro o fuera de su territorio. Para esta Corte, cualquier daño al medio ambiente que pueda conllevar una violación de los derechos a la vida o a la integridad personal, conforme al contenido y alcance de dichos derechos que fue definido previamente (supra párrs. 108 a 114), debe ser considerado como un daño significativo. La existencia de un daño significativo en estos términos es algo que deberá

---

<sup>1</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, solicitada por el Estado colombiano.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 14

determinarse en cada caso concreto, con atención a las circunstancias particulares del mismo. (Fundamento 140).

De igual manera, en virtud del deber de prevención en derecho ambiental, los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al medio ambiente (supra párrs. 127 a 140). Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, el cual debe ser el apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental. De esta forma, las medidas que un Estado deba adoptar para la conservación de ecosistemas frágiles serán mayores y distintas a las que corresponda adoptar frente al riesgo de daño ambiental de otros componentes del medio ambiente. Asimismo, las medidas para cumplir con este estándar puede variar con el tiempo, por ejemplo, en base a descubrimientos científicos o nuevas tecnologías. No obstante, la existencia de esta obligación no depende del nivel de desarrollo, es decir, la obligación de prevención aplica por igual a Estados desarrollados como a aquellos en vías de desarrollo. (Fundamento 142).

24. Es pertinente señalar que los deberes del Estado a este respecto no solamente dimanar de la Constitución Política del Perú de 1993 sino de los compromisos internacionales asumidos por aquel sobre la materia ambiental. Tal es el caso del principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, que alude al principio precautorio:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”<sup>2</sup>.

25. Este principio se encuentra además incluido en el inciso 3 del artículo 3 del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, que ha sido aprobado mediante Resolución Legislativa 26185. Además, forma parte de los lineamientos que conforman la Política Nacional de Salud, como lo establece el inciso f) del artículo 10 del DS 022-2001-PCM.
26. En suma, este principio ha sido recogido por diversas normas nacionales relacionadas con el cambio climático, la diversidad biológica, los recursos naturales y, en general, en todas las áreas relacionadas con el medio ambiente y su protección.

---

<sup>2</sup> Adoptada por la Asamblea General en la Cumbre de Río de Janeiro de 1992.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 15

27. En todo caso, el denominado principio precautorio se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención, aun cuando no se confundan. En realidad, el principio de prevención exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro del medio ambiente y opera cuando existe certeza científica. En cambio, el principio precautorio opera más bien ante la amenaza de un daño al medio ambiente aun frente a la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en los que el principio precautorio puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este.
28. Además, si bien el elemento esencial del principio precautorio es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables. No siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues dependiendo del caso, este puede ser alcanzado mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones.

### 2.2. Recursos naturales

29. Desarrollado lo anterior, este Tribunal advierte que los elementos que pueden ser de utilidad, beneficio o aprovechamiento para el hombre son los denominados recursos naturales. Estos pueden definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre (Sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 28).
30. Asimismo, puede considerarse que en la actualidad el concepto de recursos naturales incluye:

(...) no solamente los tradicionalmente conocidos, como los minerales, tierras, aguas, bosques, que enumera la Constitución, sino también aspectos cualitativos y procesos naturales como el aire, el paisaje, la flora, la fauna silvestre y las formaciones geológicas o geomorfológicas, entre otros (Figallo, 1979)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> VARGAS Nellyce, Cristina BUSTOS, Óscar ORDÓÑEZ, Melissa CALLE y Mauricio NOBLECILLA. Uso y Aprovechamiento de los recursos naturales y su incidencia en el desarrollo turístico local sostenible. En *Revista Interamericana de Ambiente y Turismo*, Vol. 13, 2, pp. 206-2017.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 16

31. El artículo 66 de la Constitución señala que los recursos naturales, in totum, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce.
32. En ese sentido, los recursos naturales —como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la Nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce.
33. El dominio estatal sobre dichos recursos es exclusivo, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.
34. Este Tribunal sostuvo que el medio ambiente, entendido sistemáticamente como el conjunto de fenómenos naturales en que existen y se desarrollan los organismos humanos, encuentra en el comportamiento humano una forma de acción y de creación que condiciona el presente y el futuro de la comunidad humana (Sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 30).
35. En este orden de ideas, es importante tener en consideración lo dispuesto en la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, que define la naturaleza y clasificación de los recursos naturales. Al respecto, dicha ley orgánica establece lo siguiente:

“Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado tales como:

- i) Las aguas: superficiales y subterráneas
- ii) El suelo, el subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;
- iii) La diversidad biológica: como la diversidad de flora, de fauna y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 17

- iv) Los recursos hidrocarboníferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;
- v) La atmósfera y el espacio radioeléctrico;
- vi) Los minerales;
- vii) Los demás considerados como tales.

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley”.

36. Cabe precisar sobre el particular que esta ley orgánica forma parte, por mandato expreso del Constituyente de 1993, del bloque de constitucionalidad o parámetro de control del ordenamiento jurídico ambiental en nuestro país.

### 2.3. El derecho de acceder al agua

37. El agua en cuanto recurso natural, es la esencia de la vida. No solo contribuye directamente a la consolidación de los derechos fundamentales en mención, sino que desde una perspectiva extra personal incide sobre el desarrollo social y económico del país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores. Tal es el caso de la agricultura, la minería, el transporte, la industria, en magnitud que puede llevarnos a afirmar que, gracias a su existencia y utilización, se hace posible el crecimiento sostenido y la garantía de que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada, en el corto, mediano y largo plazo.
38. El Tribunal Constitucional, en aplicación del artículo 3 de la Constitución, reconoció el derecho de acceder al agua potable derivándolo de principios como los de dignidad del ser humano y del Estado social y democrático de derecho, en la Sentencia 06534-2006-AA, FJ 17. En dicho caso se ha señalado también que:

El impedimento del goce de este elemento no sólo incide en la vida y la salud de la persona, sino que lo hace en el propio derecho a la *dignidad*. En efecto existen determinados bienes cuya imposibilidad de acceso, en atención al valor supremo de la persona, puede resultar absolutamente incompatible con las condiciones mínimas e indispensables en las que ella debe estar. Se trata de condiciones cuya ausencia atentaría y negaría radicalmente la condición digna de la persona. La ausencia de estas condiciones mínimas contradice el valor supremo de la persona



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 18

en una magnitud ostensiblemente grave y, de esa forma, el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1° y 3°, Const.) (FJ 10).

39. Con posterioridad a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal en el sentido previamente aludido, se aprobó la Ley 30588, que reformó la Constitución introduciendo el artículo 7-A que positiviza este derecho en los siguientes términos:

El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona de acceder al agua potable. Garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos.

El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.

40. Este reconocimiento del derecho de acceder al agua potable como un derecho humano autónomo también tiene como antecedente la Observación General 15 que, en el año 2002, emitió el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CEDESC) de las Naciones Unidas. En dicha Observación General se le definió como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.
41. Efectivamente, aunque en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) no se menciona expresamente el derecho al agua, el Comité subrayó en dicha observación general que este derecho forma parte del derecho a un nivel de vida adecuado, al igual que los derechos a disponer de alimentación, de una vivienda y de vestido adecuados<sup>4</sup>.
42. Al respecto, en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanán del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, y son indispensables para su realización<sup>5</sup>.
43. De este modo, según el CEDESC, el uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías esenciales para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones más fundamentales para la supervivencia<sup>6</sup>.
44. En dicho documento se señala expresamente además que:

---

<sup>4</sup> Íd.

<sup>5</sup> Íd.

<sup>6</sup> Íd.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 19

El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua<sup>7</sup>.

45. En cuanto a la accesibilidad, el CEDESC en dicha Observación General ha referido que:

El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua<sup>8</sup>.

46. Por su parte, la Defensoría del Pueblo ha señalado que la incorporación del derecho de acceder al agua potable en el capítulo II de la Constitución, "De los derechos sociales y económicos", requerirá la implementación y desarrollo de infraestructura y esto implica una obligación impuesta por la Norma Fundamental, que debe ser atendida progresivamente por parte de las entidades del Estado<sup>9</sup>.

47. Efectivamente, la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que:

"Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente".

48. Al respecto, este Tribunal tiene resuelto que:

(...) el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para

---

<sup>7</sup> Íd.

<sup>8</sup> Íd.

<sup>9</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. "Informe Defensorial 170. El derecho humano al agua y saneamiento. El control del gasto público en la ejecución de infraestructura de acceso". Lima, 2015.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 20

la implementación de políticas públicas" (Sentencia 02945-2003-AA, FJ 36).

49. Por ello, el trabajo de las entidades del Estado, en su conjunto, debe estar enfocado en el aseguramiento progresivo del derecho reconocido en el artículo 7-A de la Constitución y, en consecuencia, satisfacer las tres condiciones esenciales del derecho: el acceso, la calidad y la suficiencia.
50. En efecto, en los fundamentos 9 y siguientes de la Sentencia 06546-2006-AA/TC, este Tribunal sostuvo que el Estado se encuentra en la obligación de garantizar cuando menos tres cosas esenciales: i) el acceso; ii) la calidad; y iii) la suficiencia.
51. La referencia al acceso supone que el Estado debe crear directa o indirectamente (por medio de concesionarios), condiciones de acercamiento del recurso líquido a favor del destinatario. Para tal efecto, varios pueden ser los referentes:
  - a) Debe existir agua, servicios e instalaciones en forma físicamente cercana al lugar donde las personas residen, trabajan, estudian, etc.;
  - b) El agua, los servicios y las instalaciones deben ser plenamente accesibles en términos económicos, es decir, en cuanto a costos deben encontrarse al alcance de cualquier persona, salvo en los casos en que por la naturaleza mejorada o especializada del servicio ofrecido, se haya requerido de una mayor inversión en su habilitación;
  - c) Acorde con la regla anterior, no debe permitirse ningún tipo de discriminación o distinción, cuando se trata de condiciones iguales en el suministro del líquido elemento. Desde el Estado debe tutelarse preferentemente a los sectores más vulnerables de la población;
  - d) Debe promoverse una política de información permanente sobre la utilización del agua así como sobre la necesidad de protegerla en cuanto recurso natural" (Sentencia 06546-2006-AA/TC, fundamento 10).
52. Por calidad debe entenderse la obligación de garantizar condiciones plenas de salubridad, así como la necesidad de mantener en óptimos niveles los servicios e instalaciones con las que ha de ser suministrada. Inaceptable por tanto resultaría el que el agua pueda ser dispensada de una forma que ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, debiéndose para tal efecto adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para evitar su contaminación mediante microorganismos o sustancias nocivas o, incluso, mediante mecanismos industriales que puedan perjudicarla en cuanto recurso natural.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 21

53. La calidad presupone la obligación de garantizar condiciones plenas de salubridad así como la necesidad de mantener en óptimos niveles los servicios e instalaciones con las que ha de ser suministrada. Inaceptable por tanto resultaría el que el agua pueda ser dispensada de una forma que ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, debiéndose para tal efecto adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para evitar su contaminación mediante microorganismos o sustancias nocivas o incluso, mediante mecanismos industriales que puedan perjudicarla en cuanto recurso natural.
54. En tercer lugar, la suficiencia presupone la obligación de que el recurso natural pueda ser dispensado en condiciones cuantitativas adecuadas que permitan cuando menos satisfacer las necesidades elementales o primarias de la persona, como aquellas vinculadas a los usos personales y domésticos o incluso aquellas referidas a la salud, en tanto de las mismas depende la existencia de cada individuo. El agua, en otras palabras, siendo un bien cuya existencia debe garantizarse, no puede ni debe ser dispensada en condiciones a todas luces incompatibles con las exigencias básicas en bien de cada persona y de la sociedad.
55. En vista de lo anterior, este Tribunal advierte que el derecho de acceder al agua entraña libertades, las cuales están dadas por la protección contra cortes arbitrarios e ilegales; la prohibición de la contaminación ilegal de los recursos hídricos; la no discriminación en el acceso al agua potable y el saneamiento, en particular por razón de la clasificación de la vivienda o de la tierra; la no injerencia en el acceso a los suministros de agua existentes, especialmente las fuentes de agua tradicionales; y la protección contra las amenazas a la seguridad personal al acceder a agua o servicios de saneamiento fuera del hogar.
56. Como se puede apreciar, la satisfacción del derecho fundamental de acceder al agua potable presupone obligaciones básicas que el Estado peruano debe cumplir para que dicho recurso sea garantizado.
57. Estas obligaciones se han visto materializadas en diversas leyes y políticas gubernamentales, tales como:
  - a. La Ley 28823 (Ley que crea el Fondo Nacional del Agua - Fonagua);
  - b. La Ley 26821 (Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales);



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 22

- c. La Ley 28029 (Ley que regula el uso de agua en los proyectos especiales entregados en concesión);
  - d. La Ley 28029 (Ley de Recursos Hídricos), que crea el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas;
  - e. El Decreto Legislativo 997 (Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura) que crea la Autoridad Nacional del Agua (ANA);
  - f. El Decreto Legislativo 1083 (Decreto Legislativo que promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos);
58. Este conjunto de normas, entre otras, obligan a todos los niveles de gobierno que deben cumplirlas respetando las relaciones de cooperación y lealtad entre ellos.
59. En suma, corresponde pues al Estado, en atención a los fines constitucionales que orientan su actuación, promover que el acceso al agua potable no solo constituya un derecho plenamente ejercido, sino que también sea un bien constitucional sujeto de la más alta protección.
60. En relación a esto último, este Tribunal advierte, como explica Ferrajoli, que si por un lado la tecnología en algunos sectores de la población ha contribuido a mejorar la calidad de vida a través de la producción de bienes artificiales, también es cierto que ha desencadenado efectos perniciosos sobre los bienes naturales que son vitales para las personas y para las generaciones venideras<sup>10</sup>.
61. Por ello, corresponde subrayar una nueva dimensión de la democracia y el constitucionalismo, que supone incluir junto a la categoría de derechos fundamentales la de bienes fundamentales.
62. De esta forma, la importancia de su reconocimiento no solo como derecho fundamental, sino como bien fundamental contribuiría a su defensa no solo a nivel nacional, sino a nivel global. Por ello, más allá de la ratio fundamentalis que le es propia, como derecho subjetivo y como valor del ordenamiento, sería indispensable su reconocimiento

---

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Trotta, 2018, p. 37.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 23

como bien fundamental, para ser exigible tanto en el ámbito de la política como frente al mercado.

63. En virtud de lo previamente explicado, cabe sostener que el agua potable debe ser considerado en el ordenamiento jurídico peruano como un bien fundamental, más allá de que pueda ser exigido como derecho fundamental.

### **2.4. Política Nacional respecto del ambiente y preservación de los recursos naturales**

64. De acuerdo a lo indicado supra, el artículo 67 de la Constitución establece la obligación perentoria del Estado de instituir la política nacional del ambiente. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo.
65. Esta política nacional —entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente— debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia. Esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de toda persona "a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida".
66. Dicha política debe promover el uso sostenible de los recursos naturales. Por lo tanto, debe auspiciar el goce de sus beneficios resguardando el equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico de la Nación y la protección y conservación de un disfrute permanente.
67. El uso sostenible obliga a la tarea de rehabilitar aquellas zonas que hubieren resultado afectadas por actividades humanas destructoras del ambiente y, específicamente, de sus recursos naturales. Por ende, el Estado se encuentra obligado a promover y aceptar únicamente la utilización de tecnologías que garanticen la continuidad y calidad de dichos recursos, evitando que su uso no sostenido los extinga o deprede.
68. En efecto, en el marco de un Estado social de derecho, tenemos que el crecimiento económico no puede encontrarse reñido con el ejercicio de derechos fundamentales o bienes jurídicos de las personas que son el fin



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 24

supremo de la sociedad y del Estado conforme se plantea en el artículo 1 de la Constitución.

69. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha establecido que un “Estado social” tiene diversas formas de concreción. La primera es a través del establecimiento de restricciones legítimas a la actividad de los privados. La segunda se da por medio de la optimización del principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que el mercado pueda producir. La tercera, garantizando un uso sostenible de los recursos naturales en aras de la protección de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo (Sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 16).
70. Como se puede apreciar, este concepto surge como una reacción frente a los riesgos que puede representar el crecimiento económico basado en el aprovechamiento de recursos naturales no renovables. Sobre esto, el Tribunal ha señalado que:

“Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies” (Sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 37).
71. Desde esta perspectiva, los procesos de inversión no pueden ser entendidos ni manejados solamente con un criterio estrictamente monetario, sino verificando las realidades sociales, culturales y ecológicas. En ese sentido, ha sostenido el Tribunal que “el desarrollo sostenible o sustentable requiere de la responsabilidad social: ello implica la generación de actitudes y comportamientos de los agentes económicos y el establecimiento de políticas de promoción y el desarrollo de actividades que, en función del aprovechamiento o uso de los bienes ambientales, procuren el bien común y el bienestar general” (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 22).
72. Ello implica que los proyectos extractivos, tanto públicos como privados, deben respetar los derechos a la vida, de acceso al agua potable, a la alimentación, a vivir en un ambiente saludable, a la autodeterminación, el derecho a la consulta previa, a la vivienda (frente a desalojos mineros), entre otros.
73. En ese sentido, no resulta admisible que el Estado sostenga una política pública que favorezca y privilegie, per se, la actividad extractiva frente



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 25

a la protección de derechos constitucionales. Por ello, deben desterrarse prácticas institucionalizadas de precarización de los derechos humanos de las poblaciones afectadas, de polución del medio ambiente y de degradación no sostenible de los recursos naturales.

74. Al respecto, cabe señalar, que una de las causas de los conflictos sociales suscitados en el país nace de la desconfianza de la población respecto de la interacción entre el Estado garante y el privado que aprovecha los recursos naturales por medio de concesiones; en específico cuando se da una superposición de derechos, no solo en áreas de propiedad privada, sino también cuando se han afectado áreas naturales protegidas, concesiones forestales de ecoturismo, territorios indígenas, ecosistemas frágiles o cabeceras de cuenca, entre otros ámbitos críticos.
75. Ante ello, la gobernanza en la administración de recursos naturales aparece como una estrategia cada vez más utilizada por quienes toman decisiones sobre las políticas públicas y planes de gobierno, aplicados en la regulación sectorial, territorial y ambiental, entre otras. Administrar los recursos en gobernanza es clave para el desarrollo en condiciones de sostenibilidad y paz social.
76. En ese sentido, el Estado debe tener un rol claro en la construcción de un nuevo paradigma de desarrollo con igualdad, entendida esta como una igualdad que contribuya a salvaguardar el presente y el futuro de la sociedad y promueva una mejor distribución de la riqueza, más allá de la mera idea de asistencia a los sectores más pobres y vulnerables<sup>11</sup>. Implica tener un Estado que, en efecto, administre los recursos naturales, garantizando la viabilidad jurídica, aceptación social, la viabilidad económica y asegurando una generación de incentivos para todas las partes intervinientes.
77. Es dentro de ese contexto que el Estado se encuentra obligado a auspiciar la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales objeto de protección.
78. En consecuencia, de una interpretación sistemática del artículo 2, inciso 22 y de los artículos 66 y 67 de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia, es el reconocimiento de que los recursos naturales —especialmente los no

---

<sup>11</sup> ALTOMONTE, Hugo y SANCHEZ, Ricardo. *"Hacia una nueva gobernanza de los recursos naturales en América Latina y el Caribe"*. CEPAL. Publicación de Naciones Unidas. Santiago, 2016, p. 236. Disponible en el sitio web: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40157/S1600308\\_es.pdf](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40157/S1600308_es.pdf), consultado el 22 de marzo de 2020.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 26

renovables— en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas para tal efecto.

79. En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se materializa en función de los siguientes principios:

“i) el principio de desarrollo sostenible o sustentable

ii) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales;

iii) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia;

iv) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados;

v) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano;

vi) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y,

vii) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables” (Sentencia 3510-2003-AA/TC, fundamento 2.e).

80. En lo que respecta al principio de desarrollo sostenible o sustentable, constituye una pauta basilar para que la gestión humana sea capaz de generar una mayor calidad y condiciones de vida en beneficio de la población actual, pero manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras. Por ende, propugna que la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se "financien" incurriendo en "deudas" sociales para el porvenir.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 27

81. Al respecto, en 1987, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, conocida también como la “Comisión Brundtland”, emitió su informe en el que definió el desarrollo sostenible como aquel proceso en donde se asegura la satisfacción de las necesidades humanas del presente sin que se ponga en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades y que, por ende, involucre la utilización de recursos, la dirección de las inversiones y la orientación de los cambios tecnológicos e institucionales que acrecienten el potencial actual y futuro de los recursos naturales en aras de atender las necesidades y aspiraciones humanas.
82. Por su parte, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, del mes de junio de 1992, que recoge entre sus principales fines la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial, proclama, entre otras cosas, una serie de principios, entre los que corresponde destacar los siguientes:
- ii) Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
  - iii) El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
  - iv) Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como presupuesto indispensable para el desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder adecuadamente a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo.
  - v) Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus



sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.

83. En este orden de ideas, las autoridades nacionales deberán procurar y fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, priorizando el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.
84. En atención a lo expuesto, el desarrollo sostenible o sustentable requiere de la responsabilidad social: ello implica la generación de actitudes y comportamientos de los agentes económicos y el establecimiento de políticas de promoción y el desarrollo de actividades que, en función del aprovechamiento o uso de los bienes ambientales, procuren el bien común y el bienestar general.

### §3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

#### 3.1. Antecedentes: las Sentencias 008-2010-PI/TC (Municipalidad Provincial Víctor Fajardo) y 0001-2012-PI/TC (Gobierno Regional de Cajamarca)

85. Este Tribunal advierte que, resulta de especial relevancia tener presente lo señalado en las Sentencias 008-2011-PI/TC (Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo) y 0001-2012-PI/TC (Gobierno Regional de Cajamarca) como antecedentes para la resolución del presente caso.
86. Ello es así por cuanto en dichos casos se discutieron controversias similares: esto es, si mediante una ordenanza un gobierno local o regional puede prohibir o no el otorgamiento de licencias para la exploración o explotación minera y, en todo caso, si a tales niveles de gobierno tienen la competencia para declarar áreas naturales como zonas intangibles.
87. En el primero de los casos se discutió si la Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo podía declarar como zonas intangibles todas las fuentes de agua de dicha provincia y si podía prohibir el otorgamiento de licencias para la exploración y explotación minera dentro de su jurisdicción territorial.
88. En tal caso, dicho municipio, argumentaba, en términos generales, que tal decisión se tomaba en virtud de la protección del recurso hídrico con la finalidad de preservar el medio ambiente y proteger la salud de los



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 29

pobladores del área de su competencia. Asimismo, el procurador municipal argumentó en aquella oportunidad que toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, así como a la preservación del paisaje y la naturaleza.

89. El Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza cuestionada en dicha oportunidad. En virtud del análisis de competencias establecido por la Constitución y las normas interpuestas, se determinó que las competencias ejercidas por el gobierno local correspondían al Gobierno Nacional.
90. En líneas generales, el argumento que sustentó tal decisión fue que el Gobierno Nacional era la entidad competente para regular la actividad de la gran y mediana minería; por consiguiente, prohibir el otorgamiento de concesiones mineras o declarar la no admisión de denuncias mineras en cierta jurisdicción, contravenía las competencias adjudicadas a dicho nivel de gobierno.
91. En similar sentido, este Tribunal Constitucional a través de la Sentencia 0001-2012-PI/TC, (Ordenanza 036-2011-GR.CAJ-CR del Gobierno Regional de Cajamarca, que declara inviable la ejecución el Proyecto Minero Conga) declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza Regional 036-2011-GR.CAJ.CR, en cuyo artículo 1 se declaró de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en la región Cajamarca.
92. Este Tribunal señaló que el mencionado artículo 1 era inconstitucional porque el Gobierno Regional de Cajamarca no era competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca.
93. De igual forma, declaró inconstitucional el artículo 2 de la ordenanza en cuestión, que declaraba inviable la ejecución del proyecto minero Conga, puesto que, de acuerdo con dicha sentencia, el Gobierno Regional de Cajamarca no tenía competencia para anular o suspender proyectos de gran minería.
94. Finalmente, respecto al artículo 3 de la mencionada ordenanza, el Tribunal Constitucional no declaró su inconstitucionalidad, porque entendió que no escapa de las competencias del Gobierno Regional de Cajamarca el encargo otorgado al presidente de la región para que canalice ante el Congreso de la República los procesos de investigación



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 30

sobre las circunstancias en que fue aprobado el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del proyecto Conga.

95. Asimismo, este Tribunal consideró pertinente señalar, como respuesta a los actos de violencia suscitados con ocasión de este caso, que los funcionarios del Estado, cualquiera sea su jerarquía, debían ejercer sus competencias y atribuciones de manera proporcionada al principio de “lealtad constitucional”, lo que consiste en la obligación de respetar el orden público constitucional realizando un ejercicio responsable de las funciones atribuidas por la Constitución y la Ley, así como a la jurisprudencia constitucional vinculante.

### 3.2. Parámetro de control

96. El proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro.
97. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, FJ 5).
98. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica” en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la normación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido.
99. A este parámetro de control, formado por la Constitución (en sus partes pertinentes) y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de esta y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad.
100. En ese orden de ideas, este Tribunal señaló que “en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango” (Sentencia 0047-2004-AI/TC, FJ 128).





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 31

101. Asimismo, se ha precisado que se produce una afectación indirecta de la Constitución, cuando exista una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó:
- (i) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa.
  - (ii) La regulación de un contenido materialmente constitucional.
  - (iii) La determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.
102. Lógicamente, estas normas deben a su vez ser compatibles con la Constitución para integrar el bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como normas interpuestas, y toda norma con rango de ley que sea incompatible con ellas será declarada inconstitucional en un proceso de control concentrado por infracción indirecta a la Constitución.
103. En consecuencia, corresponde al Tribunal establecer qué normas forman parte del bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso para realizar el análisis formal de la ordenanza cuestionada.
104. Dicho parámetro está compuesto por los artículos 194 y 195 de la Constitución y por las siguientes normas con rango de ley:
- (i) Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización
  - (ii) Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades
  - (iii) Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos
  - (iv) Ley 30640, Ley que modifica la Ley de Recursos Hídricos
  - (v) Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas
  - (vi) Decreto Ley 30640, Ley Orgánica del Sector de Energía y Minas
105. Por último, cabe destacar que para el análisis subsiguiente deberá tomarse en cuenta que la MPSCH tiene autonomía política, económica y administrativa en asuntos de su competencia. Asimismo, este Tribunal



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 32

considera oportuno reiterar que las municipalidades provinciales gozan de competencia tanto para dictar normas inherentes a la gestión local, regulación de actividades y servicios en materia de medio ambiente y sustentabilidad de recursos naturales, conforme a ley, tal y como lo prescribe el artículo 79.1 de la LOM y en armonía con los artículos 194 y 195 de la Constitución.

### **3.3. Análisis de la Ordenanza 014-2018-MPSCH desde la perspectiva competencial**

106. En el presente caso, los ciudadanos demandantes señalan que la norma cuestionada es inconstitucional por la forma toda vez que la municipalidad demandada carece de competencia para crear áreas de conservación municipal, suspender actividades de extracción de minerales así como para regular en el ámbito de las actividades mineras, recursos hídricos y medio ambiente, lo cual, a su criterio, estaría contraviniendo los artículos 189, 194 y 195 de la Constitución así como las normas que componen el bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso.
107. Por consiguiente, para analizar este punto será imprescindible realizar un análisis de la ordenanza impugnada desde una perspectiva competencial.
108. Es preciso advertir que en el presente caso se cuestiona si la MPSCH, al expedir la ordenanza impugnada, transgredió el marco constitucional que limita el ejercicio de dicha facultad, afectando, en consecuencia, el ámbito competencial que el gobierno nacional ejerce a través del Minem (en lo relativo a la suspensión de licencias de exploración minera), el Ministerio de Agricultura (en lo relativo a la creación de áreas naturales protegidas) y el Ministerio del Ambiente (en lo que respecta a la determinación de cuales cabeceras de cuenca son intangibles).
109. En tal sentido, para el análisis de la presente controversia es necesario señalar que, si bien la presente causa fue interpuesta y admitida a trámite como un proceso de inconstitucionalidad, desde una perspectiva material plantea la existencia de un conflicto competencial, pues la controversia a solucionar consiste en determinar qué entidad estatal tiene competencia para crear áreas de conservación municipal y regular en materia de minería.
110. Conforme a lo establecido en el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, y a lo señalado por este Tribunal en reiterada



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 33

jurisprudencia, el proceso de inconstitucionalidad es la vía procesal idónea para analizar un conflicto de competencias que se haya manifestado en una norma con rango de ley, como ocurre en este caso con la ordenanza cuestionada.

111. Por tanto, este Tribunal debe determinar qué entidad estatal tiene la competencia para crear áreas naturales protegidas y regular en materia de minería, conforme se deriva de la Constitución y las normas pertinentes del bloque de constitucionalidad y, en consecuencia, deberá determinarse si la ordenanza impugnada se ha emitido de conformidad con dichas normas.
112. En este sentido, se debe tener en cuenta en primer lugar cuáles son los tipos de competencias objeto de análisis en un proceso competencial:
  - (i) exclusivas, cuando son asignadas en exclusividad, aunque pueden ser a su vez positivas si son susceptibles de ser delegadas, o negativas si ello no es posible, en cuyo caso serán también excluyentes;
  - (ii) compartidas, cuando se reparten responsabilidades sobre una materia entre dos o más niveles de gobierno; o,
  - (iii) delegadas, si un nivel de gobierno realiza una delegación de competencias a otro nivel distinto, conforme a ley, y se abstiene de tomar decisiones sobre la materia o función delegada.
113. Ahora bien, respecto al tipo de controversia, este Tribunal ha señalado que:

"...en aquellos casos en los cuales deba definirse competencias o atribuciones que cuenten con desarrollo constitucional, pero que generen confusión al momento de interpretar y definir titularidad, sobre todo cuando, por la naturaleza de los órganos y funciones, se reconozcan competencias compartidas -como es el caso de los Gobiernos Locales y Regionales-, el análisis de competencia deberá superar el Test de la Competencia, método mediante el cual el Tribunal analiza las materias asignadas a los sujetos constitucionales en conflicto bajo los parámetros de actuación desarrollados, según se trate del ejercicio de competencias ( ... ) exclusivas, compartidas o delegables [Sentencia 0013-2003-CC/TC, fundamento 10.3]".
114. Es por esta razón que resulta relevante aplicar el test de la competencia, desarrollado en la Sentencia 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 32 y siguientes. Dicho test está



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 34

comprendido por un conjunto de principios, como son: el principio de unidad, de competencia, de efecto útil y poderes implícitos y de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos.

115. El principio de unidad se desprende del artículo 43 de la Constitución, que establece, entre otras cosas, que el Estado es uno e indivisible, pero que su gobierno es descentralizado. Por otro lado, el artículo 189 de la Constitución señala que en el territorio de la República “se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado”.
116. De allí se deriva, a su vez, el principio de cooperación y lealtad regional y local, según el cual los gobiernos regionales y locales no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con las políticas nacionales; deben colaborar entre sí y con el gobierno nacional; y no deben realizar actos o adoptar medidas que comprometan las competencias o el cumplimiento de los fines constitucionales asignados a otros entes estatales.
117. De esta manera, el proceso de descentralización no degenerará en uno de desintegración, ni la autonomía que les ha sido reconocida se convertirá en autarquía o soberanía interna.
118. El principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren definidas normativamente de manera clara y precisa. Conforme a este principio los gobiernos regionales y locales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido, correspondiendo el resto de competencias al gobierno nacional bajo una cláusula de residualidad. A esto se conoce como el principio de taxatividad, el cual se desprende del artículo 195 de la Constitución, que establece cuáles son las competencias de los gobiernos locales.
119. Ahora bien, conforme al principio de competencia, los gobiernos locales son entes que gozan de atribuciones en el ámbito de su circunscripción territorial para regular válidamente las materias que les han sido asignadas por las normas pertinentes. Así, estas normas se articulan en nuestro ordenamiento jurídico no solo mediante el criterio de jerarquía, sino también mediante el criterio de competencia.
120. No obstante, para que las ordenanzas resulten válidas y eficaces deben emitirse de conformidad con la Constitución y las leyes orgánicas, pero



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 35

no por el rango superior de estas últimas, sino porque la Constitución misma delega la determinación o delimitación de las competencias de los órganos constitucionales a estas leyes, de manera que no pueden emitirse ordenanzas contrarias a ellas, pues de lo contrario incurrirían en un vicio de inconstitucionalidad indirecta.

121. Si bien conforme al artículo 106 de la Constitución existe una reserva de ley orgánica para regular la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, ello no impide que, en concordancia con tales normas, se desarrolle lo referente a determinadas actividades, funciones o servicios públicos mediante otras leyes.
122. En tal sentido, la validez y eficacia de una ordenanza se encuentra supeditada a su compatibilidad con la Constitución y las leyes que atribuyen competencias; es decir, aquellas que integren el bloque de constitucionalidad aplicable según la materia.
123. Asimismo, en cuanto a los principios de efecto útil y poderes implícitos y de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos, este Tribunal ha indicado en su jurisprudencia lo siguiente:
  - (i) el principio de efecto útil y poderes implícitos, que establece que cada vez que una norma confiere una competencia a los gobiernos locales, debe presumirse que esta contiene normas implícitas de subcompetencia (que permiten reglamentar la legislación a emitir), sin las cuales el ejercicio de la atribución conferida carecería de eficacia o utilidad; y,
  - (ii) el principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos, según el cual el proceso de descentralización del poder estatal no es un acto acabado, sino que se realiza paulatinamente. Esto último debe entenderse respecto de las competencias compartidas o de las delegables, y no respecto de las competencias exclusivas del gobierno nacional (Sentencia 0004-2009-PI/TC, fundamento 5).

### **3.3.1 Protección de las cabeceras de cuenca y la declaración de interés prioritario de la protección de todas las fuentes de agua dulce dentro de la jurisdicción de la MPSCH (análisis de los artículos 1 y 6 de la Ordenanza)**

124. Como se expuso en el marco general sobre la política ambiental y la imperante necesidad de la protección de los recursos naturales, este Tribunal debe resaltar la importancia que reviste la protección de las



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 36

cabeceras de cuenca, las cuales son ecosistemas frágiles (son zonas en donde se generen los flujos de agua que riegan las áreas menos elevadas, como los valles cosechables).

125. Por esta razón, es que existen referencias específicas sobre la protección de estas zonas de especial vulnerabilidad. Resulta legítima, por lo tanto, toda intención de protegerlas y procurar, de esta manera, el cuidado, recolección y reserva del agua. Pero para que tal protección sea realmente efectiva, no basta con medidas aisladas y desarticuladas del sistema de gestión del recurso hídrico, ya que estas pueden servir como una medida meramente temporal pero sin cumplir con brindar una protección orgánica, sostenible y verdaderamente efectiva.
126. En tal sentido, la protección del agua debe realizarse considerando indicadores que demuestren una previsible escasez de este recurso en el futuro. El Estado ha mostrado su preocupación sobre la materia emitiendo normativa dirigida a proteger y gestionar eficientemente tal recurso.
127. En efecto, la LRH sienta las bases de la política pública sobre la gestión de dichos recursos. La relevancia y valor del agua, como bien lo indica la LRH, tiene dimensiones socioculturales, económicas y ambientales (principio de valoración del agua y de gestión ambiental). Su gestión integrada es de necesidad pública y de interés nacional teniendo el objetivo de administrar eficiente y de manera sostenible las cuencas hidrográficas y acuíferos, fomentando una nueva cultura del agua, en procura de satisfacer las presentes demandas así como garantizando el acceso de futuras generaciones (artículo 3 de la LRH).
128. Indicado lo anterior, en el presente caso los ciudadanos demandantes impugnan el artículo primero de la Ordenanza 014-2018-MPSCH que declara como “interés prioritario la protección de todas las fuentes de agua dulce (ríos, quebradas, lagunas, vertientes, manantiales y aguas subterráneas), ubicadas dentro de la jurisdicción de la Provincia de Santiago de Chuco, de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el sub suelo”, porque se estaría afectando las competencias del gobierno nacional.
129. Sin embargo, este Tribunal no comparte el criterio de los demandantes toda vez que el artículo primero de la ordenanza impugnada únicamente reconoce la importancia especialísima de las cabeceras de cuenca en el desarrollo ambiental en la provincia de Santiago de Chuco.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 37

130. De hecho, la MPSCH, mediante la Ordenanza 014-2018-MPSCH, pretende evitar la depredación y el deterioro del ámbito natural de los espejos naturales y cabeceras de cuenca que aún se preservan dentro de su jurisdicción.
131. La MPSCH, mediante el artículo primero de la ordenanza impugnada, reconoce, sin disponer ningún otro acto jurídico que invada la esfera de competencias de otros niveles de gobierno, que el agua dulce es un recurso natural, vital, vulnerable y estratégico, esencial para mantener la vida, el desarrollo y el ambiente sano y equilibrado de la población que habita y desarrolla. Se trata en realidad de una aspiración legítima en el marco de los principios, reglas y valores constitucionales.
132. Al respecto, este Tribunal considera que todo intento, por parte de los gobiernos locales, de proteger tales recursos en beneficio de la comunidad, resulta legítimo, siempre que se respeten las competencias de otros niveles de gobierno, en el marco de lo exigido por los principios que orientan el reparto del poder, establecidos en la Constitución de 1993.
133. Asimismo, es importante tener en cuenta que, tal y como lo prescribe el artículo 73.3 de la LOM, la MPSCH —en materia de protección y conservación del ambiente— está habilitada para identificar las fuentes hídricas y ecosistemas de especial fragilidad y proponer la creación de un área de conservación ambiental a las entidades correspondientes.
134. En efecto, en el artículo 73.3 de dicho cuerpo normativo se señalan las siguientes competencias de los gobiernos locales en materia de protección y conservación del ambiente:
  - 3.1. Formular, aprobar, ejecutar y monitorear los planes y políticas locales en materia ambiental, en concordancia con las políticas normas y planes regionales, sectoriales y nacionales.
  - 3.2. *Proponer la creación de área de conservación ambiental.*
  - 3.3 Promover la educación e investigación ambiental en su localidad e incentivar la participación ciudadana en todos sus niveles.
  - 3.4 Participar y apoyar a las comisiones ambientales regionales en el cumplimiento de sus funciones.
  - 3.5 Coordinar con los diversos niveles de gobierno nacional, sectorial y regional, la correcta aplicación local de los instrumentos de planeamiento y de gestión ambiental, en el marco del sistema nacional y regional de gestión ambiental. (Énfasis agregado).



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 38

135. Por consiguiente, la demanda debe ser declarada infundada en lo que respecta al extremo referido al artículo primero de la ordenanza impugnada al no existir ninguna contravención a las competencias del Gobierno Nacional.
136. Un análisis similar debe ser aplicado en lo que respecta al artículo sexto de la ordenanza cuestionada, en virtud del cual se solicita al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP) realice la inscripción de las áreas de protección municipal en el Registro de Áreas de Protección Nacional (RAPN).
137. Este Tribunal estima que realizar una solicitud a la entidad competente para la inscripción de áreas naturales protegidas para su posterior evaluación, no supone en modo alguno una invasión a las competencias que ejerce el gobierno nacional.
138. Siendo ello así, este Tribunal advierte que con relación a los artículos 1 y 6 de la ordenanza cuestionada, la MPSCH ha actuado de conformidad con el bloque de constitucionalidad, sin invadir competencias del Gobierno Nacional y amparada en una disposición expresa habilitante, como es el caso del artículo 73.3 de la LOM, según el cual los gobiernos locales son competentes para proponer la creación de áreas de conservación ambiental.
139. En efecto, la declaración de interés prioritario de todas las fuentes de agua dulce (ríos, quebradas, lagunas, vertientes, manantiales y aguas subterráneas), ubicadas dentro de la jurisdicción de la provincia de Santiago de Chuco, de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el sub suelo no invade las competencias del Gobierno Nacional en la medida de que se trata de un acto jurídico cuyos efectos se agotan en la propia declaración, sin requerir o disponer la realización de un acto jurídico adicional que se encuentre dentro del ámbito de competencias de otros niveles de gobierno.
140. En ese mismo sentido, cuando se establece a nivel normativo la posibilidad de presentar una solicitud al SERNAP para la inscripción de las áreas de protección municipal en el RAPN no se lleva a cabo un acto de aplicación inmediata o autoejecutiva sino que, por el contrario, está sujeto a la evaluación del destinatario de dicha solicitud, cuyo ámbito de competencias se encuentra en el ámbito del Gobierno Nacional.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 39

141. En conclusión, se advierte que la municipalidad emplazada, con relación a los artículos 1 y 6 impugnados, ha actuado de conformidad con el artículo 73.3. de la LOM, detallado supra.
142. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en este extremo

### **3.3.2. Competencia para la creación de áreas naturales protegidas (análisis de los artículos 2, 3 y 4 de la Ordenanza)**

143. La Ordenanza 014-2018-MPSCCH dispone en sus artículos 2 al 4 “declarar como área de conservación municipal las quebradas de Huacamarcanga, Caballo Moro, Alumbre, Miraflores, Inchaca y Jaulabamba pertenecientes a la microcuenca del Río San Antonio y ubicadas en los distritos de Santiago de Chuco y Quiruvilca”, estableciendo asimismo una zona de amortiguamiento de 5 kilómetros a la redonda respectivamente.
144. Respecto a este extremo, es necesario tener en cuenta que las áreas naturales protegidas por el Estado se rigen por la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas (LANP), la cual, en su artículo 3, las clasifica en tres categorías:
  - (i) Las de administración nacional, que conforman el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SINANPE).
  - (ii) Las de conservación regional, denominadas áreas de conservación regional
  - (iii) Las áreas de conservación privadas
145. A su vez, su artículo 7, en sus párrafos primero y segundo, establece la forma en que pueden crearse:

La creación de Áreas Naturales Protegidas del SINANPE y de las Áreas de Conservación Regional se realiza por Decreto Supremo, aprobado en Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro de Agricultura, salvo la creación de áreas de protección de ecosistemas marinos o que incluyan aguas continentales donde sea posible el aprovechamiento de recursos hidrobiológicos (...).

Por Resolución Ministerial se reconocen las Áreas de Conservación Privada a que se refiere el Artículo 12 de esta Ley.

Por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros se establecen las Zonas Reservadas a que se refiere el Artículo 13 de esta Ley (...).



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 40

146. Así, se advierte que los gobiernos locales no están autorizados para constituir áreas naturales protegidas en nuestro ordenamiento legal. Ello debe ser efectuado por el Poder Ejecutivo mediante decreto supremo o resolución ministerial según sea el caso.

147. De acuerdo con este cuerpo normativo, los gobiernos locales tienen un rol solo en la administración o gestión de las áreas protegidas. Así lo indica la Disposición Complementaria Única de la LANP:

En la Ley Orgánica de Municipalidades se considerará el grado de participación de los Gobiernos Locales en la gestión e implementación de las Áreas Naturales Protegidas a que se refiere la presente ley.

148. Ahora bien, para determinar el grado de participación de los Gobiernos Locales en la gestión e implementación de las Áreas Naturales Protegidas debe recurrirse al artículo 73.3 de la LOM, detallado supra.

149. Como se puede advertir, a partir de una lectura conjunta de la LANP y la LOM, se desprende que los gobiernos locales no están facultados para crear áreas naturales protegidas. En efecto, únicamente pueden proponer su creación al Poder Ejecutivo, entidad que, al término del procedimiento correspondiente, la podrá oficializar mediante decreto supremo.

150. En conclusión, conforme al artículo 73.3 de la LOM, la competencia de las municipalidades provinciales en materia de protección y conservación del ambiente, se circunscribe a la facultad de poder identificar territorios que, a su juicio, requieren protección, y pueden proponérselo al Poder Ejecutivo. Sin embargo, aquellas no pueden crear áreas naturales protegidas.

151. Ahora bien, resulta de especial relevancia en el presente caso determinar cuál es la entidad competente para declarar como zonas intangibles, ecosistemas ambientalmente vulnerables como las cabeceras de cuenca.

152. En ese sentido, el artículo 75 de la LRH, modificado por el artículo 2 de la Ley 29338, publicado en el diario oficial El Peruano, el 16 de agosto de 2017, ha establecido lo siguiente:

El Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan los cursos de agua de una red hidrográfica. La Autoridad Nacional, con opinión del Ministerio del Ambiente, puede declarar zonas intangibles en las que no se otorga ningún derecho para uso, disposición o vertimiento de agua. Asimismo, debe elaborar un Marco Metodológico de Criterios Técnicos para la Identificación, Delimitación y Zonificación de las



Cabeceras de Cuenca de las Vertientes Hidrográficas del Pacífico, Atlántico y Lago Titicaca.

153. Con ello no solo reconoce la gran importancia de las cabeceras de cuenca, sino que también determina de manera taxativa las entidades a las que el legislador ha asignado la competencia sobre la declaración, como zonas intangibles, de las cabeceras de cuencas que cumplan con tales requisitos. Asimismo, a partir de una interpretación sistemática de dicho artículo y el artículo 4 de la LRH, debe entenderse que los términos “Autoridad Nacional” aluden propiamente a la Autoridad Nacional del Agua (ANA).
154. La ANA se encuentra adscrita al Minagri y es en realidad el ente rector y máxima autoridad técnica y normativa del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos. Por lo tanto, corresponde concluir que es el ANA, y no los gobiernos locales, el organismo encargado de determinar la intangibilidad de una zona de cabecera de cuenca.
155. En suma, en aplicación de los principios de unidad (que incluyen el de taxatividad, residualidad) y del principio de competencia, este Tribunal considera que la MPSCH no es competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca en el ámbito de su jurisdicción.
156. Estando a lo expuesto, corresponde estimar la demanda en los extremos relativos a los cuestionamientos de los artículos 2, 3 y 4 de la ordenanza impugnada. En consecuencia, tales artículos deben ser declarados inconstitucionales.

**3.3.3. Sobre la competencia para suspender todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el subsuelo (aguas subterráneas) y demás recursos hídricos (análisis del artículo 5 de la Ordenanza).**

157. El inciso 8 del artículo 195 de la Constitución incorpora entre las competencias de los gobiernos locales las de desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de medio ambiente y sustentabilidad de recursos naturales, conforme a ley.
158. Sin embargo, debe notarse que aun cuando la Constitución otorga a los gobiernos locales competencias normativas en el ámbito del medio ambiente y sustentabilidad de recursos naturales, ello no significa que estas sean exclusivas o que puedan ejercerse de cualquier manera.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 42

159. Por el contrario, la Constitución dispone expresamente que tales competencias deben ejercerse sin contravenir las normas con rango de ley, de manera que resulta necesario remitirse a las leyes que regulan la materia específica para poder solucionar la controversia de autos.
160. Así, el artículo 1 de la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, que regula el régimen de su aprovechamiento en tanto constituyen patrimonio de la Nación, establece las condiciones y las modalidades de su otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 66 y 67 del Capítulo II, correspondiente al Título III, de la Constitución.
161. Asimismo, el inciso f) del artículo 3 del mencionado cuerpo normativo considera como recursos naturales a todo componente de la naturaleza susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como los minerales.
162. Respecto a los límites del otorgamiento y aprovechamiento de los recursos naturales, el artículo 8 de la misma ley establece que:
- “El Estado vela para que el otorgamiento del derecho de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice en armonía con el interés de la Nación, el bien común *y dentro de los límites y principios establecidos en la presente ley, en las leyes especiales y en las normas reglamentarias sobre la materia*”. Énfasis añadido.
163. Asimismo, el artículo 19 dispone que:
- “Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales *se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural*. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares”.
164. Y por último, conforme al artículo 23:
- “La concesión otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible *del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia*”.
165. Según este cuerpo normativo, los límites al otorgamiento y aprovechamiento de los recursos naturales a particulares (como es el



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 43

caso de las licencias de otorgamiento de concesión minera) es el interés de la Nación, el bien común y, además, tales actividades deben realizarse dentro de los límites y principios establecidos en las leyes especiales sobre la materia.

166. Por otro lado, conforme a lo dispuesto por el artículo 73 de la LOM — relativo a las materias que son competencias de las municipalidades— “la Ley de Bases de la Descentralización establece la condición de exclusiva o compartida de una competencia”. En tal sentido, las municipalidades, sean estas provinciales o distritales, ejercen funciones específicas que se derivan de las competencias otorgadas por la Constitución y la ley.

167. Así pues, las municipalidades asumen competencias y ejercen las funciones específicas, con carácter exclusivo o compartido en distintas materias. Además, ahora interesa, el numeral 3.1 del mismo artículo 73, cuyo encabezado es “Protección y Conservación del Medio Ambiente”, en cuanto reconoce la competencia de todas las municipalidades, sin distinguir si se trata de provinciales o distritales, y sin especificar si se ejerce de modo exclusivo o compartido, de:

“formular, aprobar, ejecutar y monitorear los planes y políticas locales en materia ambiental, en concordancia con las políticas, normas y planes regionales, sectoriales y nacionales”.

168. De otra parte, el artículo 80 de la LOM ha establecido en el acápite 1, numerales 1.1 y 1.2, que son funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales en materia ambiental, la regulación y control del proceso de disposición final de desechos sólidos, líquidos y vertimientos industriales en el ámbito provincial; así como la regulación y control de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.

169. Del mismo, el artículo 80 de la LOM ha dispuesto, en el acápite 2, numeral 2.4, como una de las competencias específicas compartidas de las municipalidades provinciales en materia ambiental la de:

*“difundir programas de saneamiento ambiental en coordinación con las municipalidades distritales y los organismos regionales y nacionales pertinentes” (Énfasis añadido).*

170. Como se puede apreciar, de acuerdo a lo dispuesto por la LOM, las municipalidades sean provinciales o distritales tienen competencias compartidas y exclusivas en materia ambiental. Sin embargo, la



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 44

normatividad a expedirse debe guardar concordancia con las políticas, normas y planes regionales, sectoriales y nacionales.

171. A efectos de poder resolver la presente controversia, es necesario recurrir a la LBD en lo que resulte pertinente. En ese sentido, el literal d) del artículo 43 de la LBD ha establecido que es una competencia municipal compartida:

“la preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente”.

172. Como puede advertirse, tanto la LOM como la LBD son cuerpos normativos que regulan materias y competencias municipales en asuntos ambientales. Sin embargo, lo que se puede concluir de todas estas disposiciones glosadas, es que no existe disposición alguna que habilite a los gobiernos locales todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el subsuelo (aguas subterráneas) y demás recursos hídricos.

173. En todo caso, si lo que se pretende es proteger el medio ambiente y preservar los recursos naturales, en cualesquiera de estos supuestos, ello deberá realizarse a través del ejercicio de competencias compartidas con los niveles de gobierno correspondientes.

174. A guisa de ejemplo, en el caso de que alguna de estas presuntas actividades contaminantes fuese la exploración y explotación minera, será necesario tener en consideración lo dispuesto en el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería (en adelante LEGEMIN), aprobado mediante Decreto Supremo 014-92-EM, cuyo artículo 105, incisos f) y h) prescriben, respectivamente, que:

“son atribuciones del Registro Público de Minería, entre otras, por un lado, otorgar el título de las concesiones mineras; y por otro, declarar la caducidad, abandono o nulidad de tales concesiones”.

175. Cabe precisar que, en un principio, el órgano competente a cargo de dichos actos jurídicos era el Registro Público de Minería. Pero luego, mediante Decreto Supremo 015-2001-EM, dichas funciones fueron trasladadas al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (INACC).

176. No obstante, en la actualidad, toda la referencia en la normatividad que se haga del INACC debe entenderse a favor del INGEMMET. En efecto, como se sostuvo en la Sentencia 0008-2010-PI/TC:



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 45

“Si bien el órgano competente era el denominado Registro Público de Minería, luego, por Decreto Supremo N.º 015-2001-EM se entiende como referido al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (INACC). Sin embargo, posteriormente, y mediante el Decreto Ley N.º 25962, Ley Orgánica del Sector Energía y Minas, el artículo 17º considera como una de las instituciones dependientes del Ministerio al Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET), entidad que mediante el Decreto Supremo N.º 008-2007-EM fue fusionada con el INACC. Por tanto, toda la referencia en las normas que se haga de este último instituto debe entenderse a favor de INGEMMET” (fundamento 36).

177. Siendo ello así, este Tribunal advierte que el Decreto Supremo 035-2007-EM, Reglamento de Organización y Funciones del INGEMMET, establece en el numeral 19 del artículo 3, que constituye una de sus funciones,

Extinguir petitorios y concesiones mineras, por causales de abandono, caducidad, nulidad, inadmisibilidad, rechazo, renuncia, cancelación y otras que determine la ley y publicar su libre denunciabilidad cuando corresponda.

178. Ahora bien, en el presente caso, la Ordenanza 014-2018-MPSCCH declara como área de conservación municipal las quebradas de Huacamarcanga, Caballo Moro, Alumbre, Miraflores, Inchaca y Jaulabamba pertenecientes a la microcuenca del río San Antonio, ubicadas en los distritos de Santiago de Chuco y Quiruvilca, estableciendo asimismo una zona de amortiguamiento de 5 kilómetros a la redonda respectivamente. Al respecto, dicha declaración resulta inconstitucional de acuerdo a los fundamentos desarrollados supra.
179. Asimismo, como consecuencia de ello, la emplazada ha dispuesto la suspensión, con apoyo de las autoridades de la jurisdicción ordinaria y/o de las autoridades de la jurisdicción especial rondera, de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el subsuelo (aguas subterráneas) (artículo 5 de la ordenanza impugnada).
180. A juicio del Tribunal Constitucional, y aun cuando pueda considerarse que el propósito de la emisión de la ordenanza impugnada fue la protección del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales, específicamente, de los recursos hídricos, lo que puede ser considerado, a priori, como legítimo, la validez constitucional de la medida que finalmente se adopte dependerá de si esta última es



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 46

adoptada a través de los mecanismos permitidos por la Constitución y las leyes correspondientes.

181. En tal sentido, a efectos de determinar la constitucionalidad del artículo 5 de la ordenanza cuestionada, este Tribunal advierte que no existe ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico que habilite a las municipalidades, en calidad de competencia exclusiva, a la suspensión, con apoyo de las autoridades de la jurisdicción ordinaria y/o de las autoridades de la jurisdicción especial rondera, de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el subsuelo (aguas subterráneas).
182. En todo caso, si de lo que se trata es de proteger el medio ambiente y preservar los recursos naturales, especialmente los recursos hídricos, ello deberá realizarse a través del ejercicio de las competencias compartidas, según lo dispone el literal d) del artículo 43 de la LBD.
183. En consecuencia, al disponer en el artículo 5 de la ordenanza impugnada, la suspensión, con apoyo de las autoridades de la jurisdicción ordinaria y/o de las autoridades de la jurisdicción especial rondera, de todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera, la MPSCH ha ejercido una competencia no conferida por la Constitución y las leyes sobre la materia.
184. Por consiguiente, dicho extremo de la demanda debe ser estimado. En consecuencia, debe declararse inconstitucional el artículo 5 de la Ordenanza 014-2018-MPSCH.
185. Finalmente, los ciudadanos demandantes sostienen que la ordenanza impugnada restringe de manera irrazonable y desproporcionada el derecho de propiedad, dado que dispone que el SERNANP realice la inscripción de las áreas de protección municipal aprobadas en la ordenanza en el RAPN.
186. Asimismo, los recurrentes sostienen que con la emisión de la ordenanza cuestionada se habrían conculcado las libertades económicas, como la libertad de empresa y la libertad de industria al suspender la actividad de exploración y explotación mineras a pesar de que las empresas puedan contar con las autorizaciones respectivas.
187. Sin embargo, este Tribunal considera que, pese a los alegatos de los demandantes, de autos no se desprende una incidencia negativa en abstracto respecto del contenido constitucionalmente protegido de las libertades económicas invocadas, más aún si los demandantes no han





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco | 47

indicado de qué manera la declaración de las cabeceras de cuenca detalladas en la ordenanza, como áreas de conservación municipal, y la consecuente suspensión de actividades contaminantes, implican por sí mismas la vulneración de tales derechos.

188. Por consiguiente, la demanda debe ser declarada infundada en este extremo.

### III. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ordenanza 014-2018-MPSCH.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en los demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ**

**FERRERO COSTA**

**MIRANDA CANALES**

**RAMOS NÚÑEZ**

**PONENTE LEDESMA NARVÁEZ**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. n.º 00012-2019-PI/TC

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco

**VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Firmado digitalmente por:  
REATEGUI APAZA Flavio  
Adolfo FAU 20217267618 soft  
Motivo: Doy fé  
Fecha: 15/08/2020 00:49:32-0500

Coincido con el sentido de lo resuelto por la ponencia, tanto por cuanto declara **FUNDADA** en parte la demanda y, en consecuencia, declara la inconstitucionalidad de los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ordenanza 014-2018-MPSCH, como porque declara **INFUNDADA** la demanda en los demás que contiene.

Sin embargo, considero pertinente añadir algunas consideraciones que a continuación expongo:

1. A lo largo de nuestra historia la descentralización territorial en el Perú, más que una práctica concreta seguida de manera consecuyente muchas veces ha sido, ante todo, un discurso bien intencionado, o inclusive, aunque sea duro decirlo, una promesa objeto de manipulación por diversos sectores. En dicho escenario, se aprecia cómo hasta la fecha continúa existiendo una serie de imprecisiones y problemas no resueltos en torno a la descentralización territorial, tanto es así que aún no existen posiciones bien definidas en diversos asuntos cuya relevancia es insoslayable. De esta manera, y como cuestión principal, ha sido difícil esclarecer con precisión cuál es la forma de Estado peruano, forma que, por lo demás, ha ido mutando en el tiempo, hasta llegar al modelo previsto en nuestra Constitución de 1993 (el cual, por cierto, ha sido objeto también de algunas importantes reformas).
2. En relación con el proceso de descentralización territorial, este ha sido una preocupación constante para el Tribunal Constitucional, a la cual ha debido atender de manera recurrente, por ejemplo, con ocasión de resolver conflictos de competencias que se presentan entre los diversos niveles de gobierno (nacional, regional y local), fricciones que, en nuestro modelo de jurisdicción constitucional, deben ser canalizados a través de los procesos competenciales y los procesos de inconstitucionalidad (estos últimos, cuando el conflicto de competencias se sustenta en normas con rango de ley).
3. Respecto al asunto de fondo, tenemos que, y muy a despecho de ciertos esfuerzos históricamente seguidos en otro sentido, lamentablemente en el Perú el ejercicio del poder a nivel territorial se ha encontrado concentrado y centralizado en Lima, con indudables consecuencias a nivel social, político y económico. Esto, ciertamente, es de lamentar pues los ciudadanos y las autoridades de gran parte del país en muchas ocasiones se han encontrado (y se encuentran) alejadas de muchas decisiones importantes que les involucran directamente, y respecto a las

Firmado digitalmente por:  
ESPINOSA SALDAÑA BARRERA  
Eloy Andres FAU 20217267618  
soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 14/08/2020 18:38:44 0500



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. n.º 00012-2019-PI/TC

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco

cuales tienen importantes consideraciones que aportar, tanto a nivel social, político y técnico.

4. En ese marco, es claro que la descentralización territorial implica un redimensionamiento completo respecto del ejercicio del poder político. De este modo, la descentralización constituye una importante opción para acercar el gobierno a los ciudadanos, democratizando la toma de aquellas decisiones que, en líneas generales, pueden ser consideradas como la de mayor relevancia en nuestra sociedad, o también aquellas que tienden a apuntalar modelos alternativos de desarrollo social y económico. Así, y manteniéndonos en el contexto propio de la forma de Estado unitario, la descentralización territorial se presenta entonces en el Perú como una necesidad estrechamente vinculada con la democracia y el desarrollo social, que merece una atención y materialización impostergable.
5. Ya en el ámbito normativo, vemos que, de una lectura conjunta de los artículos 43 (el gobierno peruano es unitario y descentralizado) y 188 (sobre el proceso de descentralización) de la Constitución, la forma del Estado peruano puede ser calificada, como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional, de *Estado unitario y descentralizado*, o, dicho con otras palabras, de un Estado que se encuentra incurso en un *proceso de descentralización territorial*, el cual es una política permanente del Estado y cuyo objetivo fundamental es el desarrollo integral del país.
6. Ahora bien, nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado* no debe confundirse con la de un *Estado unitario con cuotas de desconcentración*, tal como pasaré a explicar. Al respecto, y en primer lugar, respecto a la noción de Estado unitario, se trata de aquella forma estatal que cuenta con un centro de gobierno único o principal, desde el cual se toman las decisiones más importantes dentro de un Estado. En este eventualmente, buscándose tal vez una mejor distribución de competencias, alguna cuota de democratización del ejercicio del poder estatal o quizá el apuntalamiento de modelos de desarrollo alternativo en alguna comunidad en especial, puede ocurrir que se concedan o transfieran determinadas de competencias a entes descentralizados, con ciertas, aunque usualmente acotadas, cuotas de autonomía.
7. La desconcentración, por su parte, fue descrita por Hauriou en su momento como una técnica administrativa, la cual es sin duda diferente de la descentralización. Y es que si bien la desconcentración tiene en común con la descentralización que en ambas existe una tendencia centrífuga, que aproxima la Administración al administrado, sin embargo, la desconcentración se encuentra tan solo limitada a delegar



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. n.º 00012-2019-PI/TC

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco

ciertas competencias administrativas, en lo que se constituye antes bien una “técnica de autoridad” y no una “técnica de libertad”<sup>1</sup>. De este modo, la desconcentración mantiene el centralismo, y si bien no supone que toda la actividad pública se realice en el centro político estatal, únicamente otorga potestades administrativas y, en algunos casos testimoniales, a los niveles subnacionales de gobierno. De esta manera, en un *Estado unitario con desconcentración* no se transfieren competencias ni recursos, pues las dinámicas de reparto y transferencia de competencias, con vocación permanente además, es patrimonio de los procesos de descentralización.

8. Ya respecto a la *descentralización territorial*, que caracteriza a nuestro *Estado unitario y descentralizado*, antes que ser una técnica administrativa para trasladar los beneficios del centro político hacia las poblaciones periféricas expectantes, es principalmente una forma de distribución el poder del Estado dentro del territorio. Más específicamente, la descentralización territorial implica la transferencia (y no solo la delegación) de competencias, que pasan del tradicional centro político a las entidades subnacionales (gobiernos regionales y locales en el caso peruano). Así considerado, las regiones y los municipios se erigen como ejes propios de desarrollo, y cuentan con plena autonomía y con espacios propios de participación y de decisión política.
9. En este sentido, el actual artículo 188 de nuestra Constitución es muy claro cuando señala que “la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales”.
10. En este orden de ideas, el desarrollo integral del país –objetivo constitucionalmente consagrado– implica que cada espacio subnacional cuente con las garantías suficientes para plantear sus propias líneas de desarrollo. Con ese propósito, cabe recordar que este Tribunal ha señalado que “(...) nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regional y local) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191 de la Constitución), y, de otro, en la

---

<sup>1</sup> HAURIUO, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Segunda edición, Ariel, Barcelona, 1980, p. 185.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. n.º 00012-2019-PI/TC

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco

capacidad de dictar normas con rango de ley (artículos 192.6 y 200.4 de la Constitución)” (STC Exp. n.º 00020-2005-PI, f. j. 38; STC Exp. n.º 00034-2009-PI, f. j. 7).

11. Así considerado, los gobiernos regionales y locales deben contar con condiciones que les permitan decidir y generar su propio desarrollo, tanto a partir de las políticas que adopten de manera autónoma, como también de las relaciones que entablen con el centro y también entre ellas. La descentralización territorial, entonces, queda vinculada a la posibilidad de que cada localidad pueda gozar de autonomía, así como de generar sus propias dinámicas de desarrollo de acuerdo a sus propias decisiones, en un marco de subsidiariedad.
12. Ahora, lo que he anotado hasta el momento sobre nuestra forma de Estado y sobre el proceso de descentralización debe tenerse en cuenta al momento de enfrentar casos como el presente. De manera más específica, en lo que se refiere al llamado “test de competencia”, por ejemplo, al cual suele hacer referencia el Tribunal Constitucional para resolver este tipo de controversias, debemos indicar que este no puede entenderse como un test que arrojará, indubitablemente, una respuesta correcta para cada caso. Por el contrario, el uso de criterios como los de *unidad, cooperación y lealtad* (nacional y regional), o *taxatividad y cláusula de residualidad*, deberán ser entendidos y aplicados siempre respetando nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado*. Dicho con otros términos: y es que si bien el nuestro es un Estado unitario (por lo cual opera a favor del gobierno nacional la cláusula de residualidad de las competencias), está inmerso en un proceso de descentralización en el cual existen verdaderas autonomías (que en ningún caso deben ser minimizadas o soslayadas).
13. Así considerado, las respuestas que brinde el Tribunal Constitucional a estas cuestiones no pueden partir de asumir que el gobierno nacional detenta, prima facie, algo así como una jerarquía superior frente a los demás niveles de gobierno, y que ello se traduzca, por ejemplo, en la primacía de las decisiones del gobierno central, al margen o en perjuicio de las competencias constitucionales y legales establecidas para los diversos niveles de gobierno; o que debe entenderse que es mayor la lealtad constitucional en dirección hacia el gobierno nacional, que hacia los gobiernos regionales o locales; o, finalmente, que todas las decisiones importantes para nuestra comunidad deben ser de competencia del gobierno nacional.
14. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que lo que manda en las relaciones entre los diversos niveles de gobierno territorial más bien son



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Exp. n.º 00012-2019-PI/TC

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabeceras de cuenca en la provincia de  
Santiago de Chuco

las competencias establecidas (expresas, aunque a veces tácitas o implícitas), la residualidad en los supuestos en los que las competencias que no hayan sido reguladas, así como el deber de colaboración y lealtad mutua entre diversos los gobiernos.

**S.**

**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Lima, 27 de julio de 2020



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00012-2019-PI/TC

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabece-  
ras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco

Firmado digitalmente por:

REATEGUI APAZA Flavio

Adolfo FAU 20217267618 soft

Motivo: Doy fé

Fecha: 15/08/2020 00:49:33-0500

### **VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS BLUME FORTINI Y SARDÓN DE TABOADA**

Si bien coincidimos con el fallo de la sentencia de mayoría, que declara la inconstitucionalidad de los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ordenanza 014-2018-MPSCH emitida por la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco, consideramos que tal declaración debe alcanzar a otras disposiciones de aquella ordenanza, por lo que emitimos el presente voto singular:

1. El artículo 1 de la citada ordenanza detalla las 4 microcuencas respecto de la cuales se restringe:

todo tipo de actividad personal, empresarial, nacional o extranjera que contamine o afecte la superficie, el aire o el sub suelo (aguas subterráneas)

2. La Constitución le otorga competencias a los gobiernos locales en materia de medio ambiente y recursos naturales, conforme a ley (artículo 195, inciso 8).
3. La Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, establece en el inciso d) de su artículo 43 que la competencia en materia de "preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente" es una competencia municipal de naturaleza compartida.
4. Ello también es consistente con lo establecido por el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que indica que la Ley de Bases de la Descentralización determina si una competencia es exclusiva o compartida. Además, aunque el numeral 3.2. del mismo artículo las habilita a "proponer la creación de áreas de conservación ambiental", no las faculta a regularlas.
5. El artículo 1 de la Ordenanza 014-2018-MPSCH es, pues, inconstitucional, ya que las restricciones que pretende imponer excede las competencias de la municipalidad emplazada.
6. De otro lado, el artículo 6 de la ordenanza impugnada autoriza a solicitar al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (Sernanp), la inscripción de las áreas de conservación municipal declaradas en ella.
7. Esta solicitud es complementaria a lo declarado en los artículos 2, 3 y 4 de la Ordenanza 014-2018-MPSCH. Por ello, al estar estrechamente vin-

Firmado digitalmente por:

BLUME FORTINI Ernesto

Jorge FAU 20217267618 soft

Motivo: En señal de

conformidad

Fecha: 04/08/2020 18:33:20-0500

Firmado digitalmente por:

SARDON DE TABOADA Jose

Luis FAU 20217267618 soft

Motivo: En señal de

conformidad

Fecha: 02/08/2020 17:56:54 0500



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 00012-2019-PI/TC

Caso sobre la creación de zonas intangibles en las cabece-  
ras de cuenca en la provincia de Santiago de Chuco

culado el artículo 6 a estos artículos —cuya inconstitucionalidad es de-  
clarada en este proceso—, también cabe declarar la inconstitucionalidad  
del artículo 6.

Por las razones antes expuestas, nuestro voto es por declarar **FUNDADA** la  
demanda, y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONALES** los artículos 1 al 6  
de la Ordenanza 014-2018-MPSCH.

**SS.**

**BLUME FORTINI**  
**SARDÓN DE TABOADA**