Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

La tutela del medio ambiente desde una perspectiva ius-económica

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política

AUTOR

Valentín Antonio BARTRA ABENSUR

ASESOR

José Ulises MONTOYA ALBERTI

Lima, Perú

2016



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Bartra, V. (2016). *La tutela del medio ambiente desde una perspectiva ius-económica*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

633

221

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Fundada en 1551
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, a los veintidós días del mes de enero del año dos mil dieciséis, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. Germán Small Arana, y con la asistencia de los Profesores: Dr. José Ulises Montoya Alberti, Dr., Alberto Stewart Balbuena, Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos y Dr. Henry Oleff Carhuatocto Sandoval y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, ***Mg. Valentín Antonio BARTRA ABENSUR****, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada:* ***"LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE DESDE UNA PERSPECTIVA IUS-ECONÓMICA".***

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

aprobado con la escala muy bueno (17)

A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al ***Mg. Valentín Antonio BARTRA ABENSUR.***

Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. Germán SMALL ARANA
Presidente
Profesor Principal

Dr. José Ulises MONTOYA ALBERTI
Asesor
Profesor Principal

Dr. Alberto STEWART BALBUENA
Jurado Informante
Profesor Principal

Dr. Carlos Antonio PÉREZ RÍOS
Miembro
Profesor Principal

Dr. Henry Oleff CARHUATOCTO SANDOVAL
Jurado Informante
Profesor Invitado

Página de aceptación / veredicto
por los miembros del jurado examinador

A mi querida madre
María Dolores Abensur Araujo
con profundo agradecimiento
por su invaluable apoyo,
inspiración y coraje.

"Una de las mayores adquisiciones del pensamiento se realizaría cuando los hombres comprendieran —no sólo comprendieran sino sintieran— que una gran parte de las teorías, opiniones, observaciones etc., que se tratan como opuestas, no lo son. Es una de las falacias más comunes, y por la cual se gasta en pura pérdida la mayor parte del trabajo pensante de la humanidad, la que consiste en **tomar por contradictorio lo que no es contradictorio; en crear falsos dilemas, falsas oposiciones**"
Carlos Vaz Ferreira, Lógica Viva 1910

"Es insensato hacer la misma cosa una y otra vez
esperando obtener diferentes resultados".
Albert Einstein

Pluralitas non est ponenda sine necessitate (la pluralidad no se debe postular sin necesidad) es decir cuando dos o más explicaciones se ofrecen para un fenómeno, la explicación completa más simple, es preferible
Guillermo de Ockham

"… hay tres formas de obtener conocimiento: la deducción, la inducción y la **abducción**. La abducción aporta nuevo conocimiento. "
Charles Peirce

Agradecimiento

Este trabajo ha transitado por un largo camino de búsqueda, comprobación y reflexiones. El extenso periodo de maduración le dio al autor gran satisfacción personal y profesional.

No hubiera sido posible sin el apoyo físico, material y espiritual de mi madre Doña María Dolores Abensur Araujo vda. de Bartra.

Ha recibido también el generoso apoyo y consejos de mucha gente en diferentes lugares del mundo, entre las que mencionaré Milán, Bonn, Buenos Aires, Nueva Delhi, Nairobi, Marrakech, Gotemburgo, Copenhaven, Alicante, entre otros lugares.

La influencia y contribuciones de ricas discusiones académicas son un soporte importante en la construcción de mi tesis, todos los errores son exclusivamente del autor.

Los consejos que me ofrecieron distinguidos especialistas del tema han ayudado a desentrañar y aclarar conceptos complejos, que están en la intersección de diferentes disciplinas, por lo cual estoy en deuda académica. Es mi deseo individualizar algunos de los aportes centrales que generosamente he recibido.

Empiezo por los consejos iniciales de mi asesor el doctor Ulises Montoya, uno de los pioneros en nuestro país del estudio de las relaciones del derecho con la economía, quien me encaminó hacia los trabajos y visión del profesor Posner, como el punto inicial de mi estudio multidisciplinario.

El profesor Manuel Atienza, en Alicante me mostró las posibilidades de la argumentación jurídica y afinó mi sensibilidad para detectar mejor las falacias, también me guió hacia Aristóteles, Perelman y Vaz Ferreira.

El profesor Robert Alexy me ayudó a entender desde el positivismo jurídico la dimensión moral del deber de protección del medioambiente y la importancia del rigor, técnica y disciplina.

La doctora Lena Gippert, de la universidad de Gotemburgo, discípula del distinguido profesor Staffan Westerlund, me explicó su trabajo sobre eficiencia económica para

definir metas de política ambiental en Suecia, también la idea de tener un código ambiental internacional.

Cuando estuve en Alicante fui a ver al doctor Martin Mateo, quien no se hallaba disponible por motivos de salud, pero me atendió la profesora Merce Ortiz a quien describí mi proyecto de tesis, ella me dio áminos e impulsó a seguir adelante y romper paradigmas.

Y también a nivel nacional en Iquitos, Puerto Maldonado, Tacna, Cerro de Pasco, Huancayo, Trujillo, Huacho, Lima; menciono solo los lugares porque son muchas las personas con quienes me he entrevistado y no desearía que alguien quede fuera, mi infinito agradecimiento y aprecio por el tiempo, paciencia y sabiduría que me han dado libremente, y acá hago una especial mención a mis alumnos de posgrado que desde el año 2000, en todas las regiones del Perú, con su interés y compromiso me informaron de la realidad de sus lugares, y sus aspiraciones para lograr un desarrollo sostenible y gozar de un ambiente adecuado.

A todos y todas, infinitas Gracias!!

INDICE GENERAL

Capítulo 1 Introducción 1
1.1. Presentación 1
1.2. Introducción 3

Capítulo 2 El problema de investigación 7
2.0 El problema de investigación 7
2.1 Antecedentes 8
2.2 Estado de la cuestión 11
2.3 Fuentes. 11
2.4 Definición y contornos 12
2.5 Formulación del problema de investigación e hipótesis 13
2.6 Objetivos 13
2.7 Elementos que se han tomado en cuenta 14
2.8. Metodología 16

Capítulo 3 Marco teórico 19
3.1. Marco histórico 19
3.1.1. ¿Desde cuándo se dan las circunstancias y condiciones? 19
3.1.2. ¿Qué se ve desde los ámbitos jurídico, económico, ecológico? 20
3.1.3. ¿Quiénes son los principales actores? 21
3.2. Marco filosófico 22
3.2.1. Aspectos y dimensiones éticas, morales, espirituales 22
3.2.2 Principales escuelas y corrientes 24
3.3. Marco Jurídico 32
3.3.1. Aspectos relevantes de la teoría del derecho 32
3.3.2. El Ordenamiento Jurídico Nacional 39
3.3.3. Una visión del medioambiente desde el Derecho 42
3.3.3.1 Desde el Derecho Penal 43
3.3.3.2 Desde el Derecho Constitucional 44
3.3.3.3 Desde el Derecho Civil 45

3.3.3.4 Desde el Derecho Comercial 46
3.3.4. Importancia del derecho en la protección ambiental. 47
3.3.5. Tensiones entre la realidad ambiental ecológica y la ley. 49
3.3.6. Derechos humanos 50
3.3.7. Derechos políticos sociales económicos 52
3.3.8. El derecho ambiental 52
3.3.8.1 Principios del derecho ambiental 55
3.3.9. Instrumentos administrativos para la gestión ambiental 66
3.3.10. El derecho ecológico 67
3.3.11. La justicia ambiental. 68
3.3.12. La Argumentación Jurídica 69
3.3.13. La Tutela Jurídica del Medioambiente 72
3.3.13.1 Nota introductoria 72
3.3.13.2 Definición de Tutela del Medioambiente 76
3.3.13.3 Derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado 77
3.3.13.4 Derecho a la tutela judicial efectiva 78
3.3.13.5 ¿Quién debe dar tutela al medioambiente? 79
3.3.13.6 Evolución de la tutela desde el Estado y sus Órganos 80
3.3.13.7 Positivación de la Tutela 84
3.3.13.7.1 En la Ley Orgánica de Municipalidades 84
3.3.13.7.2 En la Ley de bases de la descentralización Ley 27783 86
3.3.13.7.3 En la Ley General del Ambiente Ley 28611 87
3.3.13.8 La Operacionalización de la Tutela 88
3.3.13.8.1 Los intereses difusos 89
3.3.13.9 Tutela contra los particulares 90
3.3.13.10 La Tutela en la Legislación Comparada 91
3.3.13.10.1 La Acción de Tutela de Colombia 91
3.3.13.10.2 La tutela del medioambiente en México 93
3.3.13.10.3 La tutela del medioambiente en la Argentina 94
3.3.13.11 Costos y beneficios de la Tutela 95
3.3.13.12 La tutela desde el derecho privado 96
3.3.13.13 Limitaciones de la tutela jurídica 97

3.4 Marco ecológico 100
3.4.1 El Medio Ambiente. Aspectos de la teoría ecológica. 100
3.4.1.1 Componentes básicos del medioambiente 103
3.4.1.2 El ecosistema 104
3.4.1.3 Los recursos naturales 106
3.4.1.4. El capital natural 108
3.4.1.5 Características del Medio Ambiente 109
3.4.1.6 La ecología 110
3.4.2 Degradación del medioambiente por actividades humanas . 112
3.4.2.1 Contaminación del agua 113
3.4.2.2 Desertificación 114
3.4.2.3 Deforestación 115
3.4.2.4 Problemas ambientales 116
3.4.3 Situación en que se encuentra nuestro entrono de vida a nivel nacional, con especial incidencia en la ciudad de Lima 118
3.4.4 Efectos de la contaminación del aire por emisión de gases industriales y combustión de fósiles, sobre la vida, salud y bienestar de las personas. La responsabilidad Inter-generacional. 120
3.4.4.1 Efectos del dióxido de azufre SO2 121
3.4.4.2 Efectos de los óxidos de nitrógeno NOx 121
3.4.4.3 Efectos del monóxido de carbono- CO. 122
3.4.4.4 La destrucción de la capa de ozono 122
3.4.4.5 El efecto invernadero 124
3.4.4.6 El calentamiento global 125
3.4.4.7 El cambio climático 126
3.4.5 Responsabilidad Inter-generacional 128
3.5 Marco Económico. Aspectos relevantes de la teoría económica. 129
3.5.1 Corrientes económicas 131
3.5.1.1 Teoría económica de Keynes[1] 132
3.5.1.2 Public Choice[2] 133

[1] J. M. Keynes, destacado y muy influyente economista inglés. En su obra principal The General Theory of Employment, Interest and Money (1936) lanza un fuerte crítica la economía clásica. Se le considera padre de la macroeconomía de y las asociaciones público privadas.

3.5.1.3 Economía del Bienestar 134
3.5.1.4 Escuela Institucional. De Veblen[3] a North[4] la importancia de las instituciones 136
3.5.1.5 La economía neoclásica. 138
3.5.1.5.1 El paradigma del mercado. La mano invisible que orienta el accionar de la sociedad. 140
3.5.1.5.2 Fallas del mercado las externalidades. 141
3.5.2 La Economía en la protección del medioambiente 143
3.5.2.1 Economía ambiental 143
3.5.2.2 Economía de los recursos naturales 148
3.5.2.3 La economía ecológica 150
3.5.3 Fines y propósitos de la Economía y del Derecho 156
3.5.3.1 El Derecho Económico 156
3.5.3.2 El Régimen Económico según la Constitución Política del Perú 158
3.5.3.3 Una disyuntiva difícil de resolver: desarrollo vs. Conservación. La respuesta del Desarrollo Sostenible. 158
3.5.4.1 El Análisis Beneficio Costo.- ABC[5] 161
3.5.4.2 La propiedad y dominio cuando se tratan de bienes comunes y globales. 165
3.5.4.3 El análisis económico del derecho AED. 166
3.5.5 ¿Por qué vincular la Economía al Derecho para analizar y buscar soluciones a la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado? 170

Capítulo 4 La tutela del medio ambiente y los recursos naturales en el Perú 179
4.0 Notas preliminares y presentación 179
4.1 La tutela del medioambiente y los recursos naturales a nivel constitucional 184
4.1.1 Artículos constitucionales que tienen relación con la tutela del medioambiente y los recursos naturales y su tutela. 187
4.1.2 La constitución ecológica 198

---

[2] Teoría económica que se desarrolló en los cincuenta, pero que emergió en 1986 con el ganador del Premio Nobel James Buchanan y Gordon Tullock.

[3] Thorstein Veblen, sociólogo y economista noruego-americano, fundador con J. R. Commons del movimiento institucionalista. En su obra 'The Theory of the Leisure Class' critica el "consumismo" y la búsqueda de bienes compulsivamente para 'ganar estatus'.

[4] Economista inglés, Premio Nobel 1996. Creador de la nueva Economía Institucional.

[5] Se le conoce también como Análisis Costo Beneficio o Cost Benefit Analysis en inglés, hemos preferido anteponer los beneficios al costo en esta nomenclatura.

4.1.3 Garantías constitucionales. Los procesos constitucionales 200
4.1.3.1 El proceso de amparo. 201
4.1.3.2 El proceso de Habeas data 202
4.1.3.3 El proceso de Inconstitucionalidad 203
4.1.3.4 El proceso de Acción Popular 203
4.1.3.5 El proceso de Cumplimiento 205
4.2 La tutela del medioambiente y los recursos naturales a nivel legal 206
4.2.1 Desde el Código Civil 207
4.2.1.1 La responsabilidad civil 208
4.2.2 Desde el Código Procesal Civil 210
4.2.2.1 Aspectos problemáticos del proceso civil orientados a la tutela del medioambiente y los recursos naturales 211
4.3 La tutela del medioambiente y recursos naturales en la Política Nacional del Ambiente. 212
4.4 La tutela del medioambiente y los recursos naturales desde el ámbito administrativo y sectorial 215
4.4.1 Responsabilidad de la Administración por el daño ambiental 219
4.4.2 Responsabilidad de funcionarios, por omisión e inacción ante el deber de función, en la protección y tutela del medioambiente y los recursos naturales. 223
4.4.3 La captura del regulador. 224
4.4.4 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental OEFA 225
4.5 Tutela del medioambiente y los recursos naturales desde el Ámbito jurisdic. 225
4.5.1 Aspectos constitucionales que regulan el accionar jurisdiccional. 226
4.5.2 En la Ley Orgánica del Poder Judicial. 227
4.5.3 El proceso Contencioso-Administrativo 229
4.5.4 El rol de los jueces, en la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. Una mirada desde el ámbito internacional. 232
4.5.5 Sobre el activismo ambiental judicial 234
4.6 Organismos constitucionales autónomos, en su rol de tutela del medioambiente y los recursos naturales. 237
4.6.1 El Ministerio Público. 237
4.6.2 El Defensor del Pueblo. 240
4.6.2.1 Estructura de la Defensoría del Pueblo –DP 241

4.6.2.2 Reportes mensuales sobre conflictos socio ambientales 242
4.7 Los Procuradores ambientales. 242
4.8 Actividades económicas de los particulares –responsabilidad social de la empresa. 244
4.9 Participación ciudadana en la fiscalización y control de la aplicación de la normativa ambiental. 245
4.9.1 Participación ciudadana efectiva 248
4.9.2 Derechos de participación y vigilancia ciudadana a nivel constitucional 249
4.9.3 Garantías Constitucionales Actividades económicas de los particulares. 249
4.9.4 Marco legal de la participación ciudadana en las acciones de fiscalización 250
4.10 En la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo LOPE. 251
4.11 En la Ley General del Ambiente LGA. 251
4.12 En la Ley del Procedimiento Administrativo General LPAG. 252
4.13 En la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. 253
4.14 Limitaciones y vacíos que dificultan la acción de la ciudadanía en defensa de sus derechos y bienestar. 254
4.15 Revisión de la legislación comparada de países de la REGION. 255
4.16 La tutela supranacional. 264
4.17 Resumiendo 266

Capítulo 5 Perspectiva ius económica PIE, de la Tutela del Medio Ambiente y los recursos naturales. 269
5.0 Presentación 269
5.1 Lógica económica de la constitución política. 275
5.1.1 El medioambiente y los recursos naturales encuadrados en dentro del régimen económico. 276
5.2 ¿Qué entendemos por perspectiva a ius económica PIE? 279
5.2.1 La PIE tiene la visión del jurista a la que incorpora la visión del economista. 279
5.2.2 Lineamientos metodológicos de la PIE 281
5.3 Tópicos centrales de raigambre económica que están presentes en la PIE. 283
5.3.1 La eficiencia económica 283

5.3.2 La eficiencia del Derecho 287
5.3.3 La valorización económica 288
5.3.4 La demanda de bienes y servicios 289
5.3.5 La especulación 290
5.3.6 Los Costes de Transacción 291
5.3.7 Costos institucionales 292
5.3.8 Efectos de la corrupción 292
5.3.9 Conflictos sociales 294
5.4 Aspectos de la economía ambiental 298
5.5 Nociones de la economía ecológica 299
5.5.1 El balance de materiales y energía 299
5.5.2 Capacidad de carga 300
5.5.3 Asimilación y depuración 300
5.6 Incentivos económicos perversos[6] IEP 301
5.7. La racionalidad y limitaciones la perspectiva neoclásica, como sustento de los criterios que informan la tutela del medio ambiente y los recursos naturales, basada en el mercado 303
5.7.1 Limitado entendimiento del desarrollo sostenible 304
5.7.2 Poco entendimiento de los beneficios de los servicios ambientales 306
5.7.3 Toma de decisiones con información parcial e incompleta; el principio precautorio 308
5.7.4 Se deja de lado impactos y daños al ambiente 309
5.8 Políticas públicas basadas en situaciones coyunturales, de corto plazo, intereses de grupos económicos o demanda externa 312
5.8.1 En el contexto nacional 312
5.8.2 También en el contexto internacional 313
5.8.3 Aspectos que toma en cuenta la economía ecológica 314
5.9 Elementos y factores que toma en cuenta la PIE 314
5.9.1 La PIE fortalece la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado 316

[6] Motivados movidos por una lógica económica, aprovechamiento de oportunidades, ambición, acumulación, egoísmo, necesidades, etc.

5.9.2 Algunas propuestas de incidencia ambiental con una perspectiva ius económica PIE 317
5.10 A manera de conclusión 319
Capítulo 6 Análisis y casuística 322
Aspectos generales presentación del capítulo 322
6.1 Situación y estado de la realidad ambiental de nuestro país 325
6.1.1. Ámbito administrativo 329
6.1.2 En búsqueda de la tutela del medioambiente y los recursos naturales en el ámbito jurisdiccional 332
6.2 Casos emblemáticos públicos y notorios en el ámbito y contexto nacional 335
6.3 Razones y causas. 346
6.3.1 Razones 347
6.3.2 Causas 348
6.3.3 Otras causas 349
6.4 Una mirada a la tutela ambiental desde la perspectiva del control ciudadano 349
6.4.1 Los citizen suits. Casos ilustrativos del estado de Louisiana EEUU 350
6.4.2 Algunas enseñanzas de los citizen suits para fiscalizar el cumplimento de la legislación ambiental 356
6.5 El caso Lago Agrio; Ecuador- el rol de la ciudadanía, acciones colectivas, la actio popularis 360
6.5.1 Aspectos relevantes – 360
6.5.2 Aspectos específicos de interés jurídico en el caso de Lago Agrio 361
6.5.3 Una nota sobre el Enriquecimiento injustificado 362
6.5.4 Revisión y crítica al Caso: Lago Agrio 002-2003 [7] 364
6.5.5 Con relación a la penalidad punitiva 370
6.5.6 Retroactividad de la responsabilidad por el daño ambiental 371
6.5.7 Fideicomiso en favor del frente de defensa de la Amazonía 372
6.5.8 La sentencia 374
6.5.9 Aspectos de la ejecución de la sentencia 376
6.5.10 Análisis y Comentario 376

[7] Resuelto por el juez Nicolás Zambrano Lozada

Capítulo 7 La argumentación jurídica en la aplicación de la PIE 379
7.1 La argumentación jurídica 381
7.1.1 Argumentos (ius ecológicos) para la protección de los derechos fundamentales y la Carta de Bienes Fundamentales. 386
7.1.2 Esquema de Toulmin: dato-garantía-respaldo 387
7.1.3 La Dimensión económica 388
7.1.4 Argumentos a favor empleados para fortalecer la tutela 391
7.1.5 Contra argumentos que se emplean para promover la extracción de minerales y recursos naturales. 391
7.1.6 Falacias. Son usos legítimos de la razón pero que están retorcidas y desvirtuadas. Se usan para manipular y otros fines subalternos. 392
7.1.6.1 La falacia Petitio principii 393
7.1.6.2 La falacia de la pendiente deslizante 393
7.2 Análisis desde la argumentación jurídica de algunos temas problemáticos 395
7.2.1 PROPOSICIÓN: una fortalecida participación ciudadana mejorará la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado 395
7.2.1.1 Argumentum a simili ad similii. Relación de parte a parte 396
7.2.1.2 Argumento a pari 396
7.2.1.3 Argumento a fortiori 396
7.2.1.4 Reducción al absurdo, como comprobación de la solidez argumentativa 397
7.2.2 PROPOSICIÓN: el hacer exigible la responsabilidad de las autoridades elegidas o nombradas y funcionarios, por el cumplimiento de la legislación ambiental, fortalecerá la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado 397
7.2.2.1 Argumentos de autoridad 398
7.2.2.2 Argumento a similii 398
7.2.2.3 Argumento que sería muy costoso 404
7.2.2.4 Argumento a fortiori 404
7.3 Falacias o argumentos que se escuchan con frecuencia: 404
7.3.1 Por reducción al absurdo, como comprobación de la solidez argumentativa 404
7.3.2 Sobre contradicciones – aporía 405
7.4 Aplicación del esquema argumentativo y la perspectiva ius económica 405
7.4.1 Minería ilegal y minería informal de extracción de oro 406
7.4.2 Acumulación y mala gestión de residuos sólidos urbanos RSU 409

Capítulo 8 Validación de la hipótesis 416

8.0 Validación de la hipótesis a partir de los resultados observados en la realidad 416

8.1 La validación implica discusión y contrastación de ideas con los autores que dan forma al marco teórico. 421

8.2 La tópica como forma de encarar la solución del problema 426

8.3 El razonamiento abductivo 427

8.4 ¿Dé qué manera? Mediante la perspectiva ius económica PIE 428

8.5 ¿Cómo hacer para mejorar la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado? 429

Capítulo 9 Conclusiones 434

Capítulo 10 Recomendaciones 440

Bibliografía 447

Anexos

Siglas y abreviaturas empleadas

1. INEI Instituto Nacional de Estadística e Informática
2. MP Ministerio Público
3. DP Defensoría del Pueblo
4. MINAM Ministerio del Ambiente
5. MINAGRI Ministerio de Agricultura
6. MEM Ministerio de Energía y Minas
7. MEF Ministerio de Economía y Finanzas
8. MINSA Ministerio de Salud
9. DIGESA Dirección General de Salud Ambiental
10. DGAA Dirección General de Asuntos Ambientales, del MEM
11. COP4 Conferencia de las Partes N°4 Convención de Cambio Climático
12. EEUU Estados Unidos de América
13. CPP Constitución Política del Perú
14. CPC Código Procesal Civil
15. CPCons Código Procesal Constitucional
16. LGA Ley General del Ambiente
17. PIE Perspectiva Ius-Económica
18. AED Análisis Económico del Derecho
19. CMARN Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales
20. NCCP Nuevo Código Procesal Penal
21. RSU Residuos Sólidos Urbanos
22. NNUU Naciones Unidas
23. CMNNUUCC Convención Marco de las Naciones Unidas del Cambio Climático
24. HFC hexa fluoro carbono
25. LPAG Ley del Procedimiento Administrativo General
26. DESC Derechos Económicos Sociales y Culturales
27. RAEE Residuos de Artefactos Eléctricos y Electrónicos

28. SPCC Southern Peru Copper Corporation
29. TID tráfico ilícito de drogas
30. IEP incentivo económico perverso
31. ABC análisis beneficio costo
32. CBA cost benefit analysis
33. ACB análisis costo beneficio
34. RSE responsabilidad social de la empresa
35. OEFA Organismo de evaluación y fiscalización ambiental
36. CO monóxido de carbono
37. CO_2 dióxido de carbono
38. TUO Texto único ordenado
39. CN cianuro
40. Hg mercurio
41. HC hidrocarburos
42. EPA Agencia de protección ambiental, EEUU de América
43. INRENA Instituto Nacional de Recursos Naturales
44. CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanaos
45. TC Tribunal Constitucional
46. ANA Autoridad Nacional del Agua
47. EIA Evaluación del Impacto Ambiental
48. SEIA Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental
49. LRJPAC Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/92

Anexos

(En formato digital disco CD)

1. **Legislación nacional**

   Ley General del Ambiente 28611

   Ley de recursos hídricos 29338

   Ley Áreas Naturales protegidas 26834

   Ley general residuos sólidos Urbanos 27314

   Ley de organismos vivos modificados 29811

   Ley forestal y de fauna silvestre 29763

   Ley de mecanismos de retribución por servicios eco-sistémicos 30215

   Política Nacional del Ambiente

   Límites máximos permisibles de emisiones vehiculares

   Reglamento LMP emisiones vehiculares

   RM 165 2015 MINAM dispone pre publicación Reglamento Ley 30215

2. **Legislación comparada**

   a. **Argentina**

      Caso Riachuelo

   b. **Brasil**

      Caso hidroeléctrica Belo Monte

   c. **Chile**

      Caso minera Pascua Lama

   d. **Colombia**

      Caso tierras indígenas

   e. **Ecuador**

      Caso Lago Agrio

f. España

Delitos contra el medioambiente

3. Jurisprudencia del TC

EXP 008-2010 PI fajardo Ayacucho, fundada

EXP 001-2012 PI Conga, fundada

EXP 013-2007 AI inversiones extranjeras

EXP 934-20027 PA Nextel

EXP 639-2013 PC INDEPA

EXP 3088-2011 PA autos usados

EXP 3343-2007 PA Cerro Escalera

EXP 3353-2013 PA adecuar reglamentos de protección ambiental

4. Jurisprudencia de la Corte Suprema

Casación N° 382-2012 contaminación minera La Libertad

Comentario Loza Avalos a Casación N° 382-2012, efecto vinculante

Casación N° 1465-2007 minera Yanacocha, Cajamarca

Casación N° 012-2012 tres islas, Madre de Dios

Anotaciones jurisprudencia procesal civil 2009

Resumen

La tutela del medioambiente desde la perspectiva ius-económica, toma en cuenta las interacciones dinámicas e inseparables de las esferas jurídica, económica y ecológica que operan simultáneamente sobre el medioambiente y los recursos naturales.

En el presente trabajo se ha acreditado por diferentes medios de fuentes oficiales, las graves afectaciones al medio ambiente y los recursos naturales, que demuestran la débil tutela de los bienes fundamentales por las instituciones del estado.

Postulamos que ello se debe a que no se aplica la perspectiva ius económica.

Con el propósito de avanzar, encontrar y proponer soluciones a la debilidad del modelo actual, se ha incorporado instrumentos extra jurídicos de la microeconomía para ayudarnos a entender mejor al objeto a regular, que incluye por un lado las conductas de personas naturales y jurídicas que están fuertemente influenciadas por factores económicos y por otro, las consecuencias de los daños ambientales causados que limitan nuestro desarrollo, crecimiento y bienestar.

La actual arquitectura del Derecho, basada en el positivismo jurídico, tiene limitaciones para articular una tutela efectiva del medioambiente y los recursos naturales. Si bien la economía neoclásica aporta la predicción, pero su dependencia del mercado y el flujo artificial de ahorros y consumos la hace insuficiente. Esta no calza lo suficientemente bien para satisfacer y suministrar lo necesario para que el Derecho pueda proveer la tutela eficaz y efectiva, del medioambiente y los recursos naturales.

A fin de superar los aspectos más débiles, se ha propuesto el uso de herramientas y conceptos de la economía ecológica que incorporan factores naturales además de su entendimiento de los flujos de materia y energía, que sustentan la propia realidad económica.

Este trabajo propone una mirada distinta al tradicional, por su énfasis en un enfoque interdisciplinario y sistémico para estudiar y entender el problema de investigación que es de gran actualidad e importancia, por su relación con la calidad de vida, nivel de desarrollo social, competitividad nacional y aseguramiento de los recursos vitales como el agua, los alimentos y condiciones ambientales adecuadas.

Palabras clave: perspectiva ius económica, abducción, tópica, argumentación jurídica, economía ecológica.

Abstract

The protection of the environment from the ius-economic perspective, takes into account the dynamic and inseparable interaction of the legal, economic and ecological spheres operating simultaneously on the environment and natural resources.

In this paper it is proved by means from official sources, the serious effects on the environment and natural resources, which demonstrates the weak protection of fundamental goods by the state institutions.

We postulate that this is because the state and institutions do not use the ius economic perspective.

In order to progress, find and propose solutions to the weakness of the current model it has been incorporated extra- legal tools from microeconomics to help us understand better the object we wish to regulate, which includes on one hand the behavior of individual and businesses and institutions who are strongly influenced by economic factors and on the other, the consequences of environmental damages that limit our development, growth and welfare.

The current architecture of law, based on legal positivism, has limitations to articulate an effective protection of the environment and natural resources. While neoclassical economics provides prediction, but its dependence on the market and artificial flow of savings and consumption is insufficient. This does not fit well enough to ensure that the law can provide efficient and effective protection of the environment and natural resources.

To overcome the weaker aspects, it is proposed the use of tools and concepts of ecological economics that incorporate natural factors besides their understanding of matter and energy flows that sustain the economic reality itself.

This paper proposes a different look to the traditional ones, for its emphasis on an interdisciplinary and systemic approach to study and understand our research problem which is of great interest and importance, as it relates to quality of life, level of social development, national competitiveness and the securing of vital resources such as water, food and suitable environmental conditions.

Key words: ius económic perspective, abduction, topic, legal argumentation, ecologic economy

Capítulo 1 INTRODUCCIÓN

1.1 **Presentación.**

El presente trabajo de investigación se inició al culminar mis estudios de doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos el año 2000. El proyecto de tesis fue aprobado en el año 2003.

Luego de varios años de seguir el tema ambiental en nuestro país y en el extranjero, la inquietud por la investigación doctoral nace de una observación empírica, pero con relevancia jurídica, a saber: si existe un marco constitucional, legal y administrativo bastante amplio para la tutela y protección del medio ambiente y los recursos naturales ¿qué explicaría los elevados niveles de contaminación y degradación del ambiente y los recursos naturales que se verifican día a día a lo largo y ancho de nuestro país?

Las interrogantes preliminares se enfocaron en determinar si el marco jurídico existente es el adecuado para la tutela efectiva del medio ambiente y los recursos naturales. La indagación se amplió hacia las causas posibles de la limitada eficacia y hasta total inoperancia del derecho y los organismos del estado, en proveer la tutela del medioambiente y los recursos naturales que la sociedad espera y demanda. Este camino llevó al autor a explorar las estructuras básicas del derecho, sostenidas sobre el positivismo jurídico, además a identificar factores extra jurídicos cuya influencia resulta determinante en cualquier intento de tutela eficaz del medioambiente y los recursos naturales por el derecho.

Dos son los principales factores que se incluyen en el análisis: en primer lugar los motivos, incentivos y razones de índole económica y en segundo lugar, las características propias de medio ambiente y los recursos naturales.

Las acciones e impactos sobre el medioambiente y los recursos naturales lo realizan personas, naturales y jurídicas, impulsadas por la necesidad de satisfacer apremios de energía, alimentos o materiales, de manera personal o para atender los crecientes mercados locales y globales.

El rápido y explosivo aumento de la población mundial acompañada del avance de la civilización demanda más y más alimentos, energía y materiales cuya extracción, procesamiento y uso genera a su vez residuos, efluentes y emanaciones que se incorporan al medioambiente que nos rodea, ya sea al suelo, agua o al aire.

El medioambiente tiene la capacidad de asimilar y procesar los residuos que se le vierten, pero esta no es infinita y llega a saturarse y dañarse de manera irreversible. De igual forma, los recursos naturales pueden agotarse, aún los llamados recursos renovables, cuando se excede la tasa natural de recuperación.

La naturaleza se rige por leyes, reglas y principios que son independientes de la voluntad del legislador humano, base de nuestro derecho. Por su parte la conducta humana, se mueve o actúa en general, siguiendo las normas del derecho, pero la motivación última excede a los alcances del derecho, pues son de origen económico.

Tenemos ante nosotros un cuadro que nos muestra relaciones problemáticas y la desconexión de los marcos creados por el hombre, es decir culturales y sociales, con la realidad ecológica que sigue su propia lógica. Se trata de tres esferas o ámbitos: el jurídico, el ambiental y el económico que están interrelacionados, pero que operan bajo regímenes distintos.

En la base están las personas y los ecosistemas presentes y futuros. Se hace necesaria una visión sistémica y multidisciplinaria que nos acerque mejor a la realidad actual... para ello proponemos la perspectiva iuseconómica.

1.2 Introducción.

Según el Ministerio del Ambiente (MINAM) "La calidad ambiental ha sido afectada por el desarrollo de actividades extractivas, productivas y de servicios, sin medidas adecuadas de manejo ambiental, una limitada ciudadanía ambiental y otras acciones que se reflejan en la contaminación del agua, aire y del suelo. Entre los graves problemas ambientales, sobresale el deterioro de la calidad del agua como uno de los problemas más graves del país. Entre sus principales causas están los vertimientos industriales y domésticos sin tratamientos (el 70% de los vertimientos domésticos no son tratados y sólo en Lima se vierten al menos 400 millones de m3/ anuales de aguas servidas al mar), así como el uso indiscriminado de agro químicos, de insumos químicos en la producción de drogas ilegales y en la minería ilegal. La contaminación del aire también presenta retos importantes, sobre todo en los lugares con alta concentración del parque automotor e industrias fuertemente impactantes. En las zonas rurales existen serios problemas de contaminación intra domiciliaria, sobre todo por las prácticas inadecuadas en el uso de la leña, la bosta y otros combustibles. Se estima que el 81% de residuos sólidos no son conducidos a rellenos sanitarios. En Lima se cuenta con 5 rellenos sanitarios y 6 en el resto del país, además de numerosos botaderos informales. Otros problemas relevantes incluyen la contaminación del aire en las ciudades y centros industriales, la contaminación de suelos por residuos tóxicos y relaves mineros, también el inadecuado manejo de los residuos peligrosos industriales y urbanos; y la existencia de un gran número de pasivos ambientales. "[1]

Según el MINAM: "Otra de las causas del deterioro ambiental en el Perú es la pobreza existente en los ámbitos urbanos y rurales, la cual ejerce presión sobre los recursos naturales y el ambiente e impacta sobre la salud y la calidad de vida. El acelerado y desorganizado crecimiento urbano está relacionado con los problemas vinculados a la pobreza rural, y que se manifiesta en severos problemas ambientales en las zonas urbanas, donde vive el 76% de la población peruana. Una adecuada gestión ambiental deberá tener entre sus objetivos contribuir a la superación de la pobreza y a mejorar las condiciones de vida de los más pobres."[2]

---

[1] Vide Política Nacional del Ambiente, fundamento N°4 , aprobado por DS 012-2009-MINAM

[2] Ibid. fundamento N° 8

De las dos citas del ente rector del medioambiente en el Perú claramente se desprende el alto contenido de factores económicos que condicionan la tutela del medioambiente, el Derecho no puede estar ajeno a esta realidad.

Al año 2000 se han deforestado más de 7 millones de hectáreas[3]. Esta tendencia no puede continuar, pues las consecuencias negativas para el bienestar y futuro del país son irreversibles y el Estado y el Derecho deben aplicar las medidas que sean necesarias para revertirla.

Entender la dinámica económica que impulsa la degradación del medioambiente y los recursos naturales, tanto desde el interior como del exterior del país, es de fundamental importancia para que la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado sea efectiva.

Consideramos que al entender y aplicar la perspectiva ius económica, se pueden usar las mismas fuerzas económicas para revertir el curso actual hacia un desarrollo más sostenible y eficiente.

Es necesario entender los beneficios que aporta el gran ecosistema de la Amazonia a toda la región y el mundo para lograr la retribución por los servicios eco sistémicos que día a día contribuye nuestro país a la estabilidad del clima regional y global, la captura del dióxido de carbono, producción de lluvias que recargan los ríos, la protección de los suelos y la biodiversidad, etc.

Ciertamente la inversión en proyectos productivos y de infraestructura ha probado ser el principal motor de nuestra economía, pero esta debe de entenderse y cualificarse para estimular las inversiones ambientalmente adecuadas.

Se ha acreditado por diferentes medios el gran potencial de recursos naturales y servicios eco sistémicos, el necesario siguiente paso es buscar la verdadera valoración

[3] INEI (2012). Perú compendio estadístico 2012- edición de bolsillo. Pg. 24. Fuente: Ministerio de agricultura MINAG

y la inclusión de lo que tenemos como activos, en el desarrollo sostenible de nuestro país.

Todos los grandes planes y expectativas de desarrollo y bienestar no serán posibles si no se reforma la educación con contenidos coherentes con lo que se quiere y propone, con una visión de sostenibilidad.

En este trabajo se reconoce la necesidad de la efectividad y eficacia de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales por el Estado. La formulación de las Políticas públicas requieren una visión multi disciplinaria y trasversal – el Derecho no puede actuar solo. Esto implica el uso de herramientas de planificación y gestión ambiental como la evaluación de impacto ambiental EIA, la zonificación económica ecológica ZEE y el ordenamiento territorial OT.

Con el propósito de avanzar, encontrar y proponer soluciones a la debilidad del modelo actual, se ha incorporado instrumentos extra jurídicos, de la microeconomía para ayudarnos a entender mejor al objeto a regular, que incluye por un lado las conductas de personas naturales y jurídicas que están fuertemente influenciadas por factores económicos, y por otro la magnitud de los daños ambientales causados que limitan nuestro desarrollo, crecimiento y bienestar.

La actual arquitectura del Derecho, basada en el positivismo jurídico, tiene limitaciones para articular una tutela efectiva del medioambiente y los recursos naturales. Si bien la economía neoclásica aporta la predicción, pero su dependencia del mercado y el flujo artificial de ahorros y consumos la hace insuficiente. Esta no calza lo suficientemente bien para satisfacer y suministrar lo necesario para que el Derecho pueda proveer la tutela eficaz y efectiva, del medioambiente y los recursos naturales.

Con el propósito de superar los aspectos más débiles, se ha propuesto el uso de herramientas y conceptos de la economía ecológica por su incorporación de factores naturales y del entendimiento de los flujos de materia y energía que sustentan la propia realidad económica.

Este trabajo propone una mirada distinta al tradicional por su énfasis en un enfoque interdisciplinario y sistémico.

Capítulo 2 El problema de investigación

El presente capitulo tiene por objetivo presentar el problema de investigación, mostrar el proceso de la formulación de la hipótesis, sus componentes, la delimitación del tema, sus elementos, y describir la metodología que se seguirá.

2.0 El problema de investigación.

Partiendo de la observación y análisis profundo de los datos de la realidad del medioambiente y los recursos naturales que consigna la información oficial, se ha formulado la hipótesis y el problema de investigación que busca desentrañar y dilucidar las causas de la pobre e ineficaz tutela del medioambiente por el Estado. Consideramos que es necesario determinar la incidencia de factores que subyascen en la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado. Estudiar y entender dicho problema es de gran actualidad e importancia por su relación con la calidad de vida, nivel de desarrollo social, competitividad nacional y aseguramiento de los recursos vitales como el agua, los alimentos y condiciones ambientales adecuadas.

A diario en todo el país, en cualquier región, municipio o distrito, se comprueban serias agresiones al entorno de vida- nuestro medio ambiente- así como la depredación o uso irracional de los recursos naturales- todo lo cual está registrado y acreditado en fuentes oficiales del estado, entre las que figuran: INEI, MP, DP, MINAM, DIGESA, Policía Ecológica, etc. entidades que velan por nuestra salud y seguridad. Nos surge entonces la pregunta y preocupación ¿si el Estado, a través del ordenamiento jurídico dispone de los instrumentos normativos legales y administrativos según se verifica en el gran número de normas para la protección del medioambiente y los recursos naturales, además de instituciones y dependencias, que están obligadas por el mandato constitucional a la tutela efectiva del derecho de todos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, y proteger los recursos naturales, patrimonio de la nación, ¿porqué se constata tan débil tutela y bajo nivel de acatamiento? ¿Se puede ofrecer

propuestas para entender mejor las causas y relaciones subyacentes y alcanzar la mejoría y solución?

Desde el presente trabajo se pretende dar respuesta a dichas preguntas.

2.1 Antecedentes

El investigador de este trabajo desarrolló su interés en la materia ambiental desde 1998 en circunstancias en la que participó como delegado en la Cuarta Cumbre mundial de la Convención Marco de la Convención de Cambio Climático de las Naciones Unidas, COP4, realizada en la ciudad de Buenos Aires. Previa a esa experiencia había seguido con interés el proceso de la Cumbre Mundial de Medioambiente, realizada en Rio de Janeiro en 1992. Además de la sensibilización personal por los graves desastres ecológicos causados por acciones antropogénicas, sentidas de manera cercana durante su permanencia en los EEUU durante esos años, tales como la emanación de carcinógenos del botadero de productos químicos de Love Canal,[4] la explosión de Bhopal[5], Chernobyl[6] o el derrame de petróleo del Exxon Valdez[7] en Alaska, entre otras; condiciones críticas que ayudaron a forjar en el autor una mayor conciencia y atención a la prevención y protección ambiental.

En nuestro país, el reconocimiento del derecho a un medioambiente adecuado consagrado en la Carta Política de 1993 y la creación del Consejo Nacional del Ambiente en 1994, entidad con la que el investigador colaboró desde 1998, afirmaron su interés y preocupación en buscar respuestas a las interrogantes respecto de los hechos y agravios contra el medioambiente y los recursos naturales, visibles por doquier, en nuestro país; mientras que se acrecienta la cantidad de normas para su protección y tutela. Para el investigador, hay una clara dicotomía entre la realidad física y ecológica que se pretende tutelar y la "realidad cultural, formal y estatal" de

[4] 1978. Emanaciones de gases y efluentes cancerígenos del suelo de botadero de residuos tóxicos, que luego fue empleado para una urbanización y escuelas, en Localidad de NY
[5] 1984 explosión en planta de fertilizantes que produjo la emisión de gases venenosos, en Bhopal, India
[6] 1986 explosión de reactor nuclear de planta de generación de energía eléctrica cerca a Kiev, Ucrania
[7] 1989 vertimiento de Alaska

las normas positivas, algunas de las cuales no ocultan su sesgo de servir a intereses netamente económicos o sectoriales.

A pesar de la existencia de una nutrida legislación ambiental, muchos hechos públicos y notorios[8] muestran la débil tutela del medioambiente y recursos naturales por el Estado. A manera de ilustración, de ninguna manera exhaustiva, se presenta la siguiente lista[9]:

- El derrame de mercurio[10] de actividad minera en la localidad de Choropampa[11], Cajamarca. Este fue un accidente debido a la impericia y negligencia del conductor, bajo difíciles y precarias condiciones del terreno. Lo que se discute y cuestiona es la respuesta y reacción de las autoridades ambientales y municipales ante el derrame tóxico que ocasionó graves daños a toda la población.
- Elevada contaminación del Aire por las emanaciones tóxicas del complejo minero metalúrgico en la ciudad de la Oroya.
- Elevada contaminación del Aire por las partículas de Plomo en el puerto del Callao.
- Extendida deforestación y contaminación del aire, suelos y agua por la minería ilegal en Madre de Dios.
- Elevada contaminación del Aire por las emisiones de humos de la combustión de motores de vehículos del transporte público y privado, en las principales avenidas y arterias viales urbanas.
- Contaminación por hidrocarburos y efluentes de perforación de las aguas, suelos y aire de las cuencas de ríos amazónicos como el Ucayali, Corrientes, Huallaga, Pastaza y otros.
- Contaminación de ríos, lagunas y quebradas andinas por aguas ácidas y relaves mineros

[8] Hechos de interés y relevancia ambiental ocurridos en nuestro país.

[9] Lista compilada por el autor de su experiencia directa en diferentes regiones del país desde 1998 y la información oficial pública de los organismos del estado.

[10] Insumo químico de la minería altamente tóxico de gran persistencia, permanece en los tejidos humanos, causando grave daños al sistema neurológico central.

[11] Se produjo el derrame de mercurio en dicha localidad, se han acreditado miles de afectados con secuelas y efectos nocivos que se verifican 15 años después (2012). Fuente: Defensoría del Pueblo

- Tala ilegal y degradación ambiental por la minería informal en zonas aluviales.
- Pérdidas económicas por degradación ambiental, reflejada en los daños a la salud de la población, la baja productividad y competitividad.
- Intrusión marina en los acuíferos y napas freáticas en la Yarada, Tacna o Viyacurí, Pisco, entre otros. Se produce el consumo incontrolado, que además de agotar las reservas de agua, propicia la intrusión de agua salada, con el mismo efecto de un gran vertimiento intencional de sales o tóxicos.
- Acumulación de residuos sólidos en botaderos que producen la contaminación del aire, suelos y aguas; configurándose un tipo de daño continuado.
- Emisiones tóxicas y contaminantes a la atmósfera por las industrias en las principales ciudades.
- Vertimientos de efluentes tóxicos a cuerpos de agua y el suelo, por las industrias
- Actividades informales mal reguladas por el Estado, en el transporte, la tala, la pesca, la minería, la disposición de residuos hospitalarios, entre otros.
- Cambios de uso del suelo en todo el país, con mínima o nula planificación, regulación o empleo de criterios técnicos.

No se puede negar que en muchos casos la motivación detrás de conductas dañinas o contaminantes al medioambiente están impulsadas por razones de supervivencia, sin embargo, dichas razones caen en la esfera de control y regulación del Estado, cuyas instituciones deben de realizar las acciones pertinentes, pues de no actuar se pone en riesgo la salud y condiciones de vida de la sociedad, en el momento actual y a futuro.

La importancia del tema motivo de la presente investigación, es la indagación científica sobre los verdaderos fines del Estado, expresados en la Carta Política: la base de las condiciones de vida, la dignidad de las personas, la seguridad, etc.; que están íntimamente relacionadas a su vez con la estabilidad del ecosistema. Esta razón, es suficiente justificación para tratar este problema.

2.2 Estado de la cuestión.

El enfoque que adopta es trabajo es único en lo que respecta a su abordaje multidisciplinario, el uso del razonamiento abductivo y la argumentación jurídica.

La tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado no ha sido trabajada desde la perspectiva propuesta.

De una extensa revisión de la literatura nacional, de las diferentes disciplinas que se tratan en el presente trabajo, que incluyen el Derecho, la Economía y la Ecología, que cubre un periodo de tiempo que abarca más de medio siglo, se puede concluir en la siguiente situación:

1° El Derecho tiene como principal referente al positivismo jurídico. El Ordenamiento se basa y sustenta en la Ley.

2° La Economía tiene como su más difundida expresión a la economía neoclásica, la cual es la corriente dominante en el Estado y las instituciones.

3° La Ecología convencional es fundamentalmente antropocéntrica. Esta es la visión dominante en la doctrina y en las instituciones del Estado.

2.3 Fuentes.

Las fuentes que se han usado para el desarrollo del presente trabajo son principalmente oficiales, publicaciones de organismos del Estado que incluyen informes, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional, normas legales, etc.- además de constataciones in-situ, a lo largo y ancho del territorio nacional, recabando información de fuentes primarias que incluye a pobladores, empresarios, y autoridades locales, así como la práctica docente del dictado del curso Legislación Ambiental, en escuelas de posgrado en todas las regiones naturales de nuestro país, labor desarrollada desde el año 2000.

Toda la información fáctica de fuentes oficiales, se rigen por los principios de publicidad y presunción de veracidad, del que gozan las entidades del Estado, así tenemos:

- Documentos, informes y publicaciones oficiales de los sectores e instituciones del Estado.
- La doctrina que se difunde en las facultades de Derecho y que está en los estantes de las bibliotecas e instituciones.
- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional
- Jurisprudencia comparada.
- Portales y páginas web de organismos oficiales.
- Investigaciones de campo y doctrina de derecho ambiental, derecho de daños, teoría económica ecológica, ecología publicada por las principales y acreditadas instituciones científicas y académicas.

2.4 Definición y contornos

En el presente trabajo nos referimos de manera principal a la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, pero también se incorporan instancias y mecanismos de tutela empleados en el ámbito privado de las empresas, asociaciones y particulares. En consecuencia, para la definición operativa se ha empleado las respuestas a las siguientes preguntas:

- ¿Qué se entiende por tutela?
- ¿Qué se quiere tutelar?
- ¿Cómo?
- ¿Por qué?
- ¿Cuál es el nivel de eficacia?

Se ha tenido en cuenta para fijar el contorno y delimitación, a los siguientes conceptos:

- Bienes fundamentales- valores inestimables reconocidos constitucionalmente.
- El desarrollo sostenible, como un tipo y modelo de desarrollo económico y social que tiene en cuenta el bienestar, condiciones y recursos para las generaciones presentes y las futuras.
- La economía social de mercado, vigente en nuestro país, según se consagra en el Art. 58° constitucional.

2.5 Formulación del problema de investigación:

2.5.1 R. ***Los resultados que se constatan en la realidad muestran la débil tutela del medio ambiente y los recursos naturales por el Estado***

2.5.2 H.: ***La tutela del medio ambiente por el Estado, es débil y poco efectiva porque adolece de una perspectiva ius económica***

2.5.3 Como se verifica R, es posible H

Hipótesis:

La tutela del medio ambiente por el Estado, es débil y poco efectiva porque adolece de una perspectiva ius económica, de probada efectividad y potencia predictiva, para entender mejor la problemática ambiental y así proteger eficazmente los bienes fundamentales.

2.6 Objetivos

2.6.1 Objetivo general

Analizar y determinar la incidencia de factores subyacentes en la débil y pobre tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

2.6.2 Objetivos particulares y específicos:

1. Identificar aspectos referidos a la protección del medioambiente y los recursos naturales por el Estado teniendo en cuenta factores económicos y ecológicos.
2. Identificar el instituto de la tutela aplicado a los Bienes Fundamentales entendidos como el medioambiente y los recursos naturales
3. Determinar la debilidad y limitaciones de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales por el Estado, por la influencia de factores subyacentes de índole económica y ecológica.
4. Determinar el desarrollo sostenible como la caracterización de un tipo y modelo de desarrollo social y económico que tiene en cuenta el bienestar, condiciones de vida y recursos de las generaciones presentes, pero también para las generaciones futuras.
5. Proponer acciones que debe de realizar el Estado, a través de sus órganos y poderes, teniendo en cuenta factores económicos, dentro de la economía social de mercado, para lograr la tutela efectiva del medioambiente y los recursos naturales.
6. Proponer reforma constitucional y legal para fortalecer la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, teniendo en cuenta los beneficios y aportes de reconocer e incorporar los factores económicos y ecológicos.
7. Proponer medidas e instrumentos para fortalecer el control ciudadano en la aplicación de la legislación ambiental, por los agentes del Estado, particulares y empresas.

2.7 Elementos que se han tomado en cuenta

a. El ecosistema como sustento para la vida y el resultado de la Evaluación del Milenio por las Naciones Unidas.
b. Estabilidad del ecosistema como deber del Estado.
c. Conductas y tendencias sociales.
d. La realidad económica de nuestro país.
e. Principales problemas ambientales que el Estado debe de resolver: eg. Contaminación del aire, agua y suelos por la acumulación de residuos sólidos, control de los vertimientos tóxicos, depredación de bosques,

playas y el mar, conductas y acciones contaminantes de actores públicos y privados con poco control y regulación estatal.

f. El rol de participación ciudadana como complementaria en la fiscalización del cumplimiento de la legislación ambiental vigente.- Ejemplos de la legislación comparada.
g. El derecho actual y sus normas positivas, su aplicación al ámbito administrativo.
h. La economía neoclásica con su lógica de mercado, para la gestión y protección del medioambiente y los recursos naturales. Deficiencias y debilidades.
i. Aportes de la economía ecológica.
j. Diferentes visiones del medioambiente y los recursos naturales. La visión antropocéntrica imperante y la visión eco céntrica más cercana a la realidad.
k. La Carta de Bienes Fundamentales[12] como referente necesario en la actualización del marco constitucional, para su protección al más alto nivel.
l. Alternativas viables y sostenibles a las actividades ilegales como tala, minería y cultivo de narcóticos.
m. Uso de tecnologías asequibles para el control del territorio y actividades ilegales.
n. Mayor difusión e información de buenas prácticas ambientales y de participación ciudadana a todo nivel.

2.8 Metodología

[12] Propuesta por Luigui Ferrajoli. Cfr. La crisis de la democracia en la era de la globalización. En: Anales de la Cátedra Francisco Suarez, 39 (2005) pgs. 37 -51. Universidad de Granada

El presente trabajo es una investigación cualitativa libre. Trata aspectos de la dogmática jurídica y revisa aspectos doctrinales importantes, busca la actualización del marco jurídico mediante la incorporación de elementos ius económicos, para afrontar los retos y desafíos que presenta la reducida eficacia de la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, consecuentemente, se inserta en la compleja realidad de la problemática ambiental en nuestro país.

Se ha elegido la perspectiva ius económica, como una mirada alternativa que recoge los intereses y realidades que gobiernan las conductas de actores individuales y colectivos, respecto al uso y abuso del medioambiente y los recursos naturales. Recordemos que la regulación de los recursos naturales está comprendida en la sección del régimen económico de la Carta Política, además hay la percepción generalizada que la motivación económica está detrás de la contaminación y degradación ambiental. Además, que son razones económicas las que priman en muchas decisiones políticas, empresariales y sectoriales. La Economía como ciencia, ofrece herramientas conceptuales y una metodología que permite predecir el impacto de conductas sociales, que pueden ser depredadoras o contaminadoras, así como de las acciones gubernamentales en la forma de normas legales y administrativas, en nuestro caso de la legislación ambiental, diseñadas para proteger el medio ambiente y los recursos naturales pero que además puedan tener efectos sobre el tejido social y el entorno económico.

El marco de acción económica, tanto de los actores públicos como privados, lo define el Art. 58° constitucional, que ordena y guía a nuestra economía como una economía social de mercado.

Debido a la complejidad del objeto de estudio, que incluye: el enfoque material, los presupuestos procesales, las interrelaciones con otras disciplinas y la prevalencia de paradigmas contrapuestos. Se sigue el siguiente esquema:

1. Búsqueda de la verdad y el conocimiento por el método científico mediante deducción e inferencia

2. Visión sistémica multidisciplinaria
3. Razonamiento abductivo

La hipótesis de la presente investigación se propone a la luz del concepto de abducción, definido por Peirce como: "Abducción es el proceso por el que se forma una hipótesis explicativa. Es la única operación lógica que introduce una idea nueva."[13] Así para Peirce, "…abducción (…) consiste en examinar una masa de hechos y en permitir que estos hechos sugieran una teoría."[14] Es menester recordar, que la abducción forma parte del proceso de descubrimiento.

El método del razonamiento abductivo aplicado a nuestro problema de investigación sigue las siguientes etapas:

1. R: Se observa, verifica y constata en la realidad la grave debilidad en la aplicación de la tutela del medioambiente por el Estado, lo cual se materializa en deficiencias e incumplimientos de la legislación ambiental que deviene en depredación y contaminación.
2. Si H no fuera verdadero, no se darían esos malos resultados.
3. Se da R, hay razón para presumir que H es verdadero.

La abducción nos da la posibilidad de alcanzar nuevas perspectivas, nuevos modos de percepción y nuevas hipótesis. La abducción se puede considerar como un heurístico que sigue el modus ponens donde se combinan reglas y hechos.

El razonamiento abductivo que es la esencia del proceso de descubrimiento se emplea en el ámbito jurídico del proceso penal e investigación criminal[15] y en la argumentación jurídica, según los trabajos de Alexy[16], recogidos por el profesor

[13] Peirce, C.S Collected Papers of Charles Sanders Peirce (CP) Vol. 1-2. 1965. (CP8.209 1903)
[14] Ibid, (CP 5.171-173 1903)
[15] Harman 1965
[16] Cfr. Walton, Douglas. Abductive Reasoning. Tuscaloosa: U. Alabama Press. 2004 pgs. 98-99

Walton, estudioso de la abducción. Walton, en un trabajo anterior[17] informa que los argumentos abductivos son comúnmente usados como evidencia en litigación.

Adicionalmente, se ha elegido el método de la argumentación jurídica, para abordar los diferentes argumentos y justificaciones que obstaculizan la eficiente aplicación de la tutela del medioambiente y buscar propuestas plausibles y viables, esto incluye una visión tópica y el razonamiento abductivo. También se emplean criterios de ponderación como la llamada "rule of reason"[18], para encontrar soluciones que enriquezcan el Derecho y el ordenamiento ambiental nacional[19], para que este oriente hacia el desarrollo sostenible, que atraiga inversiones de calidad y sostengan el bienestar de la población. Un manejo gubernamental con criterios de sostenibilidad, balance de energías y residuos, dentro de un marco de transparencia y participación ciudadana efectiva fortalece la tutela del medioambiente, y permiten gozar de un ambiente adecuado, que asegure las condiciones de vida, paz y prosperidad para las generaciones actuales y futuras.

[17] Walton, Douglas. Abductive, presuntive and plausible arguments. EN: Informal Logic Vol 21, N°2 (2001) pp 142.

[18] Rule of reason, doctrina jurídica del derecho americano, usado en la interpretación de la legislación antimonopolio que operó dentro del derecho económico de dicho país. Reconoce la importancia de una interpretación más flexible favorable al bien común de prácticas que están en el límite de la legalidad, sin desatender las legítimas expectativas de ambas partes, ha sido adoptada también por la Unión Europea.

[19] En este punto consideramos adecuado la disposición de reducir el nivel de multas impuestas por el organismo de evaluación y fiscalización ambiental OEFA, porque estas se habían elevado a tal punto que causaban dificultades a las empresas afectando inclusive su viabilidad empresarial.

Capítulo 3 Marco Teórico

El marco teórico para el presente trabajo de investigación está organizado a partir del eje central de la tutela jurídica del medio ambiente. El haber elegido la perspectiva ius económica-PIE, nos lleva a incluir los elementos pertinentes de la Economía que se suman al Derecho y la Ecología, para así pasar revista a las teorías y conceptos que informarán a toda la investigación.

3.1 Marco histórico

3.1.1 ¿Desde cuándo se dan las circunstancias y condiciones?

Las ideas que recogen la necesidad de la protección del medioambiente y recursos naturales están presentes en todas las culturas y civilizaciones[20]. Así, las que provienen de la cultura occidental Grecia, Roma y España que forman la base de nuestra civilización, están diseminadas en nuestro acervo cultural y jurídico, pues hemos recogido esos aportes. En nuestro caso, también está presente el aporte de las culturas andinas y amazónicas, si bien sin ningún registro escrito conocido, pero que están preservados en las costumbres y prácticas culturales, muy ligadas a la pachamama y la sostenibilidad.

Para efectos de centrar nuestra discusión y estudio se toma en cuenta la consolidación de la idea de protección del medioambiente y los recursos naturales que aparece en Europa y los EE.UU. de América en los años 60 del siglo 20, un movimiento de intelectuales que avanza hasta la realización de la Cumbre de la Tierra convocada por las Naciones Unidas en Estocolmo en junio de 1972, el cual le da un importante impulso mundial. En nuestro país se recoge en círculos de intelectuales y académicos hasta hacer su ingreso institucional a través del Instituto Nacional de Planificación INP. Su consolidación se inicia en mediados de los años 80 y tiene un primer hito en setiembre de 1990 con la promulgación del Código del Medioambiente y los Recursos Naturales.

[20] Es un tema recurrente que está inscrito en los antiguos códigos como el de Manu o el de Hamurabi.

La degradación ambiental y depredación de recursos naturales no es un fenómeno reciente en nuestro país, tiene una secuela histórica que viene de épocas coloniales. Casos como la explotación de las minas de Hualgayoc[21] con su legado de explotación y contaminación, continúa con la visión mercantilista que pervive en las prácticas de empresarios e instituciones actuales.

La pobreza extrema, que todavía persiste en pleno siglo 21, con sus necesidades impostergables, es un factor que incide y exacerba la degradación ambiental y contaminación, debido a sus prácticas movidas por la supervivencia.

La depredación de recursos naturales únicos, como la quinina o el palo rosa o exterminio de especies como la chinchilla, tienen su explicación en múltiples factores como: la demanda de mercados extranjeros, el débil o pobre control por el Estado, la pobreza extrema, la falta de conciencia y conocimiento de la ciudadanía y efectos de la corrupción de funcionarios, entre otros, es decir de orden fáctico, epistemológico y cultural.

El accionar de empresas, tanto nacionales como extranjeras, con conductas depredadoras en actividades extractivas como la minería, en respuesta al repunte de la demanda de cobre, oro y plata, etc., han contado con el respaldo de los gobiernos y la sociedad en general, que con una visión de corto plazo privilegia el ingreso de la inversión privada y ganancias rápidas minimizando la prevención, y los graves impactos al medioambiente y la salud pública, consecuencia de los efectos nocivos de largo plazo, que deja la contaminación. Situación que se verifica también en la explotación de los hidrocarburos: gas y petróleo.

La extracción forestal y la pesca industrial evidencian igualmente el mismo tipo de conductas depredadoras.

3.1.2 ¿Qué se ve desde los ámbitos jurídico, económico, ecológico?

El impacto de los efectos de la degradación y contaminación ambiental se siente en todos los espacios y ha tenido una respuesta desde los ámbitos jurídico, económico y ecológico.

[21] El cronista español Joaquín Ramón de Iturralde hace referencia de esta mina en 1772.

La percepción occidental, que los recursos naturales son inagotables, es una visión bastante limitada que ha sido ya superada. Hoy en día con mayor y mejor conocimiento de la irreversibilidad y gravedad del daño ambiental, se ha sensibilizado e impulsado un mayor interés por la participación de más sectores preocupados. Sin embargo, las crecientes necesidades del desarrollo civilizatorio y el crecimiento demográfico, bajo el modelo de alto consumo de materiales y energías, acompañado de la creciente generación de residuos, imponen fuertes presiones sobre los recursos, que han sido llevados, en muchos casos, al borde de extinción; también la capacidad de asimilación y depuración natural de los residuos se ha visto en muchos casos saturada y rebasada por los excesos de los administrados y la falta o débil control de la administración estatal.

Tanto en los ámbitos jurídico, económico y ecológico, se han discutido, analizado y propuesto respuestas, que no son suficientes, como lo demuestra el estado actual de cosas.

Desde el ámbito jurídico se reconoce que un ambiente adecuado es necesario para la protección de la vida, lo cual da contenido a los derechos humanos, e imponen su protección y cumplimiento.

Una visión económica coherente reconoce las oportunidades de la reducción de los sobrecostos causados por la contaminación, tanto en la salud y productividad de los consumidores debido a que los costos de la prevención de daños y conflictos socio-ambientales son menores que la posterior reparación.

Desde la perspectiva ecológica se entiende que el paradigma antropocéntrico, de alto consumo y generación de residuos, no es sostenible en el largo plazo.

3.1.3 ¿Quiénes son los principales actores?

- El Estado
- Agentes de actividades extractivas de recursos naturales
- comunidades
- empresas
- instituciones académicas y de investigación
- asociaciones y colectivos sociales

- los consumidores y administrados
- medios de comunicación social

En las etapas iniciales el actor estatal ha tenido la iniciativa y la responsabilidad de las medidas de protección y regulación del uso de los recursos naturales. Con el tiempo, debido a la importancia e implicancias transfronterizas de la contaminación del medioambiente se ha desarrollado una presencia institucional no estatal, principalmente dentro del marco de las Naciones Unidas, así como la conformación de asociaciones y organizaciones no gubernamentales- ONG´s especializadas.

En Europa el Convenio de Aarhus[22] de 1998 sobre participación ciudadana, marca un importante hito al reforzar el acceso a la información y la participación del público en la toma de decisiones en asuntos relacionados a la protección del medioambiente y los recursos naturales, además da medidas que facilitan el acceso a la justicia ambiental.

3.2 Marco filosófico

3.2.1. Aspectos y dimensiones éticas, morales, espirituales

Si bien el presente trabajo tiene la mirada puesta en la dimensión económica, es innegable que entre los fundamentos teóricos se incluya la interrelación e influencia de la ética. "La relación entre ética y economía es tan vieja como la disciplina misma. (…) … la postulación de leyes para el movimiento de la economía, como si esta fuera una ciencia física más, no ha podido superar los desafíos de la interdependencia ni el hecho de que sus autores y hermeneutas son actores, de las que las comunidades conjeturan al igual que los individuos y que su real o supuesta racionalidad optimizadora está siempre mediada por experiencias históricas, el cambio incesante de estructuras y relaciones sociales y por el uso abierto o simulado del poder de unos grupos o personas para alterar o modular, o aprovechar, los gustos y las necesidades, así como los frutos del esfuerzo colectivo (el consumo, el trabajo, el ahorro, la

[22] El Convenio de Aarhus firmada el 25 de junio de 1998 en la ciudad danesa de Aarhus. Entró en vigor el 30 de octubre de 2001. Ha sido suscrito por la Comunidad Europea y países de Asia Central. Reconoce los derechos públicos observando el acceso a la información, a la participación pública y al acceso a la justicia, en los procesos de toma de decisiones gubernamentales en materias que afecten al medio ambiente local, nacional o transfronterizo. Busca la interacción entre las autoridades y administrados.

inversión) que da sentido al quehacer económico. (…)… desde muy diversos miradores, el dilema entre la eficiencia y equidad, entre acumulación y distribución y crecimiento económico, es portador de mensajes y demandas de clara índole ética."[23]

Es innegable el impacto del mercado en la vida social y el medioambiente: "… la expansión del sistema de mercado creó la tragedia de los espacios colectivos al debilitar las formas tradicionales de relaciones sociales… (…) la reconstrucción de estructuras sociales (…) combinada con la difusión de una ética ambientalista… es el ingrediente esencial de una política eficaz del medioambiente."[24]

La urgente protección de la vida y las condiciones que la hacen posible, así como la afirmación de la dignidad de las personas, han orientado la mirada hacia la necesidad de examinar las condiciones del medioambiente y los recursos naturales. Esto debido a su impacto e influencia sobre la vida, en la dimensión física, pero también en la espiritual. En ese sentido, para mejor entender las condiciones que el medioambiente adecuado ofrece para el desarrollo de la vida: "… la norma ética más fundamental nos remite al primer principio de la ley natural o razón práctica: 'Haz el bien, evita el mal'."[25]

Citando a Aristóteles: "… hemos de actuar de acuerdo con la recta razón (…) se debe de elegir el término medio, y no el exceso ni el defecto, y… el término medio es tal cual la recta razón dice..."[26] recordemos que: "Las bases de la ética de Aristóteles se apoyan en la metafísica. Se parte de la idea de que lo que las cosas son, reside en su esencia o naturaleza."[27]

La bioética como disciplina interactúa con diferentes disciplinas. "La filosofía es solo una de las varias disciplinas que configuran la bioética. Esta no es una rama aplicada de la filosofía moral, ni tampoco de la medicina…"[28] . Acudimos a la bioética en busca de una mirada amplia "… la bioética se propone (también) la reflexión sobre la

---

[23] Cordera Campos, Rolando. La bioética pregunta y la economía política responde. En: González Valenzuela, Juliana, Coordinadora. Perspectiva de Bioética. México DF: Fondo de cultura económica. 2008 p. 260

[24] Victor, Peter A. La economía y el desafío de los problemas ambientales. En: Daly, Herman E. (compilador) Economía, ecología, ética. México DF: FCE 1989 pg. 215

[25] Aparici Miralles, Ángela. Deontología jurídica. Bogotá: Ibañez. 2001 pg. 65

[26] Aparici Miralles op. Cit. pg 65

[27] Ibid pg 64

[28] González Valenzuela, Juliana. Introducción. En: González Valenzuela, Juliana, Coordinadora. Perspectiva de Bioética. México DF: Fondo de cultura económica. 2008 pg. 15

necesidad de preparar normas morales y jurídicas que puedan garantizar la supervivencia de la especie humana…"[29]. El creador de la bioética Van Rensselaer Potter[30] buscó vincular lo científico con la ética: "Potter quiso asociar el conjunto de la esfera científica a las reflexiones éticas que el progreso, con su cortejo de buenas y malas novedades, hace necesarias."[31]

La bioética tiene también especial cercanía con el derecho "… hay quien sostiene que entre el derecho y la bioética existe una *conexión de tipo metodológico, pues también en el derecho se presentan conflictos entre principios que hay que resolver mediante su ponderación.*"[32]

Desde la dimensión moral, la explotación irracional de los recursos naturales y las conductas contaminantes que privilegian el lucro individual son reprochables, ya que estas se llevan a cabo sin la debida consideración a otras formas de vida que coexisten con nosotros los humanos y contribuyen a la estabilidad y equilibrio del ecosistema.

3.2.2 Principales escuelas y corrientes

Las tres grandes disciplinas que convergen en el presente trabajo muestran diferentes matices y corrientes. Este trabajo se nutre de los conocimientos, experiencias y métodos de consolidadas escuelas de las diferentes ramas que aportan ideas recogidas por –la epistemología y la metodología, que se aplican en el campo del derecho, en la economía y en lo ecológico, además de los aspectos lógicos y estructurales.

Desde el ***pensamiento jurídico,*** la tutela de medioambiente y los recursos naturales implica tratar con elementos extrajurídicos y de las ciencias naturales "… aquello que nos parecía en sus orígenes un problema de carácter puramente biológico (…) va a tener una regulación jurídica y se va a convertir en un problema jurídico"[33] . Nos queda claro que "… tarde o temprano, todos (estos problemas) se van a presentar en (…) el mundo del derecho"[34] .

---

[29] Cordera Campos Op. cit. pg. 68

[30] Van Rensselaer Potter, científico social americano es considerado el fundador de la bioética.

[31] Poisson, J.F. Bioética ¿El hombre contra el hombre? Madrid: RIALP. 2009 pg. 59

[32] De Lora, Pablo y Gascón, Marina. Bioética. Principios, desafíos, debates. Madrid: Alianza. 2008. pg. 53

[33] Cossio, José Ramón. Bioética y derecho. En: González Valenzuela, Juliana, Coordinadora. Perspectiva de Bioética. México DF: Fondo de cultura económica. 2008 pg. 299

[34] Cossio op. Cit pg 299

En la tutela del medioambiente y los recursos naturales, por el estado, el objeto a regular tiene una naturaleza dinámica y compleja. "El problema (…) es una tensión entre un derecho que trata de fotografiar (…) fenómenos sociales y otro que trata de generar ciertos tipos de incentivos (…) con el fin de que la sociedad se comporte en una determinada línea y genere un determinado tipo de actividades"[35].

Nos dice Ihering: "Es (…) necesario para que la voluntad obre, una razón suficiente, una causa."[36] Añade, "… la causa final es la única razón psicológica de la voluntad."[37]

Para Cass Sustein: "… well-functioning constitutional orders try to solve problems, including problems of deliberative trouble, through reaching incompletely theorized agreements." "… incompletely theorized agreements involve concrete outcomes rather than abstractions; people can agree that certain practice is constitutional or is not constitutional, even when the theories that underlie their judgments sharply diverge."[38]

El profesor Ricardo Guastini reconoce la directa protección de los derechos reconocidos constitucionalmente: "… resulta ya una opinión ampliamente consolidada- en doctrina y en jurisprudencia- que la constitución es susceptible de aplicación también por parte de los órganos jurisdiccionales comunes."[39] Guastini, citando a Zagrebelsky "Cuando la estructura de la norma constitucional es suficientemente completa como para valer como regla de casos concretos, ella debe de ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, sean ellos jueces, la administración pública, los privados."[40]

El jurista americano Richard Posner, reconoce la estructura racional del derecho: "The requirement that law must treat equals equally is another way of saying that the law must have a rational structure… "[41] además que debe de ser regulado por el Estado: "Law as a system for altering incentives and thus regulating behaviour must also be public."[42] Posner tiene la "… convicción de que la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales, pensando al mismo

[35] Cossio ibid. pg. 300
[36] Von Ihering, Rudolf. El fin en el derecho. Buenos Aires: Omeba. 1960 pg. 7
[37] Von Ihering, Op. Cit pg. 8
[38] Sustein, Cass R. Designing Democracy. New York: Oxford. 2001 pg. 50
[39] Guastini, Ricardo. Lecciones de la teoría del derecho y del estado. Lima: Comunitas 2010 pg. 405
[40] Guastini, Ricardo. Op. Cit. pg. 405
[41] Posner, Richard A. The economics of justice. Cambridge: Harvard Press. 1981 pg. 75
[42] Posner, Richard. A. op. cit. pg. 75

tiempo que los juristas y los estudiantes de derecho (incluso los más brillantes) tienen dificultades para relacionar los principios económicos con los problemas legales concretos."[43]

Una corriente importante para entender la interrelación entre del derecho y la economía es el del Análisis económico del Derecho. Posner entiende y parte de que "… {el} hombre como un maximizador racional de su interés propio conlleva que las personas respondan a ciertos incentivos (que si cambian los circunstancias de un individuo de tal modo que pueda incrementar sus satisfacciones modificando su comportamiento, el individuo en cuestión lo hará)."[44]

Para Javier Ibáñez Jiménez, el AED implica: "… el estudio de cómo el derecho se va conformando por modelizaciones, opciones y restricciones económicas así públicas como privadas."[45] Este autor, cita a uno de los principales propulsores de este enfoque, el juez Guido Calabresi: "… en la práctica contemporánea viene a completar y reconfigurar el examen autónomo del derecho realizado por juristas. (…) el estudio del orden legal es desprovisto momentáneamente del leguaje y el aparato conceptual de los letrados, desplazándose merced a la aplicación de la teoría y el lenguaje económico hacia un centro teórico y metodológico que gravita en torno a la idea del mercado como espacio optimizador de recursos, y a la del intercambio económico como modo de asignación libre de la riqueza."[46]

Para ilustrar importantes conceptos del neo constitucionalismo, recogemos de fuentes primigenias que ofrecen los profesores Gustavo Zagrebelsky con El Derecho dúctil y Luigi Ferrajoli, ius positivista crítico. Los aportes de autores como Robert Alexy, Luis Prieto Sanchís, Ronald Dworkin, entre otros, han enriquecido y consolidado esta visión.

Ferrajoli nos alerta de la fuerte influencia de los factores económicos en la consecución del estado actual: "… la progresiva desaparición de una separación (…) que forma parte del constitucionalismo profundo del estado moderno: la separación entre la esfera pública y la esfera privada. Refiriéndose a los derechos que protegen la constitución,

---

[43] Posner, Richard.A. El análisis económico del derecho. México DF: FCE 2000 pg. 11

[44] Posner 2000 op. Cit pg. 11

[45] Ibañez Jiménez, Javier. Análisis económico del Derecho. Método, investigación y práctica jurídica. Barcelona: Bosch. 2011 pgs. 25-26

[46] Ibañez op. Cit. pg. 27

como lo es el derecho a gozar de un ambiente adecuado, nos dice: "…la razón del nexo que el derecho instituye entre una cierta clase de sujeto y una determinada categoría de derechos está (…) en el principio de igualdad, que evidentemente se refiere a (la igual dignidad de) todos los seres humanos y que, en ese sentido, es un valor fundante y por ello no precisa de ulterior fundamento."[47] Ferrajoli considera que: "El cauce de esta confusión de poderes lo forman los conflictos de intereses generados por la estrecha alianza entre poderes políticos y públicos y poderes económicos privados."[48] Termina diciendo: "… los derechos fundamentales tienen su fundamento en sí mismos y no en fines o valores respecto de los cuales son medios necesarios…"[49]

El ***pensamiento económico*** que se vincula al manejo de los recursos naturales y el cuidado del medioambiente es el que se aplica al estudio de diferentes situaciones de la realidad. Soddy, citando a Ruskin "… la raíz y regla de toda economía es que lo que tiene una persona no lo puede tener otra, y que cuánto más pueda requisar un individuo particular del ingreso global, tanto menos queda disponible para los servicios públicos y para las actividades encaminadas a incrementar ese ingreso para beneficio general más que para ganancia privada."[50]

Según la lógica económica, cualquier unidad económica que trabaje dentro el mercado, es decir sujeta a la competencia, hará cualquier cosa para mantener sus costes al mínimo, incluso si su acción tiene un impacto sobre el medioambiente y por tanto sobre todos los miembros de la sociedad. La realidad social es más amplia que el modelo cerrado e ideal del mercado: "… muchos elementos del medioambiente como el aire, el agua o la belleza estética de un paisaje o incluso ciertos recursos subterráneos que tradicionalmente han sido considerados como 'bienes naturales libres'[51] no sólo son agotables o destruibles sino que no pueden ser reproducidos con facilidad. Por estas razones, su deterioro o agotamiento no será tenido en cuenta de forma adecuada

[47] Ferrajoli, Luigi. Garantismo. pg. 125
[48] Ferrajoli, Luigi. Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Madrid: Trotta. 2011 pg. 51
[49] Ferrajoli op. cit. pg. 51
[50] Soddy, Frederick. Economía cartesiana. La influencia de la ciencia física en la administración del Estado. En: Martínez Alier, Joan (ed.) Principios de la economía ecológica. Textos de P. Geddes, S.A. Podolinsky y F. Soddy. Madrid: Argentaria. 1995 pg. 155-156
[51] Considerados como res nullius

en los cálculos económicos que se llevan a cabo a través de los precios de mercado o en términos monetarios."[52]

Adam Smith aportó el entendimiento de la lógica económica cuya motivación es el lucro, que al final orienta las conductas humanas. Esta visión del siglo 18 alcanza su cúspide en el siglo 19. Peter Victor señala que: "El acontecimiento más significativo del siglo 19 tal vez haya sido la creación del mercado autorregulado como la institución predominante del mundo industrial. Por primera vez en la historia la actividad económica se identificaba como algo distinto del resto de la vida social del hombre."[53]

La Escuela Neoclásica es la corriente principal y dominante de la economía y constituye la continuación o ampliación de la teoría marginalista clásica de David Ricardo. Desarrolló el concepto del mercado con el uso de los modelos matemáticos, que acaban volviéndola más abstracta y separada de la realidad física. Hoy en día "… a pesar del derrumbe del mercado autorregulado (…) prevalece la creencia popular de que existe un conjunto importante de asuntos que son económicos más que políticos, sociales o ambientales."[54]

Dos importantes pensadores de la economía que en su quehacer siempre quedó clara la relación que estos tenían con el derecho son: por un lado John Stuart Mill y por otro Frederick Hayek.

John Stuart Mill pensador influyente de la economía política, desarrolló el utilitarismo propuesto por Bentham, complementado con su amplio y fecundo trabajo explicaciones de las razones del individualismo.

En tiempos recientes el utilitarismo ha recibido las críticas de Amartya Sen "… la economía de bienestar tradicional proveía escasa orientación para juzgar la desigualdad. El utilitarismo que había sido el método principal de la economía de bienestar se desatiende por completo de las desigualdades. (…) En la concepción

---

[52] En: Aguilera Klink, Federico (ed.). Economía de los recursos naturales, un enfoque institucional. Textos de S.V. Ciriacy- Wantrup y K. W. Kapp. Madrid: Argentaria. 1995 pgs. 177-178

[53] Victor, Peter A. La economía y el desafío de los problemas ambientales. En: Daly, Herman E. (compilador) Economía, ecología, ética. México: FCE 1989 pg. 202

[54] Victor, Peter A Op. Cit. pg 202

utilitarista sólo importa la suma total de esas utilidades, que representan las ventajas individuales respectivas, independientemente de su distribución."[55]

Hayek, abogado y economista, que recibió el premio Nobel de economía en 1974, desarrolla sus ideas del liberalismo en oposición al socialismo, que él consideraba como la fuente de todos los males de la sociedad.

También recogemos de Herbert Simón[56] su valioso aporte al entender que el ser humano tiene una limitada racionalidad para tomar decisiones en base sólo a lo que conoce y entiende.

La Economía ecológica, a nuestro parecer, constituye un retorno a las bases físicas de la economía, que luego de un largo periplo de alta abstracción, se aleja de la realidad natural.

Desde la óptica neoclásica: "… los economistas dan cuenta de los problemas ambientales en términos de fallas en las relaciones del mercado y recomiendan que la situación se resuelva mediante la intervención directa o indirecta del mercado en el control de los ´recursos´ del ambiente. En contraste, los ambientalistas atribuyen esta clase de problemas no al alcance limitado del mercado, sino su predominio excesivo en la vida social moderna. Manifiestan su inquietud de que las decisiones del mercado resultan demasiado miopes, que el futuro se descarta sensiblemente, o que la publicidad- parte integral del mercado- fomenta el exceso de consumo y producción de la clase de bienes y servicios inconvenientes."[57]

Debido a las limitaciones y distanciamiento de la economía con la realidad ambiental, se ha hecho necesario el mirar a alternativas que se acerquen más a la realidad natural y física. "… la expansión del sistema de mercado creó la tragedia de los espacios colectivos al debilitar las formas tradicionales de relaciones sociales… (…) la reconstrucción de las estructuras sociales (…) combinado con la difusión de una ética ambientalista… {es el} ingrediente esencial de una política eficaz del medio {ambiente}."[58]

---

[55] Sen, Amartya. La desigualdad económica. México DF: Fondo de cultura económica. 2002 pg. 134
[56] Herbert Simon, estadounidense, distinguido y reconocido economista, politólogo e investigador de las ciencias sociales. Premio Nobel de economía 1978.
[57] Victor, Peter A Op. Cit. pg. 213
[58] Ibid. pg. 215

La Economía ecológica surge y se desarrolla con los trabajos y fundamentos que aportan Ruskin, Geddes, Podolinsky y Soddy y luego **Georgescu-Roegen** y Martínez Alier, entre otros en Europa, y en los EEUU Costanza, Daly, Cumberland, Goodland, Norgaard; entre muchos otros quienes recogen y desarrollan importantes conceptos que nos acercan a la realidad natural, que se basa en materia y energía: "La riqueza de la comunidad es su ingreso que, en último análisis, es el ingreso de energía disponible para los propósitos de la vida."[59] Acá rige la primera ley de la termodinámica: "La energía total de un sistema de cuerpos es una magnitud invariable para todos los estados en los que dicho sistema pueda estar sucesivamente mediante acciones mutuas entre sus distintos puntos. La energía total de cualquier sistema finito es una magnitud finita."[60]

Entre los precursores de la economía ecológica "… Ruskin inició su análisis distinguiendo entre la verdadera ciencia de la economía política y la ciencia que sólo trataba de valorar la producción económica. "[61]

Ruskin sostuvo que "El economista de Jenofonte contiene una definición perfecta de la riqueza, y una explicación de la dependencia de su eficacia por los méritos y las facultades de sus poseedores, una definición que no puede ser mejorada y que debe ser el fundamento de toda economía política verdadera entre las naciones…"[62]

Visión ecológica

La ecología es una ciencia natural que es una rama de la biología. Como objeto de estudio tiene a las relaciones de los seres vivos con su entorno vital.

Los líderes y pensadores Ecologistas del hemisferio norte han mostrado su preocupación ante las graves agresiones y agravios al medioambiente, algunos con efectos irreversibles. El objeto de estudio es extenso y complejo. La actuación y métodos de los diversos grupos de ecologistas y ambientalistas son muchos y variados.

---

[59] Soddy, Frederick. Economía cartesiana. La influencia de la ciencia física en la administración del Estado. En: Martínez Alier, Joan (ed.) Principios de la economía ecológica. Textos de P. Geddes, S.A. Podolinsky y F. Soddy. Madrid: Argentaria. 1995 pg. 155

[60] Podolinsky, S.A. El trabajo del ser humano y su relación con la distribución de la energía. En: Martínez Alier, Joan (ed.) Principios de la economía ecológica. Textos de P. Geddes, S.A. Podolinsky y F. Soddy. Madrid: Argentaria. 1995 pg. 65

[61] Smith, Gerald Alonz. La visión teleológica de la riqueza: una perspectiva histórica. En: Daly, Herman E. (compilador) Economía, ecología, ética. México DF: FCE 1989 pg. 232

[62] Smith op. cit. pg. 232

Por una lado están los que siguen una orientación física centrados en los daños y degradación del medio ambiente y los recursos naturales. Prefieren métodos orientados a resultados como: incidencia política, acciones legales, reforma de políticas públicas, acción política y la investigación científica. Otro enfoque es el que tienen los grupos orientados a valores que promueven la educación y la difusión de ejemplos o buenas prácticas como el consumo sostenible, el reciclaje, la eficiencia energética en sus actividades y su forma de vida. Un tercer grupo, sigue acciones radicales que en muchos casos están al borde de la legalidad, como toma de instalaciones industriales o estatales, bloqueo de actividades económicas etc.[63] Con todas las diferentes corrientes y miradas al interior de la ecología, existe un acuerdo general sobre la necesidad de reducir la contaminación y el tipo de consumo de recursos que genera excesivos desperdicios y residuos. Aún no está claro cuáles son los efectos nocivos de la contaminación sobre el entorno, en el mediano y largo plazo.

En la década de los setenta, aparecieron las primeras publicaciones de autores como Barry Commoner, Howard Odum y Georgescu – Roegen, también revistas como The Ecologist de Edward Goldsmith. Se configura una suerte de ecologismo anglosajón.

De la directa observación de la naturaleza se puede concluir en su heterogeneidad y diversidad. El ecosistema vital que nos rodea contiene gran variedad de seres vivos, ya sean estas plantas o animales. El ecosistema está de una cierta manera autorregulado. Al final, todos los que vivimos en el ecosistema estamos interconectados de una manera compleja pero manteniendo nuestra autonomía.

Ante las evidencias de la degradación ambiental en todo el mundo y el potencial de interferir con la salud, bienestar y seguridad global, surge la propuesta de estudiar la problemática ambiental desde una perspectiva científica. El llamado **Club de Roma** elaboró el seminal informe Meadows, **Límites al crecimiento** en 1972, con una base multidisciplinar y usando el método de dinámica de sistemas: "La base del método de dinámica de sistemas es el reconocimiento de que la estructura de cualquier sistema- las muchas relaciones circulares que se entrelazan, algunas veces con rezagos o demoras entre sus componentes- es con frecuencia tan importante en la determinación de su comportamiento como los mismos componentes individuales."[64]

[63] Cfr. Mercier, Jean. Downstream and upstream ecologists. Wesport: Praeger 1997
[64] Meadows, Dennis. Los límites del crecimiento. México DF: FCE 1985. pg. 49

El informe Meadows concluye que: "Cada unidad de producción industrial consume parte de las reservas de recursos no renovables. A medida que estas últimas disminuyen gradualmente, la extracción de la misma cantidad de recursos exige más capital, y así disminuye la eficiencia del capital."[65]

La necesidad de la sostenibilidad, se desarrolla en el pensamiento GAIA, introducido por Lovelock y Margulis, se reconoce que: "… nuestro hogar no es la casa ni la calle ni la nación donde vivimos sino la Tierra misma."[66] La visión de muchos, legisladores, funcionarios, tomadores de decisión y el mismo electorado tiene el sesgo que le da la vida urbana: "Dado que nuestras vidas son absolutamente urbanas, la democracia comporta la elección de gobiernos que han perdido casi totalmente el contacto con la naturaleza."[67]

Las soluciones que se proponen se orientan principalmente a cambios normativos: "Una solución técnica puede ser definida como una solución que exige un cambio sólo en las técnicas de las ciencias naturales, y muy poco o ninguno en los valores humanos o en las ideas sobre moralidad."[68]

Estas ideas han permeado todos los ámbitos sociales, incluidas la academia, estimulado sensibilidad y toma de conciencia ambiental en todo el mundo. Como consecuencia se tiene un importante movimiento de la sociedad civil que ha estimulado la formación de asociaciones y ONGs ambientalistas. En nuestro país se han formado también frentes de defensa del medioambiente y los recursos naturales con la activa participación de la población.

3.3 Marco Jurídico.

3.3.1 Aspectos relevantes de la teoría del derecho

El Derecho como conjunto de normas emanadas válidamente del poder estatal para el control social, el orden y la seguridad jurídica tiene sólidas bases teóricas. Estas se

[65] Meadows Donella H., Meadows Dennis L., Randers Jorgen, Beherens III, William. Los límites del crecimiento. México DF: Fondo de cultura económica. 19732 pg. 129
[66] Lovelock, James. La tierra se agota. Bogotá: Planeta. 2011. pg. 14
[67] Lovelock, James. La venganza de la tierra. Madrid: Planeta. 2008 pg. 159
[68] Meadows, Dennis. Los límites del crecimiento. México DF: FCE 1985. Citando a Garret Hardin, pg. 189

han desarrollado, pulido y perfeccionado a lo largo del tiempo, alimentadas por las condiciones sociales, la realidad e ideología.

La evolución y consolidación del derecho occidental, desde sus orígenes, en Grecia y Roma, pasando por la Edad Media, la Edad Moderna hasta nuestros días, ha generado un gran cuerpo de conocimientos y doctrina, que en su núcleo mantiene principios y valores pero que en la forma se ha ajustado, actualizado con las circunstancias y condiciones sociales, económicas y tecnológicas.

Se acude al Derecho para proteger nuestros derechos, patrimonio y la vida misma. Así visto, el Derecho es el pilar para la protección del medio ambiente y los recursos naturales.

El entender las bases y raíces del derecho peruano es consustancial para el presente trabajo que busca dilucidar el origen y base de la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, así como desentrañar las causas del débil resultado logrado. A la fecha, con diferentes ajustes y medidas solo se comprueba que esta permanece débil y con poca efectividad.

El Derecho no aparece solo o se mantiene aislado de las fuerzas sociales, todo lo contrario. Hay fuerzas e intereses que lo configuran. En palabras de van Caenegem: "... controlar el Derecho es controlar la sociedad."[69]

Siendo el Derecho tan amplio y basto, esta sección del marco teórico no pretende replicar la información existente y disponible en bibliotecas, publicaciones, cursos, revistas, páginas web de internet etc. Lo que se quiere es resaltar algunos temas y aspectos que tienen relación con la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado y la vinculación de la Teoría del Derecho con aspectos de la Teoría Económica y de la Teoría Ambiental y Ecológica.

En particular interesa saber de qué manera los ciudadanos y operadores jurídicos perciben y practican el Derecho, para lo cual se necesita hablar de una Teoría General del Derecho, "Una teoría que ofrece decirnos algo acerca de la ´naturaleza del

[69] Cfr. van Caenegem, R.C Judges, legislators and professors. San Francisco: U of C. 1987

Derecho´ necesita (…) reflejar, en proporción sustancial, el modo en que los ciudadanos y los juristas perciben y practican el Derecho… " [70]

Para Brian Bix "Una razón por la que los teóricos del Derecho Natural y los juristas positivistas parecen hablar de cosas diferentes es que ellos tienen distintos puntos de partida acerca de lo que es el Derecho, y de lo que la teoría debe de tratar de hacer."[71]

Desde la perspectiva del Positivismo Jurídico, para lograr una teoría valorativamente neutral, y con ello un aporte significativo a la ciencia del Derecho, su principal proponente Hans Kelsen, consideró fundamental eliminar de su teoría toda alusión a los aspectos políticos y morales relacionados con la legitimación de los sistemas jurídicos.[72]

Por otro lado, en todas las versiones modernas de la doctrina del derecho natural, el énfasis está puesto en la comprensión del derecho como fenómeno social. En ellas se defiende la idea, contraria a las pretensiones positivistas, de que no se puede comprender o describir el derecho sin realizar al mismo tiempo una evaluación moral[73].

El positivismo jurídico que caracteriza a nuestro ordenamiento jurídico, surge por oposición a todas las formas de iusnaturalismo. Para el positivismo hay una clara separación entre el mundo del *ser,* que se refiere a las leyes de la naturaleza que regulan el mundo físico, tienen carácter descriptivo, informan sobre ciertas regularidades en su objeto de estudio, y pueden ser consideradas como verdaderas o falsas; y el mundo del *deber ser, en donde* las leyes que regulan las conductas humanas poseen carácter prescriptivo. Su función es la de guiar el comportamiento de los hombres indicando lo que se debe o no se debe hacer, no se busca determinar si son verdaderas o falsas, sino su validez.

Una cosa es que algo exista y se describa mediante un *juicio del ser*; y otra, muy diferente, es que deba ser de esa manera, lo que se puede expresar mediante un juicio de *deber ser*. Según Kelsen, el iusnaturalismo realiza un salto lógico no justificable

---

[70] Bix, Brian. Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho. En: *Doxa:* Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003), pg. 611

[71] Bix, Brian. (2003), Op. cit., pg. 627

[72] Cfr. Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Segunda edición, México: UNAM 1979.

[73] Cfr. Bix, Brian. Law, Language, and Legal Determinacy. London: Clarendon. 1996 pg. 239

entre *juicios del ser* y *juicios del deber ser*. Es decir, se pretende derivar de la realidad natural valores morales, y se aspira a inferir normas de conductas de ciertos hechos de la realidad social. Kelsen considera, en consecuencia, que el iusnaturalismo no puede inferir las leyes que forman el derecho natural de la naturaleza del hombre, sino que sólo puede derivar su concepción del hombre a partir de los principios morales que previamente ha considerado importantes.

En las doctrinas de derecho natural se afirma que los principios del derecho natural son cognoscibles empleando las herramientas de la razón humana. Kelsen sostiene que, si bien es cierto que el contenido del derecho natural puede ser conocido sólo usando la razón y que sólo debe ser considerado derecho aquél cuyos contenidos se puedan derivar de esos principios, la conclusión que cabría extraer es que el derecho positivo resulta innecesario para el funcionamiento de una sociedad. Bajo este supuesto, los conflictos de intereses podrían resolverse aplicando directamente el derecho natural, sin necesidad de apelar a normas positivas que duplicaran sus exigencias.

El iusnaturalismo sostiene que el derecho positivo se caracteriza por su carácter coercitivo, el que se encuentra justificado como medio de conseguir el cumplimiento de sus normas, que recogen las exigencias de la ley natural para el funcionamiento de una sociedad. Los principios y preceptos del derecho natural, se deducen de la naturaleza humana, que presupone que el hombre es un ser bueno por naturaleza pero la amenaza del uso de la fuerza para que cumpla con los principios del derecho natural, mostraría la faz mala o negativa de este. Para Kelsen la dualidad del ser humano, que tiene una faz buena y mala al mismo tiempo es una contradicción inaceptable.

Luego de un sesudo análisis y crítica del derecho natural, Kelsen considera que el derecho natural como tal no existe. Su muy larga duración a lo largo de toda la historia humana se debe a que satisface una necesidad profundamente arraigada en el hombre, de justificar sus juicios de valor. Kelsen considera que los juicios de valor tienen su origen en la conciencia del hombre, en sus emociones y deseos subjetivos, en consecuencia son subjetivos y relativos. Para poder justificarlos se les debe dar carácter objetivo y universal, y para ello se los debe presentar como derivados de ciertos principios de moralidad objetivos y verdaderos, y no como simples deseos y preferencias individuales. Según Kelsen el derecho natural sirve para que el hombre

mantenga la ilusión de que existen verdades absolutas e inalterables. Pero esto no altera la verdadera naturaleza que a su entender tienen los juicios de valor: su carácter relativo. La doctrina o pensamiento de Kelsen corresponde a la corriente del escepticismo ético, que afirma que los juicios axiológicos no son susceptibles de ser verdaderos ni falsos, con ello se rechaza la posibilidad del conocimiento moral.

El derecho que se practica en nuestro país, y en gran parte del mundo, es el llamado derecho positivo, tributario del positivismo jurídico, que se precia de un enfoque científico del derecho.

En el marco del derecho positivo, la identificación de normas como jurídicas no requiere someter a dichas normas a ninguna prueba relacionada con el valor moral de sus contenidos ya que no existe relación conceptual entre derecho y moral.

La posición extrema de KELSEN, se modera en Hart, con su positivismo metodológico, posición muy aceptada y respetada actualmente[74]. Según esta visión, los sistemas jurídicos poseen contenidos morales mínimos que vienen determinados por los propósitos vitales que son compartidos por todos los hombres que viven en sociedad y por la forma que debe asumir un sistema jurídico para ser de utilidad práctica. Se puede afirmar que todos seres humanos buscan sobrevivir pacíficamente junto a sus semejantes, de allí que las normas que prohíben el uso de la violencia y aquellas que constituyen la forma mínima de propiedad pueden considerarse contenidos morales mínimos del derecho. Por su parte el derecho debe valerse de reglas generales para regir la conducta de los hombres, estas se sostienen en el principio que prescribe solucionar de la misma manera los casos semejantes.

Para Hart, es posible defender la distinción entre el derecho que es, y el derecho que debe ser, y al mismo tiempo afirmar:

a. que históricamente el desarrollo del derecho ha sido influido por las doctrinas morales,
b. que muchas normas jurídicas reflejan principios morales,
c. que en virtud de ciertas normas jurídicas pueden ser incorporados principios morales en un sistema jurídico y
d. que los jueces deben decidir a veces de acuerdo a valoraciones morales.

[74] Cfr. Hart, HLA. El concepto del derecho. Bs AS: Abeledo Perrot. 1963.

Según Hart, las reglas que confieren derechos subjetivos son diferentes de las normas que imponen obligaciones o prescriben sanciones, y así deben ser consideradas por la teoría jurídica, pero son normas jurídicas que no tienen por qué estar justificadas moralmente ni por qué ser confundidas con reglas morales para existir. En la aplicación del derecho, los jueces deben decidir las cuestiones controvertidas tomando en cuenta pautas valorativas, no necesariamente morales aunque pueden serlo, y en dichos casos las normas jurídicas delimitan su elección pero no la determinan. En el resto de las cuestiones los jueces sólo aplican las normas jurídicas sin necesidad de realizar valoraciones ni elecciones discrecionales.

El positivismo jurídico, y en especial la teoría de Hart recibió duras críticas de su discípulo Ronald Dworkin. En uno de sus artículos más famosos, "El modelo de reglas" publicado en 1967, sostuvo que un sistema jurídico no puede ser entendido adecuadamente si se lo ve sólo como un conjunto de reglas, posición que Hart defiende en *El concepto de derecho* (1963). La idea central de Dworkin es que, además de las reglas, entendidas como pautas relativamente específicas de conducta, el derecho está formado por otro tipo de pautas a las que denomina "principios". [75]

Los principios jurídicos como proposiciones morales están recogidas en la jurisprudencia. Constituyen principios morales, pero no pertenecen a la moral crítica que los jueces encargados de aplicarlos consideren correcta. Se encuentran implícitos en los actos oficiales ocurridos en el pasado, pero no se identifican con ninguno de ellos en particular[76].

A pesar de la pretensión de ´completitud´ del derecho positivo, por la que este puede resolver todos los casos presentes y posibles conforme a derecho[77], no se puede negar la existencia de casos marginales o indeterminados en la confrontación de problemas o conflictos ambientales. En este sentido, para Dworkin, en los casos difíciles, donde se presenta una indeterminación jurídica, los jueces recurren a los principios para

[75] Cfr. Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel. 1984 pg. 146 y ss
[76] Cfr. Bix op. Cit. (1996) pgs. 234-235
[77] Cfr del Real Alcalá, J. Alberto. Paradoja de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica. En: http: //www.uv.es./CEFD/15/deleal.pdf revisada 13 nov 2013

buscar las respuestas correctas al confirmar o denegar los derechos que los individuos poseían antes de su decisión. Dworkin, reconoce que según el positivismo los casos difíciles, que no se pueden subsumir claramente en una norma jurídica, se resuelven por la discreción judicial. Sin embargo, el citado autor considera que su tesis sobre las respuestas correctas en casos difíciles es una afirmación jurídica muy débil y de sentido común. Es una afirmación realizada desde dentro de la práctica jurídica más que desde algún nivel supuestamente bien alejado, externo, filosófico. Se pregunta si, en el sentido ordinario en el que los abogados podrían decirlo, a veces se puede afirmar con fundamento en relación con algún caso difícil, que el derecho, interpretado correctamente, está a favor del demandante (o del demandado). Afirma que sí, que algunos enunciados de ese tipo están fundados o son correctos o apropiados en relación con algunos casos difíciles. La forma más natural de apoyar esta afirmación jurídica es en consecuencia tratar de mostrar cuál es la respuesta correcta en algún caso difícil en concreto. Solo se puede hacer eso, por supuesto, mediante argumentos jurídicos corrientes[78].

A manera de mostrar cómo se entiende en nuestra región, la aplicación del derecho positivo, encuentro muy ilustrativa lo expuesto en la sentencia C-104 de 1993, la Corte Constitucional colombiana que en pleno afirmó que "una disposición del derecho positivo colombiano solo es aplicable si reúne dos requisitos: a) que, formalmente, haya sido expedida de manera regular y b) que materialmente, sea conforme a los valores y principios fundamentales de la Constitución."[79]

El derecho positivo es derecho escrito y está basado en la ley. Sus caracteres fundamentales son:

- Plenitud = es completo no hay lagunas
- Válido = creado siguiendo un procedimiento establecido y aceptado formalmente
- General = no se refieren a un caso particular o específico

El Tribunal Constitucional al momento de analizar casos, a través de los denominados procesos constitucionales de la libertad, en el análisis en concreto; a través de los

[78]Cfr. Dworkin (1984) Cap 4. Los casos difíciles.

[79] Hoyos Castañeda, Ilva Myriam. De la dignidad y de los derechos humanos: introducción al pensar analógico. Bogotá: Themis. 2005 pg. 303

denominados procesos constitucionales orgánicos, de manera abstracta aplica diferentes principios. Tres son los más empleados: 1) El Principio de Proporcionalidad; 2) El Principio de Igualdad; y, 3) El Principio de Competencia.

Para adoptar una medida o tomar una decisión se aplican los llamados Test de la Proporcionalidad, Test de la Igualdad y del Test de la Competencia. Si la medida adoptada –o el acto- supera los principios señalados, se analiza entonces bajo el principio de la Ponderación, principio que ha sido largamente trabajado por Robert Alexy[80]. Mediante la ponderación se determina la proporción entre los medios y el resultado. En tanto mayor es el grado de la limitación de un derecho fundamental o principio, tanto mayor ha de ser el grado de optimización del fin constitucional perseguido, que suele ser también un Derecho Fundamental. Si el grado de satisfacción de un derecho fundamental es mayor que el grado de limitación de otro, se requiere usar elementos objetivos para justificar la elección.

3.3.2 El Ordenamiento Jurídico Nacional

Siguiendo el esquema desarrollado por el jurista austriaco Hans Kelsen, nuestro ordenamiento tiene una arquitectura jerárquica que está encabezada por la constitución.

Para Canosa Usera "La preocupación por lo concreto, por las condiciones vitales del ser humano, lejos de ser un error, acercan las Constituciones a los ciudadanos y deberán acrecentar su sentimiento constitucional. Esta suerte de constitucionalismo existencialista, atento a las necesidades de los individuos y preocupado por sus condiciones materiales y espirituales, es el signo de nuestro tiempo."[81]

La constitución está a la cúspide del ordenamiento jurídico, enmarca y sirve de guía a la elaboración de las leyes que desarrolla sus principios y mandatos.

Algunas glosas del seminal ensayo de Hans Kelsen, La justicia constitucional, publicada en revistas jurídicas de nuestro medio dan cuenta de su importancia.

---

[80] Cfr. Alexy, Robert Teoría de la argumentación jurídica- Madrid: CEC 1997

[81] Canosa Usera, Raúl. Constitución y medioambiente. Madrid: Dykinson. 2000 p.33

"Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del Derecho."[82]

"... la Constitución, la ley y el reglamento son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas individuales."[83]

"... la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del orden jurídico..."[84]

"... la Constitución constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales; tribunales y autoridades administrativas."[85]

"... la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino además, que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. "[86]

"...la Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino además una regla de fondo."[87]

Debajo de la constitución está la ley. La ley es la norma primigenia, fruto de la voluntad estatal expresada por el poder legislativo, que recoge la voluntad general en cabeza de sus integrantes, los legisladores elegidos por el pueblo, y se elabora siguiendo el procedimiento delineado en la Constitución.

Siguiendo a Bulygin: "…cuando los juristas hablan de sistema jurídico quieren dar cuenta, a menudo, del fenómeno del cambio: las normas jurídicas suelen cambiar con

---

[82] Kelsen, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional. En: Ius et Veritas, Año 5 (N°9) pg. 19
[83] Kelsen, op. Cit. pg. 19
[84] Ibid. pg. 21
[85] Ibid. pg. 21
[86] Ibid. pg. 21
[87] Ibid. pg. 21

el transcurso del tiempo; algunas normas existentes son eliminadas, otras modificadas y también suelen agregarse unas totalmente nuevas."[88]

Según su alcance y área de regulación las leyes pueden ser:

- Ley orgánica
- Ley general
- Ley especial

Por lo general cualquier ley puede ser modificada, para lo cual se debe seguir el procedimiento regulado por la Carta Política[89].

En el caso de presentarse antinómias[90] o conflicto entre leyes, esta se resuelve mediante criterios de:

- Jerarquía
- Tiempo
- Especialidad

La ley puede regular, otorgar o restringir derechos, dentro del marco que establece la constitución. Para su aplicación se necesita el reglamento, que lo elabora el Poder Ejecutivo.

Aspectos procesales.

El proceso acerca, vincula y conecta al ciudadano con la Ley y le permite la protección y ejercicio de sus derechos. En cuanto a la protección y ejercicio del derecho a gozar de un medio ambiente adecuado[91], cuando se presentan conflictos y agravios al medioambiente y los recursos naturales, debido a su especial naturaleza, se necesita contar con una nueva óptica procesal que avance de la aplicación individual a la colectiva, de lo inquisitivo a lo discursivo, donde la carga de la prueba contemple la naturaleza ecológica y dinámica de la relación causal y se valore la presunción y el principio precautorio.

---

[88] cfr. Bulygin, Eugenio. Algunas consideraciones sobre sistemas jurídicos. En: DOXA N°9 (1991). Pg. 258

[89] Vide Art. 103° y 107° constitucional

[90] Vide Bobbio, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá: Temis. 1992 pg.191 y ss

[91] Derecho consagrado en el Art. 2° constitucional, inc. 22

Consideramos que para un mejor y eficaz tratamiento procesal de los conflictos que se presentan por agravios al medioambiente y los recursos naturales es necesario un cambio de enfoque: de lo individual a lo colectivo, difuso y social; de lo cautelar a lo preventivo; de la pruebas a la presunción. Se hace necesario observar el principio in dubio pro natura y se tome en cuenta los ciclos ecológicos para la determinación de plazos, nexo causal, imputación, efectos, restauración de procesos, etc.

Queda clara la necesidad de actualizar los presupuestos y principios procesales ante la realidad ecológica y la necesidad de una tutela efectiva del medio ambiente y los recursos naturales.

La visión actual del medioambiente desde el derecho, tiene una óptica monista, legalista y antropocéntrica que considera el medioambiente como una cosa, un objeto que se debe de utilizar para satisfacer las necesidades humanas. Es necesaria una nueva visión respetuosa de los ecosistemas y las distintas manifestaciones de la vida, es decir una visión armónica con los derechos humanos. Un difícil ajuste.

3.3.3 Una visión del medioambiente desde el Derecho.

El medio ambiente no ha sido ajeno al quehacer y preocupación del Derecho. El Derecho, reconoce a la vida como el mayor bien jurídico. Para su protección y tutela crea instrumentos en todos los ámbitos de su competencia, por lo que se hace necesario la conceptualización del medioambiente en su relación con la vida de las personas y su patrimonio.

El Derecho como mecanismo de control social sirve para orientar conductas. Las distintas ramas del Derecho están ligadas de una manera u otras al medio ambiente. A manera de ejemplo, vemos que en el derecho internacional público, es consustancial el Principio de permanencia y estabilidad para resguardar los tratados y pactos. Ese mismo concepto de permanecía y estabilidad es necesario en la protección de los ecosistemas. De igual forma cuando en el Derecho civil, en el tema de responsabilidad y por la necesidad de reducir o evitar los riesgos opera el Principio de prevención; y si ya se da el daño, el de reparación; y eso mismo es aplicable al cuidado del entorno

o las condiciones ambientales, donde igualmente deben operar la prevención ex ante y reparación o restauración ex post facto.

3.3.3.1 Desde el Derecho Penal

El Derecho Penal, es el más poderoso instrumento que dispone el Estado para proteger los bienes jurídicos. La vida, como el principal bien jurídico necesita de un entorno adecuado para su normal desenvolvimiento. Ese es el principal rol que cumple el ambiente, de allí el deber y necesidad de protegerlo[92].

Glosamos una definición de ambiente, que surge en el ámbito internacional del Derecho Penal: "El término –ambiente- engloba todos los componentes del planeta, bióticos y abióticos, e incluye el aire y todas las capas de la atmósfera, el agua, la tierra, incluido el suelo y los recursos minerales, la flora y la fauna y todas las interrelaciones ecológicas entre estos componentes".[93]

El Código Penal de 1991, establece en el Art. 1º del TP que "su objeto es ser un medio protector de la persona humana y de la sociedad". Se entiende de la vida, salud, bienestar, tranquilidad y seguridad; todas ellas condiciones, resultados o estados deseables y necesarios que se derivan de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Asimismo en la norma IV, del mismo TP señala que "la pena o sanción, precisa de la lesión o puesta en peligro, de bienes jurídicos tutelados por la ley". Precisamente, el daño causado por la contaminación ambiental, lesiona o pone en peligro la vida, salud y bienestar de la persona humana y la sociedad.

En ese orden de ideas los tipos penales[94] definidos en los Art. 304º al 314º que caracterizan a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, constituyen la base y sustento para que el derecho penal sea el último baluarte que sostenga la tutela del medioambiente y los recursos naturales.

---

[92] Vide Ferrajoli, Luigi .Derecho y razón. Madrid: Trotta. 2011. pg. 865

[93] XV Congreso Internacional de Derecho Penal del 04 al 10 setiembre 1994. Delitos contra el Ambiente. en Recomendaciones, y Principios Generales. Río de Janeiro. 1994.

[94] Vide Código Penal

3.3.3.2 Desde el Derecho Constitucional

El constitucionalismo contemporáneo ha valorado la importancia que tiene la protección del ambiente, como "condiciones vitales y necesarias". Para Peter Haberle "Los valores jurídicos particulares de la *Grundgesetz* no están contrapuestos ni aislados. Se reenvían, por el contrario el uno al otro, y se hallan insertos en un contexto inmanente. Hablando metafóricamente: en cada parte se refleja el todo, del cual forma el elemento constitutivo e integrante, se refleja la totalidad el sistema de los valores constitucionales. (…) Cuando se procede a la ponderación de los bienes jurídicos se confirma cada valor, como también el todo, obteniendo un equilibrio entre los bienes jurídicos concurrentes."[95] Conceptos aplicables a las constantes colisiones entre diferentes derechos de índole económicos sociales con el derecho de gozar un ambiente adecuado.

En nuestro país, la Carta Política de 1993, reconoce la importancia de la vida y las condiciones que la posibilitan está en su Art. 1º, en este se expresa: "La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo del sociedad y del Estado y ocupa el lugar primigenio. La dignidad[96] de la persona humana abarca claramente el cuidado y protección de su adecuado entorno de vida.

En el catálogo de los Derechos Fundamentales, consignado en el Art 2º consagra en el Inc. 22 el derecho de todos a "...gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".

El medioambiente es pues un importante componente del Bien Común y Bienestar General.
Siendo los enunciados de la Carta Política provenientes de la norma fundante y de mayor nivel, constituye en el deber del Estado garantizar las condiciones para el pleno disfrute de tan importante derecho subjetivo colectivo.

[95] Haberle, Peter. La libertad fundamental en el estado constitucional. Lima: fondo ed PUCP. 1997 pg. 58

[96] Excelencia, realce (Diccionario de la Lengua Española, Cultural ed.1996). Especial merecimiento a la persona humana, por ser poseedora de la naturaleza humana que la hace ser tal (glosario de términos de Derecho).

La protección constitucional del ambiente y los recursos naturales encuentra potenciales conflictos con otros derechos reconocidos constitucionalmente. La solución ante la afirmación del derecho a gozar de un ambiente adecuado enfrentado a otros derechos de índole económica pasa por la ponderación que la sociedad otorgue al tipo de desarrollo y bienestar que desee lograr.

Los cuatro preceptos constitucionales que se refieren específicamente al ambiente y los recursos naturales se ubican en el Cap. 2 del Título 3 del Régimen Económico. En el Art 66º el Estado afirma su posición soberana en el aprovechamiento de los recursos naturales, en el Art., 67° reconoce su mandato específico de establecer la política ambiental y promover el uso sostenible de los recursos naturales y en los dos artículos siguientes se consagra el compromiso con la conservación de la biodiversidad.

El constitucionalismo moderno se enriquece con el aporte del profesor Luigi Ferrajoli sobre los derechos Fundamentales. El autor sostiene que los derechos fundaméntales formalmente decididos son la esencia de la democracia.[97] Como todo derecho debe de tener una garantía para ser realmente efectivo y real, de no haber una garantía eficaz o tutela, los poderes públicos son los indicados a colmar las lagunas del ordenamiento.

3.3.3.3 Desde el Derecho Civil

Nuestro Código Civil de 1984 igualmente sitúa a la persona en el centro de su interés. Así, en el Art. 1º establece que: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento" o en el Art. 5º indica que: "El derecho a la vida, la integridad física… son irrenunciables...". Está claro que la vida y la integridad física dependen de un ambiente equilibrado y adecuado.

Aún en los aspectos patrimoniales se percibe una preocupación por el medio ambiente al establecerse el Art. 923º que la propiedad: "…debe de ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley".

[97] Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2001

También en el Art. 924º se regula el ejercicio abusivo de la propiedad para no perjudicar a los demás y mantener la buena vecindad y paz social. La connotación ambiental del buen uso de la propiedad se hace evidente en los casos de emanaciones tóxicas o humos; ruidos, vibraciones o explosiones.

También encontramos aspectos de protección del ambiente en el régimen de responsabilidad extracontractual regulados por los Art. 1969 y ss. que cubren daños y riesgos de las actividades humanas que pueden afectar o causar daño a otros.

3.3.3.4 Desde el Derecho Comercial

En la actualidad el Derecho Comercial también muestra una vinculación e interés en los temas ambientales. A manera de ejemplo, en los contratos de concesión para la explotación de los recursos naturales[98], se debe de tener en cuenta aspectos regulados por la normativa sectorial para la protección y salvaguardas de los recursos y fuentes de agua.

También en la actualidad ha surgido un notorio interés por la novísima comercialización de los bonos de carbono, que requieran de la amplia regulación e instrumentos ya existentes, que maneja el derecho comercial y derecho financiero.

3.3.4 Importancia del derecho en la protección ambiental.

Obtener la estabilidad en los ecosistemas[99] es imperativo porque de ello depende la continuidad de la vida en nuestro planeta. Es necesario encontrar soluciones a todos

[98] Caso de la licencia de explotación de la mina Conga, que otorgó la posibilidad de vaciar unas lagunas para extraer el oro.
[99] Cfr. Caro Coria, Dino Carlos. Derecho Penal del Ambiente: delitos y técnicas de tipificación. Lima: Horizonte. 1999

los niveles, desde la escala local hasta la mundial, incidiendo en todos los estratos sociales, desde la clase política, hasta los niños y estudiantes, y promoviendo programas de educación ambiental en escuelas y centros educativos.

La conservación del medio ambiente debe incorporar las medidas jurídicas, sociales, económicas y técnico-productivas que aseguren la protección del medioambiente y la utilización racional de los recursos naturales, la conservación de los espacios naturales y paisajes, especies endógenas escasas o en vías de extinción, así como la defensa de los componentes del medioambiente ante la contaminación y la degradación.

La evidencia científica da cuenta de las graves alteraciones climáticas, producto del aumento de la temperatura global, que se están provocando con bastante frecuencia en todo el planeta: inundaciones, hambruna, sequías, heladas, epidemias. Estas continuaran en aumento si es que no se toman las medidas eficaces, a nivel global y colectivo, de manera oportuna. Para nuestro `país, dotado de un extenso espacio amazónico, llamado el "pulmón del mundo", es vital su protección pues este ayuda a mantener el equilibrio ecológico, la biodiversidad y el clima, no solo de nuestro país. La Amazonía peruana, con una extensión de 70 millones de Has. aporta indispensables servicios eco sistémicos día a día, estos incluyen la formación de las lluvias, la captura del CO2, protección de la bio diversidad, protección de suelos, etc.

En el Perú, las comunidades nativas originarias de nuestro país, han sido muy cuidadosas de los recursos naturales y el entorno, no hay evidencia de graves impactos o presión sobre los recursos naturales en su territorio o área de influencia[100]. A partir del proceso de la conquista europea se produjo la transformación social y económica de nuestro espacio geográfico. En nuestro país, como en gran parte del mundo, se ha producido un cambio paradigmático que ha alejado al hombre de su contacto con la Naturaleza. El "recurso" que antaño se esperaba a su regeneración natural en una relación de reciprocidad con el hombre, hoy en día, bajo la influencia de ideologías foráneas, gran demanda de materiales que atrae a poderosos intereses económicos está conduciendo a la Naturaleza a que sea progresivamente convertida en recurso inanimado, inerte y lista para ser transformada.

[100] Según el registro histórico y la información de los sectores con mayor acercamiento a la realidad de las comunidades nativas como son el Mindis, Minagri y Defensa y entidades como el MP y la DP.

La protección o tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, desborda el ámbito de lo netamente jurídico pues tiene también otras dimensiones como la económica y política. Si bien los fines del Estado Social de Derecho, buscan el bienestar general- este no puede estar condicionado prioritariamente por el beneficio económico de empresas o particulares, sino que se debe lograr una base social firme que goce de un ambiente adecuado para todos, sin afectar ni limitar a la economía productiva.

El llamado desarrollo económico que ha traído progreso y bienestar de un cierto tipo en algunos lugares, ha propiciado la gran urbanización con el crecimiento de las ciudades y las actividades económicas como la producción de alimentos y materiales; y servicios como el transporte, el comercio y demás. Los avances de la ciencia y la tecnología han aumentado la rapidéz de los cambios y el desarrollo. Todos los aspectos positivos señalados, tienen su correlato en el volumen e intensidad de los impactos negativos sobre el medio ambiente y los recursos naturales, algunos irreversibles.

Desde la formación de las primeras concentraciones de población en nuestro país, el medio ambiente empezó a sufrir los primeros daños de consideración, estos han continuado con el crecimiento de la industria, la urbanización y el crecimiento demográfico. La explosión demográfica con su insaciable demanda de bienes y servicios, es decir, espacio, recursos de todos tipo, energía y agua, genera por su parte contaminación en forma de residuos sólidos, efluentes, ruidos, etc.

Ante esta realidad, el Estado ha formado instituciones y cuerpos normativos para el control y cuidado del medio ambiente y en muchos casos han aplicado medidas urgentes para proteger los recursos naturales y garantizar, al mismo tiempo, la propia supervivencia de la vida y el bienestar general.

3.3.5 Tensiones entre la realidad ambiental ecológica y la ley.

La ley como creación cultural que nace de la razón y voluntad estatal, prescribe conductas adecuadas para proteger el medioambiente y los recursos naturales, pero estos ante la contaminación y agravios tienen una dimensión y respuestas no lineales con relaciones causales diversas que no siempre se acomoda o ajusta al marco que configura y ordena al derecho. Aparecen diferencias entre el derecho, creado por la

mente y voluntad humana en base a doctrinas, postulados y principios, diseñado para regular la conducta humana, pero que no siempre coincide con la dinámica natural del ambiente, cuyos procesos, interrelaciones y tiempos vitales han sido recogidos por la física, química y biología, entendidos por la ecología. El control y regulación con vocación de eficacia y resultados tangibles hace necesario el enfoque interdisciplinario que incluya la conducta y acciones humanas y sus tendencias, así como el entendimiento de la dinámica natural.

Se verifica a diario la desconexión entre la ley escrita y la realidad natural para regular la contaminación. Por esto se requiere un nuevo enfoque que concilie ambas realidades. Esta necesidad es permeable al derecho y refuerza su búsqueda y realización de la justicia y equidad.

La acción del derecho es directa y está orientada hacia la regulación de la conducta humana mediante permisos, prohibiciones y sanciones o estímulos. "... la jurisprudencia y la doctrina han insistido en la primacía de la ley, lo que ha propiciado la defensa del formalismo jurídico."[101]

En el presente trabajo se acude a la economía, para informar y ampliar las posibilidades, opciones y alternativas que permitan buscar soluciones a la baja eficacia de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales por el Estado. La economía de por sí busca la eficiencia y adopta una posición axiológicamente neutral, de allí la necesidad de la participación del derecho, a nombre de la sociedad y las futuras generaciones.
Una perspectiva ius económica no descarta el método directo de regulación que establece el marco del derecho, pero usa también los métodos indirectos como son los incentivos y mecanismos de mercado e instrumentos fiscales, como los incentivos o gravámenes.

La realidad muestra que los intereses económicos de la propia vida en sociedad, que busca satisfacer necesidades y apetitos individuales y colectivos que la subyacen, dificultan la aplicación de las normas y se generan otro tipo de interpretaciones.

[101] Hoyos Castañeda, op cit, pg. 300

En la dinámica social se generan múltiples tensiones, por ejemplo entre el desarrollo económico y la necesidad y conveniencia de la protección del ambiente y los recursos naturales, entre el desarrollo tecnológico e industrial y las posibilidades de contaminación ambiental y la depredación de los recursos naturales.

3.3.6 Derechos humanos

Los derechos humanos son "el reconocimiento de la dignidad inalienable de los seres humanos". La dignidad humana es universal, igual e inalienable. *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". El Art. 1° de la carta política de 1993, recoge estos postulados.*

Luego de esa importante pauta sigue el catálogo de derechos en el Art 2° donde se consagra en el inc. 22 el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.

Por su importancia y sustento de la democracia, los derechos humanos son expresados y definidos en constituciones y textos legales, los cuales buscan garantizar la dignidad de los seres humanos y hacerla realidad.

Los derechos humanos proyectan su fuerza vinculante, no solo en el ámbito de las relaciones persona – estado, sino también entre las relaciones entre particulares

El reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos humanos tiene como antecedente la sentencia del tribunal constitucional alemán en el caso Luth, de 1958. Robert Alexy, por su parte, al abordar el tema de los derechos fundamentales comenta que "actualmente se acepta, en general que las normas *iusfundamentales* incluyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal, […] la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales".[102]

---

[102] ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 510-511.

A través de las garantías constitucionales reguladas por el Art. 200° constitucional, el amparo, que ve su desarrollo en el Código Procesal Constitucional, tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, o la amenaza de violación de un derecho constitucional, (Art. 1º.) Este proceso opera cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. (Art. 2º.- Procedencia). Según su Art 37º los derechos protegidos incluyen el derecho a la tutela procesal efectiva (inc. 16) y el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida (inc. 23).

Han surgido nuevas relaciones sociales y de poder entre particulares, como resultado del desarrollo de los sistemas económicos, políticos, religiosos, entre otros, las cuales no se encuentran reguladas por el sistema jurídico actual. Esta situación crea espacios de indefensión y agrava las asimetrías en las relaciones de poder entre los particulares. De allí la necesidad de proteger los derechos fundamentales en las relaciones interprivatos.

Los conflictos socio ambientales, en número creciente, dan cuenta que el tradicional imperio o autoridad estatal se ha visto debilitado ante la acción de los llamados grupos de interés y de presión, que muestran un poderío similar, y en casos superior al de los funcionarios estatales, por lo que pueden afectar, a veces con mayor fuerza que las propias autoridades, la esfera jurídica de los particulares, incluyendo aquella relativa a los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente.

La fuerza vinculante de los derechos fundamentales no solo se proyecta contra las acciones del estado sino también contra las acciones de los particiones si estas la amenazan o ponen en peligro inminente.

Las violaciones de los derechos fundamentales, así sea por particulares, requiere de medidas rápidas, que repongan las cosas al estado anterior, eviten la indefensión y que no se puede esperar los plazos de los procesos ordinarios.

El amparo debe proceder contra cualquier vulneración que sufra un ciudadano en sus derechos fundamentales, sea por una autoridad o un particular.

El amparo debe brindar una tutela rápida, eficaz, tanto preventiva como reparadora de los derechos humanos, cuando son violados por una autoridad o un particular.

3.3.7 Derechos políticos, sociales y económicos

Según Adela Cortina, hay tres generaciones de derechos 1ª de libertad, políticos 2ª económicos, 3ª sociales. Los últimos permiten el real disfrute de los dos primeros.

En la carta política de 1993 el Art 1° da la pauta sobre la prioridad de protección de la vida y la persona humana seguida por el catálogo de derechos en el Art 2°.

El Art. 3 º constitucional, abre la opción de incorporar nuevos derechos, aun externos al texto constitucional, que refuercen la vigencia de los derechos humanos, siguiendo el esquema de numerus apertus.

3.3.8 El derecho ambiental

En un inicio los impactos o afectaciones al ambiente o entorno de vida, y los recursos naturales, por lo general de baja escala, se podían atender desde el derecho bajo las regulaciones del código civil, de impronta decimonónica. Lo que podría considerarse como casos de interés ambiental, en general, se trataba de relaciones de vecindad que podría llegar a una intervención municipal pero no de entes de la Administración estatal, ni áreas especializadas del derecho.

En nuestro país la existencia y producción de normas jurídicas con contendido ´ambiental´ tiene larga data[103]. Lo que se denomina como legislación ambiental[104] por su contenido y ámbito de aplicación precede a la conformación del derecho ambiental.

Es a partir de los grandes adelantos técnicos e industriales de la década del 60 y 70 cuando se evidencian graves daños al ambiente más allá del contexto vecinal o local que son **reportados** por una creciente actividad ciudadana impulsada por intelectuales y pensadores llega a ser recogida por líderes políticos. De allí en adelante ingresa a la agenda estatal. Pero es con el respaldo de las NNUU, con la convocatoria a la Cumbre

[103] Normas archivadas en el acervo histórico del Congreso de la República desde 1904
[104] Cfr. Cano, Guillermo. Derecho, política y administración. Buenos Aires: Depalma. 1978. Pg. 112 - 114

de la Tierra en Estocolmo, Suecia en junio de 1972, le da su gran impulso y su primera formulación y carta de ciudadanía en la doctrina jurídica.

El derecho ambiental ha evolucionado a través del tiempo y se configura como una rama del derecho donde se reconoce su autonomía, pues el tema de estudio y regulación tienen características propias que imponen un trato y visión diferenciada.

Raúl Brañes, con una óptica claramente positivista nos dio su definición del derecho ambiental como "el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se esperan una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos".[105]

Para Jaquenod, el derecho ambiental sustancialmente de carácter colectivo, pero sus objetivos pueden concurrir con normas de otra naturaleza como las regulan las relaciones de vecindad.[106]

El autor, desde la cátedra del curso legislación ambiental, en la UNMSM en el año 2004, planteó la siguiente definición de derecho ambiental "El derecho ambiental es una disciplina integradora del Derecho que regula las conductas, usos de cosas o bienes, naturales o artificiales, privados, públicos o universales que pudieran afectar el bienestar y los intereses individuales o colectivos de los seres vivos dentro del ámbito local, regional, nacional o planetario. Pasa por evitar cualquier tipo de daños temporales o permanentes a la humanidad y su entorno físico y la promoción del desarrollo sustentable y equilibrado que asegure la continuidad y bienestar de la sociedad y las generaciones futuras, protegiendo los recursos y entornos naturales, comunes o colectivos."[107]

[105] Brañes, Raul. Derecho ambiental mexicano. México DF: Universo Siglo Veintiuno. 1987. pg. 32
[106] Cfr. Jaquenod de Zsogon, Silvia. El Derecho Ambiental y sus principios rectores. Madrid: Dykinson. 1991
[107] Definición propia del autor, presentado en el curso Legislación Ambiental. UNMSM 2004

Pastorino advierte que: "Un error recurrente (...) es aquel que asocia los problemas ambientales con la contaminación, como si ésta constituyera el único problema ambiental o como si el ambiente estuviera conformado sólo con algunos de sus elementos, esos que integran el sustrato físico, el 'continente' del verdadero ambiente (aire, agua, suelo)."**[108]** Continua dicho autor: "... es posible que se logre construir un derecho que no mire sólo a las relaciones individuales entre seres humanos, sino que contemple como una finalidad superior la necesidad de regular una armonía entre los hombres y la naturaleza. Si se crea un derecho en ese sentido, se podrá hablar de un derecho del ambiente."[109]

En nuestro país, país mega diverso, rico en recursos naturales el derecho ambiental se ha desarrollado de manera lenta y moderada, siguiendo pautas foráneas según estas se ponen de moda. Así pues tenemos en nuestro país grupos, publicaciones, ONGs y se han conformado diversas organizaciones de defensa del medioambiente, también la materia se enseña en las facultades de derecho. El Estado peruano, por su parte, ha mantenido su interés y presencia en el ámbito internacional, donde participa activamente en diferentes reuniones internacionales a nivel regional y global.

3.3.8.1 ***Principios del derecho ambiental***

Los principios que informan y guían el derecho ambiental son enunciados que expresan un juicio deontológico acerca de la conducta a seguir para la protección del ambiente y los recursos naturales. Son criterios que expresan el deber de conducta para los individuos y la Administración, en la aplicación de las normas del derecho ambiental al caso concreto.

---

[108] Pastorino, Leonardo. El daño al ambiente, Bs As: Lexis-Nexis. 2005 pg. 45
[109] Pastorino, op. cit , pg. 42

Los principios del derecho ambiental inspiran y guían a los aplicadores y jueces, ayudando también en la correcta interpretación y posible integración en el caso de algún vacío o aspecto no regulado.

No se puede hablar de principios universales ya que estos varían en los diferentes ordenamientos. Diversos autores y normas especiales han propuesto sus visiones sobre los principios que deberían informar al derecho ambiental. Adicionalmente, se puede determinar si el principio del derecho ambiental invocado, es parte del derecho positivo si se verifica su coherencia y concordancia con la constitución. En términos hartianos, si es o no identificable como elemento del sistema normativo, según la regla de reconocimiento.

La autora Silvia Jaquenod, en su obra El Derecho Ambiental y sus principios rectores, introduce un detallado estudio de los principios que a su entender configuran el derecho ambiental. Debemos reconocer la estabilidad, longevidad e influencia de su propuesta.

También nuestra legislación, a través de la LGA, recepciona e incorpora sendos principios. En el presente trabajo, atendiendo a las necesidades que plantea la formulación de la perspectiva ius económica, se han decantado e incorporado los principios que son funcionales a su construcción y coherencia metodológica.

a. *In dubio pro natura.* El Principio precautorio.-

El principio de precaución o principio precautorio recoge la importancia de la necesidad del cuidado del medioambiente que puede estar gravemente amenazado por el potencial destructivo de agentes tóxicos, tecnologías o residuos de efectos todavía desconocidos. Esto justifica la adopción de medidas extraordinarias de protección y cuidado del entorno de vida y los recursos naturales ante las sospechas fundadas de que ciertos productos o tecnologías crean un riesgo grave para la salud pública o el medio ambiente. El potencial o inminencia de causar graves daños dispensa el requisito de la prueba mediante análisis o resultados científicos verificables del riesgo

o amenaza al medio ambiente. Está así recogido en la Ley General del Ambiente[110]. Su antecedente se encuentra en la Declaración de Río, el número 15, del principio precautorio, que dice: "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 eficaz…

El principio de "precaución" o "de cautela" exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro del medio ambiente. Se aplica ante la amenaza a la salud o al medio ambiente aun ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos.

El principio de precaución, fue actualizado en su dimensión política, mediante resolución tomada por los estados europeos, a través del Consejo de Europa, en diciembre del 2000 en Niza. Así quedó establecido que, si ante una evaluación pluridisciplinaria, contradictoria, independiente y transparente, realizada sobre la base de datos disponibles, no es posible concluir con certeza sobre un cierto nivel de riesgo, entonces las medidas de gestión del riesgo deben ser tomadas sobre la base de una apreciación política que determine el nivel de protección buscado.

b. El Principio de prevención

En materia ambiental se distingue entre el principio de precaución con el de prevención. El principio de prevención opera sobre la base de que se conoce que el daño ambiental pueda producirse, esto obliga a tomar medidas. Más aun cuando se verifica que las medidas de prevención son por mucho, menos onerosas que las de reparación del daño inminente.[111] La brecha entre el menor costo de la prevención comparados con los enormes gastos en la reparación que en algunos casos deviene en irreparables, como la pérdida de vidas o la desaparición de especies o habitats, está relacionado con el concepto de eficiencia.

[110] Vide LGA Art. VII del título preliminar

[111] esto se ha comprobado muchas veces con los episodios recurrentes del fenómeno del Niño

Queda claro que si se conocen las consecuencias estas se deben prevenir o evitar, lo que implica la utilización de mecanismos, instrumentos y políticas con el objetivo de evitar daños serios al ambiente y la salud de las personas. Su función básica es evitar y prever el daño antes de que se produzca, no necesariamente prohibiendo una actividad, sino condicionándola mediante el uso de equipos o realización de ciertas actividades de control de la contaminación y degradación. En esta dimensión se conecta el Principio de eficiencia, que estaría referido al menor gasto posible o a evitar los gastos por el daño ambiental, con el Principio de prevención.

Se puede decir que el principio de prevención sirve de base y es el sustento de numerosos instrumentos de gestión ambiental, entre los que se pueden citar: las declaratorias de impacto ambiental, los permisos y licencias ambientales, los estudios de impacto ambiental y sus planes de manejo, la auditoría ambiental, la consulta pública. Los instrumentos señalados, tiene todos carácter preventivo, pues tienen como finalidad obtener información acerca de los impactos negativos sobre el ambiente.

c. Principio de no regresión

Este es un principio recogido de la esfera de la protección de los derechos humanos. Tiene sentido el evitar que los vaivenes de la política o la influencia de poderosos lobbies y grupos de interés debiliten la protección del medioambiente y los recursos naturales.

El avance alcanzado en la protección del medio ambiente y los recursos naturales refleja el estado de agotamiento y precariedad que necesita ser revertido. Se está ante una situación crítica que demanda mayor cuidado para evitar situaciones irreversibles. **“**El principio de no regresión implica necesariamente una obligación negativa de no hacer. De esta forma, el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido sino incrementado.”[112]

[112]Peña Chacón, Mario. El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense En: Revista Judicial, Costa Rica, Nº 104, Junio 2012 pg. 126

La desconexión entre la realidad natural y la visión del derecho se pone en evidencia cuando "... escudándose en la simplificación del derecho, el Poder Ejecutivo o el Parlamento aprovechan para disminuir de forma insidiosa el nivel de protección, procediendo en realidad a un retroceso del derecho existente y de la protección del medio ambiente, fenómeno que precisamente se busca evitar con la puesta en práctica del principio de no regresión."[113]

Las condiciones de la realidad natural del bien jurídico tutelado, la vida y las condiciones que la hacen posible, son poderosas razones. "El principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación."[114]

El profesor Prieur, estudioso pionero de la cuestión ambiental sentencia: "la regresión manifiesta en materia de medio ambiente es inimaginable. No sería factible la abrogación brutal de las leyes anticontaminación o de las leyes de protección de la naturaleza. En cambio, las regresiones insidiosas o progresivas se encuentran a la orden del día. Se trata de regresiones graduales, que son las que más amenazan el derecho ambiental"[115]

d. Principio retributivo casualista.

En los casos donde se puede determinar al causante de la contaminación, ya sea persona natural o jurídica, se aplica el dictum: "El que contamina paga", con la pretensión de retribución por el daño causado, el cual tiene orígenes prerromanos.

---

[113] Peña Chacón. Op. Cit. pg. 128
[114] Ibid. pg. 122
[115] Ibid. pg. 128

Este principio está íntimamente relacionado al principio de responsabilidad[116], regulado en la LGA, busca que los contaminadores asuman su responsabilidad por la contaminación causada, ya sean personas naturales o jurídicas.

Este principio tiene carácter retributivo y reparador, ya que Identifica al causante basado en evidencias y actividad probatoria, que se lleva a cabo dentro del debido proceso.

El concepto actual de "el que contamina paga", llamado también "contaminador pagador", está fuertemente ligado a la idea de que las actividades económicas tengan en cuenta los costes ambientales. El contaminador debe de soportar el coste de las medidas necesarias para eliminar la fuente de contaminación, y si fuera el caso, la reducción de la contaminación acumulada, para cumplir con el estándar de calidad ambiental. El enfoque está dirigido al contaminador, para evitar que los fondos públicos se empleen en limpiar o reparar los daños.

En la práctica, el rápido acceso a esta medida, que no va a la raíz de las conductas contaminantes, permite a las empresas pagar un precio por contaminar, que después suelen externalizar a los consumidores.

Es claro que este principio tiene una fuerte base económica.

La eficacia de este principio se verifica con el cambio de actitudes y modificación de conductas contaminadoras.

e. Principio de sostenibilidad

Las condiciones de estabilidad del ecosistema y los recursos naturales son necesarias para el sostenimiento de la vida y la salud de la sociedad. Una forma objetiva de

[116] Vide LGA Art. IX del título preliminar

determinar cuan sostenible es el modelo de desarrollo o la política ambiental, es a través de la huella ecológica, que mide la cantidad de aire, agua y suelo necesaria para producir los recursos consumidos y asimilar los residuos producidos por una población concreta. Es decir, se mide la diferencia entre la demanda humana de recursos sobre los ecosistemas y la capacidad ecológica de la tierra para regenerar esos recursos. La huella ecológica es una medida de cuan sostenible es el estilo de vida o modelo de desarrollo.

Ninguna especie puede crecer por sobre la capacidad de carga del sistema, de allí la importancia de preferir acciones sostenibles. Se debe de evitar agotar los recursos renovables mediante medidas o conductas de un modelo de desarrollo que permita la recuperación natural. Por esto Interesa más un tipo de desarrollo que aliente, facilite y permita la recuperación natural, a fin de no agotar hasta la extinción el recurso, para que sirva a las futuras generaciones[117].

Se deben preferir acciones que permitan mantener la sostenibilidad y evitar aquellas que se opongan a la sostenibilidad.

f. Principio de homeóstasis o balance de materiales y energías.

La homeóstasis se refiere al equilibrio dinámico de las condiciones que mantienen a los cuerpos o comunidades, con vida y salud. Es un equilibrio en movimiento que se adapta a los cambios (homeostasis). Está relacionada al balance de materiales y energías.

Se debe de tener en cuenta el necesario balance y permitir o tomar las medidas para ajustar los desbalances. Los organismos vivos apoyados en el intercambio de materia y energía con el entorno, son capaces de mantener condiciones fisiológicas que se mantienen relativamente equilibradas. Según la leyes naturales de la física, química y biología ninguna especie puede crecer por sobre la capacidad de carga del sistema.

El desarrollo económico siempre creciente, que sigue la lógica del mercado y el equilibrio entre flujos de dinero y créditos, tiende a dejar de lado esta verdad científica.

[117] Vide LGA Art. V del título preliminar

g. Principio de Resiliencia

Según nos indica la ciencia[118], los ecosistemas tienen la capacidad natural de resistir perturbaciones hasta ciertos límites, sin mayores alteraciones de sus características físicas, químicas o biológicas, o de sus funciones primordiales. En estos casos, puede recuperar su estado original una vez que la perturbación desaparezca. El funcionamiento de los ecosistemas es lo que permite la prestación de los servicios vitales que la sociedad y la economía necesitan. La existencia de la diversidad biológica o biodiversidad permite explicar y entender el funcionamiento de la resiliencia como compensación natural, dentro de ciertos límites.

El principio de resiliencia busca evitar que se excedan las posibilidades de recuperación natural y está relacionada con la capacidad de carga del sistema y las posibilidades del control de la persistencia de las perturbaciones.

Este principio debe de orientar la planificación, toma de decisiones racionales de políticas en los ámbitos nacional, regional o local que deben estar debidamente motivadas y justificadas, por el impacto o efectos que puedan tener en alterar las capacidades de recuperación de los ecosistemas naturales.

La capacidad natural de recuperación debe de ser valorada como un mecanismo que demuestra la dinámica y vitalidad de los sistemas naturales.

h. Principio de Metabolismo.

[118] Common, Michael/ Stagl, Sigrid. Introducción a la Economía Ecológica. Barcelona: Reverté. 2008

El metabolismo es un proceso de asimilación y transformación biogeoquímica de sustancias que ingresan al medioambiente en forma de residuos o energías. El mismo medio natural se encarga de convertir en productos o sustancias útiles al ecosistema. Los residuos que se vierten al ambiente deben de tener características o propiedades que permitan su asimilación y transformación, como es el caso de los productos biodegradables. Este mecanismo da cuenta de la dinámica de los sistemas naturales.

Contrario sensu, no será el caso de tóxicos persistentes o desechos nucleares o radioactivos, o simples objetos de uso cotidiano como plásticos, botellas de vidrio, cajas de tv, enseres de uso domésticos o industrial o los simples pañales y demás objetos descartables que lejos de producir efectos beneficiosos perjudican al ecosistema, a veces por periodos muy largos de tiempo.

Este principio debe de guiar políticas del Estado en la educación, la fabricación y consumo favoreciendo el uso de aquellos materiales bio degradables y de menos toxicidad. Medidas como el reciclaje están encaminadas en esa dirección.

También este principio justifica la adopción de políticas y medidas que favorecen la adopción de energías renovables y alternativas limpias para la generación de electricidad, el transporte y la industria.

La determinación de los tipos de sustancias que se pueden introducir al ambiente sin dañarlo de manera permanente proviene de la ciencia y del sentido común, bajo la fiscalización de la población. El Estado, instituciones y población debe de estar siempre vigilantes para lograr el cumplimiento de las estrictas normas que prohíben el descarte inapropiado de elementos altamente tóxicos, residuos radiactivos o nucleares dentro del medioambiente, por más alejado que se den los vertimientos[119].

i. Principio de Integración

Este principio ayuda a encontrar soluciones cuando se presentan conflictos o situaciones de amenaza o daño al medioambiente y los recursos naturales debido a la contaminación, ya sea de manera potencial o que ya se haya producido, y que no se

[119] La tecnología actual ofrece medios accesibles para la detección y monitoreo de todo tipo de vertimientos en cualquier lugar o tiempo.

tenga regulación expresa, mediante un puente normativo que permite la inclusión de estándares ambientales[120] internacionales al ordenamiento ambiental nacional.

En la práctica cotidiana, y principalmente en la labor jurisdiccional, surgen inconvenientes en la aplicación de la ley ambiental, siendo los vacíos legales los motivos más usuales. En estos casos, a través del principio de integración se permite al operador jurídico encontrar respuestas para resolver los conflictos que ante él se presenten.

La integración es una herramienta fundamental para la solución de las lagunas, y evitar que vacíos o normas oscuras lesionen los derechos de los ciudadanos. Es una forma de controlar el uso de la discrecionalidad judicial o administrativa, que puede conducir a arbitrariedades y errores que afecten los intereses de las personas y terminen por erosionar la confianza de la sociedad en el Derecho.

La integración jurídica no se basa solo en la aplicación de métodos que colmen las lagunas, sino que va más allá, en la búsqueda de la certeza jurídica de que las medidas que se adopten para solucionar daños por contaminación o degradación de los recursos naturales salvaguarden los intereses y derechos de las poblaciones afectadas. En esta dimensión, este principio evitaría la discriminación que permite que se afecte más con la contaminación o daños al medio ambiente, en espacios donde habitan poblaciones menos favorecidas o comunidades representativas de capas sociales o económicas o de especies amenazadas de flora o fauna. Es decir que el alcance de este principio incluye daños al medio ambiente en espacios donde habitan poblaciones menos favorecidas, diferentes manifestaciones protegidas de vida y el trato racional y humanitario ante las demás especies, que va más allá del antropocentrismo. Si reconocemos que en nuestro planeta, habitamos y convivimos diferentes y manifestaciones de vida, podremos avanzar más allá del antropocentrismo, e incorporar de manera holística y sistémica, con una mirada interdisciplinaria las diferentes manifestaciones de vida y armonizar el trato entre especies, con la vocación tópica de encontrar solución a los graves problemas ambientales.

[120] Vide LGA Art. 31° y ss.

La integración de la ley se lleva a cabo completando los preceptos que exhiben vacíos o lagunas, usando los diversos procedimientos y de interpretación de la ley, atendiendo a criterios de justicia, equidad avalados constitucionalmente. De esta manera se recogen aspectos que no se encuentran expresamente contenidos en las disposiciones formuladas por medio del acto legislativo, pero que no exceden ni vulneran lo dispuesto por el constituyente o legislador primario.

Ha de buscarse la solución justa recurriendo, en primer lugar, a la analogía y obrar conforme a los principios generales del Derecho. La aplicación de éste principio ayuda a dar solución a situaciones no reguladas como puede ser el caso de las comunidades más vulnerables o no contactados en aislamiento voluntario.

j. Responsabilidades comunes pero diferenciadas

Este es un principio que ha sido asimilado por sendas convenciones ambientales promovidas por la ONU, destaca la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático[121]. Si bien parecería seguir el principio universal de justicia, su aplicación ha tenido un resultado adverso pues está a la raíz de la falta de interés y participación y cumplimiento por los países del llamado no Anexo 1, la gran mayoría de los países del mundo. La principal razón que se aduce es que las emisiones de CO2 se originan con la revolución industrial europea, por lo que solo los 38 países industrializados, únicamente y no el resto, son culpables y causantes de la acumulación de dióxido de carbono en la atmósfera, principal causa del calentamiento global. La primera parte del aserto tiene visos de veracidad, y estaría ausente la atribución de responsabilidad por los daños causados y la acción resarcitoria o de reparación correspondiente, sin embargo, es también verificable la gran cantidad de emisiones de gases de efecto invernadero emitidas por todos los países, en especial los emergentes, que quedan impunes y sin ningún control o responsabilidad. Una grave omisión y laguna con efecto pernicioso al medio ambiente global.

Dado que se trata de un problema planetario, la solución, creemos, debe de ser unitaria, y esta se ajustará, lo dice la lógica económica, dentro de las capacidades y

[121] Vide Convención Marco de NNUU de Cambio Climático: http://unfccc.int/essential_background/convention/items/6036.php

posibilidades de cada país. Pero si de antemano se regula que debe de haber diferencias, países de alto crecimiento y desarrollo vs. los países menos desarrollados bajo las condiciones económicas y sociales que existían en 1990, se deja de lado la realidad del gran crecimiento económico y demográfico con sus respectivas emisiones y emanaciones de gases de efecto invernaderos, pero ya exonerados de cualquier medida obligatoria de reducción de emisiones. Esa visión y marco, no corresponde con la realidad, es dañina y perjudicial y no cambiarla es inmoral. Lo escrito y vigente en la CMNNUUCC que no tiene en cuenta la realidad del crecimiento de los países emergentes desde 1990, viola la más elemental de las normas de ética universal. Una forma de abuso del derecho a nivel internacional o planetario.

Por otro lado, cuando se miden y comparan emisiones de los diferentes países se usa como baremo la emisión per cápita, que resulta conveniente para algunos pero que distorsiona peligrosamente la realidad de las verdaderas emisiones realizadas. Cuando las enormes emisiones de gases de efecto invernadero se divide entre la población extensa de India o China estas se diluyen completamente, dando la impresión falaz, de cantidades muy pequeñas, en lugar de hablar de emisiones totales por país o espacio geográfico determinado. El uso actual del per cápita es erróneo, proponemos un uso más real, en forma de contribuciones per cápita al fondo de adaptación al cambio climático, para su uso prioritariamente por las poblaciones más vulnerables.

Consideramos que las responsabilidades comunes planetarias deben de tener una visión unitaria.

El conocimiento actual y las tecnologías disponibles, permiten que todos los países, desarrollados y no tanto, accedan a las alternativas menos contaminantes como las energías renovables, iluminación led, vehículos híbridos, procesos eficientes, etc. que permite asumir compromisos voluntarios de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyendo así en evitar la catástrofe climática a la que nos estamos dirigiendo de manera irremediable.

3.3.9 Instrumentos administrativos para la gestión ambiental:

Los instrumentos de gestión ambiental permiten tomar acciones que se anticipan y buscan evitar los daños al ambiente y los recursos naturales, en ese sentido son la materialización del principio de prevención. Los instrumentos de gestión ambiental que reconoce la LGA[122] incluyen a:

1. Los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales;
2. El ordenamiento territorial ambiental;
3. La evaluación del impacto ambiental;
4. Los Planes de Cierre;
5. Los Planes de Contingencias;
6. Los estándares nacionales de calidad ambiental;
7. La certificación ambiental, las garantías ambientales;
8. Los sistemas de información ambiental;
9. Los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación;
10. Los mecanismos de participación ciudadana;
11. Los planes integrales de gestión de residuos;
12. Los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales;
13. Los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción;
14. La clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación;

Es decir son todos aquellos instrumentos, mecanismos, políticas y sistemas orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el Art. 15º de la LGA..

3.3.10 El derecho ecológico

Aparte de la disquisición semántica y terminológica que lo separa de la definición del derecho ambiental, la connotación de lo ecológico, surge de su propia definición como

[122] Vide. art 16º y ss.

la relación entre seres vivos con el entorno[123], también de la reproducción de los ecosistemas y las condiciones adecuadas y necesarias para el sostenimiento de la vida. Esta visión nos lleva al estudio de las características del medioambiente, que incluye el uso, transformación y transporte de materia y energía y los residuos que se generan. Al incluir como sujeto activo a todos los seres vivos, lleva nuestra mirada más allá del antropocentrismo.

Autores como Martín Mateo niegan la sinonimia, señala que por ejemplo en derecho de familia se vería el hacinamiento y sus consecuencias demográficas sobre el entorno ecológico, pero que eso no estaría incluido dentro del derecho ambiental.

Lejos del término que se emplee para denominar a una rama especializada del Derecho, lo que se busca es la mejor adecuación del Derecho al cuidado y protección del medioambiente y los recursos naturales con una regulación idónea.

En el fondo, se está a la búsqueda de un derecho del ambiente donde se determinan nuevas relaciones entre los seres humanos y la naturaleza. Entendemos al Derecho Ecológico como una ampliación, aggiornamiento, del Derecho Ambiental que tiene en cuenta los derechos humanos e incorpora principios de sustentabilidad de las futuras generaciones.

En relación con el derecho ecológico se habla del ecocentrismo, entonces es necesario aclarar este término: "El eco centrismo propone una nueva visión del ambiente como valor autónomo de la naturaleza en contraposición a siglos de uso y abuso de ella bajo una consideración meramente utilitarista en la que los elementos del ambiente fueron recursos o simples objetos."[124] Nuestra concepción y uso tiene un carácter inclusivo, que sin dejar de lado a los demás seres vivos, reconoce el rol central del ser humano, su voluntad y las instituciones creados por él en relación a la preservación de la estabilidad del ecosistema. Se valora la estabilidad del ecosistema como valor per se, intrínseco, importante, necesario.

Para Jaquenod[125] una cosa es que, efectivamente, el derecho responde a consideraciones ecológicas y otra, el que deba de aglutinarse sometiendo a un

[123] cfr. de la definición originaria de Ernst Haeckel, padre de la ecología, en 1869. en su trabajo Morfología general de los organismos (Generelle Morphologie der Organismen)
[124] Pastorino, op. Cit. pg. 43
[125] Cfr Jaquenod Op. Cit.

tratamiento relativamente unitario todos los sectores de normas que, en definitiva, trasciende a las relaciones del hombre con la naturaleza.

3.3.11 La justicia ambiental.

Dentro de los fines del derecho está el alcanzar la justicia, en el ámbito ecológico eso no es diferente. Por esta razón en el diseño y la aplicación de las políticas públicas ambientales esta deben contribuir a erradicar la pobreza y reducir las inequidades sociales y económicas existentes, y al desarrollo económico sostenible de las poblaciones menos favorecidas[126].

La elevada conflictividad socio ambiental, en nuestro país se da de manera desproporcionada en zonas de marcada pobreza, ya sea por derrames de hidrocarburos que afectan a comunidades nativas o contaminación por relaves mineros en comunidades alto andinas o amazónicas. Los daños ambientales siguen una distribución desigual en intensidad y riesgos a la salud de la población. La actual configuración social y estatal mantiene dicha contradicción: por un lado en lugares de extrema pobreza se desarrollan minas y explotación petrolífera que generan importantes ingresos económicos a los operadores y concesionarios, y el mismo estado que recibe el canon y tributos, que no regresan a beneficiar a la población local. Se puede aducir falta de gestión o capacidades, pero lo real es que no se logra el progreso ofrecido o pensado, sino más bien todo lo contrario, pues queda la contaminación y el pasivo ambiental. Esta situación se puede agravar, con el interés en la explotación del gas de esquisto mediante fractura hidráulica por alta presión de las capas rocosas subterráneas, tecnología de alto riesgo para zonas sísmicas de baja estabilidad, y la destrucción de fuentes de agua subterráneas por la contaminación de potentes compuestos químicos que se usan en el proceso, en las condiciones que muestran los suelos de nuestro país y países vecinos.

La LGA hace mención de la justicia ambiental referida a los aspectos procesales de acción rápida, sencilla y efectiva ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales

[126] cfr. Norma IV del Título Preliminar LGA

en defensa del ambiente y sus componentes[127] . "La justicia ambiental se logra cuando todos disfrutamos del mismo grado de protección ante los riesgos ambientales y peligros para la salud, y tenemos acceso equitativo al proceso de toma de decisiones."[128] además debemos de tener presente que "…aparecen en los ordenamientos ´derechos vitales ´ cuyo número no deja de crecer en la medida en la nuevas necesidades se suman a las ya existentes y quedan justificadas."[129]

En todo caso, es un corpus de teorías que incluyen la teoría de la justicia, teorías ambientales, políticas ambientales, sostenibilidad y ecología política[130] [131] que se vincula con el bienestar goce de derechos fundamentales. La convivencia pacífica sólo se alcanzará a partir de la adecuada regulación por el estado de las condiciones de uso de los recursos naturales y protección de las condiciones esenciales del medio ambiente para su reproducción y estabilidad, necesarias para el sostenimiento de la vida. Concurrentemente se requiere el acceso a remedios y reparaciones dentro de un contexto del Estado de Derecho, evitando la discriminación social y económica.

3.3.12 **La Argumentación Jurídica**

Se puede entender a la argumentación jurídica como una técnica de resolución alternativa de conflictos. Se usan los argumentos y la razón en lugar de la fuerza o coerción.

La preocupación en el presente trabajo sobre la débil, tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, nos lleva a buscar alternativas que ofrezcan las posibilidades de eficacia y soluciones plausibles y eficientes, lo cual se reflejará en el

---

[127] vide cfr principio de equidad Norma X del Título Preliminar, LGA

[128] Declaración de principios de la agencia de protección ambiental (EPA) de los EEUU de América. Cfr. http://nepis.epa.gov/Exe/ZyNET.exe/60001YPA.txt?ZyActionD=ZyDocument&Client=EPA&Index=2006%20Thru%2020. (revisada el 15 agosto 2013)

[129] Crfr. Zagrebelsky, G. Il diritto mite. Torino: Einaudi. 1992 y FERRAJOLI, L. Derecho y Razón. Madrid: Trotta. 2011

[130] cfr. Schlosberg, David. Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature. Oxford University Press. 2007

[131] cfr Miller, Jr., G. Tyler *Environmental Science: Working With the Earth* (9th ed.). Pacific Grove: Brooks-Cole. 2003. p. G5.

bien de la población y fortalecimiento de la democracia mediante la adhesión[132] y participación ciudadana.

Los difíciles procesos y circunstancias de la vida social involucran a diferentes actores con intereses contrapuestos. En los conflictos socio ambientales, están involucrados campesinos, nativos, empresas, habitantes urbanos y las diferentes reparticiones e instancias del Estado.

Recordemos que argumentar es buscar buenas razones para apoyar las medidas que se tomen en favor de la protección del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

Para Robert Alexy es necesaria la argumentación para encaminarse en la búsqueda de la solución pacífica de los conflictos. El citado autor, puntualiza: "La argumentación jurídica se concibe a tal efecto como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico – jurídica."[133]

Ante la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado y creciente número de conflictos socio ambientales se requiere de un mejor uso del derecho; Atienza nos recuerda que "… la perspectiva argumentativa permite entender muchos aspectos del derecho y de la teoría jurídica, en fin, de instrumentos sumamente útiles para operar con sentido en el derecho…"[134]

Para Atienza: "El razonamiento jurídico tiene que ser considerado, en términos generales, como un tipo de razonamiento práctico. El derecho, obviamente, tiene que ver con el comportamiento humano, es una técnica de control social, y el razonamiento que tiene lugar en las diversas instancias jurídicas está orientado hacia la acción y no (o no centralmente) hacia el conocimiento..."[135]

Hay una clara tendencia en que los conflictos socio ambientales, ya rebasan el ámbito administrativo y se ventilan con más frecuencia en sede jurisdiccional. Siendo la materia de índole ambiental no precisamente la más común en los juzgados y salas

---

[132] Cfr Perelman, Chaim y Lucie Olbrechts-Tyteca. Tratado de argumentación. La nueva retórica. Madrid: Gredos. 1989

[133] Alexy, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: CEC. 1997 pg. 34

[134] Atienza, Manuel. El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel. 2000. pg. 11

[135] Atienza op. Cit. pg. 197

judiciales, a menudo se les presenta a magistrados situaciones en que deben de encontrar la respuesta correcta. Este aspecto ha sido estudiado con detenimiento por Ronald Dworkin, quien reconoce que para que se pueda resolver jurídicamente los casos difíciles, los jueces deben recurrir no solo a las normas sino a un proceso de argumentación que confronten las diferentes razones o argumentos a favor o en contra y basados no solo en normas, sino en principios y directrices.

Cuando Dworkin hace referencia a la respuesta correcta, de un caso difícil o conflicto se refiere a aquella que tiene la "mejor fundamentación", de esta manera la "respuesta correcta" sería la afirmación que estuviera apoyada por los mejores argumentos en el marco de una controversia jurídica. La concepción de Dworkin respecto del derecho se presenta a sí misma como una teoría interpretativa del razonamiento judicial. En sus palabras: "Este libro asume el punto de vista interno, el de los participantes, trata de comprender el carácter argumentativo de nuestra propia práctica jurídica uniéndose a la práctica y enfrentando las cuestiones relativas a la fundamentación y la verdad que deben enfrentar los participantes. Estudiaremos argumentos jurídicos formales desde el punto de vista de los jueces, no porque sólo los jueces sean importantes o porque entendamos todo sobre ellos teniendo en cuenta lo que estos dicen, sino porque los argumentos judiciales sobre afirmaciones de derecho resultan un paradigma útil para explorar el aspecto proposicional central de la práctica jurídica. Ciudadanos, políticos y profesores de derecho también se preocupan y discuten sobre qué es el derecho, y yo podría haber tomado sus argumentos como nuestros paradigmas en lugar del de los jueces. Pero la estructura del argumento judicial es típicamente más explícita, y el razonamiento judicial tiene una influencia sobre otras formas de discurso legal que no es totalmente recíproca."[136]

El método argumentativo si bien es connatural a la práctica del derecho, su uso cotidiano en nuestro país es más bien limitado. Esto se debe al dominio, casi absoluto de la corriente positivista en la práctica del derecho peruano, donde sobresale la aplicación directa de reglas a través de la subsunción y silogismo. En el espacio argumentativo se emplean además de las reglas, la subsunción y silogismo, los principios y la ponderación. Para aprovechar las ventajas y bondades[137] de la moderna

[136] Dworkin, Ronald. El imperio de la justicia. Barcelona: Ariel. 1989 pg. 14-15.
[137] Cfr. Atienza op. cit pg. 18-19

argumentación jurídica, se requiere de ciertas destrezas que se deben de desarrollar mediante programas de actualizaciones, y reformando y actualizado los planes de estudio en las facultades de derecho.

Todos los conflictos ambientales tienen como actores principales a la gente, pobladores, vecinos que se ven afectados por la contaminación, el ruido y demás molestias que perturban su entorno de vida, bienestar y seguridad; a pesar del marco constitucional y legal vigente. No siempre se dispone de toda la información o evidencia material o científica que derivan en choques y antinomias, situaciones y condiciones que se pueden dilucidar en base a la argumentación.

A diario, en el contexto del conflicto ambiental, se presentan situaciones plausibles, verosímiles, donde se dan todas las condiciones para la acción argumentativa como: información incompleta, falacias, manipulación por los lobbies y medios de comunicación.

La situación de la débil, tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado que se busca mejorar, apuntan a que se necesita usar con más frecuencia y amplitud la argumentación jurídica. Esto permitirá lograr la esperada respuesta y eficacia del marco regulatorio ambiental, en el espacio para el debate entre los diferentes actores como son los ciudadanos que sienten temor o incomodidad por los posibles impactos negativos de un proyecto de inversión, de infraestructura o extracción de recursos naturales; el Estado como garante y los inversionistas que buscan aprovechar la oportunidad económica.

3.3.13 **La Tutela Jurídica del Medioambiente**

3.3.13.1 Nota introductoria

El medio ambiente, en tanto entorno necesario para la vida, es sujeto de tutela jurídica. La tutela jurídica del medio ambiente en nuestro ordenamiento emana del Art. 2º de la Carta Política. Dicho artículo contiene el llamado "Catálogo de Derechos Fundamentales"[138]. Así, en su inciso 22 se consagra el derecho de todo ciudadano a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida." Tomamos el

[138] Derecho fundamental subjetivo

pre citado mandato constitucional como el ancla y punto de partida para que los órganos del Estado provean la debida materialización de la tutela de ese derecho fundamental.

En este punto es preciso recordar el Art. 1º de la Constitución Política del Perú expresa de manera clara que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Este enunciado de apertura de la Carta Política, fundante de nuestro Estado de Derecho, posiciona a la persona humana al centro del quehacer y razón de ser del Estado[139].

El medio ambiente es de naturaleza global y esta aseveración se ve reflejada en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, la cual expresa:
"El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que permita llevar a cabo una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger el medio para las generaciones presentes y futuras."

Posteriormente, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, reunida en Río de Janeiro en junio de 1992, se llegó al consenso y declaró que:

"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."[140]

En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico, el medio ambiente abarca una amplia gama de contenidos y significados, muchos de éstos encuentran una relación con valores y principios consagrados en nuestra Carta Política. Esta relación puede traducir las agresiones al medio ambiente en lesiones a determinados derechos fundamentales. Dentro de éstos destacan el derecho a la vida y a la integridad física. Así, el derecho a un medio ambiente adecuado[141], representa el marco indispensable para el mantenimiento y la mejora de la calidad de vida.

---

[139] Se afirma así la visión antropocéntrica del Estado
[140] Cfr. Agenda 21
[141] Consagrado en el Art. 2º inc. 22 de la Carta Política de 1993.

En el Perú, para reconocer y consagrar el derecho a un medio ambiente adecuado en la Carta Política de 1993, se llevó a cabo una difícil negociación[142] que culminó en la aprobación, que por su ubicación sistemática en el Art. 2° le confirió el status de derecho fundamental. Si bien representa un importante avance en el marco ambiental nacional, su alcance es limitado, debido a que no se han establecido las bases para su adecuada tutela ni la adecuada reparación de los daños a los ecosistemas[143]. Muchos han considerado que sería solamente una norma programática. La fórmula que reza: "toda persona tiene derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida", necesita del respaldo de mecanismos que emanen de la propia constitución para la tutela del derecho mismo, para que sea real y eficaz.[144]

El derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, para poder ser considerado como un auténtico derecho subjetivo, debe incluir necesariamente la tutela jurisdiccional de los intereses protegidos[145]. El ordenamiento jurídico nacional incluye normas jurídicas para la regulación y tutela del medioambiente y los recursos naturales pero estas tienen poca o limitada efectividad. Hechos que nos indican la necesidad de fortalecer y mejorar el acceso a la justicia ambiental y la Tutela, con la debida garantía ante los tribunales. Es necesario entonces, desarrollar con precisión la garantía al medio ambiente adecuado. Esto, claramente mediante las posibilidades de acceso a la justicia, con la apertura de las acciones públicas y populares[146].

El reconocimiento de un derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado en nuestro país como garantía de la personalidad, responde no solo a una profunda exigencia ética, sino que también está en concordancia con las constituciones contemporáneas y cuenta con el respaldo de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas.

---

[142] Anales del Congreso CCD; discusiones y debates preliminares. Se tomó como base el Art. 123º constitucional vigente en ese momento y del Código del Medio Ambiente (promulgado el setiembre 1990).

[143] Corresponde a una visión eco sistémica. La LGA de octubre 2005, en parte corrige esta omisión.

[144] estando el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, reconocido constitucionalmente, el Amparo está disponible para su protección, aunque de manera limitada.

[145] No se dispone a nivel constitucional de mecanismo para la protección de intereses colectivos o supra individuales, esto se encuentra a nivel infra constitucional, en el código Procesal Civil, por ejemplo.

[146] Advertimos un vacío en cuanto a las normas de carácter procesal orientadas a la tutela del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado.

En nuestro país, el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado está reconocido. Su reconocimiento aparece en primer lugar a nivel constitucional en la Carta Política de 1979 y luego se consolida y refuerza en la constitución de 1993. Se supera así la concepción restrictiva del ambiente desde una perspectiva de sanidad ambiental[147]. La tutela del ambiente no está restringida a relaciones de tipo espacial o patrimonial ya que reconoce en el ambiente su valor como condición necesaria de la personalidad humana.

El Art. 2º inc. 22 sitúa la esencia de la juridicidad en la tutela de las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida.

Por otro lado, el carácter de derecho fundamental del individuo a gozar de un medio ambiente adecuado, consagrado en nuestra Constitución, es la base para su defensa contra cualquier iniciativa hostil, incluso en contra de la propia autoridad estatal. Su protección se invocará al Estado y a falta de este se podrá acudir a la instancia supranacional[148].

La existencia y necesidad de que se materialice el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo y bienestar de la persona, ha quedado firmemente reconocido en nuestra Carta Política de 1993. Esta perspectiva fue claramente reiterada en el Simposio Mundial de Jueces sobre el Desarrollo Sostenible y la Función del Derecho.[149]

Es necesario abordar teóricamente el tema, para construir un referente respecto de las decisiones jurídicas fundamentales en materia ambiental debido a su estrecha vinculación con la dimensión ius-filosófica que reconoce en la calidad de vida y bienestar como pilares de la dignidad humana.

Por muchas razones, la protección del entorno se proyecta en el ámbito de los particulares, ya que "todos tenemos derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado". Si bien de titularidad colectiva, en una pluralidad de personas de un número indeterminado, pero cada persona tiene una posición jurídica diferenciada en su esfera personal que se expresa en un interés legítimo, expresamente reconocido a ser protegido jurídicamente.

---

[147] Este concepto marco tiene vigencia desde los albores de la República.
[148] Por tratarse, precisamente de un derecho humano reconocido internacionalmente
[149] celebrado en Johannesburgo, Sudáfrica del 18 al 20 de agosto de 2001.

3.3.13.2 Definición de Tutela del medio ambiente.

El término tutela deriva de la voz latina **tueor**, que significa defender, proteger. Tutelar por lo tanto significa, cuidar, proteger, y ésta es precisamente una de las misiones más importantes que debe cumplir este instituto jurídico. Debe resaltarse que el uso tradicional de este instituto en nuestro país se ha circunscrito a la protección de los intereses del pupilo, tanto personal como patrimonial. Se considera que el actor del instituto de tutela es el tutor en provecho del pupilo. El Código Civil establece la tutela como una institución supletoria de amparo al menor que no esté bajo la patria potestad. Esta institución está regulada en los artículos 502º al 563º. Así, para un importante sector de operadores del Derecho en nuestro país, cuya práctica está ligada al Derecho Civil y en particular al Derecho de Familia, al hablar de tutela se refiere a este particular aspecto.

Para los efectos del presente trabajo de investigación, la referencia al instituto de la tutela supera la perspectiva civil y del derecho de familia para abarcar el contenido que se desprende del Art. 139° constitucional. La Carta Política del 1993 en su Art. 139º inciso 3 consagra la tutela jurisdiccional efectiva, la cual se desarrolla dentro del debido proceso, con un significado y contenido más amplio del uso tradicional del vocablo tutela.

El Tribunal Constitucional ha interpretado en sendas sentencias la protección de los derechos fundamentales, como por ejemplo las sentencias 0018-2001-AI o 01206-2005-AA entre otras.

El Código Procesal Civil, consagra en su norma I del Título Preliminar: “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.”

También en el Código Penal de 1991, en la norma IV del Título Preliminar establece que el Estado aplicará su última ratio, es decir la pena, en aquellos casos donde se requiera proteger a bienes jurídicos tutelados, aquello que la Constitución reconoce como el bien de mayor valor, la vida y el entorno que la hace posible, claramente el medio ambiente.

3.3.13.3 Derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para la vida.

Toda persona tiene el derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Este derecho consagra una situación subjetiva, pero que tiene incidencia en una pluralidad de personas, es en ese sentido, es un bien jurídico colectivo inalienable. El derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, tiene la dimensión individual cuyos titulares son las víctimas de la contaminación del entorno de vida, pero que abarca también a sus familias, allegados, vecinos y la comunidad toda, por lo que tiene sin lugar a dudas dimensión colectiva.

La naturaleza difusa de la estabilidad del ecosistema y las condiciones necesarias para sostener la vida dificulta acreditar el interés jurídico para demandar su tutela. Se puede acreditar la existencia de un interés personal, individual o colectivo ya que, hay una afectación a la esfera jurídica en sentido amplio y los titulares tienen un interés propio distinto del de cualquier otro. De prosperar la acción, se traduce en un beneficio jurídico a favor del accionante. Existe "interés legítimo" aun tratándose de intereses colectivos y difusos; pero es necesario replantear las reglas procesales a fin de evitar la denegación de justicia.

El derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida no sólo deriva de las obligaciones de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44º, establece la obligación estatal de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y, especialmente, aquellos que afectan al bienestar general y el desarrollo integral y equilibrado; sino también compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano.

Tanto la legislación supranacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana, definen derechos de las personas; asimismo, algunos textos constitucionales se han impuesto el reconocimiento de nuevos derechos, en particular los vinculados directamente con el principio de dignidad, es decir, de auténticos derechos fundamentales, dotados con las garantías para su protección y tutela.

Nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 2º, una enumeración de derechos fundamentales que se derivan de la dignidad del hombre, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. Los derechos económicos y sociales, llamados también de segunda y tercera generación, se han recogido y han enriquecido el repertorio de derechos constitucionalmente protegidos que gozamos todos los peruanos. Así, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, se valora como un Derecho Fundamental de la más alta jerarquía que requiere la tutela efectiva y sólidos mecanismos que la garantice.

3.3.13.4 Derecho a la tutela judicial efectiva.

No es posible garantizar el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, ni ningún otro derecho, si no existe tutela judicial efectiva. El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por nuestra Constitución en su Art. 139º Inc. 3, cobra especial relevancia ante casos de contaminación y agravio al medio ambiente, dada su naturaleza de instrumento de protección de los derechos.

Este sentido del derecho a la tutela judicial efectiva ya está previsto en el Art. 3°, literal "a" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo". Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 25º Inc. 1, que: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención".

Corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes contra el medio ambiente o entorno de vida y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos entre el que se encuentra el derecho a gozar de un ambiente adecuado y sano.

A nivel internacional, mostramos para fines de comparación, lo que indica la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada el 7 diciembre de 2000 que en su Artículo 47º establece:

"Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo".

Desde España, Jesús González Pérez, nos dice:

"El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional efectiva no constituye en modo alguno una conquista del Estado Social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho. No es algo que derive del modelo de Estado que dice adoptar la Constitución de 1978[150], sino algo consustancial a todo Estado. La organización del Poder Público de modo que quede garantizada la Justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer."[151]

3.3.13.5 ¿Quién debe de dar tutela al medio ambiente?

En primer lugar el Estado. El rol del Estado en la tutela del medio ambiente le es inherente. Sin embargo, no obstante ello, la acción de los particulares en la forma de participación ciudadana[152] y de modernas herramientas jurídicas[153], ha devenido en importante mecanismo de control social sobre la actividades de las empresas, que por su accionar, enfocado en el lucro y la utilidad, en un contexto de débil tutela por el Estado y corrupción, acaban estas contaminando el medio ambiente y degradando los recursos naturales.

En palabras de Jesús González Pérez:

"El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas. Y añade:

---

[150] Constitución Española de 1978

[151] *Jesús González Pérez, "El derecho a la Tutela Jurisdiccional", Ed. CIVITAS, 3ª ed. Madrid , 2001, pg 32*

[152] Derecho consagrado en el Art. 2° inc. 17 constitucional

[153] Los citizen suits en los EEUU de América y la actio popularis en los países de tradición romana germánica.

siendo la Justicia uno de los valores fundamentales que todo Ordenamiento jurídico debe de perseguir, su realización constituye misión primordial de la actividad de cualquier Estado."[154]

A fin de que los conceptos que emanan de la teoría del derecho y la doctrina sean de utilidad en reforzar la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, se deben de adecuar a los marcos temporales y a las características propias, tanto del medio ambiente como de los recursos naturales. Siendo objetos centrales de la tutela que requieren medidas rápidas y efectivas que conjuren los daños irreversibles que afectan a comunidades actuales y cuyos efectos se puedan sentir en el futuro, lo que acabaría menoscabando las posibilidades de lograr el bienestar y desarrollo.

3.3.13.6 Evolución de la tutela desde el Estado y sus Órganos.

a. Desde el Poder Judicial.

Este poder del Estado, sostiene la base democrática en equilibrio con los otros dos poderes del Estado. Garantiza la justicia e integra todos los elementos para la tutela efectiva del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, como se puede apreciar en los primeros 5 artículos de su ley orgánica. V*emos en que Art. 1° "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial", en el Art. 2° "El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional". Continúa en el Art. 4° "Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente", y el en Art. 5° "Los Magistrados, cualquiera sea su rango, especialidad o denominación ejercen la dirección de los procesos de su competencia y están obligados a impulsarlos de oficio".*

También en el Art. 7° leemos: "En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso. Es deber del Estado, facilitar el acceso a la administración de justicia,

[154] *Jesús González Pérez, "El derecho a la Tutela Jurisdiccional", Ed. CIVITAS, 3ª ed. Madrid , 2001, pg 32*

promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito".

Son los preceptos citados los que deben de fundamentar la tutela efectiva del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

b. Desde el Ministerio Público.

La carta política en su Art. 159º establece que corresponde al ministerio público promover de oficio la acción judicial en defensa de la legalidad y los intereses públicos tutelados por el derecho, entre los que claramente está el derecho de gozar de un ambiente adecuado y la protección de los recursos naturales.

Este organismo autónomo, bajo el mandato de su ley orgánica[155], que incluye la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, la persecución del delito y la reparación civil, y la prevención del delito y la recta administración de justicia, es la institución que estaría mejor situada para encabezar la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

Pero su rol histórico, vinculado a la titularidad de la acción penal por los delitos comunes, no le permiten ver y darse cuenta del potencial y valor de su mandato en la persecución de los delitos contra el medioambiente y los recursos naturales. Sin embargo, queda claro que su mandato para "la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos…" genera obligaciones y el deber de tomar acciones en defensa del medioambiente y los recursos naturales y liderar su protección y cuidado.

[155] Artículo 1.- "Función. El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación".

La falta de capacidad y acción de esta importante institución del Estado, en fortalecer y hacer eficaz la tutela del medio ambiente y los recursos naturales por el Estado, nos lleva a buscar una alternativa que supere las falencias sistémicas y atávicas, y permita lograr el objetivo de que el Estado proteja el medioambiente y los recursos naturales de manera real y efectiva. En este espacio, formal y de visión restringida, también la perspectiva ius económica muestra su valía y utilidad.

c. Rol de la Defensoría del Pueblo

La institución de la Defensoría del Pueblo fue introducida por la constitución de 1993. A la Defensoría del Pueblo "… le corresponde defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración pública y la prestación de los servicios públicos".[156] Además "… los órganos públicos están obligados a colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando esta lo requiera."[157]

Su organización incluye la Adjuntía especializada en temas de protección del medioambiente y los recursos naturales. Asesora a colectivos y personas naturales, sobre agravios e investiga denuncias y quejas sobre el funcionamiento de organismos del Estado. Se destaca su presencia y actuación como mediadora que ofrece sus buenos oficios en la búsqueda de la solución de los conflictos socio ambientales, que se están presentando con perturbadora frecuencia, últimamente en nuestro país entre comunidades campesinas y nativas, pero también en centros urbanos, y empresas extractoras de recursos naturales cuyo nivel de actividad tiene el potencial de causar graves impactos negativos en el entorno social, ambiental y económico de esas poblaciones, sumado esto a la deficiente gestión de los ingresos por canon por parte del estado.

[156] En la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo leemos: "Artículo 1.- A la Defensoría del Pueblo cuyo titular es el Defensor del Pueblo le corresponde defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración pública y la prestación de los servicios públicos".
[157] Art. 161º CPP

Se debe de resaltar el importarte servicio, que la Defensoría aporta con las publicaciones periódicas del estado actual y seguimiento de la evolución de los conflictos socio ambientales.

Su labor ha sido de gran unidad como mediadores y facilitadores en la solución de muchos conflictos socio ambientales a nivel nacional.

La importancia de la Defensoría del Pueblo en orientar y afirmar los criterios para la selección y aprobación de grandes proyectos de inversión en la extracción de recursos naturales y obras de infraestructura, se trasluce de la difícil negociación política para la elección del Defensor del Pueblo, que no tiene ningún poder coercitivo solo su fuerza moral.

c. El Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Como supremo intérprete de Constitución y protector de los Derechos ha asumido un importante rol de liderazgo en afirmar el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

El accionar del TC se sostiene en lo dispuesto en su Ley Orgánica: "Art. 1° El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad". En cuanto las garantías constitucionales, señala el Art. 2° "El Tribunal Constitucional es competente para conocer de los procesos que contempla el Art. 200° de la Constitución". Así, en instancia única el proceso de inconstitucionalidad; en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de amparo, habeas data y cumplimiento; también, los conflictos de competencia.

Sus ejecutorias y precedentes constituyen rica jurisprudencia[158] que dan cuenta de la importancia que tiene la tutela del derecho a gozar de un medioambiente adecuado.

[158] Cfr. http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_sis.php revisada 11 nov 2013

Se verifica que los principales órganos del Estado no llegan a cumplir su misión de tutelar con eficacia al medioambiente y los recursos naturales. Se evidencia que la cuestión ambiental todavía no se ha internalizado en su verdadera dimensión y no llega a ser visto como importante. A nivel sectorial se toma la protección ambiental como un gasto adicional y poco valioso, a pesar de lo que establece su ley orgánica y el mandato expreso de la constitución, de allí la necesidad de una visión y paradigma alternativo.

El Tribunal Constitucional tiene una labor destacada en dar soluciones a importantes casos que atañen a la protección del medioambiente y los recursos naturales. Cuando se trata del proceso de inconstitucionalidad[159], como se ha visto, el Tribunal Constitucional conoce en primera y única instancia definitiva, pero para el caso del amparo[160], habeas data[161] o de cumplimiento[162], que son los recursos más utilizados para temas de carácter ambiental, es de notar que su accionar es residual y empieza luego de haberse agotado las vías e instancias administrativas y judiciales previas, es decir, de manera indirecta con el agravante del paso del tiempo, que en materia ambiental es crítico.

3.3.13.7 Positivación de la tutela.

3.3.13.7.1 En la Ley Orgánica de Municipalidades.

El nivel municipal es el que está más próximo y cercano al ciudadano de a pie. La relación del ciudadano con el medioambiente y los recursos naturales, está en buena medida mediado por la actuación de las municipalidades.

Las municipalidades disponen de recursos propios según lo establece el Art. 198º constitucional, ya que pueden crear contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos; además de los ingresos que reciben por concepto de canon.

[159] Vide Art. 200° inc. 4 y Art. 202°, Art. 203° y Art. 203° constitucionales.
[160] Vide Art. 200° inc. 2 constitucional.
[161] Vide Art. 200° inc. 3 constitucional.
[162] Vide Art. 200° inc. 6 constitucional.

A nivel legal, según la Ley Orgánica de Municipalidades, dispone en el TP Art. I que “Los gobiernos locales son entidades básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades; siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización. Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno promotores del desarrollo local, con personería jurídica de derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

Preceptos que empoderan tanto al gobierno local, como a los vecinos para el cuidado y protección de su entorno de vida. Esto se ratifica en el Art. IV “Los gobiernos locales representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción.

Específicamente el Art. X.- Promoción del desarrollo integral, hace referencia de la necesidad de la sostenibilidad y justicia social. “Los gobiernos locales promueven el desarrollo integral, para viabilizar el crecimiento económico, la justicia social y la sostenibilidad ambiental.”

Las posibilidades de que en el ámbito municipal se pueda tutelar intereses ambientales se sustenta en la capacidad sancionadora de las municipalidades, estas están establecidas en el Art. 46º “Las normas municipales son de carácter obligatorio y su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, sin perjuicio de promover las acciones Judiciales sobre las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar. Las ordenanzas determinan el régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones, estableciendo las escalas de multas en función de la gravedad de la falta, así como la imposición de sanciones no pecuniarias. Las sanciones que aplique la autoridad municipal podrán ser las de multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras.”

3.3.13.7.2 En la Ley de Bases de la Descentralización Ley Nº 27783

El nuevo modelo de descentralización que surge a partir del Art. 197º constitucional, en el que se otorga a las regiones autonomía política, económica y administrativa, así como la coordinación y ejecución de los planes y programas socio-económicos regionales.

La Ley de Bases de la Descentralización, establece las facultades y los recursos económicos, por ejemplo, los que se reciben del canon minero o petrolero. Pero lamentablemente, las regiones todavía adolecen de carencias en recursos humanos, tanto nivel de la propia administración como de la ciudadanía que no sabe cómo actuar o participar. Luego de tantos años bajo una visión centralista, es difícil reconocer el potencial y posibilidades de la descentralización, a pesar de haber sido la principal demanda y anhelo de las regiones.

Uno de los más importantes logros de los últimos años ha sido impulsar la descentralización como un proceso permanente que busca el desarrollo integral del país. [163] Medida política importante para logar una mayor integración y articulación de las potencialidades para el beneficio de la sociedad.

La Ley de Bases de la Descentralización regula en el Art. 6º Objetivos a nivel político, interesa el inc. c) que reconoce "La participación y fiscalización de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos". Acá se podría pensar en la fiscalización de la gestión ambiental y de recursos naturales de la región. La citada Ley de Bases tiene importantes objetivos a nivel ambiental, que incluyen: a) Ordenamiento territorial y del entorno ambiental, entendido desde la sostenibilidad del desarrollo. b) Gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental. c) Coordinación y concertación interinstitucional y participación ciudadana en todos los niveles del sistema nacional de gestión ambiental. Los objetivos citados incluyen una mirada económica, el reconocimiento que los recursos deben de manejarse de manar sostenible, es decir cuidando el debido balance de materiales y la conveniencia de la efectiva participación ciudadana.

[163] vide Art. 188º CPP

La Ley de Bases, y el marco que allí se establece, ofrecen a las regiones un gran potencial para mejorar un modelo de tutela que sea adecuado y eficaz, así en el Art. 17º inc. 1 establece "Los gobiernos regionales y locales están obligados a promover la participación ciudadana en la formulación debate y concertación de sus planes de desarrollo y presupuestos, y en la gestión pública."; asimismo en el Art. 21º establece que los gobiernos regionales y locales, son fiscalizados también por los ciudadanos de su jurisdicción, conforme a ley."[164]

3.3.13.7.3 En la Ley General del Ambiente LEY N° 28611.

La Ley General del Ambiente es la Lex Especialis en materia ambiental en el Perú, consagra en su Título Preliminar importantes principios que orientan el accionar de los órganos del Estado y de los particulares en relación al medioambiente y los recursos naturales. Así en su Art. I.- Del derecho y deber fundamental, "Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida; y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país." También en el Art. IV Del derecho de acceso a la justicia ambiental, "Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos. Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia."

[164] vide Art. 21º inc. 2 CPP

Como se ha visto en líneas anteriores, los organismos del Estado están mandados a ejercer la tutela efectiva de los derechos, entre ellos el derecho a un ambiente adecuado y otros derechos, que se requieren para su goce efectivo, y que se protejan los recursos naturales, por ser fuente de alimentos, energías, medicinas, fibras y materiales. Compete, a los ciudadanos, fuente originaria del poder estatal, delegada a los organismos del Estado, velar por su efectivo cumplimiento.

3.3.13.8 La operacionalización de la tutela.

La Carta Política, en Art. 139º, menciona la tutela jurisdiccional como uno de los principios de la administración de justicia.

La tutela es principalmente de índole procesal, está así recogida en su primigenia ubicación en el Título Preliminar del Código Procesal Civil. La tutela se operacionaliza por medio de la judicatura, es decir de los órganos jurisdiccionales.

Cualquier ciudadano en pleno goce del ejercicio de sus derechos, puede acudir al Estado a solicitar la tutela de su derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para su vida.

Su derecho de acción tendrá la garantía del debido proceso que asegure procedimientos claros, transparentes y objetivos para garantizar una solución permanente y justa a los conflictos, en este caso de índole ambiental, que pudieran estar perturbando su legítimo interés.

3.3.13.8.1 Los Intereses Difusos[165]

El ejercicio de la acción para exigir la reparación de un daño ambiental que afecta directamente la salud o los bienes de una persona no presenta mayores problemas, dado que fácilmente puede acreditarse el interés jurídico por parte del demandante. La dificultad se presenta cuando el daño no es imputable a un solo sujeto activo,

[165] Se puede encontrar un antecedente en el derecho romano en el interdicto praetorio, pensado para proteger intereses supraindividuales como la contaminación de la vía pública. Incluye a los derechos comunes a todos los miembros de la comunidad, por lo tanto, a ser ejercidas por cada uno de ellos.

sino a una colectividad de causantes, o afecta también a una colectividad y no a una persona en lo individual, como sucede con la mayoría de los daños ambientales.

Nuestro sistema procesal que está pensado en la lógica individual, de un sujeto que tiene un interés jurídico acreditable, no toma en cuenta al derecho colectivo. En el caso del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, que se inscribe dentro de lo que se denomina "derechos de tercera generación", se generan dificultades a la hora de su aceptación o defensa. También se nota confusión en la aceptación de los mismos como derechos autónomos y el uso de una terminología confusa para su identificación, ya que se emplean indistintamente los términos intereses difusos, intereses sociales, intereses de grupo o intereses colectivos como sinónimos. Con todo hay poco acuerdo en doctrina sobre la forma y la necesidad de su protección jurisdiccional.

Es necesario que los titulares[166] de intereses difusos tengan acceso a la justicia y se tutelen debidamente los llamados derechos de tercera generación, específicamente el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado. Los individuos, titulares de intereses difusos, pueden enfrentarse al de otros individuos, en este caso el conflicto encaja dentro del derecho privado; pero también pueden enfrentar al Estado, en ese caso adquiría características de derecho público; y si el individuo se enfrenta ante un organismo internacional o empresas transnacionales, seria de interés del derecho internacional.

En la doctrina existen diversas teorías para diferenciar a los intereses difusos de los sociales y de los colectivos, pero independientemente de cuál sea el concepto más apropiado para denominar a los derechos ambientales, lo que sí se puede advertir es que se estamos ante derechos supraindividuales y metatemporales, situación que impone el problema de su legitimación. Procesalmente, accionar en defensa de un derecho subjetivo, requiere acreditar legítimo interés. Mientras que, si hablamos de los intereses difusos o colectivos, el problema radica en determinar a los sujetos legitimados activamente para promover las acciones relativas a los intereses de la

[166] Según Vittorio Scialoja: "derechos comunes a todos los miembros de la comunidad, por lo tanto, a ser ejercidas por cada uno de ellos".

colectividad. Con la antigua actio popularis[167], de impronta romana "…cualquier persona tiene legitimación para promover juicios en defensa de intereses difusos".

En el ámbito internacional se han adoptado soluciones a la problemática de buscar al representante idóneo que represente los intereses sociales, alguna de estas incluyen: el habilitar nuevos mecanismos procesales, legitimando a asociaciones de titulares de intereses difusos, estos también pueden ser organismos del Estado, como por ejemplo el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo, o la Comisión de Derechos Humanos como en el caso de Estados Unidos y algunos países europeos, pero también asociaciones u ONG´s acreditadas. En el caso peruano, se materializa a través de instituciones procesales ya existentes, según lo reconoce y regula el Código Procesal Civil.[168]

3.3.13.9 Tutela contra los particulares

Cuando el particular actúe en ejercicio de funciones públicas, se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

En este tipo de solicitud para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción, se presume la indefensión de quien solicite la tutela, ya sea por su situación de subordinación laboral, en casos donde empresas extractoras de recursos naturales ocupan áreas de comunidades nativas o campesinas o donde haya mínima presencia del Estado para defender o hacer valer los derechos de dichos grupos humanos.

El particular, no solo como persona natural sino también como persona jurídica, llámese empresa, asociación, o cualquier colectivo reconocido, son pasibles de causar daños al ambiente y los recursos naturales con sus actividades, y los afectados pueden pedir tutela en contra de esos actos o posibles actos, en caso que no se hayan realizado todavía pero estén próximos a realizarse, ya sea porque no

[167] Recepcionada como acción popular en Colombia, Bolivia y Ecuador.
[168] Art. 82° del CPC

tienen la licencia o se hayan iniciado las labores preparatorias aun sin las licencias respectivas, como en el caso en la minería informal.

3.3.13.10 La tutela en la legislación comparada

A fin de dar una visión más amplia de la tutela en Latinoamérica, pasaremos a describir tres ejemplos de la aplicación de este importante instituto:

3.3.13.10.1 La Acción de Tutela[169] de Colombia.

En Colombia la tutela está consagrada a nivel constitucional, desarrollada legalmente en el Decreto 2591 de 1991. Es la garantía constitucional del derecho que tiene toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales a través de un recurso efectivo, es similar a la acción de amparo del ordenamiento peruano.

a. Objeto de la acción de tutela.

El objeto de esta importante garantía constitucional la vemos claramente definida en su Art. 1º "Toda persona tendrá derecho acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quieran que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela".

b. Derechos protegidos por la acción de tutela. [170]

Los derechos que protege la *acción de tutela* están definidos en el Art. 2º. Así, se garantizan derechos fundamentales adicionales a los protegidos expresamente por la acción del Habeas Corpus. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la constitución como fundamental pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará

[169] Decreto 2591 de 1991, Reglamento para el ejercicio de la acción de tutela.
[170] De manera similar a la Acción de Amparo, protege los derechos que no se cubre el Habeas Corpus o derechos de la libertad.

prelación en la revisión en esta decisión tomando en cuenta aquellos derechos declarados en convenciones o tratados ratificados por Colombia.

La *acción de tutela* concierne a la forma en que la Constitución colombiana protege y aplica los derechos de las personas, aunque pone especial énfasis[171] en la expresa referencia al principio de buena fe, que debe respetarse en las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas.

En la aplicación del mecanismo de tutela se prohíbe el excesivo formalismo en la protección de los derechos consagrados y protegidos en las normas generales, en este sentido la *acción de tutela* permite que toda persona que sienta que sus derechos constitucionales fundamentales están siendo vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, pueda acudir ante cualquier juez, en todo momento y lugar, para que de forma preferente y sumaria, obtenga protección inmediata, sin mediación de abogado.

La *acción de tutela* ha adquirido gran aceptación por parte de la ciudadanía que recurre a este remedio con frecuencia, el Gobierno Colombiano ha tenido que dictar disposiciones como el Decreto Reglamentario 2591 de 1991 y el Decreto Reglamentario 306 de 1992, para delimitar su utilización y práctica. Destaca la legitimación para que cualquier persona pueda demandar ante los tribunales el eficaz cumplimiento de la ley, cuando las autoridades y funcionarios omiten su cumplimiento, este aspecto resulta muy aplicable a la materia ambiental.

Para la tutela de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, el ambiente, la libre competencia económica y la moral administrativa, se hace uso de la *acción popular.*

3.3.13.10.2 La tutela del medio ambiente en México

Esta tiene su sustento en el postulado constitucional del Art. 4º el cual implica que cada individuo en función de sus intereses y hasta en tanto se ve afectado personalmente por los daños al medio ambiente, puede accionar judicialmente en defensa de ese derecho.

[171] artículos 83º al 87º De la Constitución Colombiana

La tutela del medioambiente y los recursos naturales corresponde exclusivamente al Estado a través de diversos instrumentos de carácter administrativo, penal y fiscal.

El proceso de asimilar la protección del medioambiente en México no ha sido pacífico, han sido necesarias reformas a la Constitución Política y la promulgación de la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (LGEEPA), la ley marco que materializa la programación y gestión de la política ambiental mexicana[172], así como otras normas complementarias enfocadas específicamente en la regulación de los recursos naturales[173].

En un importante y trascendental avance, se promulgó la reforma a la constitución mexicana de 1994, con la adición del artículo 4º centrado en la protección del ambiente, el cual dice lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar, el Estado y los particulares deben proteger al ambiente para las presentes y futuras generaciones. El Congreso de la Unión y los órganos legislativos locales expedirán leyes que, en el ámbito de sus competencias, garanticen y reglamenten el derecho y el deber aquí consagrados, así como:

a) Las acciones de protección ambiental para prevenir o hacer cesar los actos que causen o puedan causar daños irreparables o de difícil reparación;
b) La obligación de reparar los daños al ambiente mediante la restauración de las condiciones previas al daño causado o, cuando aquella resulte imposible, a través de la compensación o indemnización;
c) La adecuada utilización de las indemnizaciones por daño ambiental que no tengan carácter privado;
d) Los términos y procedimientos a través de los cuales las autoridades particulares estarán legitimadas para ejercitar las acciones en defensa del medio ambiente sin perjuicio de las que a su derecho convenga."

Se debe de notar que la norma sustantiva carece de eficacia inmediata, entendida ésta, "como la prontitud con que pueda verificarse su cumplimiento; la agilidad y sencillez del procedimiento para hacerla efectiva; la ejecución real y constante de

[172] Es la Lex specialis para la protección del medioambiente.
[173] A manera de ilustración se puede mencionar la Ley General de Vida Silvestre, y la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable.

las medidas cautelares, preventivas y correctivas, así como la ejecución pronta y plena de las condenas y sanciones que se impongan".

Para garantizar la vigencia efectiva de este derecho, se requieren los instrumentos procesales y las instancias adecuadas indispensables para el acceso directo y rápido, necesarias para una eficaz y efectiva tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

3.3.13.10.3 La tutela del medioambiente en la Argentina [174]

La tutela del medioambiente en la Argentina se configura en el Art. 41º [175] de la Carta política de 1994, a lo que se le ha llamado la `cláusula ambiental`.

Por un lado otorga reconocimiento constitucional al derecho de todos los ciudadanos a "gozar de un ambiente sano, equilibrado apto para el desarrollo humano", con un doble alcance subjetivo y colectivo a la vez. Por otro se establece el deber del Estado de proteger al medioambiente y los recursos naturales "… Las autoridades proveerán a la protección de este derecho…", para las generaciones presentes y futuras, "…para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...". Se configura así un derecho integeneracional.

Al ser un derecho fundamental, su protección se invoca a través del amparo y su acceso se regula en el Art. 43º[176] "*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente…*". La mención expresa de la protección del ambiente lo configura en una suerte de amparo ambiental. La ubicación y la facilidad de acceso a la justicia ambiental, da cuenta del compromiso del Estado con la protección del medioambiente.

El gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano es Derecho de incidencia colectiva, que se puede entender como un derecho subjetivo susceptible

[174] Vide Álvarez Alvares, Fernando. La tutela del medioambiente en el sistema constitucional argentino. En: Dikaion vol 16 n° 11 2002 PP 7-19 Universidad de la Sabana Colombia.
[175] Art. 41º Constitución república Argentina, 1998
[176] Art. 43º Constitución república Argentina, 1998

de ser titularizado por una pluralidad de personas. Se debe de notar que no hay conflicto de la faz individual con la colectiva, esta es instrumental mientras que la otra es sustantiva.

3.3.13.11 Costos y beneficios de la tutela

El instituto procesal de la tutela, aplicado a la protección del medioambiente y los recursos naturales, tiene de por si costos y beneficios asociados a su aplicación. Su aplicación está diseñada a prevenir daños que se pueden evitar y lograr la restitución, ante la inevitabilidad de la ocurrencia del daño.

a. Costos.

El acudir al Estado en busca de la tutela del medioambiente y los recursos naturales, genera a los accionantes diferentes costos, debido a la movilización de recursos humanos y materiales en la búsqueda de información y los largos procesos judiciales, la intervención del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Siendo un tema relativamente nuevo hay menor disponibilidad de profesionales especializados, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el del patrocinio legal. Si bien los recursos impugnatorios disponibles garantizan el debido proceso a la defensa pero estos implican el uso de recursos de tiempo y personal.

b. Beneficios:

Entre los beneficios podemos nombrar:

- Protección de la vida humana
- Evitar el deterioro de los ecosistemas
- Asegurar la calidad de vida de la población
- Afirmar la protección de los recursos naturales
- Afirmar la seguridad jurídica
- Fortalecer la competitividad como país
- Asegurar el bien común
- Reducción de costos
- Garantizar la reparación por los daños causados y la restauración del ecosistema

3.3.13.12 La tutela del medioambiente y los recursos naturales desde el derecho privado

El derecho privado cuyo ámbito está enfocado en la protección patrimonial individual, cuando se trata de la protección del medioambiente y los recursos naturales, este opera de una manera indirecta, ya que se trata de bienes públicos y de titularidad colectiva.

El ciudadano o ciudadana acude al Estado en busca de satisfacción y tutela ante los agravios de un particular o empresa que afecte su esfera privada o intima a través del medioambiente.

El sistema de la responsabilidad civil por contaminación[177], es el principal instrumento que dispone el derecho civil para enfrentar las actividades, hechos y conductas que dañen el medioambiente o los recursos naturales. Se debe de tener en cuenta que los efectos nocivos menoscaban la salud y el bienestar individual, así como el valor y disfrute de la propiedad.

La dimensión institucional del sistema de responsabilidad civil en su actual configuración y estructura, no se adecua al tiempo natural ya que las demoras propias del proceso contribuyen a que se configuren daños irreparables al medioambiente, la salud o propiedad. El débil accionar de la Administración hace que, ante los graves problemas ambientales, esté desbordada y este medio, que no opera de manera sistémica, quede corto en su propósito.

A pesar de sus limitaciones inherentes, la responsabilidad civil, contractual o extra contractual, tiene el potencial y los mecanismos para contribuir con la tutela contra el daño ambiental. Su efectividad depende de cómo se plante su uso, ya que su concepción originaria tiene una visión ex post facto, es decir que

[177] FRANZA, Jorge Atilio. "Manual de Derecho Ambiental". 1997. Buenos Aires: Ed. Jurídicas. pg. 100.

requiere para su puesta en marcha, que primero se verifique la existencia del daño o su inminente ocurrencia. En vista que los efectos del daño ambiental pueden ser irreparables, la utilidad del sistema de responsabilidad civil se expresa mejor en la faz objetiva ex ante, ya que así se logra la mejor protección de las condiciones ambientales para el particular que ve afectado o en riesgo su vida, salud o uso de su propiedad.

3.3.13.13 Limitaciones de la tutela jurídica

El Estado cuando trata de ejercer la tutela del medioambiente y los recursos naturales hace uso del Derecho y su poder, que emana del *ius imperium* y lo ejerce a través de sus órganos, aplicando el derecho administrativo y la *última ratio* del Derecho Penal.

La realidad, donde se visibilizan, sienten o sufren los efectos de la contaminación y degradación ambiental, confirma que existen fallas y vacíos en la esperada tutela. Se puede aducir que la poca urgencia para satisfacer necesidades vitales de poblaciones pauperizadas o sin la atención debida del Estado, por un lado; y la explotación de oportunidades económicas por empresas o particulares superan el débil accionar de la Administración[vb1], en su deber de control y fiscalización que adolece de limitaciones de recursos humanos o presupuestales, o por haber sido cooptada por la corrupción o el crimen organizado.

Lo tangible son los vacíos que no se resuelven con la urgencia debida, ni se toma en cuenta el derecho inter generacional [178]de las generaciones futuras[179] a gozar de un ambiente adecuado y la disponibilidad suficiente de recursos.

En el espacio constitucional que consagra los derechos sociales se presentan situaciones de difícil solución que surgen cuando dos o más derechos se

[178] derecho inter generacional
[179] generaciones futuras no han nacido todavía pero tienen ya derecho a las condiciones adecuadas para su vida.

contraponen. Se presentan conflictos de intereses, por ejemplo cuando el derecho al trabajo colisiona con el derecho a la salud, o el derecho de las empresas a lucrar y conquistar mercados se enfrenta al derecho de las comunidades a ser reconocida en sus saberes, a ser debidamente recompensadas por sus tierras y conocimiento ancestral, y su derecho al desarrollo. Se necesita analizar y ponderar el derecho de usar el agua por las tierras bajas contra el derecho al bienestar de las tierras altas, etc. La colisión de derechos se presenta en todo tipo de sociedades y regímenes, por ejemplo en países de clara tradición democrática como en Estados Unidos de América, Australia o el Reino de España. Pero de manera similar ocurre en los estados policiales o autoritarios, y también cuando se contraponen los intereses y prioridades de los países de mayor desarrollo que emiten los gases de efecto invernadero en el proceso de mantener su elevado estándar de vida y los demás países que resultan sufriendo los efectos dañinos en su salud y economía.

El principal actor es el Estado, que en atención a los requerimientos de la sociedad y los valores que sostiene y afirma, y el modelo desarrollo elegido que está consagrado en la Constitución. El Estado puede actuar al interior de sus fronteras ponderando y conciliando los diferentes intereses frente a la acción de los lobistas y grupos de presión, pero a nivel internacional, sin un gobierno único y central, la búsqueda de soluciones es mediante fórmulas negociadas y consensuadas, en arreglos binacionales o regionales y a través de los organismos internacionales como la Organización de Naciones Unidas.

3.4 Marco Ecológico.

3.4.1 El Medio Ambiente. Aspectos relevantes de la teoría ecológica

Se define el medio ambiente como "el conjunto de factores con capacidad física y química para hacer posible la existencia de la vida[180]" (ALDANA, 1984). El ambiente natural lo proporciona la naturaleza y tiene como función mantener el equilibrio y estabilidad de las condiciones óptimas para el cabal desenvolvimiento de la vida[181].

El medio ambiente constituye el entorno y las condiciones adecuadas para nuestra supervivencia y desarrollo, cual útero materno[182] que proporciona todas las condiciones de vida para el nascitorum: temperatura, calor, aire, agua, alimentos y nutrientes; cumple también una función depuradora al procesar los residuos. La atmósfera terrestre, es la capa fina de aire que soporta la vida en la tierra y sirve también de capa protectora que filtra y rechaza la radiación cósmica[183] y ultravioleta que tiene efectos perjudiciales[184] a la salud y la vida humana. La atmósfera contiene el dióxido de carbono para la fotosíntesis de las plantas y el oxígeno para la respiración. La región de la atmósfera que está en contacto directo con la superficie de la tierra se llama biosfera, es allí donde se desenvuelve y desarrolla la vida humana, animal y vegetal[185]. Otros dos elementos indispensables para el desarrollo y mantenimiento de la vida son el agua y el suelo.

El ser humano forma parte del medio ambiente. La vida humana dentro del sistema de vidas existentes es el bien más preciado, es considerada el centro del quehacer y deber del Estado[186] y por ende del derecho. La vida humana, requiere de condiciones esenciales para su existencia y desarrollo. Esas condiciones las da el entorno de vida, el llamado medio ambiente.

---

[180] Aldana Carlos. De la Ecología. Lima: Instituto de Urbanismo y Planificación. 1984.
[181] Op. Cit. pg.
[182] Da y mantiene las condiciones de vida para que el nuevo ser se pueda desarrollar y consolidar
[183] Rayos que provienen del espacio y deben ser filtrados por la atmósfera
[184] Radiación de alta energía, perjudiciales y peligrosas para la salud humana, particularmente niños y ancianos.
[185] Hay vida vegetal y animal en el mar y en los suelos bajo la superficie de la tierra, pero no es el hábitat natural de vida humana.
[186] El Estado tiene el deber de proteger el medioambiente para que la vida humana se pueda desarrollar con dignidad según el Art. 1º de la Constitución Política del Perú; el en Art. 2º inc. 22, CPP se consagra el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

El término ambiente, o medio ambiente fue empleado por primera vez en la Conferencia Internacional sobre el Medio Humano, Estocolmo en 1972. Allí se propuso la siguiente definición:

"...está conformado por elementos naturales, artificiales, culturales que interactúan entre sí, en un momento y lugar determinado, propiciando el desenvolvimiento equilibrado de la vida humana".[187]

El Ministerio de Medioambiente de España lo define así:

"El medio ambiente es el compendio de valores naturales, sociales y culturales existentes en un lugar y en un momento determinado, que influyen en la vida material y psicológica del hombre y, en el futuro, de las generaciones venideras".

El concepto de medio ambiente tiene un carácter global que no solo hace referencia al entorno natural que nos rodea: aire, agua, tierra, sino también a todo un complejo de elementos culturales y sociales en un determinado tiempo y lugar, que se relacionan íntimamente con factores físicos, químicos y biológicos, todos los cuales influyen de una manera determinante en la vida de las personas.

El conocimiento de los elementos del medioambiente se remonta a la antigüedad. Son conocidos los registros de Babilonia, Egipto o Grecia que hacen referencia a los componentes del medioambiente y su cuidado.

Es realmente, a partir de la revolución industrial de 1750, que estudiosos e intelectuales europeos se empiezan a ocupar del tema de manera sistemática y con una preocupación creciente por los efectos que empezaban a notar como consecuencia de las acciones humanas sobre el medio ambiente. Así en el siglo 18 se puede mencionar como importantes exponentes a los destacados científicos viajeros y exploradores como Darwin, Humboldt o Raimondi.

En el siglo 19 Haeckel en Alemania le dio el carácter de ciencia a la naciente rama de la Biología que el bautizó como Ecología. También en los Estados Unidos, desde el siglo 19, en la región noreste, la llamada Nueva Inglaterra, se desarrolló la corriente

[187] UNCED 1972, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Desarrollo. Cumbre de la Tierra, Estocolmo. Suecia 1972

trascendentalista[188], traída de Alemania, con Thoreau[189], Emerson[190] y Hathaway que se caracterizó por el apoyo de los intelectuales al tema de la protección del medio ambiente.

En el siglo 20, en los años 60's surgen las seminales publicaciones Silent Spring (1963) de Rachel Carson[191] y Tragedy of the Commons (1968) de Garrett Hardin[192] obras que contribuyen a poner las bases para la formación de una sólida conciencia de la necesidad de protección del medio ambiente. Un resultado pionero en el ámbito político, fue la llamada Carta Magna del ambiente de los EEUU, que se promulga en 1969 (NEPA)[193], inaugurando la década de los 70´s que vio los grandes avances en materia de protección del medio ambiente a nivel internacional.

Pero, a pesar de los conocimientos sobre nuestro entorno y las declaraciones y principios adoptados y consagradas por el Estado peruano en el ordenamiento jurídico, las conductas sociales y los intereses económicos han influido en que se considere al medio ambiente como un enorme basurero, y como fuente de las materias primas para la exportación y la generación de riqueza. Con una pobre y limitada visión de corto plazo, se usa la atmósfera como sumidero de las emisiones de gases de las diferentes actividades humanas como el transporte, la industria, la generación de energía; las aguas continentales, ríos, lagos, las aguas del mar reciben los mayores tóxicos y desechos nucleares y los suelos se usan para depositar relaves, desechos industriales y residuos sólidos urbanos.

La capacidad de resiliencia o regeneración del medio ambiente para absorber y procesar la enorme cantidad de residuos que se vierten se ve rebasado en algunos lugares, donde se ha saturado, particularmente de aquellos materiales no biodegradables como los plásticos. Todo esto lo vemos en nuestras ciudades, ríos y playas.

El interés y complejidad del estudio de la ecología y el medioambiente han suscitado el desarrollo de diferentes escuelas y se han formulado diferentes teorías ecológicas a

[188] Corriente ideológica que acerca y regresa a lo natural
[189] Uno de los líderes del movimiento Trascendentalistas autor de Walden
[190] otro de los líderes del movimiento Trascendentalistas autor de Nature, ensayos, 1836
[191] Bióloga, autora del trabajo pionero que orientó a toda una generación delos años 60, sin embargo fue duramente criticada, por considerar que exageraba sobre la magnitud del daño ambiental.
[192] Importante pensador, filósofo y activista americano del movimiento ecologista de los años 60's
[193] National Environmental Protection Act. Ley de protección del ambiente. EEUU de América, 1969

lo largo del tiempo. No hay un solo enfoque o visión sino más bien diferentes enfoques que tienen miradas y métodos desde posiciones filosóficas distintas. Unas orientadas a mecanismos de incidencia política, administrativa o jurisdiccional, otras al cambio de actitudes, valores y prácticas y otras a la llamada acción directa.

Para la teoría Antropocéntrica, la naturaleza está al servicio del hombre. Esta teoría es la más difundida y coincide con la visión antropocéntrica del Derecho. Es una teoría que ha sido muy criticada así como cuestionada.

.

La teoría Eco céntrica- gira alrededor del ecosistema, como conjunto de elementos que interactúan entre sí para monitorear las condiciones de vida. El ecosistema incluye en el entorno de vida para los seres humanos y demás formas de vida que la habitan, en mutua dependencia por lo que la coordinación y cooperación entre todos es sine qua non. Dentro de esta escuela se inscribe también la eco eficiencia, que orienta al mejor uso de los recursos para reducir los impactos y daños al medioambiente.

La teoría Biocéntrica considera que la vida en todas sus formas prima sobre la sociedad cultural, llamada también del Ecologismo Profundo, esta es una posición más extrema y es poco difundida en nuestro medio.

3.4.1.1 Componentes básicos del medio ambiente

El medio ambiente en su función de soporte de la vida humana cuenta con los componentes básicos que cumplan con este fin:

1) El aire. Gas vital para el funcionamiento de los órganos y la vida en si del ser humano y demás organismos vivos, es la parte de la atmósfera, la masa gaseosa que cubre al planeta y mantiene el rango de temperaturas que hacen posible la vida. Sirve de filtro de los rayos ultravioleta y rayos cósmicos dañinos, da paso a la luz solar y provee del aire vital que respiramos.

2) El agua. Cubre el 70% del planeta. Cumple un rol fundamental en mantener el clima estable necesario para la existencia de la vegetación y alimentos, que soportan la flora y fauna. El agua constituye el 80% de la masa del cuerpo humano.

3) El suelo. Es la capa material que cubre la superficie de la Tierra, sirve de soporte físico para la agricultura, infraestructura, ciudades, viviendas. Está constituido por elementos sólidos que contiene los nutrientes para el desarrollo de la agricultura y la vegetación, en forma del crecimiento forestal.

De esta manera, los componentes abióticos: el aire, el agua, el suelo sirven de soporte a los componentes bióticos: todo lo que tiene vida y vive en los contornos de la biosfera..

3.4.1.2 El ecosistema

Se denomina así al área o espacio con características propias y comunes: accidentes geográficos, el clima, tipo de suelos, ríos, la flora, la fauna, etc. donde se desarrolla la vida, son ejemplo de ecosistemas: el marino costero, el bosque tropical, el bosque seco, entre otros.

Todos ellos contienen a la totalidad de organismos que ocupan el medio físico concreto, los cuales se relacionan entre sí y con el medioambiente. Se puede decir que es el conjunto de seres vivos que habitan un área determinada, los factores que lo caracterizan y las relaciones que se establecen entre los organismos, entre ellos mismos estos y con el medio físico.

Los ecosistemas tienen dos componentes claramente diferenciados, por un lado, todos los seres vivos del ecosistema: árboles, insectos, mamíferos, aves, etc. Entre los seres vivos los hay productores de alimento como las plantas y algas, consumidores como los herbívoros y carnívoros y descomponedores/degradadores como las bacterias y hongos. A este componente se le conoce como la biocenosis. Por otro lado está el componente o medio abiótico, que caracteriza lo físico-químico, que incluye los elementos físicos: montañas, clima, tipo de suelo, etc., este componente de los ecosistemas es el biotopo.

La Tierra en sí, es un inmenso ecosistema que incluye en su interior otros ecosistemas. A los diferentes tipos de ecosistemas se le denomina como biomas o hábitat. La

presencia del ser humano da origen al ecosistema natural – humano, que se configura como un sistema interactivo de redes relacionales, con diversos niveles de complejidad entre los diferentes elementos y componentes de la naturaleza humana, seres vivos no humanos y naturaleza abiótica. Todo está interrelacionado, e incluye lazos de retroalimentación interna. El ecosistema es, de acuerdo a Wolfgang Sachs[194]: "el conjunto de las relaciones entre los seres vivos y los inanimados".

El ecosistema es el nivel de organización de la Naturaleza que interesa a la Ecología. En la naturaleza de los seres vivos, los átomos están organizados en moléculas y estas en células. Las células forman tejidos y éstos órganos que se reúnen en sistemas, como el digestivo o el circulatorio.

El funcionamiento de todos los ecosistemas es parecido. Todos necesitan una fuente de energía que fluye y alimenta a los distintos componentes del ecosistema, mantiene la vida y moviliza el agua, los minerales y otros componentes físicos. También se mantiene un movimiento continuo de materiales. Los diferentes elementos químicos pasan del suelo, el agua o el aire a los organismos y de unos seres vivos a otros, hasta que retornan, cerrándose el ciclo, al suelo, al agua o al aire. En el ecosistema la materia se recicla -en un ciclo cerrado- y la energía pasa - fluye- generando organización en el sistema.

Desde una perspectiva sistémica, nuestro planeta se puede modelar como un conjunto de partes interdependientes que funcionan como una unidad. Este tiene entradas y salidas, pero al interior de este, están todos los seres vivos que interactúan utilizando las entradas y generando las salidas del sistema. El sistema terrestre tiene productores de alimentos como son las plantas, árboles y vegetación; también, los consumidores que son los herbívoros y carnívoros; y finalmente los organismos responsables de la descomposición de la materia como los hongos y bacterias.

Las entradas al ecosistema de la Tierra incluyen a la energía solar, agua, oxígeno, dióxido de carbono, nitrógeno y otros elementos y compuestos. La fuerza impulsora fundamental es la energía solar.

[194] Sachs. Wolfgang. Diccionario del Desarrollo. Una guía para el conocimiento y el poder. Lima: PRATEC. 1996, pgs. 115-129

Las salidas del ecosistema incluyen el calor producido por la respiración, de todos los seres vivos que incluye a las plantas agua, oxígeno, dióxido de carbono y nutrientes.

Por último, en un nivel de organización superior se encuentran las relaciones entre los diferentes elementos o partes del ecosistema.

Es sobre el ecosistema terrestre, visto de una manera simplificad que se instala y florece la civilización humana con su fuerza civilizadora y transformadora. Esta se desarrolló inicialmente en armonía y equilibrio con la naturaleza. El gran desarrollo mental del género humano, ha creado las condiciones para el enorme crecimiento poblacional y transformación del planeta, todo ello en base a los recursos naturales. Comoquiera que estos no son infinitos y la capacidad de depuración tampoco lo es, urge un relacionamiento racional con el ecosistema para la propia conservación y bienestar de la especie humana, es decir retomar el curso de la relación armónica con la naturaleza.

3.4.1.3 Los Recursos Naturales

Constituyen los productos y materiales para nuestra alimentación, elaboración de bienes utilitarios y producción de energía. La Constitución peruana reconoce a los recursos naturales como patrimonio de la nación[195]. Los recursos naturales son los elementos y fuerzas de la naturaleza que el hombre puede utilizar y aprovechar, representan fuentes de riqueza para la explotación económica, como los minerales, el suelo, los animales y las plantas.

La voz recurso proviene del latín *surgere*[196], que surge o emana del suelo y re-curso que surge una y otra vez, aún cuando ha sido repetidamente usado y consumido. Este concepto recogía una visión de la regeneración de la naturaleza y la necesaria reciprocidad de los que debían usar sus frutos.

---

[195] Art. 66º de la Carta Política.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.
Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

[196] Diccionario de la Lengua Castellana DRAE ed. 22

Vandana Shiva, nos dice: "con el advenimiento del colonialismo y del industrialismo se produjo un quiebre conceptual que convirtió a los recursos naturales en insumos para la producción industrial y el comercio colonial"[197]. Así, en nuestro días se considera a la naturaleza como un depósito de materias primas que esperan su transformación en insumos para la producción de mercancías. Se ha perdido la expectativa de regeneración y el deber de reciprocidad primigenios.

La mejor utilización de un recurso natural depende del conocimiento que se tenga al respecto, y del marco legal que rige su conservación y aprovechamiento.

Una definición muy usada es la que nos brinda el Banco Mundial[198] que sugiere un carácter pasivo y utilitario: "dones de la naturaleza –el aire, la tierra, el agua, los bosques, la vida silvestre, la capa fértil del suelo, los minerales en el sub-suelo– utilizados para la producción o el consumo directo. Pueden ser renovables o no renovables. Los recursos naturales comprenden el capital natural más los dones de la Naturaleza que no se pueden acumular, como la luz del sol, o no se pueden utilizar con fines productivos, como la belleza de un paisaje."

Los recursos naturales son de dos tipos: renovables y no renovables. La diferencia entre unos y otros está determinada por la posibilidad que tienen los renovables de ser usados una y otra vez, siempre que el hombre cuide de la regeneración. Las plantas, los animales, el agua, el suelo, entre otros, constituyen recursos renovables, siempre que exista una verdadera preocupación por explotarlos en forma tal que se permita su regeneración natural o inducida por el hombre. Los minerales y el petróleo constituyen recursos no renovables en el sentido de que se han formado en periodos miles de años en complejos procesos geológicos. Esto implica que al ser utilizados, no puedan ser regenerados, por lo menos en un periodo de tiempo que permita su reutilización, ya que los periodos de regeneración pueden tardar miles de años. Todo esto nos hace pensar en el cuidado que debe tener el hombre al explotar los recursos que le brinda la Naturaleza.

---

[197] Sachs, Wolfgang (ed.) Diccionario del Desarrollo. Lima: PRATEC 1996, pg. 319; también cfr. Shiva Vandana. Cosecha robada. Barcelona: Paidos 2003

[198] En http://www.worldbank.org/depweb/beyond/beyondsp/glossary.html revisada 7 setiembre 2012

Dentro de los recursos naturales más importantes para nuestro país se encuentra la biodiversidad. [199] La biodiversidad, por su enorme potencial para nuestro desarrollo está considerada como patrimonio estratégico del siglo 21, por ser fuente de nuestros alimentos, medicinas e insumos químicos. Esta declaración no guarda coherencia la visión y acciones de corto plazo de legisladores y funcionarios del Estado.

3.4.1.4 El Capital natural

Carolyn Merchant[200], citada por Vandana Shiva[201] señala: "la transformación de la Naturaleza de una madre viviente criadora, a materia inerte, muerta y manipulable era eminentemente adaptada a la explotación de la imperativa inherente al capitalismo naciente." Según se puede comprobar, esta visión domina el discurso político y económico de las últimas décadas.

En esta línea de pensamiento que considera a los recursos naturales como insumos para ser explotados sin tener en cuenta su reposición y la inexistente reciprocidad entre la fuente que provee y los que recibimos esos dones, se traduce en la definición que emplea el Banco Mundial. Esta institución, pilar del capitalismo, define al Capital natural como la masa de recursos naturales –como la tierra, el agua y los minerales– utilizados en la producción, puede ser renovable o no renovable.[202]

Vandana Shiva, nos dice: "La transmutación de la Naturaleza en un recurso va de la mano con la alienación de los antiguos derechos de las gentes a la naturaleza como una fuente de sustento. Cuando los bosques, la tierra, el agua, o las plantas son "desarrolladas" o "científicamente manejadas", para proporcionar insumos

[199] Nuestro país está considerado como uno de los 10 países mega diversos del mundo.
[200] Ambientalista y filósofa americana. Profesora de Environmental History en Berkeley University.
[201] Vandana Shiva física y ambientalista de la India. En: Sachs, Wolfgang (ed.) Diccionario del Desarrollo. Lima: PRATEC 1996, pg. 319
[202] Cfr. Shiva, Vandana. Cosecha robada. Barcelona: Paidos. 2003

industriales, son apropiados de las comunidades cuyas vidas y medios de vida han sostenido por siglos.” [203]

3.4.1.5 Características del medio ambiente

El Medio Ambiente tiene características no lineales, su funcionamiento sigue leyes naturales, es decir, es independiente de la voluntad humana o gubernamental. Pero la degradación del medioambiente, como consecuencia de las actividades humanas, ya sea por conductas, malas prácticas o aumento demográfico desmesurado y explosivo, en tanto conductas, puede y debe ser regulado por el Estado.

Los recursos naturales existen en el territorio y están disponibles para todos. Compete al Estado evitar su degradación o desaparición para que sirva a las demás generaciones. Los efectos de la contaminación del medio ambiente sobre la vida, salud y bienestar de las personas, desde la visión antropocéntrica, genera el deber y responsabilidad inter-generacional.

Para los fines del presente trabajo, es necesario entender las características propias que tiene el medioambiente.

- Es un todo físico que nos envuelve.
- Tiene propiedades físicas y químicas que mantienen la vida.
- Es público, abierto y libre; nadie lo controla pero todos lo pueden afectar.
- También puede ser afectado por fenómenos naturales como las erupciones volcánicas, tormentas de arena, nubes de polen, plagas de insectos o grandes incendios forestales.
- Tiene contornos que en su conjunto constituye un bien jurídico fundamental, bien vital, que es sujeto de tutela por el Estado.
- Puede ser asimilado a valores económicos presentes y futuros

También se pueden reseñar las diferentes funciones que cumple el medioambiente:

[203] Cfr. Shiva, Vandana (2003) Op. cit.

- Condiciona el clima y las temperaturas vitales adecuadas
- Filtra la radiación dañina de los rayos cósmicos y ultravioleta
- Provee del aire vital para la supervivencia
- Tiene capacidad de absorción o depuración de la contaminación dentro de ciertos límites.

Las diferentes funciones que provee el medioambiente, pueden ser asimilados a valores económicos presentes y futuros

3.4.1.6 La Ecología

Es la ciencia que se ocupa de estudiar las relaciones de los seres vivos con el entorno. Este estudio sistemático emanó de manera natural desde la Biología. La Ecología es el término acuñado por el biólogo alemán Ernst Haeckel[204] en el año 1869 y se deriva del griego oikos que significa "casa". Literalmente es el estudio de las "casas" o más ampliamente del hábitat de los seres vivos. Técnicamente la Ecología se define como: "aquella que se desprende de la biología y que se ocupa de estudiar e investigar las relaciones de los seres vivos -plantas y animales, incluyendo al hombre- con su medio, sus ambientes físicos o biológicos, creando condiciones favorables para su continuación y perfeccionamiento".

Nuestro país está considerado como mega diverso por la gran variedad de ecosistemas que disponemos.

Esta establecido por la geografía convencional que nuestro país se tiene como la división más conocida las tres regiones naturales de costa, sierra y selva determinadas de manera horizontal por franjas superficiales. Una visión distinta, basada en la caracterización del territorio, por su comportamiento y propiedades en altura, es decir en capas verticales conocida desde antaño por los pobladores originarios fue recogida y sistematizada en el año 1941 por el geógrafo Javier Pulgar Vidal[205], quien identificó

[204] Ernst Haeckel (1834-1919), biólogo alemán.
[205] Pulgar Vidal, Javier. Geografía del Perú: las ocho regiones naturales. Lima: Peisa. 1987

ocho espacios naturales de similares características en base a la altura y toponimia original, las que describen nuestra realidad ecológica. Esas ocho regiones son:

1. Chala.- región que se extiende a lo largo del litoral desde el nivel del mar hasta 500 metros. Flora: a la vera de los ríos: algarrobo, palo verde, manglar; en las lomas: amancaes, tomate silvestre. Fauna: lobos marinos, anchoveta, aves marinas.
2. Yunga.- región de valles y quebradas de tierras fértiles entre 500 y 2300 metros. En la vertiente occidental (Yunga marítima, entre 500 y 1000 m). Flora: guayabo, palto, chirimoyo, lúcumo, cítricos y caña de azúcar. En la vertiente oriental (Yunga fluvial, entre 1000 y 2300m) flora: molle, cabuya blanca. Fauna: aves características, chaucato y tarigaray.
3. Quechua.- región de tierras templadas en las dos vertientes andinas entre 2300 y 3500 metros de altitud. Sus valles son parcamente regados por lluvias estivales. Flora: aliso, arracacha; se cultiva maíz, trigo, melocotonero. Fauna: zorzal gris.
4. Suni o Jalca.- tierras de clima frío y seco y abundantes lluvias estivales, situada entre 3500 y 4100 m.s.n.m. Flora: gramíneas, quishuar, cantuta; se cultivan quinua, cañihua, habas. Fauna: zorzal negro y cuy.
5. La Puna.- región que abarca los altiplanos y riscos andinos entre 4100 y 4800 metros; clima frío. Flora: cactáceas, totoras en los pantanos; se cultiva papa, maca, cebada. Fauna: alpaca, llama, vicuña, cóndor, pariguana, pato.
6. La Janca.- corresponde a las altas cumbres heladas; clima glaciar. Vegetación escasa: yareta.
7. La Rupa-Rupa o Selva Alta.- en los piedemontes boscosos, entre 400 y 1000 metros de la vertiente oriental de los Andes. Clima cálido, húmedo y lluvioso que favorece una variada flora tropical. Fauna: sachavaca, otorongo.
8. Omagua, la Amazonia o Selva Baja.- llanura selvática entre los 80 y 400 metros en la vertiente oriental andina. Flora: chonta, cedro palmeras. Fauna: capibara, armadillo gigante, paiche, vaca marina.

3.4.2 Degradación del medio ambiente por las actividades humanas

Las actividades antropogénicas y naturales pueden causar la contaminación de los ecosistemas, cuyos componentes, el aire, el agua o el suelo, actúan como sumideros de los residuos generados, los mismos que afectan la calidad de estos componentes, trayendo como consecuencia impactos en la salud del hombre, la calidad de vida o en el funcionamiento natural de los ecosistemas.

Las fuentes de contaminación de origen antropogénico que afectan al medioambiente son muy variadas y de diverso tipo: emisiones gaseosas con elementos tóxicos o de efecto invernadero de las industrias y generadores de energía, incineradores, de los motores a combustión usados en el transporte y en maquinarias diversas; efluentes de industrias, la agricultura o la minería; residuos sólidos de origen industrial, hospitalario o domésticos, entre otras.

La calidad y condiciones del medio ambiente tiene relación directa con la cantidad e intensidad de los impactos tanto de los fenómenos naturales como de las actividades antropogénicas. Es inevitable que toda acción humana impacte al medio ambiente. El predominio de la urbanización sobre el campo, la industrialización y progreso tecnológico ha llegado a poner en riesgo la capacidad de carga[206] y adaptación de amplias zonas habitables. El tipo de desarrollo económico que prevalece emite humos y gases de las fábricas, plantas de generación de energía eléctrica, escapes de vehículos y aviones contaminan el aire y llegan a la atmósfera como gases de efecto invernadero, clorofluorocarbonos CFC, entre otros; todo lo cual trae como resultado el pesado costo ambiental. A esto se le suma el avance tecnológico con el aumento de mega construcciones y movimientos de tierra, de las grandes represas hidroeléctricas, vertimientos, relaves mineros y potentes tóxicos en los desechos industriales, conjuntamente con basura radioactiva nuclear, y agentes bacteriológicos pueden acabar en el medioambiente sin ningún o poco tratamiento, contaminando suelos, ríos y el mar. Por otro lado, la deforestación masiva y depredación de bosques que se permite, por diferentes razones de índole político,

[206] Propiedad de los ecosistemas restringida por los límites a los que puede llegar sin alterar o modificar el sistema. Cfr. Sarmiento, Fausto Diccionario de Ecología. Quito. 1974, también, Calderón Rodríguez, Julio. Diccionario de ecología y del medioambiente. Lima: UIGV. 2004

económico o social, acaban arruinando y contaminando los suelos y degradando la biodiversidad natural.

Los resultados de múltiples estudios científicos alertan de que la capacidad natural de absorción de los contaminantes y las posibilidades de su transformación o asimilación, en algunos lugares están al borde de los límites de tolerancia. Esta situación lleva a un punto crítico, muy cerca de llegar a daños permanentes, irreparables e irreversibles, que de producirse crearan graves problemas sociales como migraciones y conflictos regionales por el uso y acceso de recursos vitales como el alimento y agua, además del riesgo a la seguridad nacional ante los impactos climáticos extremos.

3.4.2.1 Contaminación del agua

Las aguas reciben contaminantes de diferentes fuentes, que por su cantidad y acumulación alteran la calidad y características para su utilización. Una fuente de sustancias tóxicas provienen de la agricultura que usa agrotóxicos que son luego transportados hacia las fuentes de agua; de la industria, de los desagües urbanos no tratados y de los botaderos municipales, que sin la debida impermeabilización o tratamiento, liberan muchos tóxicos por lixiviación a las napas freáticas o los causes de los ríos que van al mar o lagos.

Si bien las aguas servidas de origen doméstico y fertilizantes agrícolas que llegan a los cursos de agua contienen sustancias que pueden ser útiles como nutrientes en los ecosistemas, los ciclos naturales se ven alterados cuando las cantidades de nutrientes son elevadas. Así se generan crecimientos desordenados de algas en ríos o en el mar, estas impiden la luz solar y compiten con la fauna existente y desplazan por el uso de oxígeno. Los relaves mineros, que no son tratados y se vierten directamente a los cuerpos de agua son la principal fuente de metales pesados, como el plomo, el mercurio, el cobre, la plata y otros que al final ingresan a los alimentos por toda la cadena trófica y son consumidos por la población.

3.4.2.2 Desertificación.

La desertificación creciente es un factor negativo en contra del medioambiente y los recursos naturales por sus efectos nocivos para la biodiversidad en nuestro país. Sus causas son variadas, una de las cuales está muy ligada a la deforestación.

En el Capítulo 12 de la Agenda 21[207] se define la deforestación como: "degradación del suelo en áreas áridas, semiáridas y zonas secas como resultado de varios factores, incluidos variaciones climáticas y actividades humanas".

La desertificación es el proceso por el cual tierras fértiles y ricas en vida se convierten en desiertos, debido entre otros factores a la erosión, sobreexplotación e inadecuado riego. No es un fenómeno estático, sino que tiende a incrementarse y a su paso ir reduciendo las posibilidades de la biodiversidad y de servicios ambientales valiosos.

Se está haciendo cada vez más común ver en la Amazonía, que luego de deforestar un área grande de selva virgen para ser utilizada en ganadería, plantaciones industriales o de bio combustibles, la tierra antes rica y fértil, se degrada y convierte en árida y sin nutrientes, un desierto donde es casi imposible volver a ver crecer el bosque. Esto sucede porque in protección arbórea las lluvias lavan el suelo y al final se pierden los nutrientes y la capa vegetal, antes protegida por el bosque que albergaba la vida y biodiversidad en el lugar.

La comunidad internacional ha tomado debida nota de los efectos negativos de la desertificación y se ha manifestado con la creación de la **Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación** CCD con auspicios de las NNUU, su labor agrupa y coordina con las convenciones de la Biodiversidad y de Cambio Climático. El secretariado de esta convención está basado en Bonn.

[207] Documento generado por la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo. Es un programa de acción para la acción global en todas las áreas del desarrollo sostenible.

3.4.2.3 Deforestación

La deforestación es la eliminación de la capa arbórea natural, ya sea por la tala o remoción de los árboles para la extracción de madera o la quema de estos para conversión en tierras de cultivo, construcción de infraestructura, zonas de residencia o en pastizales. Son acciones y prácticas que destruyen la flora existente, lo que afecta directamente la biodiversidad del lugar.

Son agentes de deforestación las personas, corporaciones, organismos gubernamentales o proyectos de desarrollo que talan los bosques. En todas las áreas geográficas, los agricultores que practican roza y quema se sitúan entre los principales agentes de deforestación, ya que ocupan tierra forestal que despejan para plantar cultivos comestibles. En la región amazónica se verifica experiencias de deforestación masiva causadas por agricultura migratoria que en su avance talan los bosques para sembrar productos agrícolas, pastizales para alimentar el ganado; también las corporaciones que establecen plantaciones agrícolas industriales. En la Amazonia las principales plantaciones fueron el caucho, hoy en día, el narcotráfico y los bio combustibles, deforestan grandes áreas para sus fines.

Otros agentes incluyen a los madereros, recolectores de leña, los industriales mineros y petroleros, los planificadores de infraestructura y mafias y carteles del narcotráfico. Los bosques constituyen uno de los ecosistemas más valiosos del mundo, por ser el principal repositorio de la biodiversidad del planeta, y proveedor de servicios ambientales imprescindibles.

Nuestro bosque amazónico es muy vulnerable frente a la acción del hombre, y las malas prácticas del Estado, que no ha llegado a internalizar su verdadero valor para la nación y su futuro. Esto se refleja en las desacertadas políticas y abandono que se pueden comprobar actualmente. En esta área se evidencia la pobre y débil tutela de los recursos naturales por el Estado, que se pone en evidencia con la flagrante violación del mandato constitucional, que establece, su obligación de promover la conservación de la diversidad biológica y el desarrollo sostenible de la Amazonía[208].

[208] Vide Arts. 68° y 69° CPP

Se ha mencionado la dimensión social entre las causas directas más importantes de la deforestación en nuestro país, la pobreza y los migrantes de la sierra que ocupan áreas de bosque que lo despejan para obtener recursos, desarrollo de la agricultura y cría de ganado. Asimismo, la urbanización y la construcción de infraestructura como carretera y tendido de líneas de trasmisión eléctrica, la minería, y la explotación de petróleo. Son de público conocimiento las propuestas para la construcción de grandes hidroeléctricas en el espacio amazónico que requiere de la inundación de extensos parajes, lo que implica la destrucción a su paso de la bio diversidad, flora y fauna, emisiones de potentes gases de efecto invernadero, alteración del equilibrio ecológico y patrones de lluvias, además el desplazamiento de comunidades enteras fuera de su territorio.

Otra de las causas de la deforestación son los incendios forestales, los que pueden definirse como la propagación libre e ilimitada del fuego, cuya acción consume pastos, matorrales, arbustos, árboles y la valiosa biodiversidad.

Así como la cobertura arbórea del bosque amazónico constituye un pulmón natural, que aporta invalorables beneficios ambientales como la producción de oxígeno, y la captura o absorción del dióxido de carbono de la atmósfera, la deforestación tiene el efecto contrario. Los espacios deforestados se convierten en fuentes de emisiones de gases de efecto invernadero como el metano o el dióxido de azufre. Eso ocurre también en las plantaciones comerciales, cuyo efecto neto ambiental es negativo, ambientalmente hablando.

El bosque amazónico tiene un gran potencial de beneficios ambientales sociales y económicos para el país. Ingresos que pueden superar por mucho a lo que se recibe por la minería, industrias y turismo tomado conjuntamente, que se pierde por la falta de visión con perspectiva iuseconómica.

3.4.2.4 Problemas ambientales

A partir de la década de los años 90, con la dación del Código del Medioambiente y los Recursos Naturales[209] (1990), ha aumentado en nuestro país la toma de

[209] Cfr. CMARN 1990

conciencia sobre los problemas ambientales y el rol del Estado en tutelar la calidad del ambiente y el uso más racional de nuestros recursos naturales. El tiempo transcurrido muestra progresos importantes, como la promulgación de importantes piezas legislativas, así como la creación de instituciones nacionales. El tema ambiental ha ingresado, todavía de manera incipiente, a las agendas nacional, empresarial, académica y social. A pesar de los avances logrados, nuestro país sigue todavía, el modelo de desarrollo que considera a la Naturaleza como un recurso inagotable bajo una visión de largo plazo.

Bajo este modelo, el fin del Estado es buscar el bienestar en base al progreso material, que se sustenta en el excedente económico resultante de la explotación de los recursos naturales, considerados erróneamente como inagotables.

Este modelo, a nivel global, ha dejado que las acciones humanas que siguen el modelo desarrollista irracional, no sustentable, lleve a situaciones donde se pueden ver y sentir los efectos nocivos sobre el medio ambiente. Efectos que ponen en riesgo el suministro de alimentos, alteraciones del clima, contaminación del aire, del agua, del suelo. Todo lo cual se traduce en el menoscabo de la calidad de vida para las comunidades más vulnerables.

Siendo el medio ambiente de naturaleza global, los contaminantes vertidos al ambiente en un lugar tienen sus efectos nocivos para todos, ya que los efectos de la contaminación se dispersan y no se quedan restringidos solamente al lugar del vertimiento. Se pueden comprobar problemas ambientales de alcance global que afectan indistintamente a grandes porciones del planeta. Entre los grandes problemas ambientales globales se encuentran: la depredación de la biodiversidad, fuente de alimentos, medicinas, insumos químicos; contaminación elevada en el aire, suelo y aguas; desaparición de especies por extinción; el adelgazamiento de la capa de ozono[210] y el calentamiento global. Los efectos del calentamiento global señalan que ya no se puede continuar emitiendo de manera descontrolada a la atmósfera, los gases de efecto invernadero, por el transporte, generación de energía

[210] La capa de ozono no ha dado señales de efectos graves en nuestro país, ya que este fenómeno muestra sus efectos nocivos en las zonas de muy alta o muy bajas latitudes.

y la industria. Además de la contaminación de ríos y el mar con los vertimientos mineros, industriales o urbanos no tratados y los suelos como depósito de tóxicos químicos, radioactivos y de residuos sólidos sin las debidas medias de protección. La capacidad de depuración de la Naturaleza, considerada por su dimensión como inagotable, no lo es[211]. En consecuencia, el usar el medio ambiente como enorme basurero a donde se vierten todas las emisiones y tóxicos, hasta el límite de su capacidad natural de depuración, nos pone a todos en riesgo.

Lo que se comprueba a nivel global, ocurre también a nivel local, regional y nacional. Los problemas ambientales que se verifican en nuestro país, siguen de alguna manera el modelo global pero están fuertemente matizados por la orientación que compete y le da el Estado, a través de la educación y las políticas públicas.

La diversidad de problemas ambientales limitan el goce de derechos fundamentales a la vida, salud, bienestar, ya que su disfrute solo puede ser posible dentro de un ambiente equilibrado y adecuado, y con la real disponibilidad de recursos naturales. De aquí que compete al Estado enfrentar de manera decidida la solución de los problemas ambientales para asegurar y garantizar los derechos fundamentales en estricto cumplimiento del mandato constitucional.

3.4.3 Situación en que se encuentra nuestro entorno de vida a nivel nacional, con especial incidencia en la ciudad de Lima.

Según lo reportado en las diversas fuentes oficiales, en el ámbito nacional, regional y local se registran problemas y degradación del medio ambiente. Las actividades extractivas en los ámbitos de minería, pesca, forestal; las industriales y la urbanización masiva con la gran cobertura de cemento, trae como correlato la generación de residuos sólidos, vertimientos urbanos y requerimientos de espacios para la circulación y parqueo de vehículos, uso del transporte, consumo de agua, y energía, se manifiesta en la degradación ambiental. Los efectos nocivos sobre los

[211] Límites del crecimiento. Club de Roma 1972.

componentes del medioambiente están ampliamente documentados. A manera de ejemplos:

- **aire** →por partículas provenientes de emisiones de fuentes móviles y fijas. Así, la elevada contaminación por los escapes de la combustión del transporte público y privado parque automotor en las principales avenidas y centros poblados; y la actividad industrial, minera y metalúrgica[212] en lugares como La Oroya, Cerro de Pasco y otros, donde se realiza.
- **agua** → reducción de la cantidad y calidad del agua, por malas prácticas, tanto de los usuarios y consumidores, formales e informales; y de los proveedores. Aun cuando los proveedores retiran del agua los elementos tóxicos y patógenos para convertirla en potable pero puede resultar en mal sabor. Debido al débil control y fiscalización continúan los dañinos vertimientos de tóxicos industriales y relaves, sin el debido tratamiento a los lagos, ríos y al mar. Se verifica también la elevada contaminación de los tres ríos que surten a la ciudad de Lima como son el rio Chillón, el rio Rímac y el rio Lurín, por diferentes fuentes: industria, minería, efluentes de origen doméstico. Se presenta una extensa contaminación de la mayoría de los ríos de la sierra por la actividad minera que mata a la fauna y afecta a la actividad pesquera y alimentación local. En zonas de la costa se registra la extracción ilegal e incontrolada de agua por medio de pozos que extraen de las capas freáticas subterráneas.[213]
- **suelos** →contaminación por efluentes tóxicos lixiviados de los botaderos de RSU, dioxinas, furanos los que sin las debidas medidas de aislamiento contaminan los suelos y las napas freáticas. En los ríos de la Amazonía la actividad de extracción de hidrocarburos registra contaminación por derrames de petróleo y tóxicos, que afecta directamente a los suelos y cuerpos de agua impactando a toda la cadena trófica en amplias áreas de la selva.[214]

[212] Solo se considera el costo material de filtro o ajustes en tipo de combustible y se deja de lado los altos costos sociales en salud pública y bienestar
[213] La extracción sin control de la napa freática permite el intrusión marina en zonas costeras produciéndose contaminación y pérdida del recurso para la agricultura o uso social
[214] La infiltración de tóxicos en el suelo se convierte en una fuente de contaminación continua

- **ruido** → del parque automotor, construcción y de industrias, se convierte en la principal causa del stress[215]
- **pérdida de la biodiversidad** → patrimonio genético, germoplasma, principalmente por deforestación y cambio de uso del suelo.[216]
- Consecuencias de las prácticas de roza y quema masiva, además de la **depredación del bosque por tala ilegal** → deforestación[217]
- **aumento de la desertificación por salinización de tierras** → afecta gran parte de nuestro territorio.[218]

A todo lo anterior se suma la contaminación por compuestos orgánicos persistentes COPS y tóxicos químicos que provienen de la industria.

3.4.4 Efectos de la contaminación del aire por emisión de gases industriales y combustión de fósiles, sobre la vida, salud y bienestar de las personas. La responsabilidad Inter-generacional.

Estudiosos como Peter Haberle y Hans Jonás nos advierten y recuerdan del deber intergeneracional que tenemos como miembros de la humanidad.

La contaminación del aire degrada y envilece la sustancia vital que nos mantiene con vida. Su efecto perverso afecta a la población más vulnerable como son los niños y ancianos.

Los efectos nocivos, de la contaminación del aire por emisión de gases industriales y combustión de fósiles nos afectan a todos. De manera general, depende del grado, tiempo y frecuencia de exposición, así como del acceso a la salubridad, tipo de alimentación y condiciones de vida y la disposición genética de los individuos. Por

---

[215] Grave disminución de la calidad de vida y bienestar

[216] El cambio de uso del suelo se refiere a deforestar para dedicar el suelo a la agricultura o urbanización, basado en un cálculo de mayor rendimiento económico. No se llega a reconocer el verdadero valor de la biodiversidad, que cuenta con el respaldo de la Convención sobre diversidad biológica CBD.

[217] Los efectos de la deforestación son múltiples: pérdida de suelo fértil, de biodiversidad y de variedad de servicios eco sistémicos como la provisión de lluvia o captura de gases de efecto invernadero. ,

[218] El proceso de desertificación es continuo avanzando año a año, unida a la erosión de suelos que destruye tierras agrícolas.

esto se debe de tener en cuenta que los seres vivos necesitamos de los componentes del ambiente que estén sanos y sean adecuados, para sostener nuestra supervivencia.

La contaminación altera la calidad del ambiente, lo que repercute directamente en la salud y bienestar de las personas.

3.4.4.1 Efectos del dióxido de azufre SO2

El óxido de Azufre es un gas incoloro, que se forma de la combinación del oxígeno con azufre. Proviene de la combustión de combustibles fósiles como el carbón, petróleo o gas natural. Es el principal elemento que cae en la lluvia ácida, en forma de precipitaciones de ácido sulfúrico.

Su presencia en el aire agrava las enfermedades respiratorias, siendo un gas vinculado al ácido sulfúricos es irritante y tóxico. Este afecta la respiración, siendo las poblaciones más vulnerables como niños y ancianos, las más afectadas. Ataca a las mucosidades del tracto respiratorio y pulmones provocando tos y asfixia. Por lo general causa bronquitis y empeora los casos de asma crónica; reduce el sistema de defensa natural, y sus efectos son más agudos en personas con desórdenes cardiovasculares. Se considera que sus efectos han traído un aumento en la mortalidad.
.

3.4.4.2 Efectos de los óxidos de nitrógeno NOx

Los óxidos de nitrógeno provienen de la combinación del nitrógeno, en diferentes proposiciones con el oxígeno, todos son gases incoloros producto de la combustión de combustible fósiles como el carbón, petróleo o gas natural. Se emiten en los escapes de la combustión de los motores diesel.

Agrava las enfermedades respiratorias y cardiovasculares; irrita los pulmones; reduce la visibilidad en la atmósfera; causa daño al sistema respiratorio y reduce la capacidad de transporte de oxígeno de la sangre, a las células y al corazón; produce dolor de cabeza, pérdida de visión, disminución de la coordinación muscular, náuseas, dolores

abdominales. Es crítico en personas con enfermedades cardíacas y pulmonares y eleva los índices de mortalidad por neumonías, cáncer del pulmón y otros tipos de cáncer.

La ciencia y los organismos del sector salud[219] han tomado nota de los efectos adversos en la salud pública, por lo que se han regulado sus niveles a estándares aceptables y seguros con diferentes normas[220] que por ejemplo, fijan niveles máximos horarios, el nivel máximo de media anual, y el número máximo de días en que se pueden superar los niveles máximos horarios.

3.4.4.3 Efectos del monóxido de carbono- CO.

El monóxido de carbono también denominado óxido de carbono, es un gas inodoro, incoloro y altamente tóxico. Se produce por la combustión incompleta del gas, gasolina, keroseno, carbón, petróleo, tabaco o madera.

Entre sus efectos dañinos a la salud, se debe de mencionar que el CO reduce la capacidad de la sangre para transportar oxígeno, puede afectar el funcionamiento cerebral, agrava las enfermedades existentes de origen cardiovascular. Causa dolor de cabeza y cansancio en concentraciones moderadas y produce la muerte en concentraciones altas y prolongadas.

3.4.4.4 La destrucción de la capa de ozono

La capa de ozono se encuentra en la capa superior de la atmósfera, llamada estratósfera, aproximadamente de 15, 000 a 50, 000 m. sobre la superficie de la Tierra. El ozono es un compuesto natural del oxígeno, cuya fórmula es O_3 pero con propiedades distintas que le permiten actuar como un potente filtro para las radiaciones ultravioleta, provenientes del sol y el espacio exterior.

---

[219] Vide DIGESA

[220] En la Unión Europea, la Directiva Europea 50/2008, que los diferentes miembros incorporan a su legislación nacional, por ejemplo en España se tiene el RD 102/2011.

La radiación ultravioleta, tiene elevados niveles de energía que al ponerse en contacto con tejidos vivos, según el nivel de intensidad y del tiempo de exposición, altera su normal funcionamiento y estabilidad y causan graves daños que van desde irritación a la piel, conjuntivitis y deterioro en el sistema de defensa inmunológico, hasta el cáncer a la piel. También el ecosistema se ve afectado, ya que interfiere con el crecimiento de las plantas y daña el fitoplancton, base de la cadena alimentaria de la fauna marina.

La disminución de la beneficiosa capa de ozono natural se produce por efecto de los gases llamados Clorofluorocarbonos (CFC), que son de uso industrial y doméstico en refrigerantes, disolventes y propelentes de aerosoles que al ser empleados, se liberan en el aire y dispersan por toda la atmósfera, y al combinarse con el ozono natural lo descomponen, causando su reducción.

El adelgazamiento y desaparición del filtro de la capa de ozono, trae como consecuencia el paso de mayor cantidad de rayos ultravioleta, los cuales tienen efectos físicos y químicos con consecuencias dañinas para los seres vivos. La reducción de la capa natural de ozono causada por la acción química de los gases industriales como el clorofluorucarbono CFC, emitidos por actividades industriales o domésticas, trae consecuencias negativas en todos los ámbitos: económicos, sociales y ambientales.

La magnitud de este tipo de daño ambiental ha requerido el concurso de las Naciones Unidas para su regulación internacional, esto se ha logrado a través el Protocolo de Montreal de 1984. La decidida acción de los gobiernos y la activa coordinación de la Secretaria internacional, basada en Montreal, ha dado como resultado la obtención de las metas y fines esperados, logrados a través del consenso internacional, conscientes de los afectos adversos que ha llevado a formular obligaciones vinculantes que han sido adheridas y son respetadas por todos los países.

3.4.4.5 El efecto invernadero

El efecto invernadero es una condición natural que provee la atmósfera de la Tierra para conservar las temperaturas adecuadas a la vida. Algunos gases, como el vapor de agua, el dióxido de carbono y el metano son llamados gases invernadero[221], pues estos atrapan el calor del sol en las capas inferiores de la atmósfera. Sin el efecto invernadero, nuestro planeta se congelaría y nada podría vivir en él.

La atmósfera es prácticamente transparente a la radiación solar absorbida por la superficie de la Tierra. Gran parte de esta radiación se vuelve a emitir hacia el espacio exterior con una longitud de onda correspondiente a los rayos infrarrojos, pero es reflejada de vuelta por gases como el dióxido de carbono, el metano, el óxido nitroso, los clorofluorocarbonos (CFC) y el ozono, presentes en la atmósfera. Este efecto de calentamiento constituye la base de las teorías relacionadas con el calentamiento global.

La concentración de los gases de invernadero en la atmósfera, en particular el dióxido de carbono (CO2) ha ido en aumento debido al incremento de las emisiones de este gas por las diferentes actividades humanas como la industria, el transporte la generación de energía y la deforestación, entre las principales causas. El dióxido de carbono en la atmósfera ha tenido un incremento constante desde la revolución industrial europea que se inicia en el año 1750, como consecuencia del uso de combustibles fósiles como el carbón, y ha continuado con el uso del petróleo y el gas. La destrucción de bosques tropicales por el método de roza y quema, también ha sido un factor relevante que ha influido en el aumento de emisiones y su concentración en la atmósfera. El dióxido de carbono tiene como característica su capacidad de retener el calor de la Tierra y su mayor concentración, a raíz de las grandes emisiones antropogénicas desde la revolución industrial, constituye el factor principal del llamado calentamiento global, causa principal del cambio climático.

El efecto de estos incrementos se refleja en el aumento global de la temperatura. Este calentamiento causa importantes cambios climáticos con efectos negativos en la

[221] Seis son los gases de efecto invernadero reconocidos en la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático: dióxido de carbono, metano, dióxido de azufre, monóxido de nitrógeno, HFC.

agricultura y la producción de alimentos. Además, debido a la concomitante desglaciación de los casquetes polares, aumenta el nivel de los océanos con el riesgo de inundaciones en todas las zonas costeras. Siendo las ciudades donde se concentra el mayor número de habitantes, millones y millones de personas están en riesgo de sufrir las consecuencias.

3.4.4.6 El calentamiento global

Es el aumento de la temperatura media a nivel global, como consecuencia del incremento del efecto invernadero causado por el aumento y acumulación de gases de efecto invernadero en la atmósfera.

El aumento del nivel de temperatura en el planeta tiene efectos en todos lados. Uno de ellos es la dramática reducción de las reservas de agua dulce que se mantenía congelada en los polos y glaciares. Los cascos polares se han empezado a derretir, al igual que las altas cumbres de los Andes, Himalaya y otros. El calentamiento global también ocasionará que se evapore más agua de los océanos. Los cambios en la composición química de la atmósfera debido al incremento de la concentración de gases de efecto invernadero, causa el aumento de la temperatura global y el efecto invernadero se incrementa. Se han registrado en los últimos tiempos la alteración del ciclo hidrológico, lo que ha generado sequías en unos sitios y lluvias torrenciales en otros, ya que es un fenómeno muy susceptible al efecto invernadero.

El aumento de la temperatura superficial ha alterado los patrones de zonas de sembrío y cosechas y ha desplazado plagas diversas de su nivel habitual, donde estaban bajo control.

El tipo de desarrollo que prevalece en el actual estado de nuestra civilización, basado en el uso masivo de combustibles fósiles, tiene como efecto indeseado las grandes emisiones de gases de efecto invernadero. Estos gases, principalmente el dióxido de carbono CO2, se acumula en las capas superiores de la atmósfera y se queda allí concentrándose con el paso del tiempo produciendo el efecto de retener el calor que se refleja de la superficie de la tierra, es decir un aumento del calentamiento natural, al

restringir la salida del exceso de calor natural funciona de la misma manera que en un invernadero. La ciencia ha confirmado la directa relación causal entre el volumen acumulado de CO2 y el aumento de la temperatura global.

El calentamiento global ha aumentado los episodios de sequía, que están afectando a la viabilidad de los bosques, además de favorecer las condiciones de incendios forestales que destruyen a los árboles y liberan rápidamente a la atmósfera grandes cantidades de CO2.

3.4.4.7 El cambio climático

Las condiciones naturales del ambiente se auto regulan dentro de ciertos márgenes ante la presencia de perturbaciones, eso por la propiedad natural de resiliencia que tienen los ecosistemas.

El clima es una manifestación de las antedichas condiciones naturales del ambiente, tiene una gran influencia en la vegetación y la vida animal, y diferentes actividades económicas e incluye efectos sobe la calidad de vida y salud humana. Tiene un rol significativo en procesos fisiológicos como la concepción y el desarrollo humano.

El clima no es estático y cambia con las estaciones del año, es decir por la posición relativa de la Tierra con respecto al Sol, además tiene un cierto rango o margen de variabilidad natural.

La ciencia ha determinado que la suma de simples actividades humanas, así como las más complejas y masivas, como los cambios de la superficie de la Tierra por la urbanización creciente, el desvío de ríos, desecado de lagos etc. conjuntamente con la emisión de contaminantes y productos químicos a la atmósfera, puede influir en las condiciones naturales que determinan el clima. El resultado de las mencionadas alteraciones trae como consecuencia el llamado cambio climático.

En todo el mundo el cambio climático está teniendo efectos devastadores, inundaciones, sequías prolongadas y desastres climáticos que se han hecho más

frecuentes y de mayor intensidad[222]. La alteración de los patrones normales del clima, que por su íntima relación con el entorno de vida y las condiciones para la vida humana y pervivencia de la biodiversidad, ha sido reconocido por la reunión de los ocho países más ricos del mundo[223], como la gran amenaza mundial[224]. El Primer Ministro del Reino Unido y presidente del G8 Tony Blair haciendo eco del consenso de la comunidad científica mundial[225] declaró en Junio 2005 que: "el cambio climático es la más grave amenaza mundial y es nuestra prioridad"[226].

El cambio climático que es la mayor amenaza ambiental global, muestra sus graves efectos en nuestro país que se manifiestan en la reducción de los glaciares tropicales, y el marcado aumento de los fenómenos hidro meteorológicos como el Fenómeno del Niño[227] con su secuela de inundaciones, huaycos y sequías prolongadas, plagas de enfermedades tropicales como el dengue y la malaria, las migraciones forzadas, entre otros. Causa daños ambientales, sociales y económicos.

Ante la grave amenaza que representa el cambio climático a la estabilidad y seguridad de los países del mundo, las NNUU, por medio de la CMNNUUCC que fue formulada en 1992, ha conformado organismos para la coordinación de medidas a ser tomadas por todos los países del mundo, la meta fijada ha suido la de estabilizar la concentración de gases en la atmosfera para no interferir con el sistema del clima.

Las acciones colectivas se coordinan en reuniones periódicas entre ellas las anuales, llamadas conferencias de las partes COP, en las que año a año desde 1995 se discuten medidas y determinan los avances, obstáculos y consecuencias que orientan las acciones a tomar. El mecanismo central para adoptar las medidas que involucre a todas las partes es el de consenso, que implica la aprobación de todas

[222] Entre los meses de septiembre a noviembre del año 2005 se registró aumento en el número e intensidad de huracanes en el Caribe y costa sur de los EEUU
[223] Grupo conocido como el G8
[224] Esto se diferencia con el agujero de la capa de ozono que es un fenómeno localizado.
[225] Referencia al IPCC, Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático.
[226] Declaración de primer ministro británico Tony Blair
[227] el Fenómeno del Niño de 1998 causó pérdidas en el Perú por 2800 millones USD. Fuente SENHAMI

las partes, esto dificulta el avanze, a pesar de enorme gasto realizado. Las metas fijadas en 1997, en el protocolo de Kioto de reducir en 5.2% no se ha cumplido, en lugar de eso se ha superado en 10 veces más el aumento de emisiones de gases de efecto invernadero, con el correspondiente aumento de la temperatura global. La razón de tal fracaso está en el mismo texto de la Convención Marco y Protocolo de Kioto que limita toda acción obligatoria a los 38 países más industrializados, de las 195 partes, pero deja de lado a los demás 157 países para que actúen de manera voluntaria según sus intereses y conveniencia.

3.4.5 Responsabilidad Inter-generacional

Este es un tema que ha generado polémica tanto en los ámbitos del Derecho como de la Economía, por tratarse de otorgar beneficios o asumir obligaciones, hacia sujetos que todavía no existen, sin embargo para Jonas: "…tenemos un deber para con la *existencia* de esa humanidad futura- independiente incluso de si una parte de ella es descendencia nuestra- y, en segundo lugar, un deber para con su *esencia*." [228]

Los agravios antropogénicos contra el medio ambiente tienen consecuencias negativas sobre la vida y salud de las personas y sobre el medio ambiente. Estas consecuencias continúan por largos periodos que abarcan varias generaciones de individuos. Es decir que los impactos sobre el medio ambiente afectarán también la vida y salud de las futuras generaciones. Pero los cuidados y recaudos de hoy, nos benefician y esos beneficios los podemos extender por una razón de eficiencia. Además el principio de sostenibilidad o del desarrollo sostenible que implican un costo, genera también un ahorro… económicamente, en términos de mercado.

Desde la perspectiva legal, la responsabilidad de aquel que causa un daño lo obliga a reparar, esto debe de tener en cuenta que el daño causado afecta también a generaciones venideras, consecuentemente, los remedios deben de pensarse

[228] Jonas, Hans. El principio de responsabilidad. Barcelona: Herder. 2004. pg. 84

teniendo en cuenta el daño futuro. Esta es la lógica de los tratados internacionales. Este enfoque es consistente en el contexto de la PIE.

La responsabilidad intergeneracional de proteger el medio ambiente y usar de manera racional los recursos naturales, surge del deber de no reducir o limitar la disponibilidad de recursos, o la calidad del ambiente, que ponga a las generaciones futuras en desventaja.

Para el profesor Hans Jonás, todos tenemos el deber ético y jurídico de preservar la vida de la humanidad, él subraya "… que la naturaleza de la acción humana se ha visto de tal manera modificada que la responsabilidad propia del ámbito de obrar político – y, por tanto, de la moral política- adquiere un sentido totalmente nuevo, con nuevos contenidos y un alcance en el futuro nunca antes conocido."[229]

Equidad intergeneracional es la responsabilidad de cada generación de dejar a las nuevas generaciones una herencia de riquezas o condiciones que no comprometan su futuro o bienestar.

3.5 Marco Económico. Aspectos relevantes de la teoría económica.

En el 3.3.13 analizamos el rol de la tutela ejercida por el Estado, a través del Derecho, mientras que en el acápite 3.4 se hace una revisión de nuestro medio ambiente y las diferentes teorías y enfoque para su estudio. La realidad fáctica nos nuestra que a pesar de los recaudos, medidas y regulaciones que aporta el derecho y las acciones de los órganos del Estado a nuestro alrededor aún están presentes agravios al medio ambiente que afectan las condiciones de nuestro entorno de vida debido a la contaminación, a las malas prácticas y conductas de actores públicos y privados. La situación de deterioro ambiental existente nos mueve a investigar las limitaciones que tiene el Derecho para lograr la tutela efectiva del medio ambiente y los recursos naturales.

[229] Jonan, Hans. Op. Cit. pg. 204

Los seres humanos buscamos la satisfacción de las necesidades individuales (MASLOW)[230] y colectivas mediante la oferta de bienes y servicios. La innovación aplicada a las diferentes actividades productivas y comerciales nos permite lograr ganancias en eficiencia y productividad. Además los niveles de difusión y comunicación global actual han coadyuvado a la aceleración de los intercambios y mayor producción de bienes y servicios. Pero la satisfacción de las necesidades humanas requiere de energía, tecnología y recursos naturales.

La Naturaleza de donde provienen los recursos naturales es finita ("Límites del crecimiento"[231] Club de Roma)[232], no es infinita como antiguamente se creía.

En palabras de Bunge:

> *"nada puede surgir de la nada ni convertirse en nada (...) nada sucede en forma incondicional ni completamente irregular, o sea de modo ilegal o arbitrario (...) Todo es determinado según leyes por alguna otra cosa..."* [233]

El modelo económico normativo de Bariloche[234] muestra que las amenazas a la estabilidad y supervivencia mundial como la depredación de los recursos no

---

[230] Abraham Maslow, psicólogo, fundador de la psicologia humanista. Estableció la jerarquía de necesidades en "Teoría de la motivación humana" (1943)

[231] Conclusiones de "Límites del crecimiento": 1. Si la presente tendencia de crecimiento de la población, industrialización, contaminación, producción de alimentos y reducción de recursos continúa sin cambios, se alcanzarán los límites de crecimiento de este planeta dentro de los 100 años siguientes. Lo más probable es una súbita declinación de la población y de la capacidad industrial.

2. Es posible alterar estas tendencias de crecimiento y establecer una condición de estabilidad ecológica y económica que sea sostenible en el futuro. El estado de equilibrio global podría ser de manera que las necesidades materiales básicas de cada persona sean satisfechas y que cada persona tenga iguales oportunidades para desarrollar sus potencialidades individuales.

[232] Club de Roma de 1972 es una NGO incubadora y centro de innovación que reúne científicos, economistas, empresarios, jefes de estado, etc. de todo el mundo convencidos que la humanidad no tiene un destino determinado, sino puede mejorar por la contribución de cada ser humano.

[233] Cfr. Bunge Mario. La Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna. Buenos Aires: Sudamericana. 1997 pg. 48

[234] De manera similar al proyecto del MIT a cargo del profesor Meadows, la fundación Bariloche entre 1972 al 1975, realizó un estudio normativo llamado el Modelo Mundial Latinoamericano, con conclusiones similares de conservación de recursos agotables. "El Modelo Mundial Latinoamericano, trabajo multidisciplinario conducido por Amílcar Herrera, recorrió también el mundo. Sus resultados se expusieron en numerosos y prestigiosos centros universitarios, siempre con la Camerata acompañando las exposiciones. Este Modelo fue la respuesta desde los países del Sur a la tesis del Club de Roma que, con una visión malthusiana, pretendía frenar el desarrollo de esos países so pretexto del agotamiento de los recursos naturales. El modelo alternativo desarrollado por la Fundación demostró que, al poner como objetivo central del desarrollo de los pueblos la eliminación del hambre y no el estilo consumista de los países centrales, los recursos naturales, incluidas las tierras, alcanzaban para sostener una población tres veces superior a la existente a comienzos de los años '70. Además demostraba que la mejor manera de controlar la tasa de natalidad era el desarrollo humano

renovables, el hambre, la ignorancia etc.: a) están interrelacionados y b) pueden evitarse por la acción concertada de todas las naciones.

Los recursos naturales, indispensables para la satisfacción de nuestras necesidades se transforman y consumen, pero a la vez generan, introducen y liberan al medio ambiente desechos, residuos, emisiones y excedentes de calor resultantes de su uso y producción.

Bajo el modelo de desarrollo actual, el derecho a gozar de un medio ambiente adecuado, entra en conflicto con el derecho al trabajo, a la libre producción e intercambio de bienes y servicios.

La economía neoclásica, es la corriente dominante. Se basa en el mercado y sigue los postulados de la mecánica newtoniana

Se basa en tres supuestos:

1. Es cerrada
2. Es reversible
3. Es estática y puede tener equilibrio

3.5.1 Corrientes económicas

Las ciencias económicas abarcan diferentes escuelas y corrientes. En este apartado daremos una rápida reseña de lo relevante para el presente trabajo.

3.5.1.1 Teoría económica de Keynes[235]

John Maynard Keynes (1883- 1936), desarrolló un tratamiento sistemático para la determinación de los grandes agregados de la renta y el empleo. Con su trabajo

de los pueblos." Fuente www.fundaciónbariloche.org.ar/fundación_historia.html 10 abril 2012 también Vide. Herrera A, Corona L, Dagnino R, Furtado A, Gallopin G, Gutman P, Vessuri H Las nuevas tecnologías y el futuro de latinoamerica. Riesgo y oportunidad. Tokio: Siglo XXI- U NNUU 1994; Deutsch, Karl Wolfgang. Problemas para el modelo del mundo. México: Gernika, 1984 y Bogotá: U E C- Cerec, 1990.

[235] J. M. Keynes, destacado y muy influyente economista inglés. En su obra principal The General Theory of Employment, Interest and Money (1936) lanza un fuerte crítica la economía clásica. Se le considera padre de la macroeconomía de y las asociaciones público privadas.

actualiza las teorías económicas que venían desde los siglos XVIII y XIX. El trabajo de Keynes ha sido ampliamente criticado pero su influencia se ha dejado sentir. Proporcionó respuesta a las cuestiones que la Economía Política convencional dejaba en gran parte sin resolver. A raíz de las contribuciones de Keynes 20 años después, este tratamiento ocupa un lugar destacado junto al de la microeconomía, la teoría monetaria, la política pública, tributación, los gastos del gobierno y el comercio internacional y las finanzas en cualquier texto de Economía.

La influencia de Keynes no se limitó a los países de habla inglesa, sino que se extendió por todo el mundo no comunista. Las teorías de Keynes fueron también apreciados en los países subdesarrollados por las explicaciones que ofrecían al comportamiento de sus rentas dentro del marco de crecimiento económico.

Todos los escritos importantes de Keynes sobre Economía estuvieron influidos por los problemas económicos de su época, él buscó desarrollar principios generales, para deducir soluciones a dichos problemas. El primer libro conocido de Keynes "Moneda y Finanzas" (1913), contiene un análisis del patrón monetario conocido bajo el nombre de "gold-exchange standard" (patrón oro), que influyó luego en que la mayoría de los países fijasen su moneda con respecto al patrón oro.

Para la economía neoclásica-keynesiana, la actividad económica constituye un sistema cerrado en sí mismo lo cual significa que no se consideran entradas ni salidas del sistema.

La economía neoclásica-keynesiana no se hace las preguntas clave. La primera debiera preguntarse por qué existen externalidades; la segunda, por qué los criterios físicos no son tomados en cuenta por los mercados. En la respuesta a cualesquiera de ambas preguntas se llega al mismo resultado: son las relaciones sociales capitalistas de producción que han relegado los valores de uso a un segundo plano en relación con los precios, y también son las propias relaciones de producción capitalistas que en su división social del trabajo han separado las decisiones económicas de las políticas basadas en criterios físico-naturales.

3.5.1.2 Public Choice[236]

Escuela de pensamiento económico, desarrollada en los Estados Unidos a partir de los años cincuenta, que extiende los conceptos y la Metodología de la Economía a los procesos de elección que se dan en las instituciones colectivas o públicas, y en general a situaciones fuera del mercado.

El Public Choice trata con los procesos de elección que realizan funcionarios y empleados públicos que deben seleccionar entre alternativas para el consumo o producción de la comunidad a la que representan, no para sí mismos. El Public Choice entiende que los funcionarios realizan elecciones entre diferentes alternativas, guiados por la misma racionalidad como cuando escogen para sí, es decir buscan maximizar los beneficios y minimizar los costos[237].

La visión que nos ofrece la escuela del public choice nos permite comprender temas que pertenecen al ámbito del Derecho, mediante el instrumental analítico que proporciona la Economía. El análisis de los procesos de elección pública surgió, en gran medida, cuando se contrapuso a la idea de fallas del mercado, la idea de que también existían fallas en el proceso de asignación de recursos en el sector público[238].

Esta escuela fue desarrollada por el premio nobel de economía James Buchanan conjuntamente con Gordon Tullock. Buchanan establece que el sector público-conformado por servidores públicos, tiene las mismas inclinaciones y motivaciones que los que trabajan en el sector privado. De aquí que es importante que tengan los incentivos adecuados para lograr los propósito y fines deseados por la Administración y el mismo Estado, en tomar las acciones y medidas necesarias para la tutela del medio ambiente y los recursos naturales.

El Public Choice se caracteriza por su énfasis en el análisis institucional comparativo y, en particular, de las relaciones entre instituciones políticas y económicas. Considera

[236] Teoría económica que se desarrolló en los cincuenta, pero que emergió en 1986 con el ganador del Premio Nobel James Buchanan y Gordon Tullock.
[237] Usan la "racionalidad económica".
[238] Este concepto es muy interesante para entender las deficiencias del sector público en proveer el Bien Común.

de importancia entender el marco legal dentro del cual se pueden realizar la elección de medidas a tomar, debido a que en la ausencia del mercado, toda elección será dentro de los límites de lo que establece el marco jurídico vigente.

También entiende que los intereses económicos o de grupo, pueden intentar la llamada captura del legislador y la Administración.

3.5.1.3 Economía del Bienestar

La Economía del Bienestar es una rama del pensamiento económico que se propone incrementar el bienestar total o la utilidad total existente en una sociedad. La teoría principal trata sobre el estado del bienestar de la sociedad y como combatir el hambre[239], para que desaparezca del mundo. La Economía del Bienestar es la rama de la Microeconomía que se ocupa de explicar el nivel de bienestar colectivo que disfruta una sociedad. Trata de dar respuesta a las siguientes interrogantes: una vez alcanzada la asignación de recursos correspondiente a la situación de equilibrio, ¿qué podemos decir de las propiedades de optimalidad desde el punto de vista social?, ¿será dicha asignación la mejor de todas las posibles para la sociedad? En definitiva, se trata de abordar la valoración de una determinada situación social desde el punto de vista colectivo, para lo cual es necesario contar con algún criterio de elección social. Esta perspectiva está basada en gran parte en el concepto de óptimo paretiano[240]. Busca terminar con la pobreza, la ignorancia, la enfermedad y la desigualdad de oportunidades. Los mercados de cada país se deben abrir a comerciar internacionalmente[241]. La Economía del Bienestar, es considerada como una forma de Economía Normativa, a diferencia de la Economía Teórica o Positiva que se interesa más en los procesos económicos.

---

[239] Este tema interesa mucho a nuestro país y a los países en vías de desarrollo.

[240] Óptimo. Concepto acuñado por Wilfredo Pareto, sociólogo italiano, para designar una situación en que se ha alcanzado la mejor asignación de recursos posible: cualquier cambio produciría, en consecuencia, una posición inferior. El concepto se utiliza, en principio, tanto para aludir al producto que es posible conseguir con un conjunto de factores dado, como a la utilidad que obtiene un consumidor con unos ingresos determinados. Cuando en una situación se pretende alcanzar más de un objetivo, puede lograrse el óptimo para uno de ellos pero no así para los restantes; si se obtiene simultáneamente un óptimo para todos los objetivos considerados se habla entonces del optimum optimorum, el óptimo de los óptimos.

[241] De aquí la idea de tener Tratados de Libre Comercio con muchos países.

Para determinar el bienestar de una sociedad de un país basta con calcular el porcentaje de personas que están por debajo de lo que se considera el índice de pobreza[242]. El economista Amartya Sen[243] fue quien elaboró un índice para medir el grado de pobreza. Si bien Amartya Sen no está en contra de la globalización, él sostiene que ésta debe ir acompañada de progreso social.

Conceptos Económicos de la economía de bienestar**.-**

Escasez de recursos: Es la imposibilidad de obtener todo lo que deseamos, teniendo que elegir entre los distintos recursos[244]. Para nuestro caso, nos referimos a los recursos naturales.

Estado de bienestar: Es el modelo de sociedad donde el gobierno de cada país debe garantizar y asegurar una forma de vivir adecuada[245] a todos los ciudadanos claramente, las condiciones del medioambiente.

Hambruna: Escasez grave de alimentos que afecta a una gran parte de un territorio. Tiene relación a la disponibilidad y acceso a los recursos naturales. Acá es relevante hablar de la seguridad alimentaria y acceso al agua.

La Economía del Bienestar se desarrolló con bastante ímpetu a mediados del siglo 20. En la actualidad ha sido desplazada del centro del pensamiento económico, en gran parte debido a la imposibilidad de encontrar un vínculo entre los aspectos normativos y positivos: de acuerdo al Teorema de Imposibilidad de Arrow[246], no es factible encontrar una función "social" de bienestar que incorpore las funciones de utilidad de cada uno de los individuos.

---

[242] Notamos que todavía estamos enfocados en el progreso económico y no se tratan consideraciones de orden ambiental.

[243] Amartya Sen, economista hindú, Premio Nobel de economía. Sus investigaciones abarcan diversos campos de la economía, la filosofía y de la teoría de las decisiones: teoría de la elección social, economía del bienestar, teoría de las mediciones, desarrollo económico, salud pública, estudios de género, filosofía moral y política y la economía de la paz y la guerra.

[244] En este nivel se acerca al entendimiento del valor de los recursos naturales.

[245] Ciertamente con un ambiente saludable.

[246]Keneth J. Arrow, economista estadounidense, Premio Nobel de Economía, su teorema de la imposibilidad de la democracia en *Social Choice and Individual Values* (1951) muestra que no es posible diseñar reglas para la toma de decisiones sociales o políticas que obedezcan a un conjunto de criterios "razonables".

Durante los años 1960 a 1990, los conceptos de justicia y eficiencia retornaron y se convirtieron en los ejes conductores de la Economía del Bienestar. Acá se debe resaltar las aportaciones teóricas de John Rawls[247], en su obra A Theory of Justice y las convulsiones de orden económico, social, político y ambiental a escala mundial que se ha presenciado durante ese período.

La interconexión de la justicia con la eficiencia, propuso el concepto de igualdad como justicia distributiva. Queda claro que no puede ser justa una estructura social que consagre el despilfarro, la marginación y degradación del medio ambiente en el ámbito multinacional y especialmente a los países mega diversos.

3.5.1.4 Escuela Institucional. De Veblen[248] a North[249]. La importancia de las instituciones.

La publicación, en 1899, de "The Theory of the Leisure Class" por Thorstein Veblen marca el inicio del Institucionalismo, entendido como una forma diferente de abordar el estudio de los problemas económicos. Junto a Veblen aparece John R. Commons[250] como otro pionero del Institucionalismo, y el primero en bautizar a esta corriente como Economía institucional.

Para los seguidores del Institucionalismo, la perspectiva centrada en el intercambio comercial limita severamente los objetivos y método del pensamiento económico convencional, y es muy engañoso respecto a la estructura real y funcionamiento del sistema económico. El proceso de intercambio económico implica la interacción de individuos condicionados por la cultura y la sociedad. Las preferencias, capacidad,

[247] Filósofo político estadounidense que en su "Theory of Justice" intenta resolver el problema de la justicia distributiva utilizando una variante del contrato social. La concepción general es que 'todos los bienes sociales primarios –libertad y oportunidad, ingresos y riqueza, y la base de la autoestima- serán distribuidos igualmente. A menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes sea sea una ventaja para los menos favorecidos.

[248] Thorstein Veblen, sociólogo y economista noruego-americano, fundador con J. R. Commons del movimiento institucionalista. En su obra 'The Theory of the Leisure Class' critica el "consumismo" y la búsqueda de bienes compulsivamente para 'ganar estatus'.

[249] Economista inglés, Premio Nobel 1996. Creador de la nueva Economía Institucional.

[250] John R. Commons, economista institucional, publicó Institutional Economics. New York: Macmillan, 1934, donde dice: "…Una institución está definida como una acción colectiva en control, liberación y expansión de una acción individual".

valores y principios rectores de los individuos se han formado con anterioridad a su participación en el intercambio del mercado.

Para esta corriente, no son el intercambio y la escasez, los aspectos básicos del proceso económico y, por tanto, no son los conceptos sobre los cuales debe edificarse el análisis. Por el contrario, los definen en términos tecnológicos o materiales. La Economía es un proceso instituido, mediante acuerdos culturalmente modelados, a través de los cuales un grupo humano determinado se autoabastece por su propio interés. A veces el interés de grupo puede tener objetivos miopes respecto a la protección del medioambiente y los recursos naturales. El objetivo es asegurar la reproducción social e instrumentar la actividad económica respecto al proceso social. En este sentido, se hace hincapié en la organización de la producción y la distribución de un grupo humano determinado.

Para J. Ron Stanfield (1983)[251], la Economía consiste en "tecnología -herramientas – conocimientos" que se emplea dentro del contexto de las instituciones. Este contexto es de interacción dinámica: las instituciones moldean la tecnología y viceversa. El interés característico se da en la organización social, con los ajustes, bajo patrones que rodean las relaciones del hombre con el resto de la Naturaleza. La reproducción social no es simplemente la reproducción de un orden dado de cosas, pues el cambio social es incesante, la sociedad se reproduce bajo el interés colectivo. Gran parte del cambio gira alrededor de la interacción entre tecnología e instituciones, especialmente el ajuste de las instituciones a los cambios tecnológicos. Los cambios en el aparato tecnológico, en las organizaciones de conocimientos, los procesos materiales, etc. crean tensiones pues estos provocan ajustes en las costumbres, las leyes y en los principios rectores.[252]

El ajuste institucional es un aspecto clave del análisis de esta corriente. Y, desde este punto de vista, el problema económico es la continua reinstitucionalización de las relaciones tecnológicas dentro del contexto social. Así, la estabilidad y recurrencia del proceso económico es consecuencia del modo en que la gente actúa y está educada para actuar. Si los hombres parecen generosos en un lugar, pero egoístas en otro, no es

[251] Cfr. Stanfield, J. Ron. Análisis institucional: hacia el progreso en la ciencia económica. En: Hacienda Púbica Española n 118 (2). 1983 pgs. 169-78
[252] Cfr. Stanfield 1983 op.cit.

porque sus naturalezas básicas difieran, sino porque sus ámbitos u organizaciones sociales[253] son distintas. No es la presencia de un motivo u otro lo significativo en el análisis, sino la estructura institucional y los motivos que la definen. A través de sanciones institucionales categóricas, la estructura favorece algunas tendencias humanas, y reprime otras.

Así pues, para Sarsfield: "en este enfoque se trata el comportamiento económico como un proceso cultural, y la tarea consiste en desarrollar un análisis económico intercultural." Al enfatizar el papel del orden institucional en el proceso económico como un garante de la estabilidad y la continuidad, se insiste en la comparación de situaciones históricas documentadas con bastante detalle. "Dicha comparación capacitará al análisis institucional para tratar las instituciones económicas como rasgos culturales, como expresiones de valores humanos que surgen de patrones concretos de interacción social."[254]

3.5.1.5 La economía neoclásica.

El término "neoclásico" se originó en la crítica de Thorstein Veblen[255] a las percepciones no científicas de la escuela clásica, relacionadas a la utilización de la teoría del valor, incluyendo el valor subjetivo y la percepción que "más es necesariamente mejor [256]

En la actualidad es la corriente más difundida y dominante que se enseña en las universidades y facultades de economía.

Los economistas más reconocidos de esta corriente son Alfred Marshall, (Equilibrio parcial) y Léon Walras, (Teoría del equilibrio general).- Otros neoclásicos de gran

[253] *Cfr Veblen, Thornstein. La clase ociosa. México: FCE. 1963*
[254] Cfr. Stanfield, 1983 op. cit.
[255] Thorstein Veblen. The Preconceptions of Economic Science. EN: The Quarterly Journal of Economics Vol. 14, No. 2 (Feb., 1900), pp. 240-269
[256] Vide Barañano Cid, Margarita. Los fundamentos de la teoría social de Thorsrtein B. Veblen: La "revuelta" contra el *Homo Oeconomicus* de la "economía recibida".- Tesis doctoral. Madrid: Universidad Complutense

importancia incluyen a Knut Wicksell e Irving Fisher (Monetarismo); Arthur Pigou y Vilfredo Pareto (Economía del bienestar).

La economía neoclásica se sostiene sobre tres principios fundamentales:

1. los individuos tienen preferencias racionales

2. los individuos maximizan utilidad y las empresas ganancia.

3. los individuos actúan independientemente sobre las bases de información completa y relevante.

El mercado es el lugar de encuentro de la oferta y la demanda y donde se forman los precios para el intercambio de bienes y servicios que se desenvuelve a través de empresas privadas, sin el control directo de parte del Estado.

Esta corriente entendida también como neoliberal promueve la mínima intervención gubernamental o -al menos- claramente delimitada a través del marco jurídico vigente. En una economía de mercado, los intercambios entre los individuos son libres y voluntarios y el marco jurídico está ahí para favorecer y garantizar su cumplimiento. En ese contexto cada individuo entra en acuerdos con los demás ofreciendo los bienes y servicios que posee y demandando aquellos que necesita. Se generan infinidad de interacciones dentro de un contexto que se denomina mercado donde surgen precios de equilibrio que garantizan la más eficiente asignación de recursos posible. La competencia que se establece promueve la división del trabajo y la innovación favoreciendo el aumento de la eficiencia y un mayor desarrollo y bienestar.

Ninguna de las economías reales existentes encajan perfectamente en el modelo abstracto que define a la Economía de Mercado. En la práctica se dan las economías mixtas, donde siempre se encuentra algún grado, mayor o menor, de presencia estatal. El modelo de economía de mercado es un importante instrumento de análisis económico ya que las leyes económicas, y muchos análisis específicos derivados de ellas, se cumplen en un modelo de competencia perfecta sin intervención estatal. Esta situación conduce a generar una teoría abstracta y general que permite entender lo que ocurre en los casos concretos, que pueden incluir diversos factores.

3.5.1.5.1 El paradigma del mercado. La mano invisible que guía el accionar de la sociedad.

Para la economía neoclásica, el mercado es la principal herramienta de fijación de precios, distribución de bienes y servicios y selección de las mejores y más eficientes alternativas, de inversión o consumo. Esta escuela, la más difundida, ha tenido un amplio desarrollo teórico que incluyen sofisticados modelos y fórmulas matemáticas expresadas en gráficos y términos algebraicos que han devenido en difícil comprensión para los demás profesionales, en especial de las ciencias sociales o jurídicas. Sin embargo, las propiedades y atributos que se le atribuyen solo se dan bajo condiciones ideales que no existen en la realidad.

Para efectos de simplificación, se podría definir al mercado como un mecanismo de entrega y distribución de bienes y servicios que usa el mecanismo del precio. También como una red de intercambios que intermedia y conecta la oferta con la demanda.

Una interesante interpretación del mercado, donde se resalta el rol del consumidor nos permite entenderlo como una expresión de la democracia popular, el espacio donde los que ofertan y los que demandan bienes y servicios realizan transacciones libremente.

Los mercados logran congregar a muchos actores y se ha logrado configurar como una gran fuerza de un poder similar al del Estado. Una reflexión de Boaventura dos Santos nos lleva a tener en cuenta que: "Más allá del Estado y del mercado, se debe de reinventar un tercer dominio social: un dominio social colectivo, no estadocéntrico; privado, pero no orientado al lucro: un dominio social en el que el derecho, una transformación orientada a la solidaridad de los derechos de propiedad esté política y socialmente anclada."[257]

3.5.1.5.2 Fallas del mercado, las externalidades

[257] Santos, Boaventura de Souza. Descolonizar el saber, reinventar el poder. Montevideo: Trilce 2010 pg. 91

Se denominan fallas del mercado a los espacios donde las leyes del mercado ideal no se cumplen.

Habrá manipulación del precio por agentes con poder de mercado, cuando el precio no surja del libre juego de la oferta y la demanda de bienes y servicios. También se producen las fallas del mercado cuando una empresa hace recaer sobre otros, de manera inconsulta parte de los costes de sus procesos productivos o cuando los que reciben beneficios no pagan por él. Bajo estas condiciones, cuando el mercado pierde su capacidad distributiva y de asignación de precios, el Derecho cumple el importante rol en la explicación del origen y las posibles soluciones a los problemas y conflictos.

Se emplea el término "fallas de mercado" o también usado en microeconomía el término "fallo de mercado", para hacer referencia a una situación en la que la asignación de los bienes y servicios a los consumidores no reflejan el funcionamiento normal y ordenado. En un contexto político se puede entender que las fuerzas del mercado no sirven al interés público. No significa que un determinado mercado ha dejado de funcionar.

Se denomina externalidades o efectos externos, a las consecuencias no deseadas o no reflejadas en el costo, que tiene un proceso productivo sobre terceros o la sociedad en su conjunto. PIGOU[258] detalló formalmente la forma cómo los costos y los beneficios que no están incluidos en los precios de mercado afectan la manera cómo la gente se relaciona con su medio ambiente. Una externalidad es un fenómeno que es externo a los mercados y no tendría por qué afectar su funcionamiento, pero sus efectos son reales en las conductas de los agentes y en la forma en cómo se determina el precio, esto hace que su presencia sea significativa.

Las externalidades negativas se producen cuando los procesos de una empresa contaminan el aire, suelo o agua. Las externalidades negativas pueden reducirse mediante el uso de las regulaciones gubernamentales, impuestos o subvenciones, o

---

258 Martínez Allier, Joan. Introducción a la Economía Ecológica. Barcelona: RUBES, 1999 pg. 33 in fine

mediante el uso de los derechos de propiedad para obligar a las empresas y los individuos a asumir los impactos de su actividad económica.

Por el criterio de equidad, los costes de un proceso productivo deben ser cubiertos y pagados solo por los que se benefician de él. Cada empresa o agente económico debe de encargarse de la depuración o eliminación de sus propios residuos, pero no siempre es así. La solución requiere la participación conjunta del Derecho y el mercado, mediante los llamados instrumentos económicos.

La percepción del mercado como fuerza de transformación y cambio tiene un sesgo ideológico, así: para la "derecha" el mercado puede y debe resolverlo todo. Esta tendencia considera que el Estado debe limitarse a ser árbitro, pues es el interés propio de empresarios y maximizadores de ganancias y utilidades, que hará surgir los bienes y servicios que demande el mercado, a los precios más eficientes. En cambio la "izquierda" cree que hay cuestiones de las cuales no puede ocuparse el mercado; aspectos tan importantes como la salud y la educación no pueden ser dejados al juego del mercado. En ese sentido, el Estado debe intervenir para que los derechos básicos estén al alcance de todos y no sólo de unos pocos, acá se puede incluir el medio ambiente, y la protección y uso racional de los recursos naturales.

El propio mercado y la lógica económica de minimizar costes conduce a los agentes económicos a "externalizar", en la medida que el sistema se lo permita, Aguilera reconoce que: "... el sistema institucionalizado de adopción de decisiones en una economía de mercado tiene una tendencia inherente a ignorar los efectos negativos (por ejemplo, la contaminación del aire y del agua), que son 'externos' a la unidad de decisión."[259]

La existencia de fallas de mercado es el resultado de funcionar dentro de la realidad que no siempre se mantiene dentro del modelo ideal de la teoría. Para Kapp : "{Este sistema teórico} se convirtió en un poderoso argumento en defensa del liberalismo económico. Sin embargo, poco a poco se le ha obligado a estar a la defensiva dado que

[259] Aguilera Klink, Federico (comp.) Economía de los recursos naturales: un enfoque institucional. Madrid: Argentaria 1995 pg. 132

el núcleo de su marco teórico, a saber, la utilidad neoclásica y la teoría de precios, se ha mantenido a sí misma, sino en su forma original, por lo menos en sus distintas manifestaciones de la moderna economía del bienestar. "[260]

3.5.2 La Economía en la protección del medioambiente.

3.5.2.1 Economía ambiental.

Esta rama especializada de la economía neoclásica enfoca su visión en los problemas que acarrea la contaminación y las opciones que ofrece el mercado para reducir o mitigar sus efectos al menor costo, usando los mecanismos del libre intercambio, maximizando utilidades y eficiencia. Se puede decir que es una extensión de la economía clásica que incorpora el análisis de los costos y beneficios de diversas alternativas que ofrece el mercado para proponer soluciones a los problemas de contaminación y daño al medio ambiente. Esta apertura no fue pacífica debido a la naturaleza conservadora de la economía. "Si bien los economistas neoclásicos no hacen caso omiso del medioambiente natural, no consideran que comprender las relaciones entre la economía y el medioambiente (...) sea parte esencial de la formación de un economista. "[261]

Para FIELD, "La economía ambiental consiste en la aplicación de los principios económicos al estudio de la gestión der los recursos ambientales"[262] , es decir emplea la visión y herramientas propias de la economía. El mencionado autor plantea la pregunta que coincide con uno de los ejes rectores del presente trabajo: ¿Por qué las personas se comportan de manera tal que ocasionan la destrucción del ambiente? Su rápida respuesta es la siguiente: "La degradación ambiental surge a partir del comportamiento humano que carece de ética o moral."[263] Recogemos de esa respuesta, que el Derecho y otras ciencias sociales tienen un rol principal pues se trata de conductas humanas que pueden ser reguladas por normas jurídicas,

[260] Kapp, Karl En: Aguilera Op. cit pg. 150
[261] Common, Introducción a la Economía Ecológica, pg. 4
[262] Field, Barry C. y Field Martha K. Economía ambiental. Madrid: Mc Graw HILL .3° ed. 2003 pg. 3
[263] Cfr. Field op. cit. pg. 4

encaminadas por la educación o entendidas mejor por la sociología o psicología. Siendo el autor economista amplía su respuesta: "Las personas contaminan porque es la forma más barata que tienen de resolver un problema determinado eminentemente práctico. El problema de cómo eliminar los residuos que sobran una vez que los consumidores han terminado de usar algo o que las empresas han acabado de producir algo. Las personas toman decisiones sobre producción, consumo y eliminación de residuos en el marco de un conjunto determinado de instituciones económicas y sociales; y estas instituciones estructuran los incentivos que llevan a la gente a tomar ciertas decisiones en lugar de otras. Lo que tenemos que estudiar es cómo funciona este proceso de incentivos, y sobretodo cómo podemos reestructurarlo para que la gente adopte decisiones, y estilos de vida cuyas consecuencias sean más benignas para el ambiente." [264]

Desde la perspectiva de la eficiencia, "... si las funciones económicas son las que degradan el medioambiente se puede justificar que determinados instrumentos económicos intervengan en la regulación de la protección ambiental mediante la modificación de actividades y comportamientos." En consecuencia, "La recuperación de los planteamientos económicos de las políticas ambientales se debe esencialmente a cuestiones de eficacia y eficiencia."[265]

La economía ambiental propone que "Ante las dificultades de evaluación del coste del daño ambiental, el procedimiento económico tradicional se centra en fijar un gravamen (tasa, canon) directo y proporcional a la cantidad de contaminación emitida, tratando de alcanzar el punto óptimo cuando éste iguala el coste marginal del control de la contaminación producida por el agente contaminante (este agente, empresa, estará incentivado a partir de un cierto nivel para reducir la contaminación y pagar menos)"[266]. De allí que la valoración ambiental es un concepto central.

Para Hanley: "La complejidad del ecosistema hace que el modelaje de las interacciones entre la economía y el ecosistema sea muy difícil, especialmente cuando los funciones del daño son no lineales y/o estocásticas; esto también pone

[264] Field, ibid. pg. 5
[265] Jiménez Herrero, Luis. Desarrollo Sostenible y economía ecológica. Madrid: Síntesis. 1997 pg. 325
[266] Jimenez Herrero, op. cit. pg. 328

en entredicho la noción de la soberanía del consumidor que es un aspecto central de la economía ambiental."[267]

La realidad ambiental es ineludible, "el problema en el contexto ambiental no es cómo excluir al medioambiente del mercado, lo cual es imposible, sino decidir hasta donde las decisiones sobre el medioambiente deben de dejarse al mercado."[268]

Según Pearce y Turner, la Economía Ambiental se ocupa de cómo afectan las variaciones de tamaño de la economía, es decir el crecimiento económico, a las funciones del medio ambiente, lo cual constituye una extensión del enfoque tradicional. De esta manera, se entiende a la Economía Ambiental como una rama de la economía que incorpora el medio ambiente en sus análisis habituales y se considera a la variable medioambiental como un aspecto más que influye en los hechos económicos. No se tiene un nuevo paradigma, pues el tratamiento sigue siendo el mismo. La Economía Ambiental realiza un análisis del medio ambiente en términos económicos y cuantitativos en función de precios, costes y beneficios monetarios. También aborda el problema de las Externalidades.[269]

La aplicación de métodos tradicionales en base a regulaciones y normas coercitivas, bajo el modelo de comando y control, no logran los resultados esperados en la reducción de la contaminación y degradación de los recursos naturales; estas demuestran baja efectividad y eficiencia. La importancia que tiene la protección del entorno de vida y disponibilidad de recursos naturales, ha motivado la aparición de alternativas que en nombre de la eficiencia ofrecen soluciones 'de mercado' que prometen resolver de manera efectiva y a menor costo y tiempo, los problemas de la contaminación y degradación ambiental. Un valioso apoyo que refuerza el accionar del marco jurídico ambiental, que evidencia la debilidad y poca eficacia.

La valoración ambiental permite medir los beneficios de la mejora ambiental, así como los costos de los daños al medioambiente. "Ante las dificultades de

---

[267] Hanley Nick, Spash Clive. Cost-benefit Analysis and the Environment. Hants: Edward Elgar. 1993 pg. 268. Traducción propia del original:" "Ecosystem complexity makes modeling economy-ecosystem interactions difficult, especially where damage functions are non-linear and/or stochastic; it also challenges the notion of consumer sovereignty which is central to much of environmental economics."

[268] Hanley Nick op. cit. pg. 268. Traducción propia del original: "The problem in the context of the environment is not how to exclude the environment from the market, which is impossible, but to decide upon the extent to which decisions about the environment are to be left to the market system."

[269] cfr. Pearce, David W. y R. Kerry Turner. Economía de los recursos naturales y del medioambiente. Madrid: Celeste. 1995

evaluación del coste del daño ambiental, el procedimiento económico tradicional se centra en fijar un gravamen (tasa, canon) directo y proporcional a la cantidad de contaminación emitida, tratando de alcanzar el punto óptimo cuando éste iguala el coste marginal del control de la contaminación producida por el agente contaminante (este agente, empresa, estará incentivado a partir de un cierto nivel para reducir la contaminación y pagar menos)."[270]

La economía ambiental propone el uso de instrumentos económicos para lograr objetivos políticos a menor coste. "El cumplimiento (de este principio) se ha centrado principalmente en el sistema de normas y reglamentación administrativa (orden y control) para corregir, a posteriori, el daño ambiental."[271] para Hanley: "The problem in the context of the environment is not how to exclude the environment from the market, which is impossible, but to decide upon the extent to which decisions about the environment are to be left to the market system."[272]

El avance de la visión neoclásica a la de la economía ambiental no fue fácil y se debió a la presión por los graves daños y la preocupación general de que la economía no estaba resolviendo los grandes problemas, que le faltaba algo pese al prestigio adquirido como disciplina seria y coherente. Sin embargo, "Los hábitos de pensamiento y los marcos teóricos tienen una tendencia a generalizarse y perpetuarse mucho más allá del punto en el que tales hábitos lleguen a ser inadecuados y de hecho irrelevantes para el tratamiento de los nuevos problemas."[273]

Es innegable que "La transformación actual del medioambiente ya no es una manifestación del dominio sobre el mundo en que vivimos sino la señal de una pérdida de tal dominio. Hemos alcanzado el punto en el que un crecimiento continuo en la ruptura se transforma en un serio deterioro de la calidad ambiental.

Es este deterioro con sus patentes amenazas a la vida y a la salud humana el que ha creado una situación completamente nueva. Su novedad estriba precisamente en el

---

[270] Jimenez Herrero, op. cit. pg. 328

[271] Jimenez Herrero, ibid. pg. 328

[272] Hanley Nick, op.cit. pg. 268- "El problema en el contexto del ambiente no es de cómo excluir el ambiente del mercado, lo cual es imposible, sino decidir hasta qué punto las decisiones sobre el ambiente debe de ser dejadas al mercado."(traducción propia)

[273] Knapp, Karl W. En: Aguilera –Klink, Federico (ed.). Economía delos recursos naturales, un enfoque institucional. Textos de SV Ciriacy y KW Knapp. Madrid: Argentaria. 1995 pg. 149

hecho de que cuanto más se convierta el medioambiente en el producto de nuestra acción, menos podremos escapar con impunidad de la responsabilidad de controlarlo y mantenerlo. Esto nos lleva en primer lugar a los problemas de medición y evaluación."[274]

El rápido aumento de la población y su correspondiente demanda de bienes y servicios tiene su correlato en forma de impactos adversos sobre el medioambiente y los recursos naturales. "Estas interdependencias y la cadena causal que ocasionan la ruptura ambiental difieren en clase y en complejidad de aquellas por las que tradicionalmente los economistas se han interesado."[275]

La necesidad del mejor uso de los recursos naturales así como la protección eficiente del medioambiente han incentivado el estudio y diseño de medias con vocación de eficacia. "... la ciencia, las nuevas técnicas, la mayor producción, el crecimiento poblacional, están todos causalmente relacionados y representan en su interacción, y bajo el impacto de nuestro marco institucionalizado de inversión y producción dirigidos a la obtención de un beneficio, un papel decisivo en la alteración del medioambiente."[276]

3.5.2.2 Economía de los recursos naturales.

Es otra rama de la economía neoclásica, como su nombre lo indica, enfocada en el mejor aprovechamiento de los recursos naturales, utilizando los mecanismos del mercado para reducir los costos de explotación de los recursos, sean estos renovables o no renovables, a la vez que se justifica la preservación o uso alternativo. Si bien la economía de los recursos naturales busca asignar el precio de mercado para los recursos naturales, es innegable que "... el medio natural y los recursos naturales tienen 'valor en sí mismos' "[277]

Siguiendo el modelo y lógica de la economía neoclásica, "En la medida en que los recursos naturales renovables se exploten por debajo de sus tasas de renovación, se

[274] Knapp op. Cit pg. 138
[275] Knapp ibid. pg. 151
[276] Knapp ibid. pg. 151-152
[277] Azcueta Oyarzan, Diego. Valorización económica de la calidad ambiental. Madrid: Mc Graw Hill. 1994. pg. 12

utilice de acuerdo con su capacidad de acogida y se incorporen materiales o energía al medio por debajo de capacidad de asimilación, se estará haciendo un uso ambientalmente integrado del medio y, en consecuencia, produciendo un desarrollo sostenible."[278]

Nuestro país es rico en recursos naturales. Estos han servido de base para lograr el desarrollo y bienestar alcanzado. La explotación de nuestros recursos naturales se ha realizado siguiendo criterios de oportunidad y satisfacción de la demanda nacional y extranjera del corto plazo. El Estado ha mantenido su rol determinante, ya sea por la explotación directa u otorgando concesiones de explotación al sector privado nacional e internacional. La visión de corto plazo y limitado entendimiento del verdadero potencial y valor real de los recursos naturales, por parte de los funcionarios y autoridades elegidas, acompañado del escaso y débil control ciudadano y falta de transparencia, ha traído como consecuencia contratos lesivos y depredadores en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, además de la permisividad ante la degradación ambiental y social. Esta situación se ha dado por igual en el manejo de los recursos naturales renovables y no renovables que los han llevado, en algunos casos, al borde de la extinción- como en el caso de la pesca industrial, y de la flora y fauna silvestre. Es bajo este escenario trágico que la economía de los recursos naturales ofrece sus soluciones de mercado.

Dado la gran influencia que tiene la economía neoclásica en la formulación de políticas públicas, "El actual enfoque económico de las políticas del medioambiente, teniendo como referencia el horizonte del largo plazo y los derechos de las generaciones futuras, se concentra en asignar un precio adecuado para el uso de los recursos naturales (fuentes de suministro infravaloradas) y un precio para los bienes y servicios ambientales (prestaciones vitales y sumideros gratuitos)."[279]

Estando los recursos naturales al centro del análisis de esta rama de la economía, se establece, diferencia y especializa el análisis económico de los recursos renovables por un lado y los no renovables por otro.[280] "En la medida en que los recursos naturales renovables se exploten por debajo de sus tasas de renovación, se utilice de

[278] Domingo Gómez Orea, Evaluación de Impacto Ambiental, pg. 13-14
[279] Jimenez Herrero, Desarrollo Sostenible y economía ecológica, pg. 324
[280] Cfr. Pearce David. W., Turner R. Kerry. Economía de los Recursos naturales y del Medioambiente. Madrid. Celeste. 1996

acuerdo con su capacidad de acogida y se incorporen materiales o energía al medio por debajo de capacidad de asimilación, se estará haciendo un uso ambientalmente integrado del medio y, en consecuencia, produciendo un desarrollo sostenible."[281] En ambos casos interesa la tasa de extracción y la ponderación entre el uso presente o futuro. También se debe de tener en consideración el riesgo de alternativas futuras que dejan de lado o reemplazan a recursos que tienen valor hoy.

Las dos soluciones que ofrecen la economía neoclásica para afrontar los problemas de protección y cuidado del medioambiente y los recursos naturales mediante el mercado, ante los pobres resultados del modelo de comando y control, no llegan a ser satisfactorias en el largo plazo. La realidad ecológica tiene dimensiones y tiempos que la economía neoclásica no ha llegado a asimilar.

Tanto la economía ambiental como la economía de los recursos naturales, no satisfacen los requerimientos necesarios para iluminar y guiar a una perspectiva ius económica, que busca fortalecer la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado. "La recuperación de los planteamientos económicos de las políticas ambientales se debe esencialmente a cuestiones de eficacia y eficiencia."[282]

3.5.2.3 La economía ecológica.

La constatación de que algo no está bien con el sistema económico motivó a pensadores desde diferentes disciplinas, a mediados del siglo 19 y principios del siglo 20, a cuestionar el modelo económico imperante el de la economía neoclásica o de mercado.

Los precursores de la economía ecológica intuían que no era posible crecer de manera ilimitada, que los recursos naturales no son infinitos y la capacidad de la Tierra de absorber residuos y desechos tóxicos tiene un límite. Entre ellos el médico ucraniano Podolinski sostenía: "La aplicación de la energía solar como motor directo y la preparación de las sustancias nutritivas a partir de materiales inorgánicos son las principales cuestiones que están pendientes de solución para proseguir la acumulación

[281] Domingo Gómez Orea, Evaluación de Impacto Ambiental, pg. 13-14
[282] Jimenez Herrero, Desarrollo Sostenible y economía ecológica, pg. 325

más provechosa de la energía sobre la Tierra."[283]. Soddy químico y Premio Nobel confirmaba: "Si nos desconectamos del sol, el mundo quedaría sin vida..."[284] añadiendo "... es el sol quien da la fuerza, no solo al viento y al agua, sino a toda forma de vida hasta ahora conocida."[285]

Por su parte el biólogo Patrick Geddes notaba que "El problema económico, de hecho, se vuelve al revés, ya no es el de meramente llenar estómagos, sino cómo colocar a los cerebros en las condiciones más favorables para su desarrollo y actividad, de manera que el problema de la economía psicológica práctica se convierte en el problema de la educación."[286] Y enfatizando la relación la energía: "La energía del viento, la fuerza del agua, el combustible forestal son partes del ingreso de energía solar, repetido año tras año exactamente como las cosechas de cereales o de forrajes. "[287]

Soddy también tuvo agudas críticas a la práctica de la economía convencional: "... el economista tiende a menudo a confundir las leyes de la naturaleza humana con las leyes de la naturaleza, y a dignificar el complejo de fenómenos termodinámicos y sociales que estudia dándole el nombre de 'leyes económicas inexorables'. "[288] y añade: "... el economista, ignorante de las leyes científicas de la vida, no ha llegado a ningún concepto claro de la riqueza que va más allá del complicado código de decretos y leyes que permiten adquirir la riqueza, (mientras que yo), aplicando las leyes de la energía a la cuestión de cómo vive la humanidad, (he llegado) a un concepto claro. "[289]

Si bien el avance de la ciencia y mejoras tecnológicas han mejorado la calidad de vida, aumentado el suministro de alimentos y mercaderías, también ha favorecido al aumento de la población con su correspondiente demanda de bienes y servicios. Recordemos que el sistema de producción que prevalece en todo el mundo está basado en el alto consumo de energías fósiles, y recursos naturales y la generación de desechos y limitada cultura del reciclaje, modelo que ha llevado al planeta a una situación crítica.

[283] Podolinsky, El trabajo del ser humano y su relación con la dis, pg. 141
[284] Soddy, Economía cartesiana, pg. 146
[285] Soddy, Economía cartesiana, pg. 147
[286] Geddes, Un análisis de los principios de la economía, pg. 57
[287] Soddy, Economía cartesiana, pg. 152
[288] Soddy, Economía cartesiana, pg. 149,
[289] Soddy, Economía cartesiana, pg. 157

De allí el cuestionamiento al paradigma económico neoclásico, que no ofrece respuestas satisfactorias y se perpetúa para el beneficio de elites económicas y académicas que se resisten a alternativas más democráticas con mayor inclusión social. Ni la economía ambiental o la economía de los recursos naturales, ambas basadas en la visión neoclásica del mercado, ofrecen soluciones a largo plazo.

La economía ecológica invierte más esfuerzo en la compresión de la ciencia ecológica, tiene más en cuenta las discontinuidades y la ausencia de linealidad en los sistemas ecológico y económico y presta menos atención a las nociones sobre eficiencia económica y a los resultados determinados por las necesidades humanas en el corto plazo, tratando de encontrar el sentido de la vida en la Tierra, desde un enfoque verdaderamente transdisciplinario. Comienza por el principio, situando la economía dentro de su contexto ambiental, explica los fundamentos de la construcción de modelos y explora los principios básicos de ecología, termodinámica y economía, antes de analizar sus muchas y complejas interrelaciones. La estrecha relación entre la economía y la ecología se verifica en el uso cotidiano y masivo de combustibles fósiles, que se extraen del medio ambiente y se queman en la economía, emitiendo gases de efecto invernadero, causa directa del calentamiento global.

La desconexión de la economía de mercado con la realidad socio ambiental, se podrían resumir en cuatro diferentes problemas, las que daremos una respuesta y explicaremos más adelante: el problema de la temporalidad, de la irreversibilidad, de la sostenibilidad y de la elección racional, propias de la visión neoclásica del mercado. Según Naredo: "… mientras que las economía suele trabajar con una noción de sistema permanentemente equilibrado, que se cierra en el campo del valor monetario- aislándose del mundo físico sin dar cuenta de las irreversibilidades o pérdidas de calidad del entorno- la ecología trabaja con sistemas físicos abiertos, es decir que intercambian materiales y energías con su entorno.[290]

Desde la economía se tiene dos visiones distintas de cómo afrontar el problema de la protección del medioambiente y los recursos naturales. De un lado está la visión clásica y por otra la nueva visión que nos aporta la economía ecológica. Para Common: "... muchos sostienen que es necesario aumentar la escala de la actividad económica para

[290] Naredo, José Manuel. Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Madrid: Siglo XXI. 2010 pg. 11-12.

aliviar la pobreza. Al parecer, encarar el problema de la pobreza en la actualidad va a acarrear problemas económicos en el futuro, a través de los efectos en el medio ambiente producto del aumento de la escala actual de la actividad económica."[291] Refiriéndose a la práctica de la economía neoclásica: "{Los economistas neoclásicos} Confían en la capacidad de los mercados de impulsar cambios en la tecnología y en el comportamiento que permitirán que la capacidad del sistema de economía y medioambiente de satisfacer las necesidades humanas continúe aumentando. Los economistas ecológicos confían menos en los mercados y la tecnología; tienden a creer que la solución del problema de la pobreza no puede quedar en manos del crecimiento económico únicamente, sino que requerirá también de una redistribución del ingreso y la riqueza desde los sectores más beneficiados hacia los menos beneficiados."[292]

Es innegable el actual crecimiento económico a nivel mundial, pero este se ha sustentado en el deterioro ambiental. Uno de sus características es que está basada en el uso de combustible fósiles, causantes del calentamiento global. Por otro lado, el imparable crecimiento económico, que ignora los límites biofísicos, supone la disponibilidad ilimitada de recursos naturales, agua y energía. El paradigma económico neoclásico, tributario del positivismo y humanismo decimonónicos, tiene como característica el antropocentrismo que resalta las relaciones donde prima la especie humana, ignorando la interdependencia con las demás formas de vida.

La economía ecológica busca llenar los vacíos y tiende los puentes para el estudio de las interrelaciones entre lo económico y lo ecológico.

El marco conceptual de la economía ecológica fue desarrollado por el economista rumano Nicholas Georgescu-Roegen. Su aporte estriba en que incorporó al método de análisis económico elementos de termodinámica referidos a las leyes de la conservación de la materia y la energía. Comprobó que los procesos económicos se podían explicar según las leyes de la termodinámica: "Quizás ninguna otra ley ocupa una posición tan singular en la ciencia como la ley de la entropía. Es la única ley natural que reconoce que aún el mundo material está sujeto a un cambio cualitativo irreversible, a un proceso evolutivo. [293]

[291] Common, Introducción a la Economía Ecológica, pg. 8-9
[292] Common, Introducción a la Economía Ecológica, pg. 11-12
[293] Georgescu –Roegen, N. Energía y mitos económicos. México: FCE 1975 pg. 787

Además identificó y abordó el problema de la temporalidad, que identifica que la economía convencional usa un tiempo newtoniano, externo, continuo y perpetuo, del flujo circular del valor de intercambio. Pero que los fenómenos que describen el funcionamiento del medioambiente y de los recursos naturales, siguen un diferente tiempo, que él denominó tiempo histórico, propio de los fenómenos irreversibles. El tiempo en la biología y en la ecología va según el ritmo de los procesos naturales que tiene carácter no lineal y es irreversible, es un tiempo interno.

Según su extraordinaria visión y entendimiento de la economía y el medioambiente, determinó que la Ley de la Entropía verdaderamente explicaba la ley de la escasez y el valor de los procesos económicos. Le denomina problema de la irreversibilidad de los procesos naturales, que significa que no todo material vivo puede ser reciclado. Si se degradan los seres vivos o se destruyen estos pierden sus cualidades de regeneración. La vida no es una acumulación de materia orgánica solamente.

Sobre el problema de la sostenibilidad, se puede entender que la economía ecológica, en contraste con lo que propone la economía neoclásica, que afirma que es viable la sustitución directa entre capital natural y capital manufacturado, concluye que es necesario mantener un nivel mínimo de capital natural para que se pueda crear y reproducir el capital físico[294].

Cuando se refiere a la elección individual, esta se basa en el *principio de la racionalidad*, según el cual '*más es preferido a menos'*, lo cual implica un crecimiento *ad infinitum*. Se parte de la premisa que la elección es entre alternativas opcionales que no comprometen la vida o salud del que elige. No tiene sentido realizar un cálculo basado en preferencias que involucre opciones de vida, enfermedad o muerte.[295]

Se puede añadir que la economía ecológica también realiza una crítica a la valorización de los recursos del medioambiente desarrollada por la economía ambiental, basada en costos de oportunidad o valores de contingencia. Para la economía ecológica el medio ambiente y los recursos naturales tienen valor de manera independiente que si forman parte o no de la preferencia o necesidades de la especie humana.[296]

---

[294] Cfr. en Martínez Alier, Joan. Economía ecológica y Política ambiental. México: FCE 2000

[295] cfr. Georgescu-Roegen Nicholas. Energy and Economic Myths. New York: Pergamon. 1976

[296] Cfr. Naredo, José Manuel. Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Madrid: Siglo XXI. 2010

Georgescu-Roegen propone un programa bioeconómico mínimo de ocho puntos[297], su visión de cómo se podría revertir el rumbo insostenible, que él considera está llevando nuestra civilización, que pone en riesgo el bienestar y hasta sobrevivencia de la humanidad. Llama, entre otros, a prohibir cualquier tipo de armamento, deshacerse de la moda y de la compra de productos extravagantes, reducir la población hasta un nivel permitido por la agricultura biológica o ayudar a los países menos desarrollados a conseguir un nivel de vida decente pero no lujoso.

Reconoce que el principal obstáculo a cualquier cambio al modelo actual de desarrollo tiene que ver con la naturaleza humana, que muestra inercia o resistencia al cambio y a lo distinto. Concluye que: "tal vez el destino del ser humano sea una vida breve, más febril, excitante y extravagante en lugar de una vida larga, vegetativa y monótona".[298]

La posición crítica a los fundamentos de las teorías económicas más influyentes lo enfrentó a los sectores positivistas o progresistas que postulan la sumisión de la naturaleza a la esfera económica. ¨ También, su propuesta de una cuarta ley de la termodinámico o entropía de la materia científicamente discutida, no ha sido aceptada completamente en los propios círculos ecologistas donde se plantea que la ecología entendida como proyecto político no se puede resumir a una ley o formula científica.

Es indudable que la obra de Georgescu-Roegen introduce conceptos clave para la ecología y la economía, de allí la acertada combinación que da forma a la economía ecológica. Además de alertar sobre la desaparición inexorable de los recursos naturales y la necesidad de decrecer en el consumo de los stocks de materias primas, propone un cambio de paradigma demostrando que un subsistema —no aislado— como es el económico, no puede regular al sistema biológico que le engloba.

En la línea de pensamiento trazada por Georgescu-Roegen, el economista Martínez Alier formula su definición de economía ecológica de la siguiente manera: "...Economía Ecológica, entendido por tal el estudio de la compatibilidad a largo plazo entre la economía humana y lo que suele denominarse el medio ambiente."[299] Sentencia: "El conflicto entre la economía convencional y la economía ecológica se debe de entender como una discusión racional, desde ya hace décadas se esperan los

[297] Georgescu-Roegen , Nicholas.(1976) op. cit pg. 33-34

[298] Crf. Georgescu-Roegen (1976). Op. cit.

[299] Martinez Alier, Joan (comp.) Los principios de la economía ecológica. Madrid: Argentaria 1995 pg. 11

argumentos de esta última, que puedan explicar las múltiples críticas que la acusan de estar desconectada del mundo físico a pesar de usar ampliamente las ecuaciones de la física ... "[300]

3.5.3 Fines y propósitos de la Economía y del Derecho

3.5.3.1 El Derecho Económico

El Derecho Económico empieza a evolucionar desde la Primera Guerra Mundial. Hasta ahora nadie se pone de acuerdo en una definición del Derecho Económico.

Para Jorge Witker "Hemos definido al Derecho económico como una rama del derecho integrada por categorías jurídicas (elemento formal) y económicas (elemento material), de manera que su objeto de estudio es bicéfala."[301]

Se desarrolla en Europa como respuesta a la grave crisis económica luego de la primera guerra mundial. El más visible exponente es el distinguido el jurista alemán Justus Wilhelm Hedemann que lo entiende como una manera de enfocar los principales problemas jurídicos de la época, que estaban fuertemente influidos por la situación económica de crisis, idea que evoluciona según la coyuntura y ya en 1939 se ve como el derecho de la economía política. Esta disciplina florece también a los EEUU, inmerso igualmente en grave crisis económica en los años 30, donde hay necesidad de intervención estatal en la economía.

En América Latina es el profesor argentino Juan Siburu quien lidera la difusión del derecho económico. Según su definición formulada en 1933 indica que hay hechos

[300] Martinez Alier, op. Cit. pg. 20
[301] Witker, Jorge. Introducción al Derecho económico. México DF: Mc Graw –Hill 7° Ed. 2008 pg 19

sociales normados por el derecho que tienen un contenido económico. Esta característica requiere una legislación especializada que responda a la realidad objetiva de las cosas y no una legislación que sólo atienda a su aspecto jurídico olvidando el aspecto económico, como acontece con la legislación común.[302]

El derecho económico se difunde por la región llegando a Chile, Colombia, Brasil y México, en nuestro país varios autores han escrito sobre el Derecho Económico como: Melquiades Castillo, Ulises Montoya, Aníbal Sierralta, entre otros distinguidos investigadores y juristas.

En cuanto a las tendencias o doctrinas hay muchas, pero se agrupan en 2 macro tendencias:

a. - Doctrinas Generales de un contenido Amplio.
b. - Las Doctrinas Técnico Jurídicas, más específicas.

Dentro de todas estas doctrinas, la más importante es la Doctrina del Desarrollo o Concepción Desarrollista del Derecho Económico, esta surge como un Derecho Económico influenciado por la realidad.

El Derecho Económico es el conjunto de principios que informan las disposiciones generales del derecho público que rigen la política económica estatal orientada a promover el desarrollo económico. Está constituido por normas de derecho público.

El Derecho Económico ha tenido un desarrollo importante con Luciano y Melquíades Castillo, María Cabredo, Ulises Montoya y otros, al cual se le suma la IUS-Economía propuesta por Sierralta. Este conjunto de doctrinas se han desarrollado en el ámbito académico dentro del área de derecho en las principales universidades, tanto públicas como privadas, así como en otras instituciones.

Los principales temas que abarca el Derecho Económico incluyen a:

- Finanzas públicas
- La inflación
- La estatización /privatización

[302] Witker, Jorge. Op. Cit.. 2008 pg 6

Nuestra Carta Política regula los aspectos económicos centrales para el adecuado funcionamiento del sistema político y el orden público. El concepto del Orden Público Económico[303], fue definido por George Ripert en su libro El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno. Para efectos del presente trabajo, es del caso notar que en el contexto histórico de su aparición, los impactos negativos sobre el medio ambiente y los recursos naturales de ciertas políticas publicas orientadas al desarrollo económico no constituían elementos centrales del análisis pertinente.

3.5.3.2 El Régimen Económico según la Constitución Política del Perú[304]

Nuestra Carta Política regula los aspectos económicos que son fundamentales para el adecuado funcionamiento del sistema político. La dimensión económica tiene cada vez mayor importancia en la definición del tipo de políticas y acciones que debe de tomar el gobierno para lograr los beneficios para el mayor número de habitantes.

La llamada constitución económica se configura partir del Art. 58° donde se establece que el modelo institucional es el de la economía social de mercado.

Dentro del régimen económico en el Título III y los Arts. 66º 67º 68º 69º, se regula todo lo referente a la protección del ambiente y los recursos naturales. Esta ubicación sistemática da cuenta de la conexión y relación de la economía nacional con los recursos naturales.

Son cuatro las principales normas constitucionales que configuran el marco de protección y cuidado del medioambiente y los recursos naturales:

- Art. 66º define a los recursos naturales patrimonio de la nación
- Art. 67º determina que el estado debe de formular la política ambiental
- Art. 68º reconoce la necesidad de conservación de la biodiversidad y Áreas naturales protegidas
- Art. 69º asegura el desarrollo sustentable de la Amazonia

Dentro de ese marco se tiene y desarrolla la anhelada y necesaria protección y cuidado del medioambiente y los recursos naturales. Queda al nivel legal la definición de

[303] Cfr. Ripert, George El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno. Puebla 1951
[304] Cfr. Kresalja, Baldo. El régimen económico en la constitución de 1993. Lima: PUCP 2012

aspectos importantes como el tipo de desarrollo que nos lleve a un desarrollo sostenible, el régimen energético y las medidas correctivas, sancionadoras o de incentivos para lograr los objetivos ambientales esperados.

3.5.3.3 Una d**isyuntiva difícil de resolver: desarrollo vs. Conservación. La respuesta del Desarrollo Sostenible.**

El propósito de la regulación, planificación y gestión ambiental es el desarrollo sostenible. Este es un modelo de desarrollo para mejorar la calidad de vida y la productividad de las personas, fundado en medidas apropiadas de preservación del equilibrio ecológico, protección del ambiente y aprovechamiento de los recursos naturales, de manera que no se comprometa la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras.

El concepto del desarrollo sostenible se origina en 1987 como resultado del trabajo de la Comisión Bruntland, nombrada por las Naciones Unidas para el estudio, análisis y crítica de las políticas de desarrollo económico a nivel global. Esto, en respuesta al notorio impacto negativo al medioambiente y los recursos naturales, puesto en evidencia a nivel global, a fin de plantear alternativas que permitan satisfacer las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones. El modelo del desarrollo sostenible incorpora las dimensiones sociales y ambientales al contexto económico del desarrollo.

El desarrollo sostenible como categoría ha sido insertada a escala global como resultado de una amplia discusión y reflexión al interior de muchas convenciones internacionales, a las que nuestro país se ha adherido, dentro de las que destacan las siguientes: la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo ó “Cumbre de la Tierra”, celebrada en Río de Janeiro en 1992, con su Programa denominado “Agenda 21”; siguió la celebrada en Johannesburgo en el año 2002, y la más reciente de ellas, nuevamente en Rio en el 2012, conocida como Rio +20 “el futuro que queremos”.

3.5.4 La estrecha relación entre la trilogía Derecho- Economía- Ecología

Para el profesor Ulises Montoya "La Economía y el Derecho tienen en común el contemplar las relaciones humanas, pero lo hacen desde ángulos muy diferentes. La economía le da las reglas al hombre para alcanzar el máximo de eficacia con el mínimo de sacrificio, pero no le impone ninguna norma ética de conducta."[305]

Igualmente Aníbal Sierralta advierte que "El economista y el abogado enfocan un mismo caso de maneras tan diferentes que a primera vista parece darse una incompatibilidad básica entre el Derecho y la Economía."[306]

La vinculación del Derecho y la Economía no es reciente. Tanto la economía neoclásica como el derecho, son tributarios del paradigma positivista decimonónico. El nexo con la Ecología se sustenta en que ambas buscan la regulación eficiente de la producción de bienes y servicios, en nuestro caso en base a recursos naturales. Estas formas de satisfacer las necesidades vincula y conecta el bienestar, la vida, bienes jurídicos protegidos por el derecho y sus valores.

La Ecología y la Economía que etimológicamente tienen la misma raíz, cada cual se ocupa de diferentes aspectos y han sido practicadas como disciplinas separadas. Sin embargo, la realidad natural los conecta íntimamente, han tomado prestado conceptos teóricos de la otra y comparten patrones de pensamiento de la física y otras ciencias. Ambas han abordado temas separados, han utilizado diferentes supuestos en sus respectivos procesos de análisis. Se podría también decir que tanto la Ecología y la Economía[307] al obtener respuestas, ha apoyado intereses diferentes, inmerso en el proceso político, donde interviene también el Derecho.

La desconexión de la economía con la realidad ecológica, entendida como la 'ruptura ambiental' y los efectos de la acción de la voluntad y decisión política, ocasionan ineludibles impactos al medioambiente: "... se acepte o no el principio de la creciente ruptura ambiental y de los crecientes costes sociales, lo que no se puede negar es que:

---

[305] Montoya Alberti, Ulises. El Derecho Económico. Lima: UNMSM. 1966 pg. 7
[306] Sierralta Ríos, Anibal. Introducción a la juseconomía. Lima: PUCP. 1996 pg. 115
[307] El origen etimológico griego oikos = casa bienes, estudio, administración

bajo el impacto de la acción y decisión humana y bajo la influencia de una tecnología y una ciencia en rápido avance, nuestro medioambiente se transforma constantemente."[308]

El profesor español, Jiménez Herrero, identifica el núcleo duro y el encuentro entre el Derecho y la Economía para regular y proteger el medioambiente: "... a medida que ha ido aumentando la dimensión del problema ambiental en su conjunto, el modelo normativo se va agotando paulatinamente, dado que, por una parte, se requieren cada vez en mayor grado normas más restrictivas - que son proporcionalmente menos eficaces - y por otra, se implanta progresivamente la filosofía de la desregulación y la participación del mercado."[309]

Aquí se debe de enfatizar la necesaria función del Derecho, ya que se requieren de normas estables que regulen, organicen y protejan el entorno de vida y aseguren el uso racional de los recursos naturales, para la existencia presente y futura de la sociedad. Las normas jurídicas son necesarias para establecer el marco que garantice el uso racional de los recursos naturales, a la vez que se evitan o reducen los conflictos socio-ambientales.

3.5.4.1 El Análisis Beneficio Costo.- ABC[310]

Con la finalidad de tener un criterio y fundamento para el diseño y elaboración de las políticas públicas ambientales se dispone del análisis beneficio- costo o ABC. "Nunca más puede haber una intervención racional y una toma de decisión sin un previo análisis y diagnóstico científico de carácter sistemático."[311]

El ABC es un método de comparación objetivo sobre las mismas bases y bajo los mismos parámetros, tanto de los beneficios de las mejoras ambientales, como de los

[308] Aguilera-Klink, op. Cit. pg. 132
[309] Jiménez Herrero (1997) op. Cit. pg. 328- 330
[310] Se le conoce también como Análisis Costo Beneficio o Cost Benefit Analysis en inglés, hemos preferido anteponer los beneficios al costo en esta nomenclatura.
[311] Aguilera-Klink, Federico (ed.) Economía de los recursos naturales, un enfoque institucional. Madrid: Argentaria. 1995 pg. 142

costos de los daños y degradación ambiental, todo lo cual queda reducido al valor monetario del mercado.

Este método es ampliamente empleado[312] para determinar las acciones más ventajosas para la sociedad al momento de escoger una acción u otra. El ABC, tiene pretensiones de optimizar el uso de los recursos económicos entre diferentes alternativas u opciones de menor costo. Se considera ventajosa su objetividad y neutralidad, lo que le ha aportado un amplio uso. "El análisis y diagnóstico que se consigue al fijar las consecuencias de la toma de decisión; nos proporcionará un inventario de la naturaleza de los daños y costes sociales de la inversión privada y pública; esto generará al mismo tiempo, los datos y hechos necesarios con los que será posible evaluar y revisar nuestros propósitos y objetivos y por tanto mejorar la toma de decisiones políticas."[313]

Para efectos de la comparación, el método ofrece una forma útil y sistematizada de presentar la información de proyectos que puedan tener impactos sobre el medioambiente. Se considera ventajosa su objetividad y neutralidad lo que le ha aportado un amplio uso. Para autores como Aguilera: "Nunca más puede haber una intervención racional y una toma de decisión sin un previo análisis y diagnóstico científico de carácter sistemático."[314] El citado autor reconoce que: "Muchos (aunque tal vez no todos) de las consecuencias y de los costes sociales negativos que no son previstos y a los que nos enfrentamos hoy; podrían haber sido previstos por medio de una investigación previa..." [315] por lo que afirma que "El análisis y diagnóstico que se consigue al fijar las consecuencias de la toma de decisión; nos proporcionará un inventario de la naturaleza de los daños y costes sociales de la inversión privada y pública; esto generará al mismo tiempo, los datos y hechos necesarios con los que será posible evaluar y revisar nuestros propósitos y objetivos y por tanto mejorar la toma de decisiones políticas."[316] ya que "Los fenómenos como la ruptura ambiental los costes sociales se han convertido (de pronto) en el eje de las discusiones políticas."[317]

[312] se le conoce bajo la denominación que proviene de la traducción del inglés como análisis costo beneficio
[313] Aguilera-Klink (1995) op. Cit. pg. 142
[314] Ibid. pg. 142
[315] Ibid. pg. 142
[316] Ibid. pg. 142
[317] Ibid. pg. 149

El ABC, que tiene sus raíces en la eficiencia, se emplea para informar las decisiones que se deben de tomar para que se lleve a cabo la tutela efectiva del medioambiente y los recursos por el Estado. Este método puede brindar razones objetivas para justificar medidas y políticas sectoriales. Sin embargo, si son tomadas en un horizonte de corto plazo- plazo que define el próximo periodo electoral, no ayuda a la verdadera solución de largo plazo o a la sustentabilidad deseada.

Uno de los aspectos centrales para la aplicación de este método es llegar a la adecuada valoración que permita la correcta comparación de costos y beneficios. Hanley nos recuerda que "…en la economía de bienestar neoclásica, el valor económico está determinado por la demanda efectiva; esto es por la disposición a pagar, respaldado por la capacidad de pagar."[318]

Según Hanley se debe de notar que "… lo que es ciertamente verdadero y reconocido por la teoría económica es que el resultado del análisis costo beneficio depende de la distribución del ingreso, variando este cambiará la demanda efectiva."[319]

La influencia y visión de la economía neoclásica, que inspiró la formulación inicial del método de análisis costo beneficio, también adolece de las limitaciones y dificultades, antes señaladas. Los intangibles de las que nos habla la EE y la PIE, se omiten del análisis y comparación. La realidad nos muestra que existen desconexiones del mundo natural con las actuales teorías[320] ya sea económica o jurídica, que buscan entender o regular su funcionamiento. "La teoría se ha hecho cada vez más abstracta y formal a costa de una pérdida de importancia a la hora de tratar problemas como la ruptura del medioambiente y los costes sociales." [321]

En el caso de la economía neoclásica esta está centrada en el funcionamiento de los mercados, equilibrios macroeconómicos y análisis marginal, descuidando aspectos importantes que al final imponen altos costos sociales. "La ruptura ambiental y los

---

[318] Hanley Nick, Cost-benefit Analysis and the Environment, pg. 261. Traducción propia del original "... in neo-classical welfare economics, economic value is determined by effective demand; that is, by a willingness to pay, backed up by an ability to pay."

[319] Hanley Nick, Cost-benefit Analysis and the Environment, pg. 261. Traducción propia del original "... what is certainly true and recognized by economic theory is that the outcome of any CBA is dependent on the distribution of income; changing the distribution will change the effective demands."

[320] se refiere a la economía neoclásica y el positivismo jurídico.

[321] Aguilera-Klink Ibid. pg. 150

costes sociales se han descuidado o se han mantenido al margen de la teoría económica durante mucho tiempo; pertenecen a los elementos más perturbadores de la realidad económica, elementos que la teoría económica- desde los clásicos- ha tratado de analizar con la ayuda de la construcción de un amplio mecanismo de equilibrio auto regulador capaz de armonizar decisiones microeconómicas dentro de un modelo racional y consistente."[322]

Aguilera con una voz crítica señala "... considero que los análisis coste-beneficio, tal y como se practican en la actualidad, no constituyen una solución al problema de evaluar tanto los costes sociales del deterioro como los beneficios sociales de la mejora de nuestro medioambiente por medio de medidas de control."[323]

Las limitaciones inherentes del ABC, emanan de su monismo, centrado en la sola comparación monetaria entre bienes o servicios. Entre las principales limitaciones se han identificado las siguientes:

1º Limitación en la comparación. Para comparar los beneficios vs. costos tenemos primero que estar en condiciones de poder cuantificar, en valores monetarios a precios de mercado los costos y los beneficios. Esto es muy difícil en temas ambientales o sociales

2º Es de naturaleza estática. Solo se refiere a un momento en el tiempo para determinar los precios que servirán para comparar las distintas opciones, no refleja los cambios en la tecnología que tiene influencia en los costos y valores intangibles de los beneficios

3º Es inflexible. Sólo considera la dimensión monetaria del precio.

4º es limitado en la valorización de intangibles. Es espacio del medio ambiente y los recursos naturales incluyen a muchos intangibles y bienes de valor inestimable. A manera de ejemplo: el valor de un paisaje o puesta de sol, o una especie en vías de extinción o de los servicios que prestan los insectos polinizadores. O los mismos intereses de los actores afectados, que no siempre son fáciles de asignar un valor monetario.

[322] Ibid. pg. 150
[323] Ibid. pg. 141

Las limitaciones señaladas no descalifican al ABC. La búsqueda de un método objetivo, basado en la eficiencia, cuyos resultados puedan ser verificados contrastados de manera independiente llevó al desarrollo del método del análisis costo beneficio[324]. Este método, ante la diversidad y características muy heterogéneas de las situaciones que se necesitan comparar, determina una sola dimensión sobre la cual comparar, se requiere por tanto que los beneficios y los costos sean reducidos al valor monetario del mercado.

Hanley añade que "Una queja relacionada en contra del análisis costo beneficio es que este trata a las ganancias y pérdidas de manera similar, y no tiene ningún interés en quién gana o quién pierde. [325]

Las limitaciones y sesgos propios de la percepción de lo que se gana o pierde, nos deben llevar a reflexión sobre el uso adecuado y actualizado del ABC y no una aplicación mecánica.

Para reforzar la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales, siguiendo la visión y marco que nos ofrece la PIE que coincide con la de la economía ecológica, con sus dimensiones ética y de valores, conjuntamente con el del marco del derecho, que busca la justicia, un instrumento como el ABC resulta conveniente y útil. Claramente permite la comparación objetiva, siempre y cuando éste refleje mejor, o cada vez mejor, las dimensiones y valores propios de los objetivos de la tutela del medioambiente y recursos naturales por el Estado.

3.5.4.2 La propiedad y dominio cuando se tratan de bienes comunes y globales.

El concepto romano de propiedad común o *res nullius*, cuando se aplica a la explotación de bienes o recursos naturales comunes a todos, es decir que pueden ser explotados por cualquiera, deviene en la degradación por el sobreuso. No hay incentivos para la conservación de los recursos naturales, cuando no se tienen asignados derechos de propiedad o de uso exclusivo.

---

[324] Es su versión original en inglés se le conoce con las siglas CBA por cost benefit analysis.

[325] Hanley Nick, Cost-benefit Analysis and the Environment, pg. 261. "A related complaint against CBA is that it treats gains and losses equally, and is unconcerned about who actually gains and who actually loses." (Traducción propia del original)

Garret HARDIN, publicó en 1968 un seminal articulo intitulado “The tragedy of Commons” en la revista Science. En dicho artículo, luego de un extenso análisis, propone que la solución a la depredación de los recursos naturales pasa por asignar derechos de uso exclusivo[326] a particulares o empresas.

En nuestro país se dan a diario situaciones en donde áreas comunes se degradan por falta de cuidado, ya que se consideran de uso público, pero nadie se hace cargo de su conservación o cuidado. Aun en los casos donde se asignan derechos exclusivos, como es el caso de las concesiones forestales, estas se interpretan como un poder absoluto que no respeta a áreas sensibles, como las situadas en la cabeceras de los ríos, motivados por la facilidad de acceso y el menor costo de transporte, con la consecuente degradación de las fuentes que conservan el agua. Se tiene el caso de las concesiones forestales sobre el río Nanay, donde la tala y explotación de la cabecera del río han causado graves daños a la cuenca del rio Nanay[327].

Los actuales problemas de la contaminación ambiental o el creciente número de especies animales en peligro de extinción, son manifestaciones modernas de la vieja “tragedia de los comunes”. Podemos llegar a pensar que el desarrollo de una sociedad puede medirse por la complejidad de sus normas y derechos o por la eficacia que ha conseguido en la explotación de sus recursos.

La eterna polémica de la ciencia económica, Estado o mercado, queda aquí al descubierto de otras connotaciones para mostrarse solo como soluciones alternativas para la explotación racional de los recursos. En la medida que no se tenga claro el propósito de protección o preservación de un recurso por razones basadas en la sostenibilidad, la protección del entorno vital y recursos necesarios, la mejor solución en algunos casos será propiedad pública y en otros la propiedad privada[328] y ante un

[326] Garret HARDIN: “The tragedy of Commons” en: Science, v. 162 (1968)

[327] las concesiones forestales tiene el sesgo maderero dejando de lado la muy valiosa bio diversidad, servicios eco sistémicos y productos no maderables.

[328] En algunos países los recursos naturales como el gas, petróleo, minerías, pesca, han sido privatizados.

mismo recurso es posible que en un país sea más eficaz una solución y en otros sea la otra[329].

3.5.4.3 **El análisis económico del derecho AED**.

El análisis económico del derecho AED, se puede entender como una técnica [vb2]para el estudio e indagación de conductas y situaciones dentro del ámbito de la Economía como ciencia social que opera en la realidad de asignación de recursos escasos, de las conductas basadas en preferencias y rol regulador del estado, de las firmas y de los consumidores. Hace uso de las herramientas de la economía neoclásica, se sostiene en la eficiencia y coste de transacciones del mercado y se aplica al derecho, entendido como sistema de control y orden social, basado en el ejercicio del poder estatal, por medio de normas. Así, "…el AED da explicaciones sobre metas y tareas del Derecho a la indemnización y sobre conflictos de objetivos y su solución."[330]

No se puede soslayar el creciente descontento social sobre la ineficacia del ordenamiento jurídico, esto pone presión sobre los órganos del Estado, sean los poderes Legislativos, Ejecutivo o Judicial para realizar ajustes o reformas que mejore las condiciones de vida, lo cual incluye la adecuada tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En este contexto "el Análisis económico ha sido recibido en las condiciones de quien viene a completar lagunas y a contribuir desde la interdisciplinariedad a un mejor desarrollo del horizonte epistemológico de la ciencia jurídica".[331]

Hay una necesidad de incorporar elementos metajurídicos que ayuden a mejorar la calidad de las normas jurídica para que tengan la efectividad esperada "… la inevitable conexión de la norma legal y en general de todo el Derecho con la realidad social lo ha hecho derivar hacia una mayor complejidad y, en general, todo lo necesario para el desarrollo de la doctrina y para la propia formación de la decisión jurídica demandan

[329] Hay ciertos sectores y recursos reservados para el Estado como: petróleo en México, Brasil, cobre en Chile, salud en USA.
[330] Schaefer, Hans- Bernd. Manual del análisis económico del derecho civil. Madrid: Technos 1991. Pg. 148
[331] Torres López, Juan. Análisis económico del derecho. Madrid: Technos 1987 Pg. 10

cada vez con mayor nitidez la presencia no sólo de juristas, sino también de otros especialistas en sus diversos campos."[332]

Sobre el origen y desarrollo del AED, Torres[333] ubica su origen en el trabajo del Cesare Bonesara, Marquesse di Beccaria (1764). Es justicia reconocer los aportes del profesor Villar Palasi, en España quien aplicó herramientas de análisis económico, desarrolladas en la economía neoclásica, desde finales de los años 40 del siglo pasado. El profesor Villar Palasi, economista neoclásico, profesor en la Universidad Complutense de Madrid, entró a trabajar en el Consejo de Estado como letrado, estudio luego derecho, su previa formación en economía lo llevo eventualmente a usar el aparato conceptual económico en su nueva carrera y ocupación. Hizo su primera publicación a inicios de los años 50 en la Revista de Administración Pública RAP y en los siguientes 15 años publicó importantes trabajos donde claramente hace uso del análisis económico a un contexto jurídico de la regulación estatal en diferentes ámbitos.[334]

El trabajo del economista Ronald Coase intitulado "The Problem of Social Cost"[335], publicado en la revista "Journal of Law and Economics" en 1961 estableció la relación entre el marco jurídico que aportaba seguridad y estabilidad en las transacciones entre partes privadas y públicas y la eficiencia lograda. Coase determinó que si no existen los llamados "costos de transacción" son irrelevantes las reglas de responsabilidad civil para una óptima asignación de los recursos, en el sentido de la eficiencia social representada por el llamado "óptimo de Pareto". Su importante contribución vinculó la aplicación del método de análisis de la economía al razonamiento jurídico. El análisis económico se basa en conceptos como costo de transacción y eficiencia de las instituciones del derecho. Por su parte, también en 1961, el juez Guido Calabresi de la Unversidad de Yale, publicó el artículo "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts"[336]. Ambos trabajos se consideran como fundacionales de la corriente

[332]Torres López, Juan. Op. Cit. Pg. 10
[333] Torres López ibid. Pgs. 13-28
[334] cfr. Alberto L. Ruíz Ojeda. Villar Palasí, pionero del análisis económico del derecho público. (Sus artículos de los años 50 en la RAP) En: Contribuciones a la Economía, revista electrónica, Abril 2010 http://www.eumed.net/ce/2010-a.htm revisada 12 septiembre 2013
[335] Coase, Ronald. The Problem of Social Cost. EN: Journal of Law and Economics, The Journal of Law and Economics, Vol. III, 1960, pp. 1–44
[336] Calabresi, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. EN: Yale Law Journal N° 70 (1961).

del law and economics, conocido en nuestro país como Análisis económico del derecho.

Otro concepto de especial importancia es el de externalidad. Una externalidad es una situación en la que una variable decisoria de un agente entra en la función objetivo de otros agentes. Es decir, el bienestar de un agente está afectado por las acciones de otro agente en la economía. En este sentido, existen externalidades positivas y negativas, siendo la regulación económica el mecanismo apropiado para corregir la distorsión que las mismas generan.

El análisis económico del derecho tiene un importante desarrollo en los EEUU en los años 60 desde la Universidad de Chicago, con la creación del grupo multidisciplinario en la Facultad de Derecho conjuntamente con la facultad de Economía, Law and Economics liderado por Aaron Director y con los trabajos del juez Richard Posner quien publicó su Economic Analysis of Law en 1972, también destacan los trabajos desarrollados en la universidad de Yale por el juez Guido Calabresi y Douglas Melamed.

Torres López, en un interesante análisis de la posición de Calabresi respecto del objetivo de eficiencia que se adjudica al AED, hace una precisión de la faz normativa del AED "Al aceptarse bien que el Derecho-cuyo esencial presupuesto ontológico es normativo- puede proporcionar más fácilmente el propio objetivo de eficiencia, bien que es asimismo aceptable que se persigan otros objetivos distintos a la asignación de recursos técnicamente eficaz, el AED será utilizado para proporcionar en determinado carácter finalista al sistema jurídico y no simplemente para describir sus contingencias internas en relación con los parámetros inamovibles del equilibrio en el mercado."[337]

Cossio entiende, reconoce y señala correctamente los dos ámbitos de operación funcionamiento del AED, por un lado "… la norma jurídica constituye el elemento determinante de la explicación de la conducta considerada, en tanto pueda decirse que su contenido es la representación tomada en cuenta por el sujeto para actuar, por lo que el AED sólo proporciona los criterios para calificar la racionalidad económica a de una conducta concreta…, por otro lado, la norma jurídica se constituye en uno en

337 Torres López ibid. Pg. 42

varios de los supuestos que permiten construir la hipótesis de explicación-predicción de la conducta económica…"[338]

Malpartida, citando a Santos Pastor, señala los ámbitos que abarca el AED: a) Legislación sobre el sistema económico: comprende el contenido del llamado 'viejo análisis' (sic.); b) Legislación 'no económica': Teoría general del derecho (hipótesis de eficiencia), análisis de sistemas de responsabilidad e indemnización óptimos, diseños de medios óptimos de hacer cumplir las leyes (penales particularmente), procedimiento en general (administrativo, civil, criminal), derecho de familia, contratos, accidentes, sobre actividades molestas, libertad de expresión y derecho marítimo, entre otros; Teoría de la decisión de los órganos jurisdiccionales y en general, teoría del conflicto jurídico.[339]

3.5.5 ¿Por qué vincular la Economía al Derecho para analizar y buscar soluciones a la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado?

En el proceso de la elaboración de la perspectiva ius económica PIE, elegimos a la Economía por su sólida base teórica y los consolidados instrumentos de análisis y predicción de conductas ante los efectos de las normas jurídicas de regulación del medioambiente y los recursos naturales. Consideramos que estos instrumentos guardan coherencia con los objetivos del presente trabajo. Se tomó debida nota que al interior de la propia disciplina económica se tienen fuertes críticas. Para mantener una visión amplia y equilibrada se revisaron diferentes escuelas y corrientes económicas, por ejemplo la economía institucional y la economía de bienestar. Pero está en la economía ecológica, por su base democrática y ética, además por su apertura trans-disciplinaria que entiende con más profundidad la dinámica ecológica y social, a nuestro parecer, la fuente que nos ayuda a configurar mejor la tutela medioambiente y los recursos naturales por el Estado. La valoramos como el complemento indispensable para configurar una perspectiva ius económica que apuesta por fortalecer al derecho ambiental / ecológico, en brindar la tutela efectiva del

338 Cossío Díaz, José Ramón. Derecho y análisis económico. México: DF ITAM FCE 1997 pgs. 230-231

339 Cfr. Malpartida Castillo, Víctor. Introducción al Derecho Económico. Lima: UNMSM 1996 Pg 67

medioambiente y los recursos naturales que todos queremos, esperamos y necesitamos. El derecho ha demostrado su valía, vigencia y fuerza en organizar, y dar estabilidad y seguridad jurídica, resolver conflictos y al final regular la conducta humana, configurando al sistema social. Pero cuando comprobamos en la realidad vacíos y pobres resultados en la tutela del medioambiente y los recursos naturales, no podemos solo atribuir a las debilidades que pueda mostrar en algunos aspectos el derecho, sino a que es necesaria una revisión y aggiornamiento ante la realidad, que no se ha detenido en el siglo 19. No se trata de que la idea del positivismo jurídico, que todo puede ser debidamente regulado, que no hay vacíos o lagunas sea cuestionada, sino que estamos ante diferentes espacios y realidades. La realidad cultural vs la realidad natural que tiene otros elementos, modelos, necesidades, fundamentos, otros tiempos, otros marcos de referencia, que no dependen de la voluntad ni la razón humana. Por esas razones acudimos a la economía, para usar sus herramientas y su lógica y apoyar al derecho para analizar y buscar soluciones que ayuden a fortalecer la tutela efectiva del medioambiente y los recursos naturales.

Se dan casos en que empresas o individuos reducen su impacto ambiental, más allá de lo regulado expresamente, no en atención a las regulaciones expresas de las normas jurídicas ambientales, sino por propia conveniencia. A manera de ejemplos: motores estacionarios a gas natural en lugar de petróleo diesel, conversión de motores gasolineros de los vehículos de carga y particulares a gas natural, reemplazo de focos incandescentes por focos ahorradores o leds, calderos y motores eléctricos más eficientes, ciclos combinados, etc.

Recordemos que en el contexto internacional, el texto negociado del TLC con los EEUU ha tenido un decisivo impacto en la reformulación de la institucionalidad y legislación ambiental, como la creación del MINAM, entre otros.

A fin de formular una base lógica que enlace nuestro conocimiento fáctico del dominio fenomenológico que subyace a las fuerzas naturales, que condicionan la estabilidad del ecosistema y la existencia y permanencia de los recursos naturales, glosamos citas de diferentes pensadores que han iluminado el entendimiento y nos han servido de guías para configurar y dar forma a la perspectiva ius económica.

El juez americano Richard Posner formuló en un libro pionero, Análisis Económico del Derecho, las bases de lo que se ha visto como el mayor acercamiento del derecho con la Economía. Su visión de la Economía desde la óptica del Derecho resulta funcional para el presente trabajo:

> "... la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales, pensando al mismo tiempo que la mayoría de los juristas y los estudiantes de derecho (incluso los más brillantes) tiene dificultades para relacionar los principios económicos con los problemas legales concretos."[340]

> "...la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo (nuestro mundo) donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas."[341]

> "... el hombre como un maximizador racional de su interés propio conlleva que las personas respondan a ciertos incentivos."**[342]**

El economista Mises von Mises, nos explica cuál es el fundamento de la elección racional que sustenta la economía neoclásica:

> "El hombre..., al actuar, opta, determina y procura alcanzar su fin. De dos cosas que no puede disfrutar al tiempo, elige una y rechaza la otra."[343]

> "... la inmensa mayoría de nosotros preferimos la vida a la muerte y la riqueza a la pobreza."**[344]**

Y afirma que la economía tiene total conexión con la realidad:

> "La economía formula sus enseñanzas, entrelazando el conocimiento apriorístico con el examen e interpretación de la realidad."[345]

También de explicar los alcances de la economía:

> "La economía, ..., abrió a la investigación una zona virgen y ni siquiera ignorada. El descubrimiento de leyes inmutables que regulan la secuencia e

[340] Posner, Richard. El análisis económico del derecho. (Trad.) México: FCE. 1993 pg. 11
[341] Posner, (1993) op.cit. pg. 11
[342] Posner, ibid. pg. 11
[343] von Mises, Ludwig. La acción humana. Madrid: SOPEC. 1968 pg. 39
[344] von Mises, (1968) op.cit. pg. 46
[345] von Mises ibid. pg. 99

interdependencia de los fenómenos de mercado desbarató el sistema tradicional del saber. Alumbró conocimiento que ni eran lógica, ni matemática, ni tampoco, psicología, física o biología."[346]

"La acción humana es conducta deliberada. Mejor dicho, es movilizada voluntad que se transforma en actuación; es aspirar los fines y objetivos; es consciente reacción del ego ante los estímulos y circunstancias del ambiente; es reflexiva acomodación a aquella disposición del universo que está influyendo en la vida del sujeto. **"[347]**

"La economía formula sus enseñanzas, entrelazando el conocimiento apriorístico con el examen e interpretación de la realidad."[348]

Las actividades económicas, ya sean industriales o agrarias, tienen un importante impacto sobre el medioambiente y los recursos naturales. La actividad industrial demanda y consume recursos naturales, energía y agua y expele al medioambiente residuos, ya sean estos de tipo gaseoso con contenido tóxico, vertimientos de efluentes industriales, relaves mineros o escorrentías agrarias con agro tóxicos que contaminan los campos y las napas freáticas; además de los residuos sólidos de todo tipo y niveles de toxicidad persistente.

Para Ulises Montoya:

"La Economía y el Derecho tienen en común el contemplar las relaciones humanas, pero lo hacen desde ángulos muy diferentes. La economía le da las reglas al hombre para alcanzar el máximo de eficacia con el mínimo de sacrificio, pero no le impone ninguna norma ética de conducta."[349]

"... está presidido por la consideración de intereses de la economía nacional, que no son públicas sino, más bien, sociales... "[350]

[346] Ibid. pg. 23
[347] Ibid. 37
[348] Ibid. pg. 99
[349] Montoya Alberti, op.cit. pg. 7
[350] Montoya Alberti ibid. pg. 44

"Las normas del Derecho Económico son normas de coyuntura, de situación, tienen en gran parte carácter transitorio y muchas veces se promulgan por tiempo limitado."[351]

Montoya afirma:

"Podemos designar como objeto de las normas del Derecho Económico, la parte o cuota de la conducta humana que ella disciplina. Y esa parte no es otra que la actividad económica de los particulares y demás entes económicos."

"... el Derecho Económico no agota su contenido en la mera regulación de la vida de las empresas productoras, tiene presente las exigencias políticas que derivan de la presencia del interés público en toda actuación económica industrial o agraria."[352]

"La trascendencia que han adquirido los problemas jurídico-económicos se refleja tanto en el campo de la economía pública como la privada. "[353]

Es el profesor Sierralta, que en su pionero trabajo, Introducción a la Juseconomía a finales de los años 80, da cuenta de la percepción y posibilidades del acercamiento del Derecho con la Economía, en el contexto del ordenamiento peruano:

"Las leyes por sí solas no producen una acción, se requiere que haya sido adoptada de la realidad y posible de ser aplicada para que se dé el Derecho como una acción viable, posible y ejecutable."[354]

"Mientras que el rol normativo del AED es (...) importante, el rol positivo- el de explicar las reglas y las consecuencias en el sistema jurídico tal como son- es más significativo. Así, tal como lo estamos viendo, muchas partes del Derecho llevan el sello del razonamiento económico."[355]

"En el caso de la administración de justicia es evidente que no solo hay poquísimos jueces, muy escasos, que tienen una formación en Economía, sino que el silogismo jurídico que se elabora al momento de pronunciar sentencia carece de referencias explícitas a los conceptos económicos, resultando así que los verdaderos terrenos de

[351] Ibid. pg. 46
[352] Ibid. pg. 53
[353] Ibid. pg. 107
[354] Sierralta Ríos, op. Cit_ pg. 46
[355] Sierralta Ríos op. Cit., pg. 114

la decisión jurídica son con frecuencia ocultos y no iluminados por el razonamiento juseconómico."[356]

"El economista y el abogado enfocan un mismo caso de maneras tan diferentes que a primera vista parece darse una incompatibilidad básica entre el Derecho y la Economía."[357]

"La función positiva del AED adquiere trascendencia cuando explica la razón por la que muchas normas no se cumplen, no por falta de respeto, sino que el germen de su incumplimiento esté implícito en la propia norma. Los sujetos llegan al convencimiento que su actuar, y no el exigido por las ley, es el correcto, y aun cuando hubieren coacción esta es irrealizable... " (se podría entonces hablar de derogación por la fuerza del mercado)..."[358]

"Algunas posiciones teóricas hablan de un nuevo Derecho, refiriéndolo a aquel que regula las relaciones de una economía de mercado. Otros se refieren al Derecho revolucionario, y más moderadamente algunos lo denominan Derecho de la transformación económico-social."[359]

"Al razonamiento de Hedermann de que el signo de nuestro tiempo es el económico, se puede añadir que es, también, la lucha por criterios morales y sociales."[360]

Anticipándose a las corrientes del AED señala:

"A partir de 1950 se desarrolla en América Latina una corriente, de veras valiosa, de juseconomistas. Sin temor a equivocarnos los más destacados autores contemporáneos se insertan en ella."[361]

La economía popular se ve menoscabada por los daños al medioambiente que le causan daños a la salud, reduciendo su capacidad de trabajar y gozar de sus derechos y bienestar; se limita su movilidad al incrementarse los costos del transporte; se reducen sus aspiraciones futuras y expectativa de vida; también se afecta directamente a su

[356] Ibid. pg. 114
[357] Ibid. pg. 115
[358] Ibid. pg. 116
[359] Ibid. pg. 173
[360] Ibid. pg. 256
[361] Ibid. pg. 261

patrimonio al contaminarse sus cultivos, viviendas y centros de trabajo o estudio, con tóxicos industriales.

Sierralta reconoce, que la economía popular puede sufrir graves daños, sin detallar los elementos que sostienen la vida y la salud que incluye al medioambiente y los recursos naturales:

> "... también es delito contra el orden económico toda aquella conducta que lesione la economía popular, ya que es un bien protegido el interés colectivo... "[362]

Precisamente el patrimonio de la sociedad está constituido por los bienes fundamentales que protegen y permiten que tenga vida y goce de salud y bienestar…

> "... el patrimonio de la sociedad en su conjunto constituido por los bienes que satisfacen las necesidades primarias, y que es susceptible de ataque o violación por parte de acaparadores, falsificadores o entidades de poder que intervienen en la economía."[363]

Las actividades extractivas como la minería ilegal, y la pesca negra incurren en delitos ecológicos per se, pero en un concurso real de delitos, están también incursos en delitos contra el orden económico al hacer uso para sí de permisos o licencias; mientras que la tala ilegal muchas veces asigna un fin distinto para el que se recibió legítimamente, encubriendo así su grave delito ecológico. Sierralta reconoce que "Una de las figuras delictivas más frecuentes está referida al permiso de asignación y que puede oscilar entre el uso para sí de un permiso ajeno para el cual fue determinado o asignándole un fin distinto para el que se recibió legítimamente. "[364]

Desde la visión coercitiva del derecho positivo, la aplicación del derecho administrativo sancionador, se supone suficiente. Sierralta reconoce el rol de los incentivos y se decanta por los incentivos positivos, sin embargo los incentivos negativos también permiten lograr mejoras ambientales si es que se transfieren, de manera de fondos intangibles, a financiar programas de mejoras o premiar a actores que cumplan o avancen en los objetivos pretendidos por la normatividad ambiental.

---

[362] Sierralta Ríos op. Cit, pg. 290
[363] Ibid. pg. 290
[364] Ibid. pg. 291

> "La tradicional imperatividad de las normas es superada, en efectos económicos, con la persuasión; sin embargo, los estímulos e incentivos requieren ser observados en su aplicación, pues, así como motivan a determinados sectores de la economía, pueden desalentar a otros con efectos tal vez más negativos que el estímulo hacia alguna dirección. "[365]

La finalidad de las normas jurídicas ambientales o las ius económicas, están en el ordenamiento, su validez no está cuestionada, pues por lo general, cumplen con todas las formalidades. "En la dogmática tradicional, el tema de la creación de las normas juseconómicas suele ser englobable bajo el marco relativo de las fuentes del derecho."[366]

El Derecho ofrece la seguridad, estabilidad y paz social. Dentro del marco de obligaciones y derechos, el Estado permite la extracción, transformación y uso de los recursos naturales para la satisfacción de necesidades vitales, en forma de bienes y servicios que incluyen alimentos, vestidos vivienda, transporte y otros, para lo que se requiere organizar la sociedad de una cierta manera, de allí que el Derecho sea insustituible.

> "Existe un contraste de intereses entre las metas colectivas y los objetivos naturales de las unidades económicas privadas; pues bien la actitud del juseconomista y de las normas buscarán conducir u orientar tales intereses hacia la satisfacción de los fines económicos generales sin desestimular la acción de los sujetos individuales."[367]

Las diferentes actividades que se realizan para el desarrollo de las actividades económicas están condicionadas socialmente y se mantienen en el tiempo a través de las instituciones. Los diferentes actores van a actuar según los incentivos o presiones que reciban, ya sean respectivamente desde el mercado o desde el Estado. Por un lado se anuncian que el fin es altruista y de inclusión social, pero es evidente que el egoísmo es el motor e impulsor primario de sus acciones. Lo que hacen es por las ganancias y lucro, lo que evitan hacer es para reducir o librarse de costos, es decir para para ganar más…"El egoísmo estará aún patente en todos los agentes de la economía pero la

[365] Ibid. pg. 347
[366] Ibid. pg. 348
[367] Ibid. pg. 384

norma y el análisis han de orientar ese egoísmo a metas sociales, es decir, aprovechar esa actitud para que a la vez se satisfagan las necesidades colectivas."[368]

La innovación que impulse la competencia entre empresas, dependerá de las condiciones que se creen, formulen o diseñen en el espacio social, que hoy en día, influida por las fuerzas de la globalización, está íntimamente ligada a lo que ocurre en el resto del mundo. Compete al Estado, a través del marco normativo y a las acciones de la Administración, desarrollar las condiciones e incentivos, en contraposición de la priorización de sanciones y multas que en muchos casos devienen en incobrables, para generar el entusiasmo y accionar de los actores que traigan como resultado las mejoras ambientales deseadas[369].

El paradigma que emana de la PIE, permite orientar acciones y medidas necesarias para corregir conductas dañinas al ambiente y los recursos naturales, pues reconoce y valora los intereses y la lógica de beneficio del accionar individual o colectivo, versus la acción coercitiva del derecho administrativo o el ius puniendi, derivados del ius imperium, o aun del uso de incentivos de tipo fiscal, que impone la voluntad del Estado.

Como se comprueba en los textos de los autores citados, dos representativos del contexto internacional y dos que representan el contexto nacional, no hay ninguna referencia a la protección del medioambiente o los recursos naturales. Hecho que refleja que en los marcos temporales de dichos estudios, la cuestión ambiental no había hecho crisis y la conciencia de lo ambiental no era tan importante en el debate jurídico ni económico, es decir, no tenía el perfil que tiene ahora.

---

[368] Ibid. pg. 384

[369] Para facilitar el accionar económico de las empresas también en el ámbito de la protección del medioambiente y los recursos naturales, la CPP ofrece un marco adecuado para el desarrollo de la libre competencia que incluya y estimule la innovación ver Art. 58°, Art. 59° y Art. 61°; asimismo en la LGA, Art. 37°.- Se incluyen medidas de promoción como la publicación de promedios de desempeño ambiental, reconocimientos públicos y asignación de puntajes especiales en licitaciones públicas a los proveedores ambientalmente más responsables. Medidas que pueden impulsar a empresas a innovar y competir entre sí, con un resultado ambiental más favorable.

Capítulo 4 La tutela[370] del medio ambiente y los recursos naturales en el Perú

"la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo'. La mejora o la degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque 'es un bien que pertenece a la esfera social y trans individual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales".[371]

4.0 Notas preliminares y presentación.

La cita que introduce este capítulo resume, en buena medida, lo que se entiende y espera de la tutela del medioambiente y los recursos naturales. En nuestro país se evidencia una grave dicotomía entre la visión y preocupación por proteger, cuidar y preservar los recursos naturales y la calidad del medio ambiente versus la aplicación efectiva de la legislación ambiental, de las normas del ordenamiento que tienen alguna relación con el tema y las conductas cotidianas de "… *cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera…".* [372]

Por un lado el discurso desde los órganos del Estado señala que se ha tomado muy en serio la necesidad de la tutela del medioambiente y los recursos naturales, al ser el Perú un país mega diverso y rico en recursos naturales y que desde 1904[373], se han

[370] Cfr. Movimiento de acceso a la justicia de Mauro Capelletti; nuevos derechos de carácter colectivo y dimensión social; tutela social; proceso dispositivo;
[371] La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en el auto de apertura de la causa "Mendoza, Silvia B. y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo", de fecha 20 de junio de 2006.
[372] Ibid.
[373] según registros del Congreso de la República

promulgado más de 4000 normas[374] para la protección, regulación y cuidado de los elementos del medioambiente como entorno de vida y los recursos naturales, como elementos necesarios para la satisfacción de las necesidades sociales. Conceptos que han tenido eco en el ámbito académico y en los medios de comunicación.

Pero por otro lado, se evidencia la débil y pobre tutela del medioambiente y recursos naturales por el Estado que no logra encausar las conductas dañinas de los ciudadanos y empresas respecto de sus acciones en agravio del medio ambiente y los recursos naturales. Las normas dadas no se hacen cumplir, las instituciones mantienen una postura de pasividad y aceptación de los hechos, la sociedad no se indigna ni rechaza las acciones dañosas, que al final le afectan en su salud, bienestar o patrimonio. Queda claro que hay fuerzas poderosas que lo impiden o el enfoque utilizado debe de cambiar.

En nuestro ordenamiento las normas de protección ambiental, como las de regulación social en general, han sido configuradas dentro del modelo europeo decimonónico, cuya característica más saltante es la centralidad de la autonomía privada individual y la subordinación a la ley. Este modelo va a reemplazar paulatinamente al orden legal instalado en nuestro país por la colonización española del siglo XVI en adelante. El paradigma liberal, igualmente, se instala con mucha solidez y ve su auge en el siglo XIX y continúa irradiando su visión a lo largo del siglo XX, que en su etapa final se da el inicio del replanteo y apertura hacia el paradigma del neo constitucionalismo actual[375]. Ya no es la Ley el centro del universo jurídico sino la Constitución, con su cúmulo de principios y valores y afirmación de los derechos humanos; el protagonista no es solo el individuo, sino los grupos sociales, como los consumidores afectados masivamente por productos o servicios defectuosos o los afectados por la contaminación ambiental, ya sea del suelo, aire o el agua.

Para Hernández Martínez, "... en el siglo XX experimentamos el tránsito inexorable del Estado individualista al Estado Social de Derecho, como producto de grandes transformaciones económicas, políticas y sociales. Es en esta nueva fase del Estado de Derecho en la que tiene cabida este intento de acercarnos a la tutela efectiva de los intereses difusos y colectivos."[376]

---

[374] no con la especificidad con que se entiende al medioambiente en la actualidad, el énfasis se ha centrado en la salubridad del agua y las condiciones sanitarias del expendio de alimentos, entre otros.

[375] Propuesto por el profesor Gustavo Zagrebelsky

[376] Hernández Martínez, M.P. Mecanismos de Tutela de Intereses Difusos. México: UNAM 1997 pg. 17

En este capítulo se hará una revisión de las diferentes instituciones, instancias, dependencias y procesos para la tutela del medioambiente y los recursos naturales, empezando por el marco constitucional y pasando luego a revisar el desarrollo legal de sus preceptos en materia de la tutela del medioambiente.

Todos los procesos y medidas que se verifican están encuadrados dentro de lo establecido por el ordenamiento nacional. Este, todavía de carácter y talante positivista legalista, incorpora, en algunos casos elementos de índole económico, según los dictados de la economía neoclásica y basadas en el mercado.

Se ha revisado en páginas anteriores una definición de tutela, en este capítulo se revisa su aplicación a la protección del medioambiente concretizada por las diferentes instancias del Estado. La importancia que tiene el medioambiente y los recursos naturales en el bienestar y seguridad de la sociedad en general, involucra directamente a los tres poderes del Estado en su protección y cuidado.

Guiados por los preceptos constitucionales que afirman el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida[377], la obligación del Estado de cuidar la vida[378], la salud[379] y bienestar de todos, así como de los ciudadanos a participar[380] activamente en la definición de las normas de protección del ambiente y los recursos naturales, la fiscalización de su aplicación por la administración y su cumplimiento por la sociedad,[381] el Poder Legislativo ha elaborado sendas normas especiales[382] y sectoriales[383] para atender y guiar el cuidado del medioambiente y los recursos naturales[384], así como para regular la aplicación por la administración y su cumplimiento por la sociedad.

El Poder Ejecutivo, a través de sus diferentes sectores desarrolla los reglamentos de las normas legales y asume la responsabilidad de su aplicación, control y

[377] Art. 2º inc 22 CPP
[378] Art. 2º inc. 1 CPP
[379] Art. 7º CPP
[380] Art. 2ª inc. 17 CPP
[381] Art. 2º inc 5 CPP
[382] vid. Ley General del ambiente. L 28611 de 5 octubre 2005.
[383] vid. Ley Forestal y de Fauna Silvestre, L 29763; Ley de Recursos Hídricos L 29338, entre otras.
[384] vid. Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley 26821)

fiscalización[385], a este nivel dispone de la potestad sancionadora que incluyen medidas reparadoras y correctoras.

Por su lado, la rama jurisdiccional además de solucionar los conflictos entre personas naturales y jurídicas, públicas o privadas y contencioso administrativas, es la instancia definitoria de la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado. Como tal, el Estado ejerce la tutela del medioambiente y los recursos naturales, en el nivel administrativo por los diferentes sectores, pero también a nivel de la policía ecológica y los gobiernos locales y regionales en áreas de su competencia; pero es a nivel jurisdiccional, a través del Poder Judicial[386] y del órgano de control constitucional[387], donde se resuelven en última instancia[388], la esperada tutela. En esta dimensión se consolida la administración de justicia como la principal y última instancia de protección del medioambiente y los recursos naturales en el Perú. Es también la vía de acceso para que la gente haga valer su derecho, consagrado en la Carta Política a gozar de un ambiente sano y adecuado. De allí el imperativo de facilitar el acceso a la justicia para lograr resultados justos y sostenibles en el tiempo, ante los agravios al medioambiente y los recursos naturales, en consecuencia a la salud y bienestar, producida por la contaminación y la degradación ambiental.

Además, en cuanto a la tutela del medioambiente por entidades del Estado, debemos de mencionar a dos entidades autónomas que buscan complementar la labor

[385] en este ámbito se tienen, los distintos Tribunales Administrativos como instancia final y definitiva.

[386] Art. 138°. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

[387] el Tribunal Constitucional.

[388] La constitución en su Art. 205º habilita el acceso a tribunales u organismos internacionales constituido según tratados o convenios vigentes, al agotarse la jurisdicción interna para la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

jurisdiccional y administrativa, por un lado está el Ministerio Público[389] y por otro el Defensor del Pueblo[390].

Hay poca concordancia entre las características difusas de los impactos, daños y degradación del medioambiente y los recursos naturales sobre toda la sociedad en su conjunto, pues estos daños no siempre pueden ser individualizados, desde la perspectiva ius civilista tradicional, pues afectan a todos de una manera difusa y general. Esta perspectiva recogida del Code por el ordenamiento nacional, donde ha primado una visión netamente individualista, ha quedado enraizada en el Código Civil, que no se condice con la naturaleza colectiva y trans individual del daño ambiental. Esta situación, distante de la realidad se empieza a corregir a partir de 1990, con la dación del primigenio Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (CMARN), que introdujo el reconocimiento del legítimo interés de toda persona, sin distinción, de invocar la protección del medio ambiente y los recursos naturales. Lo que en buena cuenta confirma el interés moral de todo ciudadano en su protección y expande el interés individual a uno trans individual y colectivo[391].

Es importante reconocer que la visión propuesta por el CMARN, introducía en la estructura existente, hasta ese momento de corte individualista originado en el Code Napoleón y recepcionado por el Código Civil peruano, el interés difuso o colectivo afectado por el daño ambiental. Esta orientación se recoge en el Código Procesal Civil[392], en su artículo 82º, el cual desarrolló el patrocinio de intereses difusos,

---

[389] Según el Art. 158°CPP, el Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años, y es prorrogable, por reelección, sólo por otros dos. Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría.
Art. 159° CPP, corresponde al Ministerio Público: 1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

[390] Art. 161°. La Defensoría del Pueblo es autónoma… El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal. Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere haber cumplido treinta y cinco años de edad y ser abogado.
Art. 162°. Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

[391] existen diferencias entre interés difuso y colectivo, pero ambos son tiene en común ser trans individuales

[392] Código Procesal Civil, del 23 Abril 1993

legitimando la participación de asociaciones, ONGs y de los gobiernos locales en procesos relacionados a la defensa de derechos colectivos.

4.1 La tutela del medioambiente y los recursos naturales a nivel constitucional.

La importancia de la tutela del medioambiente y los recursos naturales para la sociedad, base y pilar del Estado, se verifica en su ubicación y rango en todas las constituciones mundiales reformadas a partir de la Segunda Guerra Mundial. Así, la protección del derecho al ambiente sano y adecuado se puede apreciar en la Constitución Italiana de 1947[393], Ley Fundamental de Bonn de 1949[394], constituciones de Polonia 1952, Portugal 1976, Cuba 1976, España 1978, Brasil 1988, Colombia 1991, Argentina 1994, entre otras.

En la Carta de las Naciones Unidas[395] y la Declaración Universal de los Derechos Humanos[396] de 1948, y nuestra propia Declaración Americana de los Derechos del Hombre[397] de 1948. Posteriormente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 se hace ya referencia expresa a la necesidad de mejorar el medio ambiente, como uno de los requisitos para el adecuado desarrollo de la persona.

---

[393] La Constitución italiana aprobada en 1947 no tiene referencia sobre el derecho a gozar de un ambiente adecuado o la protección del medioambiente. Sin embargo, la interpretación por vía jurisprudencial ha hecho presente dicho derecho que se concretiza con la reforma de 2001, por los aportes de la Corte de Casación y la Corte Constitucional.

[394] Similarmente, en este caso, el artículo relevante a la protección del medioambiente fue introducido en la reforma constitucional de 1994, añadido al Art. 20, como 20 A.

[395] Expresa en su preámbulo: "… reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas…"; en su Art. 1° inc. 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;

[396] Art. 25º "Toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...".

[397] Art. XI - *Derecho a la preservación de la salud y al bienesta*r. "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales… "

En el ámbito de las Américas, con la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, podemos hallar referencias a la protección del derecho a la vida[398], entendida como plena y dotada de las condiciones y el entorno que la hagan posible, las garantías judiciales[399] a ser oída y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter[400], además de la protección judicial[401] que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley.

La importancia y necesidad de proteger los elementos de nuestro medioambiente y su carácter transnacional motivó a la ONU a convocar la primera Cumbre Mundial referida al ambiente, que se realizó en Estocolmo en 1972. Como producto central, se suscribió la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano[402], que establece como un derecho del hombre las "condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar". En correspondencia a este derecho se establece el "deber solemne de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras".

En nuestro país, la constitución de 1979 en su Art. 123º, introdujo la protección diferenciada al medioambiente y los recursos naturales, bajo la clara inspiración del Art. 45º de la constitución española. Se recepcionó dicho Art. 45º con sus incisos primero y segundo, pero se dejó de lado el inciso tercero, de importante gravitación en la efectividad y eficacia de la pretendida protección ambiental, mediante sanciones de

[398] Art. 4º - Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

[399] Art. 8º - Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

[400] Subrayado añadido.

[401] Art. 25º - Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley…

[402] cfr. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, reunida en Estocolmo, del 5 al 16 de Junio de 1972.

índole penal o administrativas, además de la obligación de reparar el daño, a través de la ley[403].

La Cumbre de Río de Janeiro de 1992, dejó claro el interés y poder de convocatoria de la cuestión ambiental, acudieron representantes de 170 países, con la presencia más de 100 jefes de Estado. Allí se consolidó la visión sobre la importancia de la protección del medioambiente al señalarse en la Declaración de Rio "… que todos los seres humanos tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la Naturaleza"[404]. Los resultados de esta cumbre, donde participó nuestro país, sin duda han sido relevantes para la sensibilización social, reflejada en los debates constituyentes[405].

El constituyente de 1993, llevó la regulación del medioambiente más lejos, al reconocer como derecho fundamental el gozar de un ambiente adecuado[406] para el desarrollo de su vida[407], pero dejó graves vacíos como el deber de protección del medioambiente por parte del Estado[408] y de cada persona, así como la provisión de mecanismos para el acceso directo a la justicia por cualquier ciudadano de manera individual en grupo, a pesar de su explicita mención[409] en la Declaración de Rio de 1992. Además omitió los aspectos referidos a la responsabilidad de los funcionarios

[403] Cfr. Art. 45.3 CE "Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado." (subrayado añadido)

[404] PRINCIPIO 1 "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."

[405] vid. diarios de debates

[406] deja de lado una más clara especificación de ambiente sano

[407] es interesante notar el sesgo antropocéntrico, consecuente con la ubicación como derecho subjetivo

[408] Por la vía de interpretación el TC ha desarrollado importante jurisprudencia que en parte colma la laguna dejada, así en el EXP 3343- AA/2007 FUNDAMENTO 9. se tiene: "De ahí que se derive un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional 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."

[409] PRINCIPIO 10 "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes."

por el cuidado del medioambiente, aspecto muy relevante en garantizar la tutela del medioambiente y los recursos naturales que está muy presente, a manera de ejemplo, en las Cartas Políticas de Brasil 1988[410], Colombia 1991[411], Ecuador 2008[412], y también recomendada en el principio 13 [413] de la Declaración de Rio de1992.

En nuestro país, si bien la tutela del medio ambiente está garantizada a través de los órganos del Estado, los mecanismos procesales actuales no permiten o dificultan el acceso del ciudadano de manera individual o en grupo a la justicia ambiental, para buscar la rápida corrección de acciones dañosas al medioambiente y los recursos naturales, sean estas realizadas por particulares, empresas u organismos del Estado en su faz de omisión, inactividad o demora. Cabe recordar las palabras del maestro Carnellutti: "justicia demorada es justicia denegada", siendo la demora más acuciante en los casos del daño ambiental, pues sus efectos irreversibles aumentan con el paso de las horas, una verdadera ilustración de "periculum im mora".

4.1.1 Artículos constitucionales que tienen relación con el medioambiente y su tutela.-

Si valoramos, la vida, el ecosistema, los recursos naturales y el desarrollo sostenible, como ejes del avance civilizatorio que otorga legitimidad al sistema social que hemos libremente elegido, es decir el Estado Constitucional de Derecho, nos será grato y placentero verificar que un importante número de artículos del texto constitucional están relacionados a su regulación o protección.

Nuestra Carta Política está inspirada en el reconocimiento y aplicación práctica de los derechos humanos. Además, en un formato de numerus apertus, del Art. 3º[414] se

---

[410] Vid. Art. 72°

[411] Vid. Art. 88°

[412] Vid. Art. 71° y Art. 397°, 1

[413] PRINCIPIO 13. Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

[414] Art. 3°. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

permite la ampliación y expansión permanente, cuando aparezcan nuevos derechos o mecanismos de protección.

Un importante número de artículos constitucionales, que al parecer de este trabajo, vistos desde la óptica de la tutela del medioambiente y los recursos naturales, así como del desarrollo sostenible, están presentes para guiar al legislador y entidades del Estado. La selección que sigue a continuación no es excluyente ni pretende ser exhaustiva.

Para los fines del presente trabajo se ha hecho uso de las negritas y el subrayado para resaltar y dar énfasis aspectos de las normas que se relaciona con el tema sub-examen.

Art. 1°. **La defensa de la persona humana [415]y el respeto de su dignidad** [416] son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Art. 2°. **Toda persona tiene derecho**

> 1. **A la vida**[417], a su identidad, a su **integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar**.
>
> 5. **A solicitar sin expresión de causa la información que requiera[418]** y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.
>
> 17. **A participar, en forma individual[419]** o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a

[415] la persona humana no es un ser abstracto o una noción vacía sino que este requiere de todos los elementos que garanticen / afirmen su condición de tal como el aire, agua, suelos, alimentos y libre de contaminación, ruidos o explosiones…

[416] una vida digna no puede estar sujeta a amenazas de destrucción o condiciones infrahumanas de supervivencia por la contaminación, hambre o cambios climáticos

[417] esta palabra solo tiene contenido en la medida que se tengan las condiciones adecuadas para su desarrollo pleno

[418] En este contexto la información es el insumo fundamental para que las entidades del estado y los ciudadanos puedan realizar su labor de fiscalización y control

[419] Esta participación se da de manera natural para el individuo directamente afectado, lo innovador e interesante es cuando el individuo, como parte de un colectivo mas amplio o miembro de la nación pueda accionar en favor de la sociedad.

ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

20. **A formular peticiones, individual o colectivamente**, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como **a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado** al desarrollo de su vida.

Art. 7°. **Todos tienen derecho a la protección de su salud**[420]…

Art. 31°. **Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos**[421] mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas.

Art. 35°. **Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente**[422] o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley.

Art. 38°. **Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.**

Art. 39°. **Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación**[423]. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

[420] las principales amenazas de la salud son las plagas, infecciones envenenamiento por tóxicos en el aire o agua o los alimentos por la contaminación de la cadena trófica.
[421] Base constitucional para la participación ciudadana.
[422] Base constitucional para la participación ciudadana.
[423] Este artículo constituye el basamento de la responsabilidad que tienen todos los funcionarios públicos de cuidar y proteger con sus actos, los intereses de la nación a gozar de un ambiente adecuado para la vida y preservar , mediante el uso racional, los recursos naturales para el bien de toda la sociedad y las generaciones futuras.

Art. 44°. **Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos**[424]**; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad**[425]; y **promover el bienestar general**[426] que **se fundamenta en la justicia**[427] y en el **desarrollo integral**[428] **y equilibrado** de la Nación.

Art. 47°. **La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos** conforme a ley. El Estado está exonerado del pago de gastos judiciales.

Art. 51°. **La Constitución prevalece sobre toda norma legal**; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Art. 55°. **Los tratados celebrados por el Estado y en vigor** [429]**forman parte del derecho nacional**.

Art. 59°. **El Estado estimula la creación de riqueza** y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. **El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública**.

Art. 66°. **Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio**[430] **de la Nación**[431]. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

---

[424] Acá se incluye el derecho a gozar de un ambiente adecuado incluye la amenaza que puedan tener un ambiente contaminado o tóxico para la salud, integridad y bienestar

[425] Visto de manera lata se incluye la seguridad alimentaria, de la salud, etc.

[426] se incluye la tranquilidad

[427] En el sentido de justicia ambiental y que cada persona reciba lo suyo

[428] El desarrollo integral solo puede estar basado en gozar de las condiciones ambientales adecuadas

[429] Nuestro país es parte de diversos convenios y tratados de protección del medioambiente y los recursos naturales.

[430] se refiere al acceso de los recursos por los miembros de la Nación, esto será posible en la medida que unos pocos o entidades extranjeras lo acaparen lo limiten su acceso y que estos no desaparezcan por la explotación irracional.

[431] colectivo amplio, inclusivo y a la vez difuso de personas, es decir una comunidad humana como sujeto político en el que reside la soberanía constituyente del Estado.

Art. 67°. **El Estado determina la política nacional[432] del ambiente**. **Promueve el uso sostenible[433]** de sus recursos naturales.

Art. 68°. **El Estado está obligado a promover la conservación[434] de la diversidad biológica[435] y de las áreas naturales protegidas**.

Art. 69°. **El Estado promueve el desarrollo sostenible[436] de la Amazonía** con una legislación adecuada.

La selección de artículos constitucionales enumerada, a nuestro parecer tiene relación con la tutela del medioambiente y los recursos naturales, pero falta el acceso efectivo de la población a la justicia ambiental, como se da en las constituciones de Colombia, Brasil, Argentina, Ecuador, entre otras.

A continuación va una selección de artículos complementarios que tienen también relación con la protección de bienes fundamentales. El subrayado es propio, y tiene la finalidad de resaltar los aspectos relevantes con incidencia en la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

Art. 78°. El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año. En la misma fecha, envía también los proyectos de ley de endeudamiento y de equilibrio financiero. El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado[437].

Art. 80°. El Ministro de Economía y Finanzas sustenta, ante el Pleno del Congreso, el pliego de ingresos. Cada ministro sustenta los pliegos de egresos de su sector.[438]

---

[432] Se entienden por las directrices y lineamentos generales que determinan los planes, proyectos y programas

[433] se entiende como racional

[434] En el sentido de preservar las condiciones mínimas para su mantenimiento y reproducción

[435] acá se aporta una visión eco sistémica que va más allá del sesgo antropocéntrico

[436] se refiere a un tipo de desarrollo que dure en el tiempo y sirva para las generaciones futuras…

[437] Solo se ve en términos contables, pero se deja de lado los costos ambientales como los daños a la salud pública, a la disminución del flujo turístico debido a la degradación de paisajes o por la disminución de la producción de alimentos o productos forestales.

[438] Sólo se consideran aspectos monetarios o financieros pero deja de lado el activo ambiental y capital natural.

Art. 84°. El Banco Central es persona jurídica de derecho público. Tiene autonomía dentro del marco de su Ley Orgánica. La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica. El Banco informa al país, exacta y periódicamente, sobre el estado de las finanzas nacionales, bajo responsabilidad de su Directorio. [439]

Art. 85°. El Banco puede efectuar operaciones y celebrar convenios de crédito para cubrir desequilibrios transitorios en la posición de las reservas internacionales.
Requiere autorización por ley cuando el monto de tales operaciones o convenios supera el límite señalado por el Presupuesto del Sector Público, con cargo de dar cuenta al Congreso.

Art. 88°. El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.[440]

Art. 138°. La potestad de administrar justicia emana del pueblo …

Art. 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
   No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

[439] En este ámbito, lo ambiental también tiene una importante gravitación. A manera de ilustración, las transacciones en bonos de carbono se proyecta a la suma de 60,000 millones USD, cantidad importante para cualquier entidad bancaria.
[440] Esta medida, conciliada con el ordenamiento territorial, puede aportar importantes beneficios ambientales si se reforesta con la finalidad de capturar gases de efecto invernadero.

4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.
5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.
6. La pluralidad de la instancia.
8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.
9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.
10. El principio de no ser penado sin proceso judicial.
11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.
13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.
14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.
15. El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención.
16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.
17. La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley.
18. La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida.

20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas[441] de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

Art. 159°. Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos[442] tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

Art. 161°. La Defensoría del Pueblo es autónoma. Los órganos públicos están obligados a colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando ésta lo requiere. Su estructura, en el ámbito nacional, se establece por ley orgánica. El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal. Goza de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas. Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere haber cumplido treinta y cinco años de edad y ser abogado. El cargo dura cinco años y no está sujeto a mandato imperativo. Tiene las mismas incompatibilidades que los vocales supremos.

Art. 162°. Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el

[441] Es necesario y conveniente que personas individuales, asociaciones, ONGs, universidades etc., revisen las sentencias judiciales referidas a causas ambientales y formular críticas constructivas para mejorar su funcionamiento o limitaciones.

[442] Incluye la protección de los elementos del medioambiente permite la vida sana y plena

cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. El Defensor del Pueblo presenta informe al Congreso una vez al año, y cada vez que éste lo solicita. Tiene iniciativa en la formación de las leyes. Puede proponer las medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones. El proyecto de presupuesto de la Defensoría del Pueblo es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por su titular en esa instancia y en el Congreso.

Art. 166°. La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

Art. 167°. El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.[443]

Art. 192°.- Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.
Son competentes para:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.
2. Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil.
3. Administrar sus bienes y rentas.
4. Regular y otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad.
5. Promover el desarrollo socioeconómico[444] regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.
6. Dictar las normas inherentes a la gestión regional.

[443] Incluye a la Policía Ecológica
[444] No puede haber desarrollo si se destruye o degrada las bases de los recursos naturales o calidad del medioambiente.

7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley.
8. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.
9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.
10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

Art. 195°.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. Son competentes para:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.
2. Aprobar el plan de desarrollo local concertado con la sociedad civil.
3. Administrar sus bienes y rentas.
4. Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, conforme a ley.
5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.
6. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.
7. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local.
8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.
9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.
10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

Art. 197°.- Las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local. Asimismo brindan servicios de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú, conforme a ley.

Art. 199°.- Los gobiernos regionales y locales son fiscalizados por sus propios órganos de fiscalización y por los organismos que tengan tal atribución por mandato constitucional o legal, y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que organiza un sistema de control descentralizado y permanente. Los mencionados gobiernos formulan sus presupuestos con la participación de la población y rinden cuenta de su ejecución, anualmente, bajo responsabilidad, conforme a ley.

Art. 200°. Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.
2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.
3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2º, incisos 5) y 6) de la Constitución.
4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.
5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Art. 206°. Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

De la relación de artículos glosados de la Carta Política, se puede apreciar que el constituyente de 1993 fue muy diligente en incorporar derechos para la protección de la persona, el medioambiente y lo recursos naturales, pero dejo de lado el acceso directo a la justicia y la sanción por responsabilidad por omisión del cumplimento de la legislación ambiental por los funcionarlos y la administración pública como se verifica en las constituciones de países de la región, de similares condiciones y características que el nuestro así como de España.

4.1.2 La Constitución Ecológica.

El término es una creación jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Un avance importante se ha logrado con la conocida sentencia EXP 03343-2007-AA[445] de 2009, referida a la protección de la Cordillera Escalera, por el Tribunal Constitucional, en la que define la llamada Constitución Ecológica, con la cual se consolida el marco constitucional de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales.

Así en el fundamento Nº8:

[445] cfr. EXP 03343-2007-AA

> "Tomando en cuenta doctrina y jurisprudencia constitucional comparada se ha denominada al conjunto de disposiciones de la Carta fundamental, referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, Constitución Ecológica (STC 3610-2008-PA/TC, fundamento 33)[446]. Así, el artículo 66 de la Constitución establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por su parte, el artículo 67 de la Constitución dispone que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales. De otro lado, el artículo 68º de la Constitución prescribe: "El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas"; en esa línea, el artículo 69 señala: "El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía".

Añade en el fundamento Nº9:

> "De ahí que se derive un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional 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."

En lo que concierne a la protección del medioambiente por el Estado, el Supremo Interprete, se decanta por la prevención. Es decir tomará las medidas pertinentes para anticipar el daño antes de que esto ocurra. Lo expresa así, en la STC sub examine, en el fundamento Nº 18: "Por su parte, este Tribunal ha establecido en la STC Nº 01206-2005-AA/TC que:

> '(…) este principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, lo que ha sido concretizado por el legislador ordinario. En tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir[447] adecuadamente los riesgos[448] ante los cuales se

[446] Cfr. STC 3610-2008-PA/TC, fundamento 33, en www.tc.gob. pe revisada 11 abril 2011
[447] Quisiéramos entender que esta tautología se refiera a evitar, conjurar el posible daño al ambiente
[448] Situaciones en que se pone en peligro de pérdida bienes inestimables como la vida, la salud o inclusive patrimonio y bienestar.

encuentra el ecosistema[449], así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica[450]. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar[451] los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente'. "

Y continua en el fundamento Nº 19: "La cristalización del principio de prevención se encuentra en la acción que el Estado debe adoptar para prevenir[452] un daño al medio ambiente que, en la actualidad, es potencial."

La jurisprudencia constitucional del TC confirma la importancia de proteger el ecosistema y reconoce los riesgos de daños al ecosistema por la actividad humana, así como el deber del Estado en tutelar el medio ambiente y los recursos naturales.

A pesar de la atractiva e impactante denominación de "Constitución Ecológica", esta deja importantes vacíos por llenar. No se pronuncia sobre el acceso a la justicia ambiental, ni a la participación ciudadana o la responsabilidad de funcionarios en la fiscalización del cumplimiento de la legislación ambiental.

4.1.3 Garantías constitucionales. Los procesos constitucionales.

A fin de operacionalizar la tutela constitucional del ambiente y los recursos naturales, mediante la protección de los derechos relacionados, la misma Carta Política prevé las garantías pertinentes.

Los llamados procesos constitucionales aplicables a la protección de los derechos del medioambiente y los recursos naturales son: el amparo, hábeas data, proceso de inconstitucionalidad, la acción popular, proceso de cumplimiento. Su aplicación se da

[449] Acá el supremo intérprete de la constitución desplaza el eje antropocéntrico hacia uno eco céntrico, es decir, amplia el horizonte para incorporar a todas las especies y formas de vida sobre el planeta.
[450] Es interesante esta vinculación con el lucro que se genera al actuar sobre el medioambiente y los recursos naturales.
[451] La finalidad de la prevención no es solo evaluar la probabilidad de ocurrencia, sino de conjurar o evitar que el daño se produzca.
[452] Quisiéramos entender que esta tautología se refiera a evitar, conjurar el posible daño al ambiente.

a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados de derechos humanos y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos según los tratados de los que el Perú es parte.

4.1.3.1 El proceso de amparo[453]

A la luz de la experiencia recorrida desde la creación del actual TC en 1993, se puede afirmar que el proceso constitucional que más se ha utilizado para afirmar la vigencia del derecho a gozar de un ambiente adecuado[454] ha sido la acción de amparo[455]. El amparo tiene como finalidad…"proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior[456] a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.", este procede "cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona."

Tratando de rescatar el real valor del amparo para la protección del derecho a gozar de un ambiente adecuado para la vida, damos una somera revisión al Art. 5º del Código Procesal Constitucional, donde se especifican las causales de improcedencia del amparo. De allí seleccionamos algunas que tienen relevancia a la protección del medioambiente y los recursos naturales:

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.…;
3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;

---

[453] vide Art. 200º inc. 2 CPP

[454] vide Art. 2º inc. 22 CPP

[455] vide Código Procesal Constitucional Art. 1º "… tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo."; Art. 2º "… proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona."

[456] esta finalidad tiene débil operatividad en los casos de la violación del derecho a un ambiente adecuado por causa de contaminación tóxicas del aire o agua, por vertimientos, derrames de efluentes ya que se causan alteraciones de gran amplitud en el tiempo y el espacio… muy difícil de volver al estado anterior a la violación pues se tratan de daños irreversibles.

4. No se hayan agotado las vías previas,
5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable[457].

El instituto del amparo deja vacíos que limitan su aplicación para casos de relevancia ambiental permite espacios para la impunidad con la consecuente desprotección del ciudadano. Lo dicho se puede apreciar desde la revisión de los incisos 2, 3,4 y 5, que se hará a continuación.

Inc. 2. En el plano teórico, es posible que existan otras vías, pero la poca eficacia y la dilatada tutela deviene en doblemente ineficaz, ya que además recorta el acceso al amparo.
Inc. 3. Las circunstancias y carácter del agravio ambiental, hacen que esta situación se presente con frecuencia y por tanto se cierre el acceso al amparo.
Inc. 4. Es difícil, ya que el agravio ambiental está mayormente circunscrito al ámbito administrativo y allí tendría que culminar con el proceso contencioso administrativo.
Inc. 5. Muchos de los daños ambientales son irreparables, se pierden los recursos y la calidad ambiental y los efectos continúan causando daño. Se conculca así, el derecho de gozar de un ambiente sano y adecuado.

A pesar de las dificultades de acceso, es el camino y opción más viable, pero todavía queda lejos de la satisfacción esperada y necesaria.

4.1.3.2 El proceso de Habeas Data[458].

La información constituye el principal insumo para la participación ciudadana en la fiscalización de las acciones de la administración y funcionarios, con respecto a hacer cumplir la legislación ambiental y normas pertinentes al cuidado y protección del medioambiente y los recursos naturales.

[457] Esta condición causa indefensión en los casos de daño ambiental irreparable.
[458] vide Art. 200º inc. 3 CPP

La Acción de Hábeas Data, es un mecanismo que está al alcance del ciudadano ante la falta de transparencia, ocultamiento de información por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que pudiera vulnerar o amenazar los derechos a que se refiere el Artículo 2º, incisos 5) y 6) de la Constitución.

4.1.3.3 El proceso de Inconstitucionalidad[459].

Cuando una norma de rango legal, que incluyen a leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Tiene requisitos de acceso para la ciudadanía organizada y pero también es utilizado por altos funcionarios del Estado, como el Fiscal de la Nación o el jefe del Poder Ejecutivo, o el poder legislativo para cuestionar normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución, que puedan tener relevancia ambiental[460].

4.1.3.4 El proceso de Acción Popular[461].

Esta garantía constitucional es un mecanismo para cuestionar o revisar reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general que por su forma o fondo violen algún aspecto de la Constitución o de la ley.

En lo que concierne a la acción popular, es necesario aclarar que en nuestro ordenamiento constitucional, bajo el *nomen juris* de acción popular[462], se entiende el

[459] Art. 200º inc. 4 CPP

[460] Como los conocidos casos del gobierno regional de Cuzco en el año 2009 y del gobierno regional de Cajamarca en el 2012.

[461] Art. 200º inc. 5 CPP

[462] La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

acceso a la justicia para cuestionar reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general[463] que infrinjan la Constitución o la Ley, dentro de un plazo de cinco años de su expedición o promulgación. Cualquier persona está legitimada para iniciar esta acción[464], pero no para reconocer o afirmar un derecho, pues la vía es el amparo, sino para cuestionar una norma infra legal que viole preceptos constitucionales o legales. Presenta posibilidades de gran utilidad para los casos licencias, permisos y demás actos de la administración.

Bajo el mismo nombre, la *actio popularis*[465], proveniente del derecho romano clásico, ha sido acogida en su esencia original, en los diferentes ordenamientos regionales para referirse al tipo de acción judicial que otorga legitimación expresa en favor de todos y cada uno de los habitantes, grupo o comunidad, para accionar judicialmente en defensa de determinados derechos o intereses reconocidos. Se exime al demandante el requisito de demostrar un interés personal y directo en el bien por el cual busca la tutela del Estado.

En lo que concierne a acceso a la justicia, se ha priorizado la dimensión de pago de tasas juridiciales, pero como se ha visto eso no es suficiente. Los procesos constitucionales se encuentran exonerados del pago de tasas judiciales.

En nuestro ordenamiento constitucional, los procesos constitucionales otorgan garantías para la protección de los derechos allí reconocidos, su acceso, luego de agotarse la vía administrativa u otras vías similares igualmente idóneas, con el correspondiente paso del tiempo, es a través del proceso ordinario, que adolece de lentitud y tiene una disminuida imagen social. La arquitectura constitucional peruana no dispone de un instrumento idóneo de acceso directo a la justicia por cualquier ciudadano o colectividad agraviada por el daño ambiental. Esta situación ha sido ampliamente superada en otros ordenamientos constitucionales regionales cito a

[463] no hay ninguna restricción expresa de que las normas cuestionadas tengan contenido ambiental, es decir que violen la legislación ambiental. por ejemplo, al otorgarse un permiso o licencia. Si la norma infra legal, afectaría algún derecho vinculado al medioambiente como podría ser contaminación que afecte el derecho a gozar de un ambiente adecuado, o el derecho a la salud, o el bienestar, entonces procedería el amparo.

[464] el Art. 84º no da ninguna limitación. Se refiere a persona con capacidad de ejercicio.

[465] Se puede rastrear su origen en la Roma clásica cfr. Gayo Institutas l

manera de ilustración Argentina, 1994[466]; Colombia, 1991[467]; Ecuador, 2008[468]; Venezuela, 1999[469]; Bolivia, 2009[470] o Brasil, 1988[471], entre otras, las cuales desarrollan, por un lado al antigua institución de la *actio popularis* y por otro, recogen las recomendaciones contenidas en el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992.

Se puede decir que el acceso, en última instancia, al fuero constitucional para la tutela del medioambiente y los recursos naturales, constituye un proceso indirecto, largo, tedioso y costoso.

---

[466] Art. 43°.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

[467]ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.
También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.
Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

[468] Art.86°. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la constitución

[469] Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.
El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

[13] ***Artículo 34.*** Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente

[471] Art. 5° inc. 72. cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando el actor, salvo mala fe comprobada, exento de las costas judiciales y de los gastos de sucumbencia (sic);

4.1.3.5 El proceso de Cumplimiento.[472]

Los ciudadanos tenemos a disposición esta garantía constitucional para cuestionar a la autoridad o funcionario renuentes a dar el debido y oportuno cumplimiento a una norma legal o un acto administrativo cuya demora ocasiona perjuicios, que pueden ser irreversibles, para la sociedad o particulares. Este aspecto está íntimamente relacionada a los agravios al medioambiente y los recursos naturales. La acción no interrumpe ni prejuzga, las responsabilidades que puedan ser pasibles dichas autoridades o funcionarios.

Si bien, el Proceso de Cumplimiento no goza de amplia aplicación tiene las características para ser de gran utilidad en muchos casos de relevancia ambiental.

4.2 La tutela del medioambiente y recursos naturales a nivel legal.

A nivel legal se desarrollan los preceptos constitucionales, así como las normas generales y especiales referidas a la protección y tutela del medioambiente y los recursos naturales. El ordenamiento incluye los diferentes códigos sustantivos como el civil, penal y procesales. También están las leyes generales y especiales.

El Poder Legislativo es el órgano encargado de crear las normas que configuren la eficaz, efectiva y real tutela del medioambiente y los recursos naturales, así como la efectiva participación ciudadana en la fiscalización de su protección.

La tutela tiene que ver con la protección del Estado, recordemos que el poder del Estado emana del pueblo[473]. Si bien la legitimación[474] para accionar requiere del daño directo, indirecto, interés actual o futuro del o los afectados debemos reconocer que el medioambiente engloba a todos y el daño ambiental, impacta a la larga a todos. En algunos casos los daños pueden ser individualizados por el deterioro a la salud o patrimonio, pero no siempre está focalizado y afecta a la gran mayoría, que sufren los efectos y se ven obligados a desplazarse, invaden otros lugares y causan caos social

[472] Art. 200º inc. 6 CPP
[473] CPP Art. 45°
[474] Se logró la legitimación (standing) en el movimiento de los derechos civiles.

que alteran la paz y tranquilidad. Los desplazados forzosos por razones ambientales o climáticas, así como los efectos mismos del daño ambiental, rompen las cadenas naturales de la vida y producción, afectan patrones del clima, producen migración de especies, etc.

Siguiendo a la Declaración de Rio en su PRINCIPIO 11: "Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico opera (sic) los códigos sustantivos y procesales, como el civil o penal, los cuales tienen aspectos relacionados a la protección y cuidado del medio ambiente y los recursos naturales. También están las leyes generales y leyes especiales de la materia". [475]

4.2.1 **Desde el Código civil.**

Según la Carta Política, el interés humano dirigido al medioambiente, que es un bien jurídicamente protegido, tiene un carácter público ya que los intereses ambientales pertenecen a todos y todos tienen la misma prerrogativa de su disfrute y goce. El daño ambiental, es un daño injusto que altera el medioambiente, con lo cual se afecta la calidad de vida, la vida misma, la salud y el bienestar de las personas además del menoscabo que se pueda dar en su patrimonio.

La esfera del derecho civil protege los intereses patrimoniales de la persona. La visión del Código Civil actual, es antropocéntrica e individualista, es así desde el CODE Napoleón. En nuestro país se han recepcionado ideas y conceptos que mantienen esa visión individualista decimonónica.

En el ámbito civil se configura una suerte de tutela indirecta del ambiente y los recursos naturales. Al ocurrir el daño ambiental como resultado de la agresión al medioambiente o los recursos naturales, se provoca una lesión indirecta a las personas o su patrimonio por dicha alteración, el llamado impacto ambiental.

[475] En: http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm revisada 11 junio 2011

Se trata de una protección indirecta y no se refiere específicamente a los elementos del ambiente, pero tiene gran incidencia en su recuperación, como se verifica en los resultados del caso Lago Agrio[476], donde a través de acciones colectivas[477] se obtuvo una sentencia de pagos de indemnizaciones y reparación (damages). El emblemático caso 002-2003- Lago Agrio[478], es un ejemplo de la gran relevancia que pueden tener las pretensiones civiles en un caso de agravio a medioambiente y los recursos naturales.

Pese a limitada y vetusta visión decimonónica, distintos artículos del Código Civil basados en la protección patrimonial individual y el principio dispositivo, se pueden rescatar aspectos relevantes a la protección del medio ambiente y los recursos naturales. Así, en el libro de los derechos reales encontramos la figura de la tutela preventiva, es decir actuar antes de que el daño se concrete, continúe o repita. El juzgador deberá ponderar en caso que haya conflicto entre la protección del derecho al medioambiente y la libertad de empresa.[479]

También podemos considerar la denuncia por hecho temido, Art. 956°, cuando hay temores fundados que un bien o edificio pueda ocasionar daños y se deben de dictar medidas cautelares.

La figura del abuso del derecho, Art. II del Título Preliminar, y en los artículos 924° y 925°, cuando el ejercicio irregular de un derecho propio agravia o afecta al ambiente que es de todos pues pertenece a la comunidad, se puede invocar como una manera de prevenir el daño ambiental.

---

[476] Vide. http://sistemas.amag.edu.pe/boletin/boletin003/archivos/Chevron_pagaria_18mil_millones_a_Ecuador_14_febrero_2011.pdfuicio 002-2003 revisada 04 octubre 2013

[477] En este caso se reconoce la naturaleza trans individual o colectiva del daño ambiental y la titularidad de la acción recae en cualquier persona.

[478] Caso emblemático que cuya sentencia asciende a la suma de 19,000 millones USD

[479] Es interesante notar, en este punto relevante que el ámbito jurisdiccional no siempre se entiende la dinámica ambiental y las repercusiones de sus efectos. Caso en cuestión es la de la compañía minera Huarón, que en 1997 interpuso demanda contra la compañía minera aledaña solicitando que se tomara acciones para evitar inundaciones que dañarían sus operaciones. La primera instancia entendió y amparó la demanda pero las instancias superiores, hasta la Corte Suprema, revocaron la medida. Y se dio el desastre pérdidas humanas y con cuantiosas pérdidas materiales. Perdió la sociedad, un caso de ineficiencia injusta.

4.2.1.1. La Responsabilidad civil.-

Desde una perspectiva ius civilista, en este tema seguimos a de Trazegnies, se entiende la responsabilidad civil como la reparación del daño causado. Los llamados cuasidelitos, que se configuran como una relación biunívoca de uno a otro.

Cada persona sabe que tiene el deber individual de no dañar[480], al medioambiente y los recursos naturales, y el deber social no causar daños ambientales.

Acá cabe señalar que la Declaración de Rio PRINCIPIO 13 recomienda que se desarrolle la legislación nacional "… relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales."[481]

En lo que se refiere al daño ambiental se aplica la responsabilidad objetiva[482], esta se deriva del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos de la reparación o recuperación del ambiente afectado, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que este se vuelva a producir.

La responsabilidad subjetiva[483] solo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y los de la restauración del ambiente afectado, en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente.

De manera complementaria a la legislación civil, la LGA establece el régimen administrativo por daño ambiental (art. 135° al 141°), para luego desarrollar a partir del art. 142° los criterios que deben ser tomados en cuenta para la responsabilidad ambiental, y que se relacionan directamente con la calidad de vida de las personas, la

[480] Deber legal impuesto por la lex especialis de la materia vide Ley General del Ambiente, L 28611. Art. °1 Título Preliminar
[481] Se reconoce así la importancia de la responsabilidad por el daño ambiental
[482] La mera actividad introduce un factor de riesgo independiente de cualquier agente (Art. 1970).
[483] Causada por un agente por negligencia o impericia (Art. 1969).

salud humana o el patrimonio natural que pudiera ser afectado. Además, cabe resaltar que establece un régimen de incentivos (art. 150°) para las medidas o procesos que a iniciativa del titular de la actividad, sean implementados y ejecutados con la finalidad de reducir y/o prevenir la contaminación ambiental y la degradación de los recursos naturales, más allá de lo exigido por la norma o la autoridad.

Para la **LGA** existe responsabilidad solidaria entre los titulares de las actividades causantes de la infracción y los profesionales o técnicos responsables de la mala elaboración o la inadecuada aplicación de instrumentos de gestión ambiental de los proyectos, obras o actividades que causaron el daño.[484]

4.2.2 **Desde el Código Procesal Civil.**

El proceso civil, que está regulado por el Código Procesal Civil constituye el principal mecanismo para el acceso a la justicia. Se puede decir que dicho acceso permite que el ciudadano afectado por daños causados al medioambiente que repercuten adversamente en su salud, tranquilidad y también en el valor y posibilidad de usar su patrimonio, está tutelado.

El Art. 682° faculta al juez a decretar acciones a fin de persuadir al eventual dañador de no continuar lesionando los bienes jurídicamente protegidos, justamente en función del valor de los bienes tutelados, se tramita por la vía sumarísima.

Otro remedio es el interdicto de obra nueva, Art. 683°, si es que esta afecta al medioambiente por emisiones, ruidos o emanaciones. Su operatividad es ex post facto.

El proceso civil está diseñado para la tutela del interés subjetivo y patrimonial. Pero como se ha visto, el medioambiente tiene un carácter difuso y titularidad colectiva, esto hace difícil y complicada su adecuación para la tutela de los intereses de grupo,

[484] También el Art. 684° puede ser de utilidad en caso de daños ambientales por construcciones. "Cuando la demanda persigue la demolición de una obra en ejecución que daña la propiedad o la posesión del demandante, puede el Juez disponer la paralización de los trabajos de edificación. Igualmente puede ordenar las medidas de seguridad tendientes a evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad."

colectivos y difusos, también de hechos ambientalmente relevantes. El Art 82°[485] Patrocinio de intereses difusos extiende la legitimación a colectivos organizados ongs, pero con la anuencia del juez.

En cuanto al daño ambiental, se busca más reparar o recomponer el daño o el cumplimento de la normativa ambiental que prevenir. Desde una óptica preventiva, es preferible la aplicación de multas que desalienten las conductas dañosas que puedan producir contaminación y degradación ambiental antes que estas sucedan. Lo recaudado por las multas se debe emplear en obras de recuperación ambiental, en favor de las comunidades afectadas y no ingresar al presupuesto del ente sancionador o al erario nacional.

4.2.2.1 Aspectos problemáticos del proceso civil orientado a la tutela del medio ambiente y los recursos naturales.

El proceso civil, concebido para situaciones de protección de los derechos individuales, presenta aspectos problemáticos cuando se intenta aplicar esta vía para defender derechos dentro de un ámbito de visión colectiva. Donde los derechos son colectivos, el patrimonio y frutos son también colectivos y los daños afectan a colectividades enteras.

Los principales aspectos problemáticos del proceso civil respecto de la Litis de carácter ambiental son:

---

[485] Art. 82°.- Patrocinio de intereses difusos. Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.
Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.
En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.
La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción."

a. Problema de legitimación activa de la defensa de los derechos colectivos.

b. La notificación de las personas vinculadas al proceso a fin de que puedan participar y ser oídas, como una de las garantías del debido proceso.

c. La cosa juzgada [*res judicata*]. En nuestro sistema procesal, esta tiene efectos solo a las partes del proceso. Si se trata de un colectivo o grupo indeterminado, la declaración final debiera ser aplicable a todas las personas interesadas en el proceso, así no hayan sido partes del mismo.

El Art. 82° CPC lo contempla así. – la sentencia tiene efecto en todos, hayan participado o no en el proceso.

Lo señalado da cuenta de importantes déficits del régimen procesal y de la gobernanza ambiental para facilitar el acceso a justicia por el ciudadano en forma individual, o en grupo a fin de garantizar la aplicación de la legislación ambiental y en particular del derecho administrativo sancionador.

Con una mirada desde la legislación comparada, el caso de Lago Agrio es ilustrativo de la búsqueda de soluciones creativas la legitimación. En este caso quedó establecida mediante el mecanismo de la *actio popularis.*

4.3 La tutela del medioambiente y recursos naturales en la Política Nacional del Ambiente.

La Política Nacional del Ambiente, establecida en el Art. 67° constitucional, se entiende como el principal instrumento de gestión que tiene el Estado para el logro del desarrollo sostenible. Orienta las actividades públicas y privadas y tiene como sustento la integración de los aspectos ambientales, sociales y económicos de las políticas públicas.

Esta ve su desarrollo en la Ley General del Ambiente, N° 28611. En su Art. 3°.- Del rol del Estado en materia ambiental, establece que "El Estado, a través de sus entidades y órganos correspondientes, diseña y aplica las políticas, normas, instrumentos, incentivos y sanciones que sean necesarios para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades…". En el Art. 8°.-

De la Política Nacional del Ambiente, se establece su definición legal: "La Política Nacional del Ambiente constituye el conjunto de lineamientos, objetivos, estrategias, metas, programas e instrumentos de carácter público, que tiene como propósito definir y orientar el accionar de las entidades del gobierno nacional, regional y local; y del sector privado y de la sociedad civil, en materia ambiental."[486]

Las políticas públicas sirven para definir objetivos, metas y lineamientos de la marcha y conducción del Estado, en sus diferentes niveles y ámbitos. Estas son directrices que orientan y priorizan el uso de recursos y medios del estado y la sociedad, para lograr los fines y objetivos sociales los cuales tienen también valor político.

Entonces el objetivo de la Política Nacional del Ambiente es: "…mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona."[487]

La Política Nacional del Ambiente se vincula con las demás políticas públicas. "En tal sentido, los procesos de planificación, decisión y ejecución de políticas públicas en todos los niveles de gobierno, incluyendo las sectoriales, incorporan obligatoriamente los lineamientos de la Política Nacional del Ambiente."[488]

La praxis de la política estatal de protección del medio ambiente y los recursos naturales, requiere un conocimiento analítico previo, el cual, junto a unos juicios de valor concretos, guiará coherentemente aquella intervención estatal, que tienen necesariamente connotaciones económicas y sociales.

La Política Nacional del Ambiente, está sujeta a la elaboración de decisiones respecto a la resolución de los problemas ambiéntales las cuales están vinculados a aspectos económicos y sociales. No hay problemas puramente ambientales, son problemas sociales multidimensionales que involucran no solo la economía sino también la

[486] Vide Art. 8.1° LGA
[487] Vide Art. 9°.-LGA
[488] Vide Art. 10°.

política y la conciencia ambiental. En este sentido, es consustancial el trabajo multidisciplinar entre el derecho y la economía. Para Jean Meynaud, hay numerosos factores cuyo análisis corresponde a la Ciencia política [y el Derecho] y que son susceptibles a influir sobre la acción económica gubernamental que incluyen: la estructura y modo de funcionamiento de las instituciones, el juego de las fuerzas que pesan sobre los centros de decisión, las actitudes y conductas de funcionarios y parlamentarios, entre otros.[489]

La tutela del medioambiente y los recursos naturales por el estado que usa como herramienta política ambiental tiene la debilidad inherente de la difícil concepción que reflejan los plazos y marcos temporales y la participación y motivaciones de los diferentes actores, los que contaminan y los que sufren la contaminación. "A este respecto, constituye una notable dificultad el hecho que, en general, los beneficios de las medidas medioambientales sean intangibles, se produzcan a largo plazo y afectan a gran número de personas (conjunto de ciudadanos y futuras generaciones), en tanto que los costes de esas medidas son monetarias, se hacen efectivas de inmediato y perjudican un número reducido de agentes pero con una influencia socio económica relevante (empresas productoras de los sectores afectados)."[490]

De allí que "Esas particularidades en la distribución de los efectos de la política ambiental, que los hace evidentes para los perjudicados, y difícilmente apreciables para los beneficiarios, pueden explicar el bloqueo a que se ve sometida la aprobación de algunas medidas o la falta de interés de los gobiernos por hacerlas efectivas."[491]

Dentro de los lineamientos ambientales básicos de la Política Nacional del Ambiente, destacan "El respeto de la dignidad humana y la mejora continua de la calidad de vida de la población, asegurando una protección adecuada de la salud de las personas." [492] de esta manera "La prevención de riesgos y daños ambientales, así como la prevención y el control de la contaminación ambiental, principalmente en las fuentes emisoras. En

[489] Cfr. Meynaud, Jean. Los grupos de presión. Bs As: Eudeba 1972
[490] Barberan, Ramón y Pilar Egea. Las políticas del medioambiente y de los consumidores En: Jordán, La economía de la Unión Europea. Madrid: Civitas. 1999 pg. 414
[491] Barberan op. Cit. pg. 414
[492] Vide Art. 11°a. de la LGA

particular, la promoción del desarrollo y uso de tecnologías, métodos, procesos y prácticas de producción, comercialización y disposición final más limpias."[493]

4.4 Tutela del medio ambiente y los recursos naturales desde el ámbito administrativo y sectorial.

El Derecho Administrativo ha concebido desde siempre la materia ambiental, de una manera sectorial.

La característica de la actuación administrativa es por lo general ex ante, queda claro que en el caso del derecho administrativo sancionador, primero se da el hecho que traerá en su momento la respectiva sanción.

En el ámbito administrativo se da cumplimiento a la legislación ambiental, de una forma que se caracteriza por ser de tipo regulatorio y la fijación de estándares y límites máximos permisibles, esto último con una dimensión preventiva y precautoria.

El manejo sectorial del ambiente y los recursos naturales es una realidad que está inserta en la estructura propia del Estado. El poder ejecutivo, a través de los sectores regula y maneja áreas y espacios diferenciados mediante organismos especializados y la aplicación de Leyes específicas como LGA, LRH, LGRS cuyos reglamentos ha elaborado. Cuando ocurre la infracción de los reglamentos, el derecho administrativo sancionador aplica medidas coercitivas, pero si hubiere indicios de delitos o faltas los procuradores sectoriales deberán accionar ante las instancias jurisdiccionales correspondientes.

El instrumento base, con fundamentos técnicos y científicos, que sustenta el criterio de aprobación o rechazo de inversión pública o privada es el Estudio de Impacto Ambiental EIA. En la actual configuración, en que la calificación del EIA está a cargo del propio sector, convierte a este en Juez y parte, donde es claro el conflicto de intereses que se presenta. Debe de valorarse el EIA en su dimensión preventiva, que busca evitar graves daños al ambiente que ocasionarán ingentes gastos sociales en salud pública, productividad y degradación de valiosos recursos materiales que

[493] Vide Art. 11°b. de la LGA

afectan la sostenibilidad y viabilidad de la economía nacional. A veces la visión promotora de corto plazo del sector, prima sobre la conservación y protección del medioambiente y los recursos naturales.[494]

La legislación ambiental, como conjunto de normas para la protección y cuidado del medioambiente y los recursos naturales para ser aplicadas por los sectores está conformada principalmente por regulaciones, estándares, requisitos y medidas. También incluye diferentes normas de menor jerarquía como órdenes, licencias, disposiciones y permisos. A fin de hacer cumplir la necesaria normatividad ambiental que asegure la protección y cuidado del medioambiente y los recursos naturales, además de afirmar el derecho de cada persona de disfrutar de un ambiente adecuado, la administración pública tiene el poder sancionador ante la violación o incumplimiento de la legislación ambiental que emana del *ius imperium* del Estado.

El Poder Ejecutivo, a través de sus sectores y niveles de la Administración Pública, están en contacto directo con la población. Es el actor principal y determinante de la adecuada protección y cuidado del medioambiente y los recursos naturales. Sus actos, omisiones y demoras tienen un efecto tan dañoso sobre la población, el medioambiente y los recursos naturales como la contaminación tóxica, vertimientos y efluentes.

En torno a la tutela del medioambiente y los recursos naturales por la Administración, tres importantes normas dentro del ordenamiento jurídico dan pautas y orientaciones específicas: la LOPE, LFGA y LPAG.

La Ley Orgánica Del Poder Ejecutivo Ley Nº 29158, da las pautas e indicaciones que vinculan los actos de la administración al beneficio del ciudadano y la sociedad. "Las entidades del Poder Ejecutivo están al servicio de las personas y de la sociedad; actúan en función de sus necesidades, así como del interés general de la nación, asegurando que su actividad se realice con arreglo a: 4. Sostenibilidad ambiental: la gestión se orienta al uso racional y sostenible de los recursos naturales…. 8. Prevención: gestión para enfrentar los riesgos que afecten la vida de las personas, y para asegurar la prestación de los servicios fundamentales que les estén conferidas."

[494] También a nivel sectorial son visibles las presiones de los lobbies empresariales e intereses netamente económicos, tanto nacionales como extranjeros.

Por su parte la Ley General del Ambiente Ley Nº 28611, enuncia el Principio de gobernanza ambiental[495] donde se establecen pautas para el diseño de las políticas públicas con relevancia ambiental que incluye a la acción de los sectores. Específicamente en el Art. 118°.- De la protección de la calidad del aire, hace referencia a la acción de las autoridades y se establece que "Las autoridades públicas, en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, adoptan medidas para la prevención, vigilancia y control ambiental y epidemiológico, a fin de asegurar la conservación, mejoramiento y recuperación de la calidad del aire, según sea el caso, actuando prioritariamente en las zonas en las que se superen los niveles de alerta por la presencia de elementos contaminantes, debiendo aplicarse planes de contingencia para la prevención o mitigación de riesgos y daños sobre la salud y el ambiente."

La fiscalización y sanción ambiental, regulada en el Art. 130°, se define como "las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares, que realiza la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes a fin de asegurar el cumplimiento de las normas (ambientales)…".

Las acciones de protección y tutela del medioambiente y los recursos naturales por la administración, así como la participación de los administrados, tanto como receptores de las acciones de la administración o como infractores de las normas administrativas, están regulada por la Ley 27444: Ley del Procedimiento Administrativo General **-** LAPG. Leemos en el Título preliminar, Art. IV.- Principios del procedimiento administrativo, el Principio de celeridad. "Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento."

[495] Vide. Título preliminar. Art. XI.- Del principio de gobernanza ambiental se busca la " armonización de las políticas, instituciones, normas, procedimientos, herramientas e información de manera tal que sea posible la participación efectiva e integrada de los actores públicos y privados, en la toma de decisiones, manejo de conflictos y construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades claramente definidas, seguridad jurídica y transparencia."

Asimismo, en el Art. 136° el régimen general de sanciones administrativas por infracciones de normas ambientales que incluye sanciones y medidas coercitivas como: amonestaciones, multas, decomiso temporal o definitivo, paralización o restricción de la actividad causante de la infracción, clausura total o parcial del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la infracción, suspensión o cancelación de la licencia, permiso, concesión o cualquier otra autorización. Esto se complementa con medidas correctivas: cursos de capacitación ambiental obligatorios; adopción de medidas de mitigación del riesgo o daño; imposición de obligaciones compensatorias; procesos de adecuación conforme a los instrumentos de gestión ambiental propuestos por la autoridad competente.

En el Art. 148° se establecen Reglas para la celeridad, las cuales son muy pertinentes para los casos de afectaciones al medioambiente y los recursos naturales. Para asegurar el cumplimiento del principio de celeridad de los procedimientos, se observan las siguientes reglas: 3. Al solicitar trámites a ser efectuados por otras autoridades o los administrados, debe consignarse con fecha cierta el término final para su cumplimiento, así como el apercibimiento, de estar previsto en la normativa. 4. En ningún caso podrá afectarse la tramitación de los expedientes o la atención del servicio por la ausencia, ocasional o no, de cualquier autoridad. Las autoridades que por razones de licencia, vacaciones u otros motivos temporales o permanentes se alejen de su centro de trabajo, entregarán a quien lo sustituya o al superior jerárquico, los documentos y expedientes a su cargo, con conocimiento de los administrados.

Art. 1°. - Concepto de acto administrativo. Se define y aclara que son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta. Es decir engloba a licencias de actividades que pueden impactar o impacten el medioambiente, también en las infracciones a normas administrativas referidas al cuidado y protección del ambiente etc.

Art. 17°- Eficacia anticipada del acto administrativo. Art. 17.1 La autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, sólo si fuera más favorable a los administrados. Se podría entender de manera

extensiva que también se incluyen las condiciones que hacen posible la vida y salud del administrado, es decir la estabilidad del ecosistema que lo circunda.

En cuanto al tema de probanza, no es inusual que en el caso de agravios al medioambiente se requieren realizar peritajes especializados. El Art. 176°.- precisa que "Los administrados pueden proponer la designación de peritos a su costa, debiendo en el mismo momento indicar los aspectos técnicos sobre los que éstos deben pronunciarse." Es decir se promueve al perito de parte, mientras que la propia administración "… se abstendrá de contratar peritos por su parte, debiendo solicitar informes técnicos de cualquier tipo a su personal o a las entidades técnicas idóneas para dicho fin, preferentemente entre las facultades de las universidades públicas."[496] Con la formulación citada, la Administración contraviene los principios de neutralidad, competencia y transparencia debido a que los medios que propone devienen en ineficaces e insostenibles pues dependen del favor o arreglos internos, ya que no se ofrece el justo pago por los servicios recibidos.

Desde la perspectiva de la administración, según reza el Art. 194°, "…esta puede proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos, cuando *la obligación derive del ejercicio de una atribución de imperio de la entidad o provenga de una relación de derecho público sostenida con la entidad…"*

4.4.1 Responsabilidad de la Administración por el daño ambiental.

El mandato constitucional establece que todo ciudadano tiene el derecho de gozar de un ambiente sano y saludable para su vida , de allí que la Administración tiene responsabilidad respecto del cuidado del medioambiente en dos grandes importantes espacios: a) velar por la protección y cuidado del medioambiente y los recursos naturales ante acciones realizadas por actores privados o públicos, y b) responder por los daños al medioambiente y los recursos naturales causados por su propia actividad económica, que se verifica en la prestación de servicios públicos y demás actividades de los entes del Estado.

[496] Vide cfr Art.176°.2 LPAG

Se debe de considerar también la responsabilidad por los daños causados por terceros, cuyas actividades han sido autorizadas, o se haya obrado con negligencia en la regulación de los **niveles** máximos permisibles o estándares de emisión de elementos tóxicos o efluentes al cuerpo receptor.

Si bien se entiende la responsabilidad por daños, cuando estos son individualizados y se comprueba el nexo causal sobre bienes o derechos de un particular afectado, pero cuando se verifican daños al medioambiente y los recursos naturales, nos encontramos ante un bien jurídico autónomo cuya titularidad la ostenta la sociedad toda. Ante la existencia de daños al medioambiente y los recursos naturales por acciones u omisiones de la Administración, su responsabilidad se fundamenta en el deber de actuación conforme al interés público y la prohibición de todo acto arbitrario de la Administración.

Será el MP, como custodio de la legalidad, el ente encargado de iniciar las acciones de oficio ante los daños o agravios al medio ambiente y los recursos naturales, causados por la Administración. Esta tarea también legitima la Defensoría del Pueblo y los propios ciudadanos, que al final son los principales afectados.

El poder ejecutivo a través de sus órganos, desarrolla actividades en cada una de sus funciones, además de la prestación de servicios públicos, cualquiera de estas puede ocasionar daños al ambiente. Los hechos determinaran la existencia de responsabilidad de la administración pública, de sus autoridades y funcionarios.

Si bien la administración vela por el cumplimiento de la legislación ambiental por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, la propia administración es pasible de infligir daños al medioambiente y los recursos naturales por sus propios actos, ya sea por acción u omisión. En esos casos la administración incurre en responsabilidad. De la legislación comparada, la Ley LRJPAC [497] de España regula los supuestos de responsabilidad de la administración por el daño ambiental nos aporta interesantes aspectos.

Para la protección del medioambiente y los recursos naturales, la Ley General del Ambiente (LGA) constituye el marco y pilar central que ordena organiza y guía el

[497] cfr LRJPAC Actualizada 2014, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común arts. 139º-146º

accionar de la administración y los órganos pertinentes. Leemos en el Art. 131°…"las personas naturales o jurídicas que generen impactos ambientales significativos están sometidas a las acciones de fiscalización y control ambiental que determine el MINAM y las demás autoridades competentes".

Cuando se trata de la responsabilidad ambiental, la LGA establece que "El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar"[498].

De manera complementaria a la legislación civil, la LGA establece el régimen administrativo por daño ambiental (Art. 135° al 141°), para luego desarrollar a partir del Art. 142° los criterios que deben ser tomados en cuenta para la responsabilidad ambiental, y que se relacionan directamente con la calidad de vida de las personas, la salud humana o el patrimonio natural que pudiera ser afectado.

La **LGA** determina que se configura la responsabilidad solidaria entre los titulares de las actividades causantes de la infracción y los profesionales o técnicos responsables de la mala elaboración o la inadecuada aplicación de instrumentos de gestión ambiental de los proyectos, obras o actividades que causaron el daño.

No puede negarse la posibilidad del daño al medioambiente, de aquí que el objeto del daño es el medioambiente, y debe de tenerse en cuenta que este es un bien autónomo y se caracteriza por su carácter colectivo o público, por su indeterminación, su dificultad de evaluación o incluso en determinados casos, por su irreversibilidad.

La responsabilidad administrativa surge por:

a. daños causados al *res nullius* que forman parte de la definición de medioambiente

[498] Vide. Título preliminar Art. IX LGA

b. los daños causados a bienes públicos, incluyendo aquellos cuya protección corresponde a la propia Administración causante del daño.

En el caso de daños al *res nullius* y en el caso de bienes de dominio público cuya tutela corresponde a la propia Administración que los ha dañado, únicamente se podría plantear una reclamación a tal dependencia con base en que la restauración y mejora del medioambiente es su función y deber. Al haberse producido el daño, claramente se habría incumplido dicha función o deber.

Dado el carácter de estos bienes y la titularidad, se plantea la cuestión de quién va a tener legitimación para exigir la correspondiente responsabilidad a la administración. Cualquier persona podría plantear la reclamación con base en su aspecto social o colectivo y reclamar la existencia de una acción pública a través de un mecanismo procesal como la *actio popularis.*

La administración puede causar daño ambiental no solo por acción o culpa "*in commitendo*" sino también por omisión o culpa "*in ommitendo*" o culpa "*in vigilando*"

Si se producen daños al medioambiente por la administración pública a consecuencia de su actuación, siendo su deber la protección del interés público, se estaría produciendo una desviación de poder, por la vulneración al principio de actuación administrativa conforme al interés público

Se requiere que la acción u omisión administrativa sea causa determinante en la producción del daño por omisión o culpa "in ommitendo", o si la la causa del daño es por la falta de vigilancia que la legislación ambiental le impone, estamos ante culpa "in vigilando".

Si la Administración tiene encomendada la función de proteger el medioambiente y la obligación de evitar el daño y este se ha producido, su funcionamiento ha sido deficiente, por lo que ésta es responsable. Pero también es responsable por daños causados por terceros, si el administrado ha obrado dentro de las prescripciones legales, administrativas y las condiciones de la licencia y causado daños al medioambiente, la causa será la falta de diligencia administrativa en la previsión de los daños, por lo que la propia Administración será responsable.

No todos los daños al medioambiente son puntales sino que también pueden darse casos de daños continuados o de carácter permanente, como por ejemplo el perjuicio causado por un botadero de residuos sólidos en un área bajo control municipal.

En la LGA, Art. 130°.2 Toda persona, natural o jurídica, está sometida a las acciones de fiscalización que determine la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes. Las sanciones administrativas que correspondan, se aplican de acuerdo con lo establecido en dicha Ley.

Se puede concluir que la responsabilidad de la Administración por el daño ambiental tiene sustentos en los principios que rigen la administración: responsabilidad, de actuación conforme al interés general y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En nuestro ordenamiento no existe una regulación específica de la responsabilidad de la administración por daños al medioambiente, ya sea como ente jurídico público o bajo la forma de persona jurídica de derecho privado, concomitantemente, hay serios problemas de legitimación para reclamar el daño o interponer una acción contra la Administración, ya sea como persona pública o en su actuación bajo el régimen privado.

Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos; Cap. 4, Arts. 31º al 36º

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, Ley 27785, en el Art. 22 inc. U, establece que la Controlaría General de la República, tiene entre otras atribuciones establecer los procedimientos para que los titulares de las Entidades rindan cuenta oportuna ante el Órgano Rector, por los fondos o bienes del Estado su cargo, así como los resultados de su gestión.

4.4.2 Responsabilidad de funcionarios, por omisión e inacción ante el deber de función, en la protección y tutela del medioambiente y los recursos naturales.

Está establecida la determinación de responsabilidad y sanción, administrativa, penal y de ser el caso de naturaleza civil a los funcionarios, por omisión e inacción ante el deber de función, en la protección y tutela del medioambiente y los recursos naturales, o si lo hubiere su claro y oportuno descargo. Difícil encargo que reciben los funcionarios por la débil institucionalidad, clientelismo, pobre carrera de servicio civil, pobre capacitación y en muchos casos, falta total de idoneidad! Ambas propuestas son vistas desde una perspectiva ius económica pues se reconocen la existencia de motivaciones e incentivos económicos.

Si hablamos de la respuesta proactiva de los funcionarios, se pueden identificar motivaciones e incentivos de índole económica como las siguientes: asegurar su puesto de trabajo e ingresos familiares; complementar sus bajos ingresos; ahorro de esfuerzos, ahorro en costos de capacitación y equipamiento, entre otros.

La adecuada implementación de las dos propuestas, para fortalecer la tutela del Estado del medioambiente y los recursos naturales, importa el firme ejercicio de la autoridad y tienen muy bajo costo. Al final reportan elevados e importantes beneficios de rentabilidad social y ambiental.

4.4.3 La captura del regulador.

Se refiere a la influencia de las empresas dominantes de un sector sobre el control regulatorio y legal a la que están sometidas, para obtener ventajas económicas y reducir los costos legítimos. Está motivada por la lógica económica que ve sus beneficios y costos, pero que al final resulta en deterioro del erario público y la sociedad en general. Su extensión puede variar desde el tráfico de influencias y el uso de información privilegiada, hasta la prevaricación a favor de los intereses del actor dominante. Se realiza por acción de los lobbies de grupos de poder económico que hacen uso de la falta de transparencia, limitada publicidad y casi nula participación ciudadana institucionalizada. Se dan los casos en que el regulador defiende los intereses de la empresa dominante, creando barreras de entrada para las empresas competidoras, concediendo privilegios legales, monopolios, concesiones e influyendo en el proceso legislativo de forma favorable para su patrón. La modalidad de puertas revolventes

premia la labor de funcionarios que se alejan del regulador, con puestos bien remunerados al interior de las empresas reguladas.

4.4.4 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental OEFA

Para el caso de la OEFA, si bien su accionar se basa en verificar agravios al medioambiente y sancionarlas mediante multas, las que han sido de magnitudes sin precedentes, la lógica que sigue es punitiva. No ofrece alternativas ni opciones a los infractores para que haciendo uso de las fuerzas del mercado o la innovación como incentivo, puedan reducir sus multas a la vez que remedian o restauran, en lo posible, el daño ambiental causado, de manera menos onerosa.

No se puede decir entonces, que este organismo fiscalizador tenga o aplique una perspectiva ius - económica, como el propuesto y desarrollado en el presente trabajo de investigación.

4.5 Tutela del medioambiente y los recursos naturales desde el Ámbito jurisdiccional.-

Si bien el ciudadano de a pie está en directo contacto con los órganos de la Administración, cuando esta no le atiende, o resuelve oportunamente su pedido de tutela de sus derechos: por ejemplo, la cesación de la contaminación acústica o por tóxicos, vertimientos o emisiones, conductas u obras que afectan su vida, salud y tranquilidad, es decir, al no encontrar la necesaria satisfacción por la inacción o demoras, una vez agotada esta via administrativa (incluye a la policía ecológica y las municipalidades), se ve obligado a usar las vías que le franquea la Constitución y la Ley. El punto de partida es el juzgado, ya sea para presentar una demanda, proceso constitucional o denuncia penal.

Nuestro sistema judicial no dispone de Juzgados especializados en materia ambiental. Además no hay amplio conocimiento del tema, el sistema tarda mucho, no hay

mecanismos idóneos para la tutela eficaz y oportuna del daño ambiental. Esto se refleja en toda la cadena jurisdiccional, ya sean Juzgados; Corte Superior o la Corte Suprema.

4.5.1 Aspectos constitucionales que regulan el accionar jurisdiccional.

Podemos ver a continuación que, si bien, la regulación constitucional del accionar jurisdiccional no ha sido pensado específicamente para que sea funcional a la tutela del medioambiente y los recursos naturales, su estructural y los principios guía son útiles para la solución de conflictos de índole ambiental y para reforzar la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado. Así tenemos:

Art. 138°. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Art. 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

> 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.
>
> 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

6. La pluralidad de la instancia.

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

18. La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida.

20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

Art.148°. Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

Art. 149°. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

4.5.2 En la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La LOPJ incluye en su articulado diferentes disposiciones que también pueden ser asimiladas a facilitar la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

Art. 4°.- Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Art. 6°.- Todo proceso judicial, cualquiera sea su denominación o especialidad, debe ser sustanciado bajo los principios procesales de legalidad, inmediación, concentración, celeridad, preclusión, igualdad de las partes, oralidad y economía procesal, dentro de los límites de la normatividad que le sea aplicable.

Art. 7°.- En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso. Es deber del Estado, facilitar el acceso a la administración de justicia, promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito.

Art. 22°.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Art. 46°. Este artículo señala que los tipos de juzgados especializados son los siguientes: 1. Juzgados Civiles; 2. Juzgados Penales; 3. Juzgados de Trabajo; 4. Juzgados Agrarios; 5. Juzgados de Familia; y, 6. Juzgados de Tránsito y Seguridad Vial. Asimismo, la Corte Suprema, atendiendo a las necesidades del servicio judicial y a la carga procesal, puede crear otros juzgados de distinta especialidad y definir su competencia. En este trabajo consideramos que se puede añadir la competencia ambiental a juzgados ya existentes, como sería el caso de los juzgados agrarios debido a la afinidad del tema. Las consideraciones expuestas también serían aplicables para las S**a**las Agrarias[499].

4.5.3 El proceso Contencioso-Administrativo[500]

En nuestra búsqueda de fortalecer la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, tomamos nota que los administrados también tienen acceso por la vía del proceso Contencioso Administrativo a la revisión judicial de resoluciones o dictámenes administrativos que considere inapropiados o erróneos en lo ambiental con incidencia en la vida, la salud y bienestar de las personas que incluye también los efectos y daños económicos a particulares y empresas.

La Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo LEY Nº 27584 señala lo siguiente:

[499] Cfr. Art. 43°
[500] Cfr. Art. 23°

Art. 1.- Finalidad el *control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.*

Art. 3.- Exclusividad del proceso contencioso administrativo. *Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo*, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales.
Art. 4.- Actuaciones impugnables. Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:
1. *Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.*
2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.
3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.

Art. 5.- Pretensiones En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:
1. La *declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.*
2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.

Art. 11.- Legitimidad para obrar activa *quien afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnable materia del proceso.*

Art. 12.- Legitimidad para obrar activa en tutela de intereses difusos *Cuando la actuación impugnable de la administración pública vulnere o amenace un interés difuso, tendrán legitimidad para iniciar el proceso contencioso administrativo*: 1. El

Ministerio Público, que en estos casos actúa como parte. 2. El Defensor del Pueblo. 3. *Cualquier persona natural o jurídica*.

Art. 13.- Legitimidad para obrar pasiva. La demanda contencioso administrativa se dirige contra:

1. La entidad administrativa que expidió en última instancia el acto o la declaración administrativa impugnada.

2. La entidad administrativa cuyo silencio, inercia u omisión es objeto del proceso.

3. La entidad administrativa cuyo acto u omisión produjo daños y su resarcimiento es discutido en el proceso.

4. La entidad administrativa y el particular que participaron en un procedimiento administrativo trilateral.

5. *El particular titular de los derechos declarados por el acto cuya nulidad pretenda la entidad administrativa que lo expidió en el supuesto previsto en el segundo párrafo del Artículo 11 de la presente Ley*.

6. *La entidad administrativa que expidió el acto y la persona en cuyo favor se deriven derechos de la actuación impugnada en el supuesto previsto en el segundo párrafo del Artículo 11 de la presente Ley*.

Art. 18.- *Agotamiento de la vía administrativa* Es requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa.

Art. 19.- Excepciones al agotamiento de la vía administrativa

No será exigible el agotamiento de la vía administrativa en los siguientes casos:

1. Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del Artículo 11 de la presente Ley.

Art. 20.- *Requisitos especiales de admisibilidad* 1. El documento que acredite el agotamiento de la vía administrativa, salvo las excepciones contempladas por la presente Ley.

Art. 21.- *Improcedencia* de la demanda La demanda será declarada improcedente en los siguientes supuestos: 3. Cuando el administrado no haya cumplido con agotar la vía administrativa.

El control jurisdiccional de los actos de la Administración, respecto de temas de incidencia ambiental u otros tiene todas las garantías y mecanismos que permiten y facilitan su accionar rápido y efectivo para solucionar la variedad de situaciones con celeridad. Así por ejemplo: El proceso oral; la acumulación de pretensiones; el proceso urgente; la notificación electrónica;

Se puede concluir que el proceso contencioso administrativo abarca un amplio espectro de relaciones vinculadas a la regulación de aspectos ambientales entre los que se tienen: los actos administrativos del ejecutivo como el silencio administrativo; inercia u omisión de la administración pública; actuación material no sustentada en acto administrativo; actos administrativos que vulneren normas del ordenamiento jurídico; actuaciones u omisiones respecto de los contratos de la administración pública; actuaciones administrativas sobre personal dependiente de la administración pública; impugnación de resolución administrativa; actos administrativos de los organismos constitucionales autónomos; actos administrativos de los gobiernos regionales; actos administrativos de los gobiernos locales; actos administrativos de los otros organismos; actos o declaraciones administrativas.

4.5.4 El rol de los jueces en la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. Una mirada desde el ámbito internacional.

El Poder Judicial es un verdadero poder del Estado que sirve de contrapeso a los otros dos poderes[501]. Su función es la de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la nación[502]. De no cumplirse los aspectos que afecten el bienestar general, en situaciones que el Poder Legislativo o Poder Ejecutivo dejan de lado sus funciones emanadas de la Constitución, el ámbito jurisdiccional, en cumplimiento de la separación de poderes consagrado constitucionalmente, deberá reparar y corregir

[501] vide. Art. 43° constitucional
[502] vide. Art. 44° constitucional

omisiones o desvíos normativos, ya que constituye el último baluarte que tenemos los ciudadanos para la protección y tutela del medioambiente y los recursos naturales.

El interés y preocupación por la solución de los problemas que atañen a la protección del medioambiente y los recursos naturales es sentida por la sociedad de manera amplia. Esto se puso en evidencia en la XVI Cumbre Judicial iberoamericana, que se llevó a cabo del 25 al 27 de abril de 2012, en la ciudad de Buenos Aires.

Luego de extensas discusiones y deliberaciones, desde los más disimiles puntos de vista y enfoques, se logró un acuerdo consensuado sobre la actuación de los jueces y poderes judiciales iberoamericanos con respecto a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental.

En la Declaración de Buenos Aires, se propone que los órganos jurisdiccionales adopten políticas de gestión ambiental e incentiven medidas para el uso racional y sostenible de los recursos naturales. También que los órganos jurisdiccionales consideren su responsabilidad socio ambiental en su planificación estratégica, incluyendo: a. la adopción de las medidas de protección del medioambiente que sean posibles o necesarias; b. la exigencia de una responsabilidad ambiental a los jueces y funcionarios en el desempeño de sus obligaciones; y c. la preferencia de prácticas que combatan el desperdicio de recursos naturales, incentiven la sostenibilidad y eviten daños al medio ambiente.

En dicha Declaración[503] se consignaron las principales preocupaciones que reflejan el sentir de los jueces de la región:

"Es importante que los mecanismos procesales de cada país aseguren una amplia participación de la ciudadanía y de la sociedad en acciones judiciales que guarden relación con el medio ambiente."

"Es importante que el juez de la causa o tribunal competente, siempre que lo estime necesario o conveniente, realice audiencias públicas para esclarecer cuestiones relevantes para el juicio de acciones ambientales, en las que conozca la opinión de la

[503] Declaración de Buenos Aires 2012. XVI Cumbre Judicial Iberoamericana. Grupo Justicia Medioambiental

sociedad y recabe declaraciones técnicas de especialistas sobre aspectos relevantes a la hora de dictar sentencia."

"Se necesita que todos los jueces, aunque no juzguen directamente acciones ambientales, tengan conocimientos de educación ambiental y dispongan de formación adecuada para desempeñar el cargo conforme a los principios de sostenibilidad y a una utilización de los recursos materiales a su alcance. "

4.5.5 **Sobre el activismo ambiental judicial**

Desde la clásica posición decimonónica del juez como boca de la ley, con mínimos poderes, al Juez Hércules[504] de Dworkin, hay una enorme brecha. La judicatura, haciendo uso de la Constitución afirma su rol de contrapeso de los otros dos poderes y busca, a través de sus sentencias cubrir vacíos legislativos o corregir situaciones que agravien a la sociedad, cuando la legislación no esté debidamente sintonizada con la realidad social.

El movimiento del neo constitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, para el profesor Prieto Sanchís, es la forma como hoy, de finales del siglo XX, se entiende a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica[505]. Para el profesor Comanduci, se trata de la constitucionalización de la política y el derecho. De un nuevo constitucionalismo principista y garantista, con valor propio y aplicación inmediata, de la universalización de los derechos humanos y su radicalización como núcleo duro de las culturas jurídico-constitucionales democráticas, y de la superación y suplantación de la insuficiencia del enfoque positivista, formalista y exegético de los textos constitucionales[506]. Entre un importante número de académicos y magistrados, el profesor Zagrebelsky en Italia, es bastante activo en su difusión y promoción. En Europa ha resonado favorablemente en la judicatura, introduciendo un frescor que

[504] Un juez mítico e ideal que ilustra la posibilidad de la solución de problemas difíciles con justicia
[505] Prieto Sanchís, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid: Trotta, 2003, pg. 101
[506] Cfr. Comanducci, P. et al. Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo. 2009

vibra armónicamente con la renovada sensibilidad de la sociedad, que se ve afectada directamente por la contaminación y agravios al medioambiente y los recursos naturales; a su vez preocupada por el futuro de sus hijos o nietos, forjándose lazos de solidaridad y responsabilidad. Nos dice Zagrebelsky "… los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre la ley, derecho y justicia."[507]

El llamado activismo judicial ambiental es una suerte de acompañamiento de la judicatura a las acciones que se dan en la sociedad, sintonizado con la labor de activistas ambientales, que *promueven la protección del medioambiente, de poblaciones vulnerables y etnias desprotegidas.*

Bajo este nuevo relacionamiento se vislumbra soluciones a la protección de los nuevos derechos[508] que no logran su adecuada protección a través del Derecho en la práctica, como una vía superior a la tradicional acción política.

El modelo del derecho positivo propugna la aplicación mecánica de la norma, como premisa mayor de un silogismo que subsume en la premisa menor, que representa el hecho concreto, la solución que establece la ley. Ese modelo, en los casos de hechos ambientales presenta serias dificultades y limitaciones ya que la norma no es única y pueden haber varias normas distintas, de carácter administrativo o sectorial, costumbres o normas reglamentarias o de fuente extranjera, por lo que no siempre es fácil determinar la norma aplicable; por otro lado, la determinación del hecho reviste serias dificultades por la naturaleza del mismo: acumulación de contaminantes y tóxicos en el espacio, efectos difusos y combinatorios sobre los diferentes seres vivos en el tiempo, así como la afectación simultánea los diferentes componentes del medioambiente.

Desde una perspectiva civilista, el consagrado principio dispositivo que otorga el poder a las partes de un conflicto por sobre la labor del juez, que hace de observador y arbitro

[507] Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Trotta. 8° ed. 2008. pg. 153
[508] Los derechos económicos sociales y culturales DESC fueron reconocidos por la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1969

neutral, un concepto como el activismo judicial, no es algo que se pueda aceptar fácilmente. Peyrano, por su parte entiende que el mismo proceso civil, otorga a los jueces facultades y deberes para cumplir de la mejor manera posible su deber de impartir justicia.[509]

Se puede entender la corriente de activismo judicial ambiental como un fenómeno que se asienta en la percepción sobre el importante rol de la magistratura, y el Tribunal Constitucional, con respecto a garantías constitucionales como el *amparo*, que ha cambiado la actitud del público hacia la justicia, generando una suerte de *sed de derechos*, el cual indica que los ciudadanos recurren con mayor frecuencia al sistema judicial para hacer valer exigencias que no obtienen respuestas en otros lugares. García Máynez, por su lado nos recuerda que "A través de la actividad de los jueces, el derecho, como solución de los casos concretos, emerge de la ley. El tribunal es el sitio donde adquiere existencia plena. Lo dicho vale para todo aquello a quienes corresponde la solución de situaciones jurídicas singulares, es decir, para la actividad del fiscal o del abogado y, naturalmente también, para el poder ejecutivo. "[510] Acá se recoge la necesidad de tener en cuenta el principio constitucional de equilibrio de poderes, "Si admitimos que todo orden jurídico tiene la misión de realizar valores sociales- justicia, dignidad, bien común etc. y en determinada situación concreta, o en la gran mayoría de los casos, descubrimos que las prescripciones legales, lejos de realizar esos valores, abiertamente los vulneran, es muy posible que nuestra conciencia jurídica se niegue a admitir que tales prescripciones sean verdadero derecho, y sólo vea en ellas un conjunto de exigencias injustificadas e injustificables o, por decirlo de otro modo, un simple fenómeno de poder."[511]

Lo que se viene a llamar en la actualidad, activismo judicial, tiene raíces y antecedentes en el antiguo derecho español, que está en las Partidas[512].

---

[509] Cfr. Peyrano, Jorge W. Sobre el activismo judicial. En: La Ley 2008-B-837; Peyrano, Jorge W Acerca de la ismos en materia procesal civil En: Themis 58. Lima PUCP pg. 23-27; Peyrano, Jorge W., Medida cautelar innovativa, Buenos Aires: Depalma. 1981

[510] García Maynez, Eduardo. Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo. México DF: Fontamara 2013 pg. 135

[511] García Maynez. Op. Cit . pg 136

[512] Cfr. Partida Tercera, Ley 11, Título IV. El juez tenia el deber de "saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese", para esto disponía de amplias facultades (léase activismo).

4.6 Organismos constitucionales autónomos en su rol de tutela del medioambiente y los recursos naturales.

En la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado están presentes dos organismos autónomos: el Ministerio Público[513] y el Defensor del Pueblo[514], *ambos, según lo dispone el Art. 82° CPC gozan de l*egitimidad activa en la tutela de intereses difusos *y pueden iniciar procesos de defensa del medioambiente y los recursos naturales, y de ser el caso, también el proceso contencioso administrativo.*

4.6.1 El Ministerio Público MP

El Ministerio Público opera ex post facto, su función empieza luego de producido el hecho.[515] Siendo una realidad que los daños al medioambiente pueden ser irreversibles, nos interesa más el énfasis en el rol preventivo.

El derecho penal que es el marco del Ministerio público, es residual, es la última ratio, pero para la tutela efectiva del medioambiente presenta serias limitaciones, sobre todo en su dimensión preventiva.

La función del Ministerio Público está definida en el Art. 1° de su ley orgánica. "El Ministerio Público es el organismo autónomo el Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos del ciudadano y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social[516], así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las

[513] Art. 158° a 160° CPP
[514] Art. 161° y 162° CPP
[515] Situación que abarca la principal y general actuación del MP, sin embargo tiene también el lado preventivo tal como se aprecia en la función de prevención del delito.
[516] Acá se puede incluir el interés de tener una ambiente sano y adecuado para la vida.

demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación."

El fiscal como el titular de la acción penal pública[517] tiene que individualizar al delito ambiental. No se puede imputar a la persona jurídica[518]. Por los resultados observados parece que para el MP denunciar los delitos ambientales se traducen en procesos largos y complicados, por lo que no es la prioridad para el MP que tiene limitaciones de personal y recursos y está desbordado por otro tipo de delitos que amenazan la paz y tranquilidad que afligen a la sociedad.

Los delitos que afectan al medio ambiente y los recursos naturales, están claramente tipificados en el Código Penal, actualizado en el 2008, donde se agravan las penas de los tipos penales existentes y se agrega otros subtipos. Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba[519]. El bien ambiental bajo la tutela del Estado, que incluye a los recursos naturales, tiene características técnicas y ecológicas además de la dimensión social y económica que al momento de la probanza resultan complejas y problemáticas. Todo lo dicho influye en que el MP deje de lado a los delitos ambientales que devienen impunes, y al final no se logre el fin buscado.

Consideramos que la solución de agravar los tipos penales, según la más reciente reforma, crea una falsa ilusión de seguridad, pues las sanciones difícilmente se pueden hacer efectivas. Además la reparación civil es mínima, pues el énfasis está en la sanción penal. No hay ningún caso, desde la promulgación del Código Penal en 1991, donde se tipificaron los delitos ambientales, de una condena con pena privativa de la libertad[520], a pesar de los gravísimos hechos, como los derrames en el río Huallaga o rio Corrientes, entre otros.

La acción penal se dirige por lo general a los empleados de más bajo nivel, quedando impunes los gerentes y directores[521], que son los verdaderos responsables por tener el dominio del hecho.

---

[517] Cfr. Art. 11°.-Titularidad de la acción penal del Ministerio Público

[518] Ver legislación comparada España, EEUU, Argentina

[519] Cfr. Art. 14°.-Carga de la Prueba

[520] Se puede individualizar... según los tipos penales… difícil probar…

[521] Vide. Stc. Colombia año 2012. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, mediante providencia de fecha del 21 de marzo de 2012 confirmó en segunda instancia la condena que había sido proferida por Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá, en contra del señor WILSON MEZA RINCÓN, por el delito DE DAÑO EN LOS RECURSOS NATURALES, contemplado en el artículo 331 del

Si bien, no abogamos por la eliminación de esta vía, creemos que debe de reorientarse con una visión preventiva de fiscalización del cumplimiento de la legislación ambiental, detectando la inacción u omisión de funciones de la Administración. Asimismo se necesita incluir elementos de la economía ecológica para aclarar su importancia en la vida, salud, integridad y seguridad de las personas.

Diferentes tipos penales configurados para la protección del medioambiente y los recursos naturales, pueden subsumirse a otros tipos penales para darles la atención que se merecen y reducir las complicaciones de los tipos penales en blanco con remisiones a otras normas y los tipos incompletos.

El Derecho Penal es la última ratio para la Tutela penal de los bienes jurídicos positivados en el código penal[522]. Si bien la doctrina nacional ha originado el concepto de la estabilidad del ecosistema[523] este debería protegerse a través de las instancias administrativas. El Derecho Penal opera ex post facto, es decir luego de causado y acreditado el daño. Para fines de la protección del medioambiente y los recursos naturales, interesa más la prevención para evitar daños irreparables.

El MP, a pesar de la agilidad y avance que trae el NCPP y el desarrollo en los aspectos de causalidad, según la doctrina de la imputación objetiva y las teorías causales, etc. no logran la efectividad necesaria para tratar adecuadamente los temas ambientales. Es pertinente revisar y actualizar diferentes aspectos, como son:

- Los Dictámenes fiscales
- El principio de Presunción de inocencia
- La reserva de la información empresarial
- El Principio de legalidad
- Estándares y métodos de probanza

código penal. Confirmada condena penal contra Wilson Meza Rincón, ex gerente de la avicola avifonce por daños ambientales ocasionados a zonas de bosque protector y de recarga hídrica del municipio de charalá, santander. RE: http://www.ccalcp.org/boletin_IV_2012/03_BOLETIN_IV_2013_CONDENA.pdf vista 10 oct 2014

[522] Con las últimas modificaciones del año 2008.

[523] cfr. Caro Coria, Dino Carlos. Derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación. Lima: Horizonte. 1999

Consideramos que buscar objetivos ambientales por esta vía no es lo más adecuado, además la sobrepenalización crea una falsa sensación de seguridad. Proponemos que por las atribuciones y prestigio institucional, el accionar del MP se oriente a fortalecer la aplicación y observancia de los diferentes principios por parte de los fiscales ambientales y demás funcionarios públicos lo que redundará en una mejor conducta y accionar en pro del medioambiente y los recursos naturales. Dichos principios son:

- El principio de prevención
- El principio Precautorio
- El principio de protección de bienes de inestimable valor
- El principio de protección de las fuentes de la vida
- El principio de protección de la salud
- El principio de condiciones favorables para el desarrollo socioeconómico
- El principio de responsabilidad funcional efectiva

4.6.2 El Defensor del Pueblo.

Tiene su origen en la figura del ombudsman vigente en Europa. En nuestro país es un abogado de reconocido prestigio que tiene una labor suasoria, preventiva y de acompañamiento; el Defensor del Pueblo no tiene *coertio,* usa su influencia y persuasión moral. El Art. 162°**,** constitucional establece: "Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía".

El Defensor del Pueblo es nombrado por el Poder Legislativo y goza de una relativa neutralidad. Sin embargo puede tener sesgos y sujeción política, como se evidenció en el sonado caso de implicancia ambiental Conga. El interés político por el manejo de

los sensibles temas ambientales y de extracción de recursos naturales se pone de manifiesto en la difícil negociación parlamentaria que dilata el proceso de selección.

En el caso Conga, la oficina de la Defensoría del Pueblo recomendó acciones a tomar. La población podría, vía Acción de Cumplimiento o Acción Popular solicitar al MEM que efectúe la consulta que ellos mismos pagarían.

4.6.2.1 Estructura de la Defensoría del Pueblo- DP

La propia estructura orgánica de la DP tiene órganos que coinciden con los fines de ayudar a fortalecer la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado. Para dicho fin son funcionales las siguientes adjuntías:

Adjuntía del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas.

Se encarga de proteger los derechos de los ciudadanos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, mediante la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal.

Adjuntía para la Administración Estatal.

Cuya función es la supervisión de la actuación de la administración estatal, dirigida a las entidades públicas de los tres niveles de gobierno (central, regional y local). Sus líneas de trabajo incluyen la supervisión de la administración estatal (modernización del Estado, principios y procedimientos administrativos generales y especiales, así como el ejercicio de la potestad tributaria), así como la protección y promoción de derechos sociales.

Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad

Su función es contribuir a la solución pacífica de los conflictos sociales y socio-ambientales, mediante la investigación de las causas que subyacen y el diseño de mecanismos que ayuden disminuir y resolver la conflictividad.

4.6.2.2 **Reportes sobre conflictos socio-ambientales** [524].

La Defensoría del Pueblo monitorea y hace seguimiento de los conflictos socio-ambientales y da cuenta periódicamente al Congreso y la población mediante la publicación en su página institucional abierta. Así están el Reporte anual al Congreso y el Boletín de conflictos al día, entre otros.

La información que la defensoría provee a la ciudadanía y los diferentes funcionarios de todos los niveles de gobierno es de mucha utilidad pues ha dado visibilidad a la alta conflictividad socio ambiental. Es invaluable su función vital en la toma de conciencia y en el interés por los asuntos críticos de la vida nacional, contribuyendo así a fortalecer la democracia.

4.7 **Los Procuradores ambientales**

Los procuradores integran el Consejo de Defensa Jurídica del Estado que está adscrito al sector Justicia, ejercen la defensa jurídica del Estado en los diferentes ámbitos y sedes. Su función es representar y defender jurídicamente al Estado en los temas que conciernen a la entidad de la cual dependen administrativamente, léase sectores.

El contexto de sus actividades, si bien regidas por los principios constitucionales, tienen el necesario sesgo sectorial, por tanto, trabajan y representan a los intereses de su sector, que puede ser pro inversionista, para el caso de los sectores productivos y

[524] En el Perú es requisito que sea abogado en ejercicio. En el caso de España, puede ejercer el cargo cualquier profesional.

de base económica. Esta situación con frecuencia genera conflicto de intereses[525] entre el propósito de promover las inversiones y actividades sectoriales con la visión y propósito de protección y cuidado del medioambiente y los recursos naturales. Situación que se puede evitar si se tiene claridad del concepto del desarrollo sostenible, que promueve las inversiones y actividades económicas en armonía con la debida protección y cuidado del medioambiente y los recursos naturales.

Los procuradores sectoriales persiguen intereses limitados; el mejor interés es el de conservar el medioambiente y los recursos naturales, esto implica un cambio de paradigma! De allí el valor de la economía ecológica.

El requisito actual es que los procuradores sean peruanos de nacimiento y que sean abogados de universidades peruanas. Tratándose de la materia ambiental, que tiene un carácter transfronterizo y muchos de los infractores son empresas extranjeras que emplean abogados extranjeros, consideramos que para la mejor defensa del Estado en este tema se podría flexibilizar dicho requisito y acceder a abogados de cualquier lugar para la mejor defensa del Estado y la sociedad. Esto se refleja también en el exitoso caso Lago Agrio, tratado en el presente trabajo.

También se dispone de procuradores ad –hoc, como en el caso del MINAM, que ante el gran número de procesos judiciales entre casos penales, civiles y contencioso administrativos, accede a los servicios de la procuraduría pública especializada en delitos ambientales, para su seguimiento y búsqueda de rápida solución.

4.8 Actividades económicas de los particulares –responsabilidad social de la empresa

Además del Estado, la empresa es un actor relevante en lo que concierne al cuidado y protección del medioambiente, pero también en la posibilidad de crear las amenazas o

[525] También al interior del propio gobierno, no es inusual los des encuentros entre sectores: Ambiente, Energía y Minas, Producción y Agricultura y hasta Economía y Finanzas.

riesgos, debido a la gran demanda y uso de materiales y energías en procesos que generan residuos tóxicos y efluentes. Dentro del contexto de la globalización económica, los grandes conglomerados transnacionales con operaciones en muchos países, se sustraen a la fiscalización o controles nacionales en países con sistemas débiles o corruptos. A manera de ilustración, la empresa CHEVRON, que se vio con relación al Caso Lago Agrio, tratado en este trabajo, con operaciones en más de 100 países, le permite estar domiciliada en varios países, y rehuir la jurisdicción de unos y otros.

No obstante la importancia económica y social de la actividad industrial y comercial es necesario el estricto control ambiental para evitar o reducir los impactos al medioambiente, ya que los daños suelen ser irreversibles.

En nuestro ordenamiento ambiental, la LGA reconoce la importancia del rol que tiene el sector privado empresarial, en materia ambiental. En el Art. 40° dispone la contribución voluntaria para el financiamiento de la gestión ambiental, sobre la base de los principios de internalización de costos y del principio de responsabilidad ambiental. La misma norma, en el capítulo específico a «Empresa y ambiente» define la responsabilidad general (Art. 74°) y el manejo integral y prevención en la fuente. Los artículos subsiguientes, definen a los sistemas de gestión ambiental y mejora continua, la promoción de la producción limpia, la responsabilidad social de la empresa, el turismo sostenible y el consumo responsable, entre otros.

Claramente compete al Estado regular los mecanismos de asignación ex ante y ex post, respecto de los posibles daños y los daños realizados a la calidad ambiental por la acción económica y empresarial. El Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas de los particulares[526], pues tiene el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado[527].

En la actualidad, existe consenso en que la actividad empresarial, aun siendo esencialmente lucrativa, no debe de oponerse a asumir su responsabilidad social ya que opera en el mismo ambiente donde viven y trabajan sus directivos, sus trabajadores

[526] Vid stc 03343-aa-2007 ref: Área regional reservada Cerro Escalera.
[527] Clara referencia a la economía neoclásica.

y los consumidores de sus productos. Es decir un comportamiento de ciudadano corporativo.

La labor fiscalizadora del Estado se complementa con el necesario acompañamiento de la participación ciudadana en el control social a la empresa, cuya actividad puede ser fuente de contaminación.

4.9 Participación ciudadana en la fiscalización y control de la aplicación de la normativa ambiental.

En este capítulo se incorporan dos componentes indispensable para asegurar la tutela efectiva del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, los cuales también están condicionados por factores económicos, vistos en el capítulo anterior: 1. La participación ciudadana efectiva y real, para cuestionar y revisar judicialmente las acciones del gobierno y de los particulares en el cumplimiento de la legislación ambiental y, 2. La determinación de responsabilidad y sanción, administrativa, penal y de ser el caso de naturaleza civil a los funcionarios, por omisión e inacción ante el deber de función en la protección y tutela del medioambiente y los recursos naturales, o su claro y oportuno descargo.

Difícil encargo que reciben los funcionarios por la débil institucionalidad, clientelismo, pobre carrera de servicio civil, pobre capacitación y en muchos casos, falta total de idoneidad! Ambas propuestas son vistas desde una perspectiva ius-económica pues se reconoce la existencia de motivaciones e incentivos económicos.

Por el lado de la participación ciudadana efectiva, la sociedad organizada, ciudadanos, habitantes de una localidad, es decir los administrados, tienen variados incentivos de naturaleza económica como: reducir los costos de tratamiento y protección de su salud, ante la contaminación del medioambiente; de proteger el valor de su propiedad y patrimonio de la degradación causada por la contaminación; de reducir los costos de la provisión de alimentos, agua, energía y demás recursos, así como de reducir los costos de largos y onerosos litigios judiciales.

Si hablamos de la respuesta proactiva de los funcionarios, se pueden identificar motivaciones e incentivos de índole económica como las siguientes: asegurar su puesto de trabajo e ingresos familiares; complementar sus bajos ingresos; ahorro de esfuerzos, ahorro en costos de capacitación y equipamiento, entre otros.

La adecuada implementación de las dos propuestas, para fortalecer la tutela del Estado del medioambiente y los recursos naturales, importa el firme ejercicio de la autoridad y tienen muy bajo costo, pero que al final reportan elevados e importantes beneficios de rentabilidad social y ambiental.

La conjunción de ambas medidas representa para el país, en la medida que fortalece la tutela del medioambiente y los recursos naturales, importantes beneficios económicos: mayores ingresos por el aumento de la actividad económica; menores pérdidas por evasión tributaria y corrupción; menores gastos por degradación ambiental; mayor disponibilidad de recursos valiosos; menores costos de importar recursos escasos; menores gastos en servicios sociales de salud; menores gasto de tiempo y trámites para resolver litigios por quejas, mayor productividad, mayor bienestar, menores gastos en detección y represión; mayor competitividad empresarial; menor costo de financiamiento público, etc. Además de asegurar los recursos y condiciones de los ecosistemas que permitan el nivel y calidad de vida adecuados para las generaciones presentes y futuras.

La participación ciudadana en la fiscalización de la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, ha sido reconocida y goza de consenso mundial. La participación ciudadana en la fiscalización del cumplimiento de la legislación ambiental por las personas naturales y jurídicas y su oportuna aplicación por las autoridades, tuvo una temprana aparición y formulación a partir de la dación de la Ley del Aire Limpio CAA de 1963 y la Ley de Protección Ambiental de los Estados Unidos de América (National Environmental Policy Act) en 1969, la cual fue definida en su Sec. 101.

Luego de algunos años, en la Cumbre de Rio de 1992, se obtuvo como el producto central, consensuado por la comunidad internacional, la llamada Declaración de Rio. En ella, en su Principio 10 se tiene la génesis de la participación ciudadana actual.

Dada su reconocida importancia, la Unión Europea, recoge y operacionaliza el citado Principio 10 en el llamado Convenio de Aarhus[528] de 1999, suscrito por 31 países y la propia UE. Así sus tres «pilares» para su protección, provienen del principio 10 de Río: a) acceso a la información (arts. 4 y 5); b) participación administrativa (arts. 6-8), y c) acceso a la justicia (art. 9). Dentro de este tercer pilar, el artículo 9.2 establece el acceso a la justicia para el control de la actuación o inactividad administrativa por el público interesado, mientras el artículo 9.3 establece otro supuesto de acceso a la justicia para la aplicación del Derecho ambiental al permitir a cualquier persona que reúna los eventuales criterios establecidos por el Derecho interno, impugnar las acciones u omisiones de particulares o autoridades públicas que vulneren el Derecho ambiental.

En nuestro país el constituyente de 1993 incorpora la participación ciudadana como garantía y respaldo a la labor de los diferentes órganos del Estado y como tal está dispersa en diferentes artículos constitucionales como el Art.2º inc. 5, inc. 17, inc. 20, también en el Art. 31º, Art. 35º y Art. 38º. En la práctica el constituyente dejó un gran vacío al no proveer el acceso de la justicia directamente ya sea de individuos o colectivos para la fiscalización y control de la aplicación de la legislación ambiental y la conservación y del medioambiente como un bien jurídico colectivo de cuyo disfrute son titulares todas las personas, así como obligación del Estado, y de todas las personas de protegerlo.

Se registra también a nivel legal, en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el Título Preliminar, Art. IV "Las personas tienen derecho a vigilar y participar en la gestión del Poder Ejecutivo, conforme a los procedimientos establecidos por la ley. Para ello, las entidades del Poder Ejecutivo actúan de manera que las personas tengan acceso a información, conforme a ley."

En este punto se resalta que la fiscalización del cumplimiento de la legislación ambiental por la sociedad civil, actuando como verdaderos fiscales, es una valiosa labor coadyuvante del Ministerio Público. Su primigenia implementación, se

[528] Pilar importante de la participación ciudadana en materias de fiscalización del cumplimiento de la legislación ambiental

configura en los años 60 en los EEUU de América en el contexto del Movimiento por los Derechos Civiles[529]. Luego, a partir de 1970, con la Ley del Aire Limpio (Clean Air Act) se le da la forma específica para permitir a cualquier persona demandar a cualquier persona, sea privada o pública, por el incumplimiento de la legislación ambiental. La finalidad es la de tutelar de forma efectiva y real los intereses colectivos ambientales ante infracciones administrativas de autoridades, empresas o particulares. Este verdadero empoderamiento de la ciudadanía para hacer valer sus derechos y proteger su salud y patrimonio constituye la esencia del control ciudadano y ejercicio real de la democracia.

4.9.1 Participación ciudadana efectiva

La participación ciudadana en la fiscalización de la aplicación de la legislación ambiental tiene especial importancia pues la sociedad en su conjunto recibe los efectos e impactos de la contaminación y degradación ambiental. La conducta social sigue también una lógica económica que los motiva y orienta, por esa razón esta se debe de tener en cuenta y contar con su concurso y apoyo, para remar todos en la misma dirección.

La perspectiva ius económica se desarrolla desde las motivaciones y lógica económica que explican las acciones individuales y colectivas. Desde una perspectiva ius económica se puede entender que el ciudadano, a través de los mecanismos y garantías que le ofrece el Estado, va a acudir a las instancias correspondientes cuando ve vulnerado sus derechos fundamentales debido a la contaminación y degradación ambiental, movido por razones de índole económico.

En nuestro país de raigambre e importancia minera, los casos más notorios están precisamente relacionados con el sector minero según se ve en los casos recientes de Conga, la Oroya, Antamina o Choropampa, entre otros.

[529] En este caso la participación ciudadana fue determinante. Los mecanismos desarrollados para la fiscalización se llevaron también al ámbito de la fiscalización del cumplimiento de la legislación ambiental.

En todos, la participación ciudadana ha tenido un rol central, algunas veces con sesgo político que parecería ir más allá de lo ambiental, pero en todos subyace el factor económico, por tratarse de zonas de alta pobreza y poco desarrollo social.

4.9.2 Derechos de participación y vigilancia ciudadana a nivel constitucional

Nuestra Carta Magna consagra los derechos de participación y vigilancia ciudadana en sus artículos 2º y 31º. Además el presupuesto participativo está contemplado en el artículo 199º, al igual que la rendición de cuentas. Al ser estos derechos y mecanismos de participación y vigilancia contemplados a nivel constitucional, en caso de que sean vulnerados se puede activar los mecanismos para garantizar su ejercicio.

Así se tiene en el artículo:

Art. 2º/17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.

Art. 2º/20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Art. 31º. Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas.

4.9.3 Garantías Constitucionales

Respecto de la participación ciudadana, la carta política provee los mecanismos y procesos para la protección de ese derecho fundamental que se encuentran delineados en el Art. 200º

Inc 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. Es ciertamente muy apropiada para la fiscalización y control de las normas administrativas que regulan la gestión ambiental, pero todavía de poco uso local.

Inc 6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Es un mecanismo idóneo para la fiscalización y control de las actuaciones administrativas de los funcionarios e instancias que regulan la gestión ambiental, todavía de poco uso local.

En el caso del ordenamiento peruano, no hay nada de manera taxativa que esté referida al acceso a la justicia ambiental. El vacío puede ser cubierto por la vía hermenéutica, es decir de la lectura sistemática e interpretación, entendiéndose como deber de todos el cuidado del medioambiente, la atribución de responsabilidad de los infractores y el Derecho de acción que tiene todos los ciudadanos.

4.9.4 Marco legal de la participación ciudadana en las acciones de fiscalización ambiental.

1. La **Ley 26300** regula el ejercicio de los derechos de la revocatoria de autoridades, la iniciativa legislativa y la demanda de rendición de cuentas. Asimismo, la Ley Orgánica de Municipalidades también los contempla y añade el referéndum, el cabildo abierto, la participación en las juntas vecinales y los comités de gestión.
2. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública como mecanismo de accountability.
3. Presupuestos Participativos
4. Planes de desarrollo concertados
5. Consejos de coordinación
6. Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico

4.10 En la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo LOPE

De la LOPE, Art. IV, del título preliminar.- Principio de participación y transparencia.

“Las personas tienen derecho a vigilar y participar en la gestión del Poder Ejecutivo, conforme a los procedimientos establecidos por la ley. Para ello, las entidades del Poder Ejecutivo actúan de manera que las personas tengan acceso a información, conforme a ley.”

Según establece el Art. 108º, “...cualquier persona natural o jurídica puede presentar petición o contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, aduciendo el interés difuso de la sociedad.”

4.11 En la Ley General del Ambiente LGA

En la LGA, el Art. 130.3 se consigna que el Estado promueve la participación ciudadana en las acciones de fiscalización ambiental.

Art. 131°.- Del régimen de fiscalización y control ambiental Art. 131.1 Toda persona, natural o jurídica, que genere impactos ambientales significativos está sometida a las acciones de fiscalización y control ambiental que determine la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes. Art. 131.2 Mediante Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, se establece el Régimen Común de fiscalización y control ambiental, desarrollando las atribuciones y responsabilidades correspondientes.

También la LGA Art. 134°.- De la vigilancia ciudadana Art. 134.1 Las autoridades competentes dictan medidas que faciliten el ejercicio de la vigilancia ciudadana y el desarrollo y difusión de los mecanismos de denuncia frente a infracciones a la normativa ambiental. Art. 134.2 La participación ciudadana puede adoptar las formas siguientes:

a. Fiscalización y control visual de procesos de contaminación.

b. Fiscalización y control por medio de mediciones, muestreo o monitoreo ambiental.

c. Fiscalización y control vía la interpretación o aplicación de estudios o evaluaciones ambientales efectuadas por otras instituciones.

Art. 134.3 Los resultados de las acciones de fiscalización y control efectuados como resultado de la participación ciudadana pueden ser puestos en conocimiento de la autoridad ambiental local, regional o nacional, para el efecto de su registro y denuncia correspondiente. Si la autoridad decidiera que la denuncia no es procedente ello debe ser notificado, con expresión de causa, a quien proporciona la información, quedando a salvo su derecho de recurrir a otras instancias.
CONCORDANCIAS: D. Leg. Nº 1013, inc. b) del Art. 6 (Funciones generales)
D.S. N° 028-2008-EM (Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero).

4.12 En la Ley del Procedimiento Administrativo General LPAG

Por su lado, la LPAG en su Título Preliminar consigna el Principio de participación, "Las entidades de la administración pública, deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa." Importante principio que contribuye a la adecuada fiscalización de la tutela del medioambiente y los recursos naturales por los administrados.

Adicionalmente, en el Art. 55°- Derechos de los administrados. Establece que: son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes incisos: 3. Acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por ley. 4. Acceder a la información gratuita que deben brindar las entidades del Estado sobre sus actividades orientadas a la colectividad, incluyendo sus fines, competencias, funciones, organigramas, ubicación de dependencias, horarios de atención, procedimientos y características. 6. Participar responsable y progresivamente en la prestación y control de los servicios públicos, asegurando su

eficiencia y oportunidad. 8. Ser asistidos por las entidades para el cumplimiento de sus obligaciones. 9. Conocer la identidad de las autoridades y personal al servicio de la entidad bajo cuya responsabilidad son tramitados los procedimientos de su interés. 11. Al ejercicio responsable del derecho de formular análisis, críticas o a cuestionar las decisiones y actuaciones de las entidades. 12. A exigir la responsabilidad de las entidades y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente…

Es necesario tener en cuenta que para el acceso a la justicia ambiental es requisito según el Art. 218°- Agotamiento de la vía administrativa. Art. 218.1 ***Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo***. b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión.

4.13 En la Ley 26300[530], Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadano.

La Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, está orientada al control de "…la ejecución presupuestal y el uso de recursos propios"[531], y tiene el requisito del 10% hasta 25,000 firmas de la población electoral del espacio territorial en cuestión. Por esta vía se franquea el control ciudadano indirecto sobre la actuación de las autoridades con cargos sujetos a revocatoria y remoción, sobre su actuación con respecto a la protección y cuidado del medioambiente y los recursos naturales.

4.14 Limitaciones y vacíos que dificultan la acción de la ciudadanía en defensa de sus derechos y bienestar

[530] Mediante Ley 27520, del 29 set 2001, se restituyó la plena vigencia de la Ley 26300
[531] Cfr. Ley 26300, Art. 31° y ss.

La participación ciudadana en la fiscalización y control de la aplicación de la legislación ambiental por la Administración es imprescindible para lograr la eficacia y efectividad esperada.

Para la efectiva y directa participación ciudadana, hacen faltan articulaciones y mecanismos que faciliten esta participación de manera activa y efectiva, como se ha visto en la legislación comparada, en las constituciones de España, Colombia, Ecuador, Argentina o Bolivia. Los procesos constitucionales, comprenden determinados principios procesales, órganos competentes, facultades inherentes del Tribunal Constitucional como las de avocamiento y los recursos extraordinarios como el de agravio constitucional, entre otros preceptos. Las limitaciones en el actuar del Tribunal Constitucional resultan del recorte de facultades procesales, que al final enervan las expectativas de los justiciables. Uno de los mecanismos que podría completar y cubrir deficiencias procesales es el Certiorari.

De lege lata: la lex posterioris y lex especialis no dicen nada y se deja de lado los mecanismos que faciliten lo que se puede hacer.

Si bien es conveniente y necesaria la directa participación ciudadana en la fiscalización y control de la aplicación de la legislación ambiental por funcionarios y cumplida por los particulares, se busca que haya el equilibrio que asegure su cumplimiento sin perturbar la acción o intervención de la inversión privada, los incentivos y la seguridad jurídica en la protección del medioambiente y los recursos naturales. Las buenas condiciones ambientales y la disponibilidad de recursos naturales convienen a la sociedad en general, los negocios y empresas pues tanto los trabajadores y directivos de las empresas forman parte de la sociedad y se ven afectados también por los daños al medioambiente y los recursos naturales.

De lege ferenda: como la lex posterioris y lex especialis dejan vacíos que traen como consecuencia que la participación ciudadana se vea limitada y debilitada, se pueden incluir presupuestos procesales de competencia y trámite, por ejemplo en la misma lex specialis.

4.15 Revisión de la legislación comparada de países de la REGION.

La importancia de la participación ciudadana se ve reflejada en toda la región. Se presentan ejemplos que se dan en países de la región.

Ecuador

En la Carta Política de Ecuador de 2008, la llamada Constitución de Montecristi.

Se han seleccionado dos artículos constitucionales, por su pertinencia en lo que corresponde a la participación de la ciudadanía en reforzar la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

Según el Art. 397, inc .1 "Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado."

Art. 399.- El ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza.

A nivel legal, la Acción popular en el Código Civil

Art. 2236°.- Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.

Colombia

La Constitución de Colombia 1991

El mecanismo constitucional para que los ciudadanos puedan acceder a la tutela del Estado de sus derechos o intereses colectivos relacionados al medio ambiente está dado por la acción popular, consagrada en el Art. 88º constitucional "*La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.
Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos."

Es interesante notar que se diferencian dos tipos de acciones: las Acciones Populares con fines concretos previstas específicamente para la protección de los derechos e intereses colectivos (inc.1º) y las Acciones de Grupo o de Clase (inc. 2º) para proteger todo tipo de derechos que resulten "dañados" en una colectividad extendida de personas.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

El rango constitucional del citado precepto ha permitido su desarrollo a partir de reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha desarrollado sus principales lineamientos.

Así, en la sentencia T-067 del 24 de Febrero de 1993, se estableció cuáles son las características fundamentales de las acciones en cuestión:

"...el inciso primero del artículo 88 de la Carta al consagrar las denominadas Acciones Populares como otro de los instrumentos de defensa judicial de los derechos de las personas, señala también el ámbito material y jurídico de su procedencia en razón de la naturaleza de los bienes que se pueden proteger y perseguir a través de ellas; éstas aparecen previstas para operar dentro del marco de los derechos e intereses colectivos que son, específicamente, el patrimonio público, el espacio público y la salubridad pública; igualmente se señala como objeto y bienes jurídicos perseguibles y protegidos

por virtud de estas acciones la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica. No obstante lo anterior, ésta lista no es taxativa sino enunciativa y deja dentro de las competencias del legislador la definición de otros bienes jurídicos de la misma categoría y naturaleza".

Y más adelante dice:

"...las acciones populares aunque se enderecen a la protección y amparo judicial de estos concretos intereses y derechos colectivos, no pueden establecerse ni ejercerse para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos; para estos últimos fines el constituyente erigió el instituto de las acciones de grupo o de clase y conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual la acción de tutela".

"Dentro de este ámbito, a lo sumo, podría establecerse en la ley (...) una recompensa o premio a quien en nombre y con miras en el interés colectivo la promueva".

Posteriormente señala la Corte:

"Característica fundamental de las Acciones Populares previstas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Nacional, es la que permite su ejercicio pleno con carácter preventivo, pues, los fines públicos y colectivos que la inspiran no dejan duda al respecto y en consecuencia no es, ni puede ser requisito para su ejercicio el que exista un daño o perjuicio sobre los derechos que se puedan amparar a través de ellas".

La Corte Constitucional reconoce que la existencia de intereses colectivos y los derechos que de allí surgen, plantea serios problemas procesales para su protección. "La naturaleza especial de estos derechos hace que la idea de extender los mecanismos clásicos de protección jurídica a estos nuevos ámbitos resulte inoperante". La Corte plantea tres razones fundamentales que explican la insuficiencia del procedimiento tradicional:

"a) La legitimación

La legitimación hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes del proceso y el interés sustancial del litigio. En el caso de los derechos colectivos o intereses difusos no se puede predicar una titularidad subjetiva del derecho y por lo

tanto es necesario modificar el concepto tradicional para dar lugar a la efectiva protección del derecho.

“b) Las garantías procesales

Las personas vinculadas a un proceso y que, en consecuencia se verán afectadas por la sentencia tienen derecho a participar y a ser oídas. Una de las garantías del debido proceso es el de la notificación. En el caso de los derechos difusos resultan dificultades prácticas considerables para llevar a cabo esta garantía.

“c) Los efectos de la sentencia

El principio procesal tradicional afirma que la cosa juzgada debe ser aplicada solamente a las partes del proceso. En el caso de los derechos colectivos o difusos es indispensable que la decisión final sea aplicable a todas las personas interesadas en el proceso, así no hayan sido partes en el mismo”.

A nivel legal. Las Acciones Populares en el Código Civil

Las Acciones Populares se regulan en el Código Civil. El Código Civil colombiano (Arts. 1005° y 2359°), la Ley 9 de 1989 (art. 8º) y el Decreto Ley 2303 de 1989. Desde la promulgación de la constitución de 1991, estas han quedado asumidas en su sentido constitucional.

El Art. 2359° contempla la acción popular con el fin de prevenir daños contingentes que amenacen a las personas; en tanto que el Art. 1005 contempla la acción popular con el fin de proteger los bienes de uso público para evitar perturbaciones o hechos que puedan afectar su libre utilización.

Art. 2359° Acción Popular de Daño Contingente.

“Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.

Los elementos que integran la acción de daño contingente, consagrado en el art. 2359° del Código Civil, incluyen:

La acción está encaminada hacia la prevención de un daño contingente. Por daño contingente se entiende aquél que puede suceder o no, que reviste un carácter eventual y por ende constituye una amenaza; por lo tanto se opone a lo seguro y necesario. Tal probabilidad de daño es lo que determina que la acción en cuestión tenga una función meramente preventiva en el sentido de lograr las medidas conducentes para evitar posibles percances que afecten a la comunidad.

La legitimación activa. Por una parte, aquella en la cual *cualquier persona está legitimada para interponer la acción*, pues los posibles afectados son personas indeterminadas. La indeterminación de las posibles víctimas está relacionada con el hecho de que sean razonablemente difíciles de determinar, sin que importe que algunas sean precisables. En segundo lugar, la que entiende que sólo están legitimadas para interponer la acción las personas susceptibles de ser víctimas, lo que implica una relación de hecho con el objeto eventualmente dañoso.

Sujeto pasivo. Este puede ser cualquier persona pública o privada, la norma no hace ningún tipo de distinción a este respecto.

El daño contingente de que trata el art. 2359° del C.C., abarca la vertiente subjetiva que deriva la responsabilidad por imprudencia o negligencia, es decir culpa, y también la vertiente objetiva resultante de actividades peligrosas. Es necesario que exista una relación de causalidad entre la conducta del sujeto pasivo y el daño contingente, relación que debe quedar debidamente probada en el respectivo proceso por el actor popular.

Art. 2360° del C.C.: "Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes se declararen fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valga el tiempo y la diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados". La vecindad de las dos reglas y su íntima relación deja ver que en la acción por daño contingente hay posibilidad de remuneración.

El Art. 2360° tiene en cuenta dos elementos para establecer la retribución: el tiempo y la dedicación del actor, además de las costas del proceso. Se puede concluir que el actor popular tiene derecho, al declararse fundada la acción popular, a una cifra que corresponde por la compensación de las costas ordinarias de todo proceso y, por el beneficio que redunda para la comunidad.

Las acciones populares se tramitan mediante el procedimiento abreviado en dos instancias[532].

Bolivia

En la **Constitución boliviana del año 2009.**

La ***acción popular*** en Bolivia se introdujo en la reforma constitucional del año 2009. Tiene como su base la regulación sobre la acción popular regulada en la constitución colombiana. Tiene, sin embargo, algunas diferencias.

La demanda de acción popular se plantea ante los: "…***juzgados y tribunales de la jurisdicción ordinaria***..." (Art. 2-II de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional) que cuando conocen acciones tutelares lo hacen con "investidura constitucional" (art. 58-II de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional): "*En las capitales departamento ante la sala de turno de los tribunales departamentales de justicia o los juzgados públicos de materia. En las provincias se podrá interponer en los juzgados públicos o juzgados públicos mixtos*."

En los EEUU de América.

Las Citizen Suits

El antecedente de la acción ciudadana, los llamados ***citizen suits***[533], para la fiscalización del cumplimiento de la legislación ambiental, fue introducido por el profesor Joseph Sax[534] autor de la ley ambiental del estado de Míchigan de 1970. Sax

[532] de conformidad con el Art. 75°, inc. 4 de la Ley 99 de 1993

[533] Una traducción aproximada sería la de 'demanda ciudadana', ya que un law suit es una demanda judicial

[534] El profesor Joseph Sax fue el pionero en incorporar la participación ciudadana, de manera activa , efectiva y directa en la fiscalización de la ampliación y cumplimiento de las normas ambientales

recogió el mandato consagrado en la constitución del estado de Michigan de proteger por la vía legal al medioambiente y los recursos naturales.

Por los resultados obtenidos y la importancia en lograr la eficacia de la legislación ambiental, se hablará a continuación de los citizen suits.

Las citizen suits, vigentes en los EEUU, son un mecanismo procesal que permiten a cualquier persona demandar a otras personas, ya sean estas públicas o privadas por el incumplimiento de las normas ambientales. Así, cualquier persona puede demandar a las autoridades por el incumplimiento de deberes no discrecionales, o infracciones administrativas, respecto de la normatividad ambiental vigente. Su finalidad es la de tutelar de forma efectiva los intereses colectivos ambientales al permitir que cualquier ciudadano, actuando como un verdadero fiscal, pueda exigir el cumplimiento de lo dispuesto en la legislación ambiental.

Las acciones ciudadanas – citizen suits, reguladas en la Ley de Aire Limpio[535] de 1970, dejan claro que cualquier persona puede iniciar acción civil, por su propia cuenta: a. contra cualquier persona, incluye al Estado, ministerio, órgano u organismo público que presuntamente haya violado o esté en violación de: (1) un estándar de emisión o limitación, (2) una orden o disposición emanada de la Administración, sector u órgano de gobierno, respecto de dicho estándar o limitación; b. contra cualquier funcionario en el supuesto que este haya omitido su deber de actuación o cumplimiento de protección del medioambiente y los recursos naturales, el cual no sea discrecional a su cargo o función; c. contra cualquier persona que pretenda construir o construya una nueva instalación o modifique una instalación existente- fuente de emisiones-sin contar con el permiso requerido o viole lo estipulado en el permiso o licencia otorgada.[536]

Los juzgados (de distrito) tienen jurisdicción y competencia independientemente del monto de la controversia o la procedencia o ciudadanía de las partes para: hacer cumplir mediante sentencia de hacer o no hacer; aplicar cualquier multa o sanción pecuniaria que sea apropiada; compeler, ordenar al órgano administrativo para que

[535] Cfr. Clean Air Act (1970). Esta norma de carácter especializado en aspectos ambientales del control de la calidad de aire, recoge por primera vez, una amplia participación ciudadana.
[536] Esta norma establece un alto estándar de participación ciudadana en la fiscalización de la aplicación de la legislación ambiental.

ejecute las acciones que estén injustificadamente retrasadas o demoradas, siempre y cuando se haya notificado al órgano que tiene la demora o inacción.

Es apropiado que el agente pasivo de las acciones u omisiones que se hagan contra el medio ambiente o los recursos naturales sea el ciudadano de a pie, el cual debe ser una suerte de fiscal que vele por el cumplimiento de la legislación vigente. Los resultados que se obtienen en lograr el cumplimiento y la eficacia de la legislación ambiental, con la participación directa del ciudadano, *es el de asegurar el cumplimiento y eficacia.*[537] A partir de la promulgación del ordenamiento ambiental en los EEUU de América en 1970 se ha buscado empoderar la posición jurídica del ciudadano, y en especial de los grupos y colectivos de defensa del medioambiente y los recursos naturales contra la pasividad e inacción administrativa ante el incumplimiento de la legislación ambiental. Es un medio muy eficaz para garantizar la aplicación de la legislación ambiental y además fortalece la democracia.

En ningún caso se pretende eliminar ni sustituir la función de la Administración, sino de complementarla y fortalecerla con una participación pública efectiva.

En el contexto europeo

La Constitución española de 1978.

El Art. 45° de la Constitución española configura el medio ambiente como un bien jurídico de cuyo disfrute son titulares todos los ciudadanos y cuya conservación es una obligación que comparten los poderes públicos y la sociedad en su conjunto. Todos tienen el derecho a exigir a los entes del Estado que adopten las medidas necesarias para garantizar la adecuada protección del medio ambiente, para hacer efectivo el derecho a vivir en un medio ambiente sano. Así mismo, la sociedad en su conjunto tiene la obligación de preservar y respetar el entorno vital.[538]

[537] Se ha verificado estudios en los EEUU. Vide www. epa. Gov revisada 27 agosto 2013

[538] Vide Art 45° CE. Artículo 45. 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. / 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales,

La participación efectiva de los miembros de la sociedad, en forma individual o colectiva, solo es posible a través de adecuados instrumentos de participación en el control y fiscalización del cumplimento de la legislación ambiental, así como en el proceso de toma de decisiones públicas.

El Art. 9.2° Constitucional consagra la participación ciudadana con carácter general; para la participación dentro el ámbito administrativo obtiene su habilitación mediante el art. 105°, el cual garantiza el funcionamiento democrático de la sociedad e introduce mayor transparencia en la gestión de los asuntos públicos.

Los resultados que se han alcanzado en España, desde la dación de su carta política de 1978, donde se incorporan y consagran los citados derechos de participación ciudadana muestra la toma de conciencia y el interés, tanto del sector público como del sector privado- social de la importancia del cuidado del medioambiente y los recursos naturales. Reconoce los beneficios de la participación ciudadana y su instrumentación a través de diferentes herramientas legales.

En el ámbito comunitario europeo.

El Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998, conocido como Convenio de Aarhus, tiene como punto de partida el siguiente postulado: para que los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a un medio ambiente saludable y cumplir el deber de respetarlo y protegerlo, deben tener acceso a la información medioambiental relevante, deben estar legitimados para participar en los procesos de toma de decisiones de carácter ambiental y deben tener acceso a la justicia

---

con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. /3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

cuando tales derechos les sean negados. Estos derechos constituyen los tres pilares sobre los que se asienta el Convenio de Aarhus:

1° El pilar de acceso a la información medioambiental desempeña un papel esencial en la concienciación y educación ambiental de la sociedad, constituyendo un instrumento indispensable para poder intervenir con conocimiento de causa en los asuntos públicos. Se divide en dos partes: el derecho a buscar y obtener información que esté en poder de las autoridades públicas, y el derecho a recibir información ambientalmente relevante por parte de las autoridades públicas, que deben recogerla y hacerla pública sin necesidad de que medie una petición previa.

2° El pilar de participación del público en el proceso de toma de decisiones, que se extiende a tres ámbitos de actuación pública: la autorización de determinadas actividades, la aprobación de planes y programas y la elaboración de disposiciones de carácter general de rango legal o reglamentario.

3°- El pilar de acceso a la justicia, otorga dirección a los dos pilares anteriores y empodera a ciudadanos y organizaciones sociales, como ONGs en participar y contribuir en la aplicación y fiscalización del cumplimiento de la legislación ambiental.

4.16 La tutela supranacional.-

El Art. 3º constitucional, abre la posibilidad de la tutela supranacional de los derechos humanos. Se consideran tanto los derechos políticos y sociales como los económicos, a la vida, la dignidad y el bienestar.

El punto de entrada a la protección del derecho a gozar de un ambiente adecuado, lo encontramos en la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948. Luego en la Convención Americana CA de 1969. Cualquier infracción a la CA puede ser referida a la Comisión Interamericana de DDHH, para que dictamine y de ser el caso, este será referido a la Corte Interamericana de DDHH para su proceso en dicha sede.

En el ámbito supranacional debemos tener en cuenta dos dimensiones: por un lado el medioambiente no se circunscribe a las fronteras formales trazadas por las convenciones o la voluntad social. Por otro lado, al haberse consagrado como derecho fundamental el gozar de un ambiente sano y adecuado para la vida, es decir las

condiciones para una vida digna, sana y de bienestar, el sistema internacional para la defensa de los derechos humanos, la CIDH y la Corte IDH sirven de foro para afirmar su vigencia. Sin embargo, no se puede hablar propiamente de tutela supranacional, pues como todo el derecho internacional no tiene *coertio,* solo fuerza moral. Las resoluciones o sentencias de condena a un Estado, no son vinculantes, este lo puede acatar o no, además el proceso es muy costoso y toma mucho tiempo.

A pesar de las dificultades y obstáculos de naturaleza ideológica y económica enraizados en la conciencia occidental, la lucha real que se va a cumplir para lograr la aceptación y afirmación, reconocimiento y defensa de los derechos económicos y sociales DESC, continúa.

La Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948, que es el instrumento madre de protección continental de los derechos humanos y que está suscrito y ratificado por todos los estados de América, consagra en su Art. I. "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; en su Art. XI. "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad", y en su Art. XVIII. "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".[539]

Por su parte la Convención Americana de 1969, incluye también en su Art. 4, inc. 1. "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida". Art. 5. Inc. 1. "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". Art. 21. Inc. 1 "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social". Art. 23.1 "Todos los ciudadanos deben gozar de los

[539] La declaración Americana de Derechos Humanos 1948, es anterior en 6 meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de las NNUU. Suscrita por todos los países de América, no forma parte de la Carta de la OEA y no es un tratado. Argentina, le ha otorgado jerarquía constitucional.

siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

La Convención Americana en su Art. 1º Establece la obligación de todos los estados partes en dicha convención: "a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción…"[540]

Como se puede ver, no hay mención expresa a la materia ambiental en los citados artículos, pero mediante una adecuada interpretación basada en valores y la protección bienes fundamentales podrían asimilarse o reconducirse a la protección de las condiciones necesarias para la vida y salud y la disponibilidad de recursos para la satisfacción de necesidades vitales como el agua, la alimentación, medicinas, energías y vestido.

4.17 Resumiendo

En este capítulo se ha mostrado las fallas y limitaciones que ponen en evidencia la debilidad de la tutela del medioambiente en el Perú, desde las instituciones del Estado encargadas de proveer la tutela del medioambiente y los recursos naturales. La mirada que tiene nuestro ordenamiento es individualista, también la probanza en el caso de los delitos ambientales es difícil por lo que no llega a operar el ius puniendi adecuadamente. Si bien hay una norma específica que regula la participación y control ciudadano, esta está enfocada a la ejecución presupuestal de autoridades elegidas y no a la protección del medioambiente y los recursos naturales, fuente de riqueza y sustento material del bienestar nacional.

La participación y acceso a la justicia ambiental por personas de manera individual o en grupos, contribuye de manera significativa en fortalecer la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado. Si bien existen las bases o pilares para la

[540] No todos los estados de América son parte de la Convención Americana, por ejemplo los EE.UU. de América no ha ratificado la CA.

participación ciudadana, hace falta desarrollar mecanismos para su efectiva realización y aplicación.

Claramente la mejor tutela, la más efectiva y real, se logra con medidas económicas (mejor si aplicamos la economía ecológica). Las amenazas de sanción penal no logran la disuasión esperada, además que están diseñadas para otro tipo de situaciones. En nuestro ordenamiento no hay imputación a la persona jurídica. En los casos penales, por lo general los individuos imputados son los de menor nivel.

Luego de la revisión de las diferentes instituciones, dependencias y procesos para la tutela del medioambiente en el Perú, se puede concluir que si bien hay mucho interés desplegado en la multiplicidad de instituciones, procesos y dependencias, se advierten graves deficiencias y limitaciones con un resultado final pobre.

Lamentablemente, en el Perú los procesos judiciales de naturaleza ambiental son normalmente ineficientes y no se presentan como una alternativa segura para la protección de nuestro patrimonio natural. Se verifica, comprueba y acredita lo débil, a veces nulos resultados.

La Declaración de Rio, en su PRINCIPIO 12 establece que "Los Estados deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevará al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental."[541]

Dentro de la óptica económica habría que preguntarse, si el platillo nacional de gran popularidad que es el pollo, en sus diferentes preparaciones, ¿cómo esta especie no se ha extinguido pese al gran consumo diario? la respuesta no puede ser más obvia, porque es un gran negocio y los empresarios mantienen su producción para satisfacer la demanda. No matan a la gallina de los huevos de oro, por así decirlo, más bien los mantienen y cuidan. Con esa lógica económica se podría promover la protección de

[541] PRINCIPIO 12 "Los Estados deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevará al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental." Las medidas de política comercial con fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional."

nuestros otros recursos únicos y valiosos en lugar de la depredación y la falta de conservación, y ampliar la mirada, que por ahora está puesta solo en el corto plazo.

Capítulo 5. Perspectiva Ius Económica (PIE), de la tutela del medioambiente y los Recursos Naturales

5.0 Presentación

En este capítulo se busca entender y explicar las fuerzas económicas que con su lógica y motivaciones gravitan en la realidad social y ecológica y por tanto están relacionadas con la efectividad de la tutela jurídica del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, para proponer mecanismos que ayuden y fortalezcan el accionar del Estado a lograr la eficacia deseada.

Los factores económicos son parte de la realidad, en algunos casos intervienen de manera negativa, obstaculizan la labor del Estado, distorsionan los propósitos de la política, pero no tiene que quedar allí, pues su accionar también puede tener efectos positivos si se toman en cuenta y reconducen los intereses, ya que hay una lógica económica que subyace.

Si bien las diferentes conductas que afectan y tienen directa incidencia en la calidad del medioambiente y el uso racional de los recursos naturales están reguladas expresamente por el Derecho y la Legislación Ambiental, a diario se comprueban acciones y prácticas negativas en todo el entorno social, donde la contaminación del medioambiente y degradación de los recursos naturales, sean por individuos o empresas[542]es cosa corriente. Hechos que ratifican la debilidad e ineficacia de la aplicación de la legislación ambiental por los órganos y dependencias del Estado, donde ni el Derecho, visto de manera lata o la legislación ambiental de manera más específica, son realmente efectivos en corregir o encausar adecuadamente dichas prácticas nocivas.

[542] Es de público conocimiento declaraciones de la compañía SPCC, que manifiesta no poder hacer nada con la tecnología actual para reducir sus emisiones toxicas; y el gobierno, para no disminuir o comprometer la inversión en ese sector, se allana… si buscar soluciones o alternativas de índole económica que sirvan de incentivos para buscar mejor tecnología

Consideramos que es necesario reconocer e incorporar los factores y relaciones extrajurídicas que sean necesarias, para los fines de este trabajo de índole económica, con la finalidad de reforzar la eficacia de la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, que al final se refleje en la efectividad de la observancia y el cumplimiento de la legislación ambiental, por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.

Según Françoise Ost "... nuestra definición estipulativa del término 'ciencia del derecho', consistirá en sostener que la ciencia del derecho es posible; que ésta llega a los resultados más fecundos cuando adopta forma de interdisciplineriedad; lo cual supone la práctica de una ruptura epistemológica respecto a la racionalizaciones corrientes del fenómeno jurídico."[543] Añade "... su ambición es 'explicar' el fenómeno jurídico relacionándolo con otros hechos y discursos sociales, sin perjuicio de no mutilar su especificidad, lo cual supone una 'comprensión' previa de lo que es éste."[544]

Concordante con lo señalado por Ost, la perspectiva ius económica busca explicar la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, relacionándola con hechos y motivaciones de índole económica que no son ajenos al Derecho, que están presente en su acción reguladora desde el ámbito civil y patrimonial, y también en otras ramas consolidadas como son el derecho económico, tributario, financiero, entre otros.

La tutela efectiva del medioambiente y los recursos naturales es ciertamente una tarea de gran dimensión aun para el Estado. Es necesario incorporar a la sociedad civil, que es la que recibe directamente los efectos de la contaminación, en apoyar y contribuir a ese importante propósito.

Para esto es menester fortalecer el acceso real y efectivo de la sociedad civil, tanto a la información relevante como a los instrumentos legales para apoyar las acciones del

[543] Ost, Francoise. Sobre la ciencia del Derecho. En: Ius et praxis. PUCP. N° 21-22. Ene-Dic 1993. pg. 103-104

[544] Ost, op. Cit. pg. 104.

Estado en la tutela del medioambiente. Consideramos que el medio procesal idóneo es la actio popularis[545], en su concepción originaria, modulada por lex especialis[546].

Desde el ámbito penal y el administrativo sancionador, que caracteriza un régimen de comando y control, se han realizado esfuerzos para lograr la eficacia en la tutela del medio ambiente y los recursos naturales, pero no se ha logrado ese fin. En el presente trabajo consideramos que la solución a la mejora de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales por el Estado, transita por el lado de reconocer el valor y poder de los motivadores e incentivos económicos en orientar la conducta individual o colectiva y empresarial.

En lo que se refiere al derecho penal, la última ratio, máximo poder que dispone el Estado, por el que se aplica la sanción en forma de restricción de la libertad personal, principalmente, aunque también dispone de otras medidas; comprobamos que aun con la gravedad de este tipo de sanción[547], no se logra disuadir conductas motivadas por el móvil económico. Más aún, en los casos en que la probabilidad de detección es baja, la capacitación de los operadores es deficiente y campea además la corrupción. En todo caso, en este ámbito, la sanción pecuniaria es de muy baja intensidad.

Para el caso del derecho administrativo aplicado al ámbito ambiental. Su función es central en la tutela del medioambiente y los recursos naturales. Las sanciones administrativas en forma de multas, retiro de licencias y comisos pueden ser sustanciales. Sin embargo, los administrados, especialmente los que causan mayor impacto al medioambiente, hacen uso del ámbito jurisdiccional para recurrir las sanciones administrativas. Se verifica que por vía del proceso contencioso

[545] La acción popular, entendida en su concepción originaria y continental, como vía de acceso directa a la justicia ambiental.

[546] La Ley General del Ambiente. LGA, es el espacio normativo idóneo para habilitar y canalizar la participación ciudadana directa, en forma individual o colectiva, para fortalecer y ver que se a efectiva la tutela del medioambiente y los recursos naturales por los órganos y organismos pertinentes del Estado.

[547] Hay que reconocer que existe una corriente que considera al endurecimiento de las penas como la medida más eficaz para disuadir conductas contaminantes. Creemos que no, desde la perspectiva ius económica que proponemos, es necesario primero la dinámica económica que subyace y buscar los cambios y correcciones en esa esfera ya que se enfrenta los problemas de impunidad o sanción solo a los empleados de menor nivel, solamente que se da en los casos de sobre penalización.

administrativo y las demoras propias del ámbito jurisdiccional, las grandes multas se dejan de pagar y la supuesta supresión y corrección de la contaminación deviene en impunidad[548].

Gary Becker, en su seminal trabajo El crimen y castigo: un enfoque económico[549] de 1968, determinó, en base a una perspectiva basada en las motivaciones e incentivos dentro del contexto de mercado, que el crimen es una actividad económica importante que produce pérdidas sociales. Para reprimirlo se incurren en costes de captura y condena, con una visión económica o de mercado, las sanciones se podrían entender como precios. La visión del crimen y castigo, de Gary Becker (1968), desde la perspectiva económica neoclásica, aporta importantes e interesantes razones para preferir medidas de índole económica, para re-orientar y reducir conductas nocivas al medioambiente y los recursos naturales.

Las multas[550] proporcionan compensación a las víctimas y las multas óptimas compensan completamente a las víctimas y restablece su status quo. El citado autor compara la aplicación de medidas de sanción penal, como la libertad condicional y el encarcelamiento, y determina que estos consumen recursos sociales, mientras que las multas no.

Se ha elegido, para este trabajo, la perspectiva ius económica, pues recoge de la economía el aporte de herramientas objetivas para la predicción, evaluación y valorización del daño ambiental. También porque la lógica que motiva y orienta las diferentes conductas y acciones de actores públicos y privados, es de índole económica principalmente. Según se vio en el Capítulo 3, cuando nos referimos a la economía, la escuela dominante es la neoclásica, la cual ha aportado los conceptos de mercado, y un sinnúmero de herramientas analíticas valiosas.

Para el presente trabajo, se incorpora a la existente corriente dominante neoclásica, conceptos, teoría y doctrina de la economía ecológica, por tener elementos y herramientas adicionales que se vinculan mejor y favorecen el más completo

[548] Diferentes casos, públicos y notorios, de derrames de hidrocarburos en ríos de la Amazonia o de relaves mineros de grandes empresas, Caso Pluspetrol en la Amazonía o de la SPCC en el sur.
[549] Becker, Gary. Crime and punishment: an economic approach. En: Becker, Gary (Ed.) Essays in the economics of crime and punishment. Chicago. UMI 1974.
[550] En este caso se entiende que las multas no se aplican para financiar el funcionamiento de las instituciones que imponen la sanción pecuniaria.

entendimiento de la realidad ecológica. Es decir las condiciones imprescindibles para permitirnos gozar de un ambiente adecuado y la protección de los recursos naturales, que por su valor e importancia, se buscan tutelar.

La actual necesidad eco sistémica de aportar servicios ambientales, que tienen un valor real en los mercados de carbono y de agua, se entiende mejor cuando se amplía la mirada e incorpora la perspectiva ius económica desde la economía ecológica.

Del análisis realizado, se desprende que hay razones, factores y causas de naturaleza jurídica y económica que operan de manera conjunta e inseparable. Estas explican, en gran medida la débil, pobre e ineficaz tutela del medioambiente y recursos naturales por el Estado. Si este trabajo se hubiese completado el año que se empezó, en 2003, la perspectiva ius económica estaría referida a la visión de la economía neoclásica, centrada en el mercado. Diez años después, con la experiencia acumulada, los conocimientos adquiridos de la realidad y mi experiencia en 8 distintos países para comprobar mis ideas e hipótesis de trabajo y observaciones, me llevan a dirigir mi perspectiva ius económica para la tutela del medio ambiente por el Estado, a una que está sostenida en la economía ecológica.[551]

A manera de referencia, en la Unión Europea "Se cree que el incumplimiento del Derecho medioambiental le cuesta a la economía de la UE en torno a los 50,000 millones de euros cada año en gastos sanitarios y costes directos para el medio ambiente. En un esfuerzo por reducir esa cifra y conseguir mejores resultados medioambientales para las personas y las empresas, la Comisión ha adoptado hoy una Comunicación[552] sobre una mejor aplicación del derecho medioambiental de la UE." [553]

La misma comunicación de la Comisión Europea señala: "El Derecho medioambiental[554] puede reportar ventajas a la industria: la plena aplicación del

[551] Se reconoce las bases físicas de la económica que incluye la energía, los materiales y los residuos.
[552] Comunicación UE, Ref: IP/12/220 del 07 / 03/2012. "La Comunicación tiene por objeto intensificar el dialogo con los gobiernos y todas las demás partes interesadas sobre cómo colaborar mejor para conseguir una mejor aplicación del Derecho de la UE mediante la mejora de la recopilación y la difusión de los conocimientos y una mayor responsabilidación (sic.) de todos de cara a los objetivos medioambientales."
[553]Comunicación UE, Ref: IP/12/220 del 07 / 03/2012.
[554] Se refiere a la legislación ambiental, como se emplea en el presente trabajo.

Derecho de la UE en materia de residuos podría generar unos 400,000 nuevos empleos, por ejemplo, con unos costes netos inferiores en 72,000 millones de euros a la hipótesis alternativa de su incumplimiento."

No desestimamos la importancia de la economía neoclásica. Se han realizado estudios, con la aplicación de sus herramientas para determinar el impacto de la contaminación y daño ambiental. A manera de ilustración, Miranda nos dice: "De manera general se puede establecer que la contaminación del aire afecta a la salud humana a través de cuatro canales: (i) los gastos médicos para los tratamientos asociados a las enfermedades generadas por la contaminación del aire –incluyendo los costos relacionados como el costo de oportunidad del tiempo perdido por realizar estos tratamientos–; (ii) la pérdida de salario como resultado de no poder trabajar en los días de enfermedad; (iii) los costos asociados para prevenir –o costos defensivos– para prevenir las enfermedades inducidas por la contaminación del aire; y, (iv) la des-utilidad asociada con los síntomas y las pérdidas de oportunidad de ocio causadas por la enfermedad."[555].

El citado estudio de Miranda revela resultados de las políticas sectoriales que debían corregir y mitigar la contaminación del aire y las consecuencias de la ineficacia de las acciones que se tomaron.

Ofrece también, a manera de predicción: "…si se asume que en términos de política ambiental no se realiza nada durante los siguientes diez años –lo que implica mantener los mismos niveles de contaminación que el año base–, entonces, el costo social en valor presente representa el 3.5% del PBI nacional y el 7.4% respecto del PBI de Lima".[556] Información valiosa para tener en cuenta en la toma de decisiones y diseño de políticas sectoriales y de Estado, en coherencia con el mandato constitucional de proteger la vida, la salud y la dignidad de las personas.

[555] Miranda, Juan José. Impacto Económico en la salud por contaminación del Aire en Lima Metropolitana. Lima: IEP. 2006

[556] La tasa de descuento utilizada para traer los datos a valor presente es de 3%.

5.1 **Lógica económica de la constitución política**

Las Cartas Políticas contemporáneas, contienen de manera orgánica una porción importante de su corpus, dedicado específicamente al tema económico. Así, el modelo ius-fundamental económico en nuestra Constitución desarrolla su marco orientador, a partir del Art. 58°, que define y configura la economía social de mercado. En cuanto al régimen económico, los temas centrales de mayor preocupación son los referidos a la moneda o la banca, tributos o la propiedad. En el referido título también se incluye todos los aspectos del medioambiente y los recursos naturales, dentro del capítulo II, como se verá más adelante.

La propia jurisprudencia del TC elabora sobre el concepto de economía social de mercado para definir sus contornos y alcances: "Incorporado en la Carta Política de 1993, el capítulo sobre el "Régimen Económico" ha recogido expresamente un modelo económico constitucional definido como "economía social de mercado". Este modelo ius-fundamental económico busca asegurar la competencia, estimulando el desarrollo de la capacidad productiva individual, con el objeto no sólo de estimular la creación de riqueza, sino de contribuir al progreso social, amén de resguardar celosamente un diversificado sistema de protección social de los sectores económicamente más vulnerables (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 16). Es decir, este sistema puede definirse escuetamente como un modelo de economía de mercado o economía abierta, con incrustaciones esenciales de un Estado social; representa, por tanto, la condensación histórica de los valores constitucionales de la libertad y la justicia."[557]

Se debe de tomar nota que un concepto netamente económico, como lo es el 'modelo económico', el TC lo vincula, a lo que en este trabajo se ha considerado como el principal asidero constitucional para la tutela del medioambiente y los recursos naturales, a la dignidad humana."… para ser constitucionalmente admisible, el modelo de economía social de mercado no debe representar sólo la búsqueda de una eficiencia

[557] Cfr. EXP. N.° 00228-2009-PA/TC | fundamento 28

económica y social, que enfatice sólo el logro de determinados objetivos económicos y sociales, sino que debe significar la cristalización del fundamento antropológico-cultural que late inexorablemente en toda constitución como fuente primaria de todo su complejo plexo normativo, como es el principio-derecho de dignidad humana." [558]

5.1.1 **El medioambiente y los recursos naturales encuadrados dentro del régimen económico**

En la Carta Política, bajo el acápite Del Ambiente y los Recursos Naturales, en el Capítulo II, se consagran los cuatro artículos[559] que dan el marco para el uso, la protección y cuidado del medio ambiente y los recursos naturales.

La lectura sistemática de estos, nos sitúa en que los recursos naturales, renovables y no renovables, patrimonio de la Nación[560] deben de servir los propósitos de la economía social de mercado y la salvaguarda de la dignidad humana. Siendo pues, un patrimonio de todos, debe entenderse la necesidad de cuidar y proteger dichos recursos y evitar que se desvanezcan o pierdan.

Es el Estado quien determina la política[561] nacional del ambiente. Se entiende esta como la orientación, dirección y regulación de todo lo concerniente al ambiente o medioambiente. Es decir, la regulación y protección del entorno de vida y todo lo que pueda influir de manera positiva o negativa, ya que se ha establecido que debe de ser adecuado para la vida[562]. Implica que el medioambiente debe de estar libre de contaminaciones y que como la vida depende de sus componentes, no se puede esperar la constatación real de la contaminación o degradación para recién actuar, sino más bien prevenirla y evitarla y proveer su más completa protección[563]. Es lo que se

---

[558] EXP. N.° 00228-2009-PA/TC | fundamento 29

[559] Vide Art. 66° y ss. constitucionales

[560] Vide Art. 66° CPP. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

[561] Vide Art. 67° CPP. El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

[562] cfr. Art 2º inc. 22 CPP

[563] Congruente con el Art. 1° CPP. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

entiende como la tutela del medioambiente y los recursos naturales, deber ineludible del Estado.

Una corriente, formulada originalmente por Garrett Hardin (1968) bajo el epíteto de 'La tragedia de los comunes', basado en su observación y análisis de los bienes comunes, es decir de propiedad de todos y ninguno en particular, sin dueño específico, establece que sin derechos de propiedad sobre estos siguen el curso inevitable de la degradación y destrucción. Lo cual se ha verificado en multiplicidad de casos en nuestro país[564].

Pero desde el momento que un bien sirve a una comunidad, ésta en su conjunto tiene el derecho, aspiraciones y expectativas de que los bienes se mantengan y estén disponibles para su uso futuro. Solo cuando nadie se hace cargo y se abandona la administración, y deja al libre albedrio de cualquiera el libre acceso y uso, es que se cumple el pronóstico de Hardin.

La participación ciudadana en la fiscalización de la Administración es crucial e indispensable para que los bienes no se destruyan, degraden o pierdan – afectando a todos.

Por su parte Elinor Ostrom, galardonada con el Nobel de Economía en 2009, reivindica la importancia de la buena administración, que puede ser por los mismos ciudadanos, moradores o habitantes , o alguien de afuera y rentado, para el cuidado y preservación del bien común. Es en este sentido, que la participación ciudadana[565] en la fiscalización y control de la acciones de los administradores, se pueden entender como las acciones que deben de tener o hacer cumplir los funcionarios respecto de la legislación ambiental vigente para obtener los resultados esperados por la normatividad , que no son otros que la protección del entorno de vida adecuado, por lo que resulta indispensable e ineludible.

Dada la importancia en reforzar y hacer efectiva la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, la Carta Política le reconoce a la participación

[564] Se ve en los parques y espacio públicos como playas hasta en áreas naturales protegidas por el propio Estado.

[565] Cfr. Ostrom, Elinor. El gobierno de los bienes comunes: la evolución de las instituciones de acción colectiva. México: FCE 2000

ciudadana un rol determinante[566]. Así, cualquier persona puede formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito a la autoridad competente[567] ante la ocurrencia de daños al medio ambiente. Consideramos como una laguna, el no indicar dónde ni cómo, competencia o trámite, que difiere al nivel legal.

La Carta también provee a los ciudadanos la Garantía Constitucional de la Acción de Cumplimiento[568,] que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Este mecanismo es muy útil para los casos de inacción administrativa en hacer cumplir la legislación ambiental y la omisión al deber de función.

Es al nivel constitucional, donde se define y regula el acceso[569] de la ciudadanía a la fiscalización de la aplicación de la legislación ambiental, ya sea por personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, situación que todavía está por concretizarse en nuestra Carta Magna.

---

[566] Recordemos que el Art. 45° constitucional establece que el poder emana del pueblo.

[567] cfr. Art 2º inc. 20 CPP

[568] cfr. Art 200º inc. 6 CPP

[569] A los fines de responder a la problemática de la legitimación para la defensa del derecho al ambiente, se han implementado diversas modalidades de acciones judiciales. Una de las más empleadas es la *actio popularis.* Esta es un tipo de acción judicial que otorga legitimación expresa en favor de todos y cada uno de los habitantes de un Estado para accionar judicialmente en defensa de determinados derechos o intereses reconocidos por la norma. De tal modo, se exime al demandante de la obligación de demostrar un interés personal y directo en el bien que pretende resguardar judicialmente.

Las legislaciones de diferentes países han adoptado diversas modalidades de acción popular como mecanismo de tutela judicial de los derechos de pertenencia colectiva; entre otros, el derecho al ambiente sano y equilibrado, el derecho a la conservación del patrimonio histórico, cultural y paisajístico, los derechos del consumidor, etc.

A manera de ejemplo en materia ambiental:

- La Constitución Política de Portugal (1976) Art. 66, inc. 3
- La Constitución de la República Federativa de Brasil (1988) Art. 5, inc. LXXIII
- La Constitución Política de la República de Costa Rica (1994) Art. 50

De modo tradicional, el Estado ha asumido la defensa y protección de los intereses generales de la sociedad a través del Ministerio Público, o más recientemente con la Defensoría del Pueblo.

De manera progresiva se ha ampliado la esfera de facultades y competencias de dichos órganos a la tutela de los intereses colectivos, como el derecho al ambiente sano, los derechos del consumidor, etc.

La posibilidad de accionar judicialmente se extiende en nuestro país a favor de asociaciones y ONGs sin fines de lucro que tengan por objeto la defensa del ambiente. Cfr. Art. 140. Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales del Perú (1990).

5.2 ¿Qué entendemos por perspectiva ius económica-PIE?

El Derecho como ciencia cultural es prescriptivo, prescribe el deber ser. También la Economía, tiene su vertiente normativa o prescriptiva del deber ser, en base a valores. En tiempos recientes, esta rama de la economía ha tenido una interesante revitalización con los trabajos del Premio Nobel de Economía Amartya K. Sen, tema que interesa a la construcción de la perspectiva ius económica, que se sostiene en valores y propone su utilidad en ayudar a fortalecer la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

La perspectiva ius económica PIE, es la visión de la realidad social desde el Derecho, que tiene en cuenta los principios económicos. Para el presente trabajo, que está centrado en entender la débil capacidad y eficacia de la protección del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, la PIE provee de una mirada amplia, que permite detectar y analizar los puntos débiles en la legislación ambiental y en su aplicación o 'enforcement' por las entidades y dependencias encargadas, y con la responsabilidad constitucional y legal. La PIE usa elementos del análisis económico neoclásico, pero al final se decanta por los principios que aporta la Economía Ecológica. Este trabajo recomienda una mayor difusión y uso de la Economía Ecológica para informar la toma de decisiones para la tutela del medioambiente y los recursos naturales. En razón de que la Economía Ecológica toma en cuenta mecanismos económicos como por ejemplo los pagos por servicios ambientales y también los balances de energía y materiales, coherente con las leyes naturales de la física, química y la termodinámica.

5.2.1 La PIE tiene la visión del jurista a la que incorpora la visión del economista.

En la PIE se considera que el móvil o motivación económica, explica mejor las razones del bajo cumplimiento de la legislación ambiental para la protección del medio ambiente y los recursos naturales por el Estado. Se añade esta dimensión a la común y clásica proposición, que la principal motivación es el interés político. Tenemos los

casos de la supuesta vinculación política[570] en la conformación del Tribunal Constitucional y Defensoría del Pueblo, que debieran ser absolutamente autónomas de injerencia política, pero que son entidades percibidas como cruciales, en permitir y no entorpecer las inversiones, aun siendo algunas de estas de naturaleza ilegal como, es el caso de la minería y tala depredadora en Madre de Dios.

Los economistas clásicos denominaron **economía política**, a la ciencia social cuyo objeto es el estudio de la dinámica económica de la sociedad que incluyen: la producción y distribución de bienes, la creación y asignación del excedente o producto social neto, el cuánto y cómo se crece etc. De allí que si quisiéramos entender mejor el efecto de las normas que regulan el uso de los recursos naturales y control de la contaminación en la producción de bienes y servicios, la economía nos resulta de gran utilidad.

El problema ambiental está inmerso y sujeto a las condiciones cambiantes de la economía nacional, así como también de la economía global, de allí que es imprescindible conocer y analizar los elementos que rigen la realidad económica. Según Dworkin, "Si concedemos que la teoría de los derechos de un juez está determinada por algún sentido instintivo del valor económico, y no inversamente, todavía podemos sostener que el juez confía en esa teoría, y no en el análisis económico, para justificar las decisiones en los casos difíciles."[571]

Para efectos del presente trabajo, que busca desarrollar un nuevo marco, así como los mecanismos para fortalecer la tutela del medioambiente y recursos naturales por el Estado, la teoría, doctrina y herramientas de la micro economía son de gran valor y utilidad pues esta es "una ciencia empírica consagrada al estudio y predicción de los fenómenos económicos"[572] y "(la economía) constituye esencialmente una ciencia aplicada vinculada muy de cerca a los problemas económicos y a las políticas reales."[573]. Es necesario entender que "La comunidad puede perseguir diferentes

[570] Ambas instituciones tienen especial gravitación en temas de índole ambiental y extracción de recursos naturales.
[571] Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel. 1995 pg. 167
[572] Jordán Galduf, José María, Política económica: la consideración de la Economía como ciencia aplicada y prescriptiva. En: Cuadernos de economía Vol 12, N°333, 1984 Elsevier España pg. 53
[573] Jordán Galduf, José op. Cit. pg. 54; acá hace referencia al pensamiento de Maurice Dobb.

objetivos al mismo tiempo y poner en peligro un objetivo en beneficio de otro."[574]. Ante la constante evaluación y selección de alternativas, la PIE valora la importancia de la economía como el pilar principal, "a partir de la consideración de la Economía como una ciencia social de carácter aplicado y prescriptivo."[575]

5.2.2 Lineamentos metodológicos de la PIE.

La PIE sigue una lógica y visión tópica[576] orientada a la resolución de problemas. Su aplicación, tema del presente trabajo, está centrada en el análisis exhaustivo, multidisciplinario y profundo, de las causas de la pobre aplicación de la Legislación ambiental, y la formulación de acciones necesarias para lograr la efectiva tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

Luego de constatar los resultados que evidencian la débil tutela del medioambiente y recursos naturales por el Estado, reflejado en la información oficial, mediante el razonamiento abductivo se establecen las interrogantes de qué factores o elementos de índole económica son relevantes o tienen incidencia en el problema jurídico ambiental concreto a tratar. Se sustenta en los hechos, regulados por el Derecho, pero cuyos resultados, como es el caso de la observancia de las normas ambientales, están lejos de los objetivos planteados. Busca entonces identificar y aislar los factores económicos relevantes que dificultan u obstaculizan la labor del Derecho.

En la aplicación de la PIE se tiene en cuenta que en la dimensión positiva "La economía ha de interpretar y predecir, para lo cual pondrá a su servicio el llamado análisis teórico y la investigación empírica. En un caso primará la deducción abstracta; en el otro, la inducción."[577] Además en su faz normativa "… creemos que es útil y necesaria la distinción entre hechos y valores, aunque la mutua interacción alimenta la dinámica científica."[578]

---

[574] Dworkin Op. cit. pg. 160; se puede pensar en los casos de explotación de hidrocarburos en parques naturales protegidos, o los efectos de la minería a tajo abierto en zonas agrícolas.
[575] Jordán Galduf op. cit , José María, Política económica: pg. 66
[576] Cfr. Viehweg, Theodor. Tópica y jurisprudencia. Madrid: Taurus. 1964.
[577] Caramés, Luis y Maria Cadaval, M. Economía y Método: una síntesis convencional. En: Revista galega de Economía, vol 11 num 1 (2002). pg 16
[578] Caramés Op. Cit. pg. 16

La PIE enfoca su mirada analítica en los resultados de la aplicación o inaplicación de las normas ambientales en relación a sus efectos económicos. Reconoce y recoge los instrumentos de la escuela dominante neoclásica y cuestiona sus resultados a la luz de la tutela del medioambiente y los recursos naturales.

La perspectiva ius económica PIE[579], es pues una metodología, una forma de encarar hechos de relevancia jurídica, regulados por el Derecho y por el Estado, de los que se extrae, reduce y examinan los aspectos económicos como: el Interés personal o empresarial, la utilidad marginal, ganancias, etc. debido a su influencia y incidencia en el cumplimiento, eficacia y efectividad de las normas jurídicas, para nuestro caso de la legislación ambiental, que regulan dichos hechos.

La PIE toma nota de la mirada que introdujo la disciplina del Análisis Económico del Derecho que "… a partir de la Economía, de la que utiliza leyes, principios, metodología e instituciones, que proyecta sobre materiales u objetos propios del Derecho."[580] es decir "… es la aplicación de los instrumentos analíticos de la ciencia económica a los fenómenos jurídicos."[581] desde su génesis de origen anglo-sajón[582], comúnmente aceptada.[583]

Cuando Richard Posner formuló, en los años 60 los primeros esbozos de lo que se convertiría luego en el Análisis Económico del Derecho-AED decía de su enfoque o perspectiva: "… el Análisis Económico del Derecho es el estudio de las instituciones jurídicas desde la economía... usando instrumentos económicos para determinar los efectos de las leyes y las sentencias…"[584].

---

[579] Podrían incluirse y analizarse diferentes temas de interés social y situaciones de conflicto, ya que postulamos que esta tiene una base y racionalidad económica.

[580] Cfr. Kluger, Viviana (comp.) Análisis económico del derecho. Bs As: Heliasta. 2006 pg. 9

[581] Cfr. Cabanellas, Guillermo El análisis económico del derecho. Evolución histórica, metas e instrumentos. En: Kluger, Viviana (comp.) Análisis económico del derecho. Bs As: Heliasta. 2006. pg. 21

[582] Cabanellas op. cit. pgs. 23-28

[583] Sin embargo, el jurista y economista español, José Luis Villar Palací, publicó a inicios de los años 50, trabajos sobre el análisis económico del derecho público, con una perspectiva neoclásica, en la Revista de Administración Pública, algunos años antes que lo hiciera Richard Posner en la Universidad de Chicago.

[584] Cfr. Posner, Richard Análisis económico del derecho. México: FCE. 1998

A la PIE le interesan los postulados de la Economía, tanto en su vertiente positiva {lo que es}, como normativa {lo que debe ser = valores, principios}. El enfoque positivo utiliza el análisis económico para predecir el efecto de las normas jurídicas. Tiene en cuenta los hechos y la relación causal, así por ejemplo, un análisis económico-positivo sobre responsabilidad por el daño ambiental podría predecir los efectos de régimen de responsabilidad objetiva o estricta, frente a uno de responsabilidad subjetiva.

El enfoque normativo toma en cuenta los juicios de valor y tiene una mirada teleológica. Sus recomendaciones son de carácter político, basadas en las consecuencias económicas que derivan de la aplicación, en nuestro caso, de la política ambiental. Para Amyrtya Sen, "Cabe entonces hacerse la pregunta de si las prioridades del medioambiente deben de verse también en el contexto y en función de la posibilidad de sustentación de nuestras libertades."[585]

5.3 Tópicos centrales de raigambre económica presentes en la PIE

5.3.1 La eficiencia económica

Este concepto de uso por las ciencias físicas también se emplea en la Economía, entendido como el menor desperdicio de recursos escasos. En su sentido más amplio, la eficiencia es la capacidad de lograr un fin por medio de los factores, instrumentos, acciones y recursos dados, minimizando su uso y el desperdicio para maximizar los resultados. El profesor Michael J. Farrel[586] fue el primero en dividir el concepto de eficiencia en dos componentes: técnica y asignativa, además de desarrollar un método empírico para la medición de la eficiencia relativa. Farrell estableció los conceptos de eficiencia técnica y eficiencia precio. La primera consiste en producir lo máximo posible a partir de unos inputs dados, la segunda es la que obtiene aquella unidad productiva que utilice una combinación de inputs que, con el mínimo coste, alcance un output determinado a unos precios preestablecidos. [587]

[585] Sen, Amartya y Kliksberg, Bernardo. Primero la gente. Barcelona: Deusto. 2007 pg. 54.
[586] Farrel, M.J. The measurement of productive efficiency. En: Journal of the Royal Statistical Society. vol 120, series A, part III 1957
[587] Cfr. Farrel op. cit. pgs. 259-263

Una vez que se llega al punto en que para aumentar la ganancia de uno, el otro debe perder, se ha alcanzado el óptimo paretiano[588]; mientras no pase esto, la sociedad todavía puede aumentar su bienestar. Lo más relevante del planteamiento de Farrel es haber intentado buscar una función de bienestar social positivista, exento de juicios de valor, que ha sido recogida y desarrollada en la Economía del Bienestar que se aplica a la distribución o asignación de bienes. Esta "eficiencia distributiva" orienta a que los bienes que se producen se distribuyan para obtener el máximo de utilidad de ellos.

En el orden normativo de la Economía de Bienestar, al momento de establecer reglas para la toma de decisiones gubernamentales se toma en cuenta los valores sociales.

Pareto, siguiendo una corriente positivista, desechó algunos postulados económicos, sugiriendo que los individuos actúan basados en elementos instintivos residuales, no lógicos ni racionales.

El análisis económico hace uso del óptimo de Pareto como punto de partida en la búsqueda de soluciones de conflictos intersubjetivos, ya que facilita diferentes arreglos entre los individuos o grupo social, para que puedan mejorar su situación sin perjudicar a otros. El óptimo paretiano o punto límite, es axiológicamente neutro pues no toma en cuenta desequilibrios o injusticias en la asignación de recursos, factores, bienes y servicios, o en la propiedad de éstos. Se tiene por ejemplo, una situación en la que se distribuyen 100 unidades de un bien para su consumo entre dos individuos distintos, serían óptimos de Pareto tanto una distribución del tipo 100 a 0, como otra del tipo 50 a 50, ya que una vez realizada la asignación, para mejorar la situación de un individuo, irremediablemente se empeoraría la situación del otro. Esto sucede al tener que ceder una de las unidades del bien o servicio, aunque el primero empiece con 100 y el último con 0. Por ejemplo la norma que asigna beneficios especiales a los congresistas de recibir pensiones con solo 5 años de aportes, el retiro de ese beneficio, injusto por donde se le mire, va a afectar a unos cuantos, por lo tanto no es eficiente según Pareto, a pesar de ser socialmente deseable y justo. Una asignación se define como "pareto-eficiente" o "pareto-óptima" cuando no pueden lograrse nuevas mejoras de Pareto. Sin embargo se alega, que el concepto de eficiencia de Pareto es minimalista, pues no implica ni resulta necesariamente en una distribución de recursos socialmente deseable

[588] La eficiencia paretiana no implica para nada que se tenga una distribución justa, solo que el cambo de cualquier distribución alcanzada, es a expensas del otro.

ni se refiere a igualdad o a un estado general de bienestar social. Solo implica una situación límite, que no se puede modificar, sin perjudicar por lo menos a un individuo.

Este criterio plantea una disyuntiva entre eficiencia y equidad, ya que resuelve el óptimo individual pero no resuelve el problema del óptimo social, donde no sólo es relevante la asignación de los recursos, sino también la distribución de la renta.

La eficiencia de Pareto se enfoca en la eficiencia de la transacción en sí y no en la distribución de los beneficios de la transacción, es decir que se hayan realizado todas las posibles transacciones o combinaciones posibles y que nadie esté peor que antes.

Al entender al óptimo de Pareto como el límite de mejoras y beneficios que una sociedad puede aspirar, donde la mejora de uno no significa la pérdida de algunos otros "…una situación es óptima cuando la situación de nadie se puede mejorar sin hacer que algún otro este peor." Nos encontramos frente a dos grupos sociales: los que están bien y los que podrían resultar perjudicados.

Para atender los intereses y necesidades de los grupos así definidos, se han desarrollado dos criterios o tests.

Así, el primer test, llamado "criterio de Kaldor", determina si los efectos de una norma jurídica, en nuestro caso específicamente de la legislación ambiental vigente, benefician al mayor número de personas y a un mínimo que al final resulten perjudicados, pero están dispuestos a aceptar una compensación. Desde el punto de vista de los que salen beneficiados con la medida adoptada: que es lo que están dispuestos a ofrecer para obtener lo que desean.

Por su parte el segundo, llamado el "criterio de Hicks" considera la situación desde el punto de vista de los que salen perjudicados. Se establece que lo máximo que los perjudicados están dispuestos a ofrecer a los que se benefician, es menor que el mínimo que los que se benefician están preparados a aceptar.

Si ambas condiciones son satisfechas, tanto los que se benefician como los perjudicados estarán de acuerdo en cumplir la norma ambiental bajo una situación óptima de acuerdo a Pareto. Esta situación se denomina como Eficiencia de Kaldor - Hicks o Criterio de Scitovsky.

Refiriéndose a la eficiencia, Amartya Sen señala que puede haber muchas situaciones que son eficientes en término de Pareto sin que todas sean igualmente deseables o aceptables desde el punto de vista de la sociedad (o sus miembros).

Es indiscutible, la especial importancia de los valores, Katouszian citado por Galduf (vide pg. 280), afirma "no sólo los enunciados de política económica, sino casi todos los enunciados fundamentales de la ciencia económica son de un modo u otro prescriptivos: es decir, la Economía es característicamente no una ciencia 'positiva' – esto es descriptiva, sino 'normativa'-esto es prescriptiva-". Continua sobre las naturaleza de la ciencia económica: "correctas o incorrectas, todas ellas son teorías prescriptivas: pretenden ofrecer los mejores métodos para conseguir objetivos privados o públicos que se presumen deseables. Incluso las teorías que se ocupan de las condiciones de equilibrio micro y macroeconómico y su estabilidad tienen esa naturaleza prescriptivas."

Lo que está fuera del mercado, se le conoce en la economía como 'fallas del mercado'. Se refiere a todo aquello que no interviene en un mercado competitivo, es decir, no se pueden transar libremente. Así, se pueden citar: los bienes públicos {recursos naturales} y las externalidades {la contaminación ambiental}. Para Nicholas Stern, "el cambio climático es la mayor externalidad económica"[589].

¿Quién o quiénes se benefician con el incumplimiento de la legislación ambiental o la existencia de un marco jurídico claro y transparente? Hay actores nacionales y extranjeros que recogen beneficios económicos ilícitos, que surgen al evitar cumplir con la legislación ambiental. El propio Estado deja de recibir los beneficios y frutos por los servicios ambientales de la Amazonía, precisamente porque no ha sabido empaquetar y encausar esos bienes hacia mercados existentes, es decir ha sido incapaz de reconocer el valor e importancia de esos bienes para la comunidad internacional, que requiere de mecanismos de mitigación y absorción de gases de efecto invernadero, la protección de la biodiversidad y la producción de oxígeno y agua.

Sería interesante, tema de otros trabajos, el determinar ¿cuánto de retribución económica o de otra índole, se ha dejado de percibir? Qué se puede decir de los muy importantes recursos para el desarrollo de los pueblos andinos amazónicos y el

[589] Cfr. Stern Nicholas. The global deal. New York: Perseus. 2009 pg. 11

progreso y bienestar nacional, que se dejan de recibir por la falta de valorización e inserción en los cuasi mercados[590].

Para no dejar de lado los problemas asociados a la protección del medio ambiente y los recursos naturales, y lograr el mejor estudio y entendimiento, es imprescindible la inclusión de los elementos que aporta la Economía Ecológica.

5.3.2 La eficiencia del Derecho.

Según se vio en la sección anterior, en Economía se aplican los criterios de Pareto y de Kaldor –Hicks para evaluar la eficiente distribución de recursos, donde nadie se vea afectado o los que sean afectados se vean compensados por los que mejoren su situación.

Según Posner, también en el Derecho tiene cabida el concepto de eficiencia y concluye que el common law tiene como objetivo implícito la asignación eficiente de recursos, para lo cual dispone de incentivos que facilitan el acceso a los mecanismos de mercado para resolver transacciones y conflictos.[591]

Para Posner, la ineficiencia es injusta[592]. Desde el análisis económico, se han establecido un número de condiciones que conducen a la ineficiencia. Entre ellos se incluyen:

- Estructuras de mercado imperfectas, tales como el monopolio, monopsonios, oligopolios, y situaciones de competencia monopolística.
- Deficiente asignación de los factores de producción.
- Fallas de mercado y externalidades, incluyendo el "costo social" de la contaminación y daño ambiental.

---

[590] A manera de ilustración de Brasil que supo empaquetar su promesa de reducción o la deforestación contra las donaciones al fondo de la Amazonía (Amazon Fund) por 21,000 millones USD vide: http://www.fundoamazonia.gov.br/FundoAmazonia/fam/site_es/index.html revisada 13 julio 2014 mientras que Ecuador que ofreció en 2007 ante la Asamblea General de las Naciones dejar en el subsuelo petróleo bajo una prístina reserva amazónica ITT, contra una compensación de 3,600 millones USD, equivalentes al 50% de los recursos que percibiría el Estado en caso de optar por la explotación petrolera y mantener indefinidamente inexplotadas las reservas Vide: http://yasuni-itt.gob.ec/quees.aspx

[591] Cfr. Posner op. cit. pg. 252-255

[592] Cfr. Posner ibid.

- Mala determinación de precios, debido a la manipulación y poca información.
- Información asimétrica, incluyendo falta de transparencia y el problema del agente-principal
- Declinación natural de costos de largo plazo en monopolios naturales.
- Ciertos tipos de tributos y tasas.

El análisis de la eficiencia no se realiza respecto de conductas de los administrados o justiciables, sino respecto de las normas jurídicas mediante las herramientas microeconómicas creadas por la economía neoclásica.

El propósito es determinar si una norma o política ambiental provoca o no ciertos tipos de conductas que dan resultado eficientes.

La predicción de conductas se logra mediante hipótesis donde los supuestos son normas jurídicas, pues las normas jurídicas permiten, prohíben o autorizan la realización de conductas que serían económicas, así como su evaluación del grado de eficiencia.

Para Cossío, "De aceptarse que la eficiencia de las normas puede determinarse sin tener que recurrir a presupuestos *a priori*, resulta posible que (…) se considere aquellas que corresponde a las normas constitucionales, legislativas o reglamentarias, a los tratados internacionales, a los decretos, los acuerdos o las circulares, y las sentencias o los contratos…" [593]

5.3.3 La valorización económica.

El valor está referido a cuánto se aprecia algo, esta apreciación puede surgir de cuánto se necesite o no ya se puede usar en un intercambio. Los intercambios se realizan en el espacio llamado mercado. Pero, como se ha visto anteriormente, hay bienes fuera del mercado.

[593] Cossio Diaz, José Ramón. Derecho y análisis económico. México: ITAM-FCE 1997 pg. 249

Debemos de recordar que es consustancial al concepto de desarrollo sostenible la necesidad de proteger y asegurar los recursos naturales para las generaciones futuras. Para la Economía, este concepto se entiende como una tasa de descuento que es una medida financiera que se aplica para determinar el valor actual de un pago futuro. Los flujos de dinero descontados son los que han disminuido su valor presente al aplicar el tipo de descuento, de acuerdo a la cantidad de tiempo que debe transcurrir hasta que se obtenga el dinero esperado. En la medida en que el tiempo de espera sea mayor, el descuento será mayor. Intangibles como la bio diversidad, paisajes, disponibilidad de agua y aire limpio para el futuro tendrán un mayor o menor valor, según la tasa de descuento empleada "… muchos elementos del medioambiente como el aire, el agua o la belleza estética de un paisaje o incluso ciertos recursos subterráneos que tradicionalmente han sido considerados como 'bienes naturales libres'[594] no sólo son agotables o destruibles sino que no pueden ser reproducidos con facilidad. Por estas razones, su deterioro o agotamiento no será tenido en cuenta de forma adecuada en los cálculos económicos que se llevan a cabo a través de los precios de mercado o en términos monetarios."[595]

Hasta la vida misma ha sido sujeta a valorización económica[596], sin embargo hay intangibles como la tranquilidad, el valor del paisaje o la protección de especies en peligro en de extinción que no tienen precio o valor monetario o comercial.

5.3.4 La demanda de bienes y servicios

Cada persona, grupo o la sociedad en su conjunto, tiene deseos y necesidades, algunas vitales y de inmediata satisfacción como los alimentos, vestido, alojamiento, medicinas, energía o seguridad. El psicólogo Maslow estableció que hay una jerarquía de necesidades humanas que demandan su satisfacción.[597]

---

[594] Considerados como res nullius

[595] En: Aguilera Klink, Federico (ed.). Economía de los recursos naturales, un enfoque institucional. Textos de S.V. Ciriacy- Wantrup y K. W. Kapp. Madrid: Argentaria. 1995 pg. 177-178

[596] El profesor Kip. Viscusi, en su seminal trabajo publicado en el año 2003, analizó y determinó que el modelo actuarial usado por las compañías de seguros adolecía de limitaciones. Su propuesta era incorporar la capacidad de ingresos basado en la capacidad de trabajo. Así llegó a un valor entre 5 y 10 millones USD por vida humana, para los EEUU. Cfr. Viscusi Kip. The value of life: Estimates with risks by occupation and industry. Working Paper Code JEL J3, I1 Harvard Law School 2003

[597] Vide Maslow, A.H. Motivation and personality. New York: Harper & Brothers, 1954

El impulso que da origen a la demanda para satisfacer necesidades motiva acciones para ofrecer los bienes y servicios, la llamada oferta, ambas se unen en la gran red de intercambios llamada mercado. Allí con las diferentes alternativas y distintos grados de urgencia y el tamaño de la oferta, se forman los precios y términos de intercambio. En este espacio, Marshall, detectó la naturaleza negativa de la demanda, que se ve afectada por el nivel de precios de los bienes y servicios.

Otros autores como Jean Baptiste Say[598] , concibió la idea que la oferta es la que crea la demanda.

La teoría económica neoclásica del valor está basada en la oferta y la demanda agregada, explicada por la psicología y la propensión a consumir.

Nuestras montañas albergan oro, plata, cobre, zinc, estaño etc., pero es la gran demanda de los países industrializados y economías emergentes las que han marcado y condicionado conductas, políticas y actividades en nuestro país. Tanto en la minería, pero también en hidrocarburos, pesca, productos forestales, especies únicas, etc. Son las ausencias de políticas claras del Estado, la visión de corto plazo y la corrupción institucional, las que han llevado a la depredación de los recursos.

La demanda externa ha influido también en el desarrollo y crecimiento de actividades ilegales en la minería, la tala y cultivos para el tráfico ilícito de drogas.

5.3.5 La especulación

Se presenta una situación extrema en los mercados, cuando se da un crecimiento explosivo de precios sin control y sin base o fundamentos. Para Adam Smith, el especulador se define por su afán de lucro a corto plazo.[599]

Esta situación es el resultado de la ausencia del estado, donde impera el desorden y la acción del libre juego del mercado y la manipulación de la información, movilizan

[598] La llamada ley de Say.

[599] Vide Conill Sancho, Jesús. Horizontes de economía ética: Aristóteles, Adam Smith, Amartya Sen Madrid: Tecnos, 2013.

grandes fuerzas que buscan el lucro a corto plazo, sin importar todo el daño que puedan ocasionar.

Interesa la sólida presencia del estado en la producción de alimentos, como por ejemplo la papa, la quinua, la producción de harina de pescado o de metales como el oro o la plata, por el impacto directo en nuestra economía y las comunidades, ya que una burbuja especulativa que se rompe ocasiona el desempleo y degradación social masiva.

5.3.6 Los Costes de Transacción.-

El concepto de **costes de transacción** aparece en 1937 en el artículo de Ronald Coase, 'The Nature of the Firm'. Más adelante Oliver E. Williamson desarrolla y afina esta corriente teórica. La teoría de los costes de transacción postula que los agentes están dotados solamente de una racionalidad limitada[600], que los lleva a comportarse de una manera oportunista o egoísta, debido a que toda transacción económica engendra costes previos a su concreta realización, como por ejemplo costes ligados a búsqueda de informaciones, a « deficiencias propias del mercado », para protegerse respecto del oportunismo de otros agentes, etc. Por tanto, ciertas transacciones que se desarrollan sobre un mercado, pueden generar costos de concretización bastante importantes, y en consecuencia, los agentes económicos, en los hechos, pueden ser obligados o impelidos a buscar acuerdos institucionales o personales alternativos, que permitan minimizar o reducir esos costes.

El rol del Estado y del Derecho es fundamental para reducir la desconfianza y la corrupción que ayude a generar el marco de confianza y estabilidad que se verá reflejada en la reducción de los costos de transacción.

5.3.7 Costos institucionales

[600] concepto desarrollado por Herbert Simon, premio Nobel de economía del año 1978.

Otro concepto, también desde la economía neoclásica se refiere a los **Costos institucionales**, desarrollado por la teoría de los costos de transacción. Esta busca explicar la existencia de organizaciones económicas fundadas sobre jerarquías que se basan en la existencia de costes de transacción.

Es decir, una cultura organizacional que permita la burocratización y aumento de la tramitología con el fin de justificar su puesto de trabajo y empleo.

5.3.8 Efectos de la corrupción

Este aspecto es de interés para la PIE, en la medida esta produce resultados injustos, ineficientes y antieconómicos. Surge y se enquista como consecuencia de la falta de transparencia y la limitada participación ciudadana en los asuntos públicos, que no actúan ante la previsible motivación económica de los agentes públicos y privados.

Está directamente relacionada con la corrupción política, que es el mal uso público del poder para conseguir ventajas personales o particulares ilegítimas, en perjuicio de los demás. Esta es una manifestación de las debilidades institucionales que no reconocen la fuerza e impulso de la motivación y lógica económica, aunadas a los bajos estándares morales, incentivos sesgados y débil aplicación de la Ley.

La corrupción resta ingresos al Estado, esto ocasiona que se limite el crecimiento económico y la mejora e inclusión social. Además distorsiona y perturba la actividad económica por la reducción del ingreso fiscal, mayores egresos por bienes y servicios que incluyen los montos de coimas y sobornos, sesgo por las grandes compras poco transparentes de equipos militares y nueva infraestructura, en lugar del gasto social dirigido a la mejora de los niveles de educación y salud, además de causar la degradación de la instituciones y el tejido social. En suma, atenta contra el orden democrático establecido. Un estudio comisionado por el Banco Mundial, a finales de los años 90 realizó el análisis económico de los efectos de la corrupción, teniendo como marco el

equilibrio general neoclásico[601], los autores determinaron que la explotación de recursos naturales, es una fuente de corrupción, situación que se da de manera general en todo el mundo. La corrupción reduce el nivel de ingresos del Estado, lo que repercute negativamente sobre el crecimiento del ingreso real. Los países ricos en recursos naturales que usan procesos de producción intensivos en capital y con débiles instituciones políticas y supervisión, son vulnerables a la corrupción y al bajo crecimiento.[602]

Transparencia Internacional (TI) define a la corrupción como "un abuso del poder confiado para obtener ganancias privadas". De allí que esta definición también podría cubrir la corrupción en el sector privado. Sin embargo, para una mayor concentración y claridad, la corrupción es definida en este trabajo como el uso de la función pública para obtener ganancias privadas. La reacción en contra de la transparencia en la actuación del funcionario público y fiscalización ciudadana, son remanentes del *ancien regime* del siglo 15 al 18. En plena era de la telecomunicaciones y tecnologías de la información, eso queda ya desfasado, pues carece de sentido histórico.

Al aumentar la transparencia[603] se reduce en gran medida la corrupción y como tal, se ahorran muchísimos costos de transacción y reducen los engorrosos trámites. Siguiendo esa ruta, se gana en autoestima y productividad del funcionario público. Se crea un Estado más sostenible, al final todos ganamos.

Autoridades o funcionarios públicos aceptan sobornos o solicitan dinero (coima) a cambio de realizar u omitir un acto inherente a su cargo. Esa ilícita actividad afecta directamente al erario público pues los proveedores trasladan el monto del soborno o coima a los consumidores o contribuyentes, lo que viene a resultar una suerte de tributo.

El precio oficial más alto conduce a la reducción de la oferta de bienes y servicios, disminuyendo las posibilidades de desarrollo y bienestar social. Según el Banco

[601] No tomaron en cuenta los graves efectos sobre el ecosistema y la salud ambiental.
[602] Cfr. Leite, Carlos y Jens Weidmann. Does mother nature corrupt? Natural resources, corruption and economic development. Washington DC: IMF. 1999 (Working Paper)
[603] Instituciones como Transparencia Internacional o Ciudadanos al día, trabajan para difundir y fortalecer la transparencia en instituciones.

Mundial[604], la corrupción incrementa el costo de la inversión pública, reduce el ingreso por tributos, aumenta u omite gastos operativos y de mantenimiento reduciendo la calidad de la infraestructura y la eficiencia de la inversión pública, socavando la confianza en el Estado.

Reducir los niveles de corrupción beneficia el crecimiento económico, ya que un manejo transparente de los fondos públicos, propicia la eficiencia y calidad del gasto público. Es decir, las condiciones favorables para un crecimiento económico sostenido.

5.3.9 Conflictos sociales

Los conflictos sociales[605] y daños al medioambiente y los recursos naturales que causan las actividades extractivas, ya sea minería, hidrocarburos, o forestal se explican y se entienden mejor por la motivación económica que subyace a dichas actividades. Apelando a las necesidades económicas de corto plazo de los damnificados directos, muchos de los conflictos sociales causados por las industrias extractivas o por la contaminación industrial, pueden ser atendidos en el corto plazo, pero estos no quedan resueltos definitivamente, ya que los efectos de la contaminación continúan y permanecen manteniendo latente el conflicto. Están ampliamente documentados y son bastante conocidos los casos de relaves y tóxicos provenientes de explotaciones mineras (Hualgayoc, Ite, Cerro de Pasco, la Oroya), de derrames de HC en ríos andinos y amazónicos o en tierras en territorios indígenas caso Lago Agrio (Texaco) con graves problemas y demandas millonarias después de 30 años, o el litigio y demandas por los daños causados por el uso de asbesto en la industria y viviendas, el llamado

[604] Informe del Banco Mundial. Tanzi y Davoodi (2002), referido a casos de corrupción en Italia, en importantes obras de infraestructura pública: construcción del subterráneo y la nueva terminal del aeropuerto de Milán, con significativos sobrecostos.
[605] Se informan periódicamente a través de los reportes de la Defensoría del Pueblo.

Caso Manville[606], que desde que 1929, 85 años, continúan los diferentes procesos judiciales en contra de la compañía.

El sector ambiente, por su naturaleza y carácter transversal, debe de coordinar, asegurar y garantizar que se tenga en cuenta elementos institucionales para regular que las necesarias inversiones y cualquier tipo de actividades productivas no causen daños, contaminación o degradación. Debe buscar el equilibrio armónico entre la utilización racional y benéfica para la sociedad de nuestros recursos naturales, la protección del medioambiente y el ecosistema y las importantes oportunidades de inversión que dispone nuestro país en proyectos de explotación de recursos no renovables, hidrocarburos y la minería; recursos forestales y de la biodiversidad; construcción de obras de infraestructura, de generación de energía y transporte, etc. tanto públicas como privadas. Debe de tener como norte la sostenibilidad y viabilidad ambiental, económica y social .

La realidad ambiental se halla íntimamente relacionada con la realidad política, jurídica, económica y social, por lo que el tratamiento abstracto de sus contenidos solo aporta una explicación parcial e insuficiente de los mismos, razones por lo que se justifica la necesaria mezcla de análisis económico con la descripción institucional amplia y el respaldo histórico.

En una apretada síntesis[607], con un sesgo hacía el análisis convencional, se puede reseñar que el estudio de los problemas económicos, han interesado siempre. Se sistematiza desde el Renacimiento con el Mercantilismo, que abogaba por la amplia regulación de la economía por el Estado vs. laisez faire. Luego con los fisiócratas, el estudio de la economía se produjo dentro del marco de la filosofía de la Ley natural, que recoge el esquema del orden natural que imponen las leyes de la naturaleza o la física, como referentes, en este caso la dimensión normativa y positiva está íntimamente unida.

[606] Sonado caso de contaminación por asbesto que llevó a la empresa norteamericana a declararse en bancarrota y abonar cuantiosas indemnizaciones entre 1929 a 1982, y que continúan en la actualidad cfr. http://www.mantrust.org revisado 15 abril 2014

[607] Tiene como referencia el marco económico visto en el capítulo 3

El marco metodológico de la economía toma nuevos rumbos y se dan los respectivos ajustes con la influencia de algunos pensadores. Así apartir de las contribuciones de Malthus, Say y Ricardo se da un profundo cambio y apertura metodológica. Con **Malthus** las relaciones cuantitativas cuestionaron el tipo de refutación empírica; **Say** determinó que la observación de los hechos por la economía convertía a esta en ciencia empírica; y por su parte **Ricardo**, elaboró teorías de sólida consistencia lógica, a partir de modelos hipotéticos-deductivos.

Por su lado, **Marx**, parte de su análisis histórico y empírico, y a través de su interpretación materialista de la historia, culmina con una concepción sociológica de la formación y desarrollo de las sociedades humanas.

La corriente del marginalismo extendió el método ricardiano a toda la teoría económica. Por su parte **Jevons** considera que es la demanda, con motivaciones de índole psicológicas, lo que determina la formación del precio, en lugar de la oferta, como determinante del valor.

El punto de quiebre metodológico en el análisis económico, se da con el desplazamiento de las categorías sociales distintas, colectivas o agregadas de: terratenientes, asalariados o capitalistas a los comportamientos individuales de: consumidor, el productor, el ahorrador, para el caso del medio ambiente, el contaminador y los afectados, agraviados o víctimas.

A fin de llegar y aterrizar en una perspectiva ius económica PIE de la protección del medioambiente y los recursos naturales, es necesario mirar al interior de los aspectos metodológicos de la escuela histórica y del institucionalismo.

El estudio de la economía resalta la relatividad de las leyes generales y universales, considera que las condiciones económicas y sociales están en constante modificación y cambio, sin embargo se mantienen regularidades que pueden ser observadas, por lo que es pertinente el empleo del método inductivo. No hay una única teoría económica para todo tiempo y lugar, ya que la economía no es solo la historia del egoísmo humano[608], el utilitarimo y las ganancias; ya que las conductas y motivaciones son más amplias e incluyen: el sentido del deber, la solidaridad, la filantropía, al ambición, el

[608] con referencia a la visión de Adam Smith y otros.

deseo de trascender y proteger los recursos para las generaciones venideras, el cuidado de nuestro entorno de vida, paisajes, etc.

Para el institucionalismo, desde el primer institucionalismo de Veblen, Mitchell y Commons, el sistema económico es un proceso evolutivo caracterizado por el conflicto. Interesa mucho conocer y entender el recorrido histórico pues las decisiones pasadas influyen en la realidad presente.

El institucionalismo[609] prioriza la dimensión histórica, llamada "path dependence (trayectoria)", para mostrar cómo las decisiones pasadas influyen en la toma de decisiones presentes. Es una manera de tratar de explicar el sub- desarrollo, vinculada a la existencia, solidez y evolución de las instituciones.

La escuela institucionalista que surge posterior a la II Guerra Mundial con Ayres, Meadows y Galbraith, entre otros, desarrollan los aspectos referidos a los valores sociales. Como ilustración de esta corriente señalamos a Galbraith, quien afirma que "…la sociedad occidental opulenta padece de un desequilibrio entre la producción de un exceso de bienes privados y la escasez de bienes públicos."[610]

Para los institucionalistas, el equilibrio no es una situación normal. Lo real está dado por la sucesión de cambios acumulativos. Para Gunnar Myrdal, reconocido por su trabajo pionero en el análisis de la interdependencia entre los fenómenos económicos, sociales e institucionales los fenómenos económicos deben de ser analizados con una perspectiva inter y multidisciplinar y holística.[611]

Al igual que en el derecho, la economía tiene también en el positivismo su principal referente en su pretensión de ciencia, con el rechazo a toda consideración metafísica, teología o moral en la formulación de su teoría o doctrina.

El positivismo del siglo XX, según sus fundadores en el círculo de Viena, exigía al análisis lógico la tarea de identificar y seleccionar enunciados para ser objeto del examen científico que permita determinar si este es verdadero o falso. Las normas

[609] Se refiere al concepto desarrollado en la economía institucional, visto en el Capítulo 3
[610] Caramés, L.; Cadaval, M. Economía y método: una síntesis convencional. En: Revista galega de economía vol. 11, núm. 1 (2002) pg. 10
[611] Cfr. Myrdal, Gunnar Teoría Económica y Regiones Subdesarrolladas. México: FCE 2ª edición. 964

jurídicas al ser prescriptivas, se guían por la lógica deóntica y solo se pueden decir de ellas si son válidas o no y si son eficaces o útiles.

La interacción entre el Derecho y la Economía se manifiesta en las diferentes herramientas e instrumentos de gestión ambiental ya que estas toman en cuenta aspectos económicos ej. la zonificación económica ecológica, la evaluación de impacto ambiental-EIA, las multas por beneficios ilícitos…etc.

Es indiscutible el rol del Estado en la economía, está así consagrado en la Constitución, Del régimen económico Art 58° y ss. de la Constitución. El Estado da estabilidad y seguridad a las transacciones, ordena, vigila, protege. Interviene solo en regular actividades económicas donde las iniciativas privadas no ven su utilidad, pero hay necesidades sociales que cubrir que son de interés para la comunidad, el llamado principio de subsidiariedad[612]. El estado aplica impuestos y promueve, orienta y dirige actividades acordes con los fines de la política ambiental, de allí que esta deba de ser formulada teniendo en cuenta la PIE para evitar los conflictos, que como hemos visto, tiene origen y motivaciones económicas y que acaban por debilitarla y frustrar la efectiva tutela del medio ambiente y los recursos naturales por el estado.

En el caso de las externalidades, cuando el productor no asume los legítimos costos de su producción y lo deriva al público sin su conocimiento ni su consentimiento, con la finalidad de reducir costos y obtener ganancias ilícitas, el Estado está llamado a restablecer y corregir las fallas que obstaculizan el normal funcionamiento del mercado. Se debe de asegurar la transparencia y que las reglas sean claras e iguales para los agentes y participantes del mercado.

Los bienes públicos proporcionados sin costo a la sociedad, deben de reflejar su verdadero costo de mantenimiento y sostenibilidad para evitar su degradación y caer en la famosa "tragedia de los comunes"[613].

5.4 Aspectos de la economía ambiental

[612] Regulado en el Art. 58° CPP

[613] Bajo el entendimiento que nadie se hace cargo pues es de todos y de nadie.

La economía neoclásica a partir del modelo de Pearce-Atkinson, basado en la formulación de Hartwick (1977) primero y de Solow (1986) más tarde, da origen a la economía ambiental como una respuesta al tratamiento económico de los recursos naturales. La idea principal desarrollada por Hartwick (1977) se refiere al requerimiento de reinvertir las rentas obtenidas del capital natural en el país de donde se extraen, para mantener el consumo real constante a lo largo del tiempo. Más tarde Solow, desarrolla esta premisa y la reinterpreta como el mantenimiento del stock de capital constante. Bajo este enfoque, lo que heredan las generaciones futuras es una capacidad general de producir, en lugar de ser un componente específico de capital.

Según este modelo de sostenibilidad débil, de clara inspiración neoclásica, se asume la posibilidad de sustituir las diferentes formas de capital. La finalidad buscada es mantener constante el capital, en sus diferentes formas. La Economía Ecológica le ha lanzado sólidas críticas, al cuestionar que la depreciación del capital natural solo se imputa a los países exportadores y no a los países consumidores de materias primas y recursos naturales. La valoración monetaria compleja pero incompleta de los recursos naturales para su sustitución o reemplazo por otras formas de capital es también motivo de discusión y debate.

5.5 Nociones de la economía ecológica

La economía ecológica surge de manera evolutiva, "Se trata de un conjunto de respuestas dinámico (sic.) y en transformación constante. También aboga por una visión fundamentalmente diferente y transdisciplinaria de la actividad científica que recalca el diálogo y la solución cooperativa de problemas"[614]

Algunos autores reconocen la cercanía conceptual entre la economía y la ecología, de allí la base para la formulación de una disciplina más amplia que la economía neoclásica como se pretende con la economía ecológica: "La ecología y la economía ha sido practicadas como disciplinas separadas a lo largo del siglo XX. Aunque cada

[614] Costanza R, Cuberland J, Daly, H. Goodland, R. Noogaard R. Una introducción a la Economía ecológica. Mexico: CECSA 1999. pg. 85

una ciertamente ha tomado prestado conceptos teóricos de la otra y ha compartido patrones de pensamiento de la física y otras ciencias…"[615]

5.5.1 El balance de materiales y energía

Se basa en las leyes físicas de la naturaleza. La primera ley de termodinámica establece la conservación de la energía. No se puede extraer de manera ilimitada materiales o energías del medioambiente. En el caso de la energía se debe de tener en cuenta la eficiencia energética y las condiciones establecidas por las leyes de la termodinámica.

El reciclaje es una opción ecológica de gran valor con una sólida base económica pues permite el mejor uso y aprovechamiento de los materiales e insumos, a la vez de reducir el desperdicio y la acumulación de residuos.

La economía real, se sostiene sobre bases y relaciones de materia y energía que abarca la totalidad de los organismos y recursos.

5.5.2 Capacidad de carga

Se puede albergar en espacios físicos a una cantidad de personas y seres vivos y satisfacer las necesidades de supervivencia y desarrollo. Para esto se necesita mantener los ciclos naturales de generación de recursos renovables y de absorción de los residuos y desperdicios. El romper de manera artificial el equilibrio ya sea por el aumento desmesurado de las poblaciones bióticas o la generación de grandes cantidades de residuos o desperdicios que no pueden ya ser asimilados o depurados, trae como consecuencia la degradación de las condiciones de vida por el aumento de enfermedades y la escasez de recursos.

Es de vital importancia evitar las crisis y conflictos que se presentan al superar la capacidad de carga natural. Al verse en peligro el bienestar general, se quiebra también

[615] Costanza et. al. op. cit. pg. 54

el tejido y orden social. como lo deja bien claro Garret Harding: "… whatever the standards- whatever the quantittive definition of carrying- the transgression of carrying capacity must not be allowed because it leads to ruin."[616]

5.5.3 Asimilación y depuración

La naturaleza expresada en los suelos, el aire, los mares, ríos y lagos tiene una capacidad finita de asimilar y de depurar los desperdicios y residuos generados por las actividades humanas incluidos los desechos industriales[617]. De manera natural operan procesos de descomposición y degradación de las sustancias químicas por la acción de los rayos solares y de organismos anaeróbicos, entre otros procesos naturales. Los residuos de plásticos, vidrios, residuos nucleares o de agro tóxicos se degradan en largos periodos de tiempo.[618] De allí que no se puede usar permanentemente el medio ambiente como un gran basurero, pues "… existe un umbral más allá del cual los vertidos posteriores de residuos originan cambios, ya no constantes, sino acumulativos y daños desproporcionados."[619]

En la búsqueda de la salud y bienestar social, se debe de tener en cuenta que "La capacidad del medioambiente de asimilar los residuos es limitada y sólo puede expandirse con costes crecientes."[620]

5.6 Incentivos económicos perversos IEP.

[616] Hardin, Garret. Second thoughts on 'The trajedy of the commons'. En: Daly, Herman E. and KennethN. Townsend. Valuing the Earth. Economics, Ecology, Ethics. Cambridge: MIT Press. 1993

[617] los residuos industriales de alta toxicidad debe de ser tratados de manera especial o destruidos

[618] son residuos domésticos que no se descomponen por procesos naturales. La mejor forma de tratar los contaminantes no degradables o de degradación lenta, es evitar que se arrojen al medio ambiente y mediante el reciclaje. Cuando ya están contaminando el agua, el aire o el suelo, su tratamiento o eliminación es muy costosa y muchos casos imposible.

[619] En: Aguilera Klink, Federico (ed.). Economía de los recursos naturales, un enfoque institucional. Textos de S.V. Ciriacy- Wantrup y K. W. Kapp. Madrid: Argentaria. 1995 pg. 135

[620] En: Aguilera Klink, Federico (ed.). Economía de los recursos naturales, un enfoque institucional. Textos de S.V. Ciriacy- Wantrup y K. W. Kapp. Madrid: Argentaria. 1995 pg. 137

Hablar de incentivos económicos perversos[621] IEP es lo diametralmente opuesto a la PIE. Estas son las condiciones que permiten a los diferentes actores: contaminadores, depredadores, etc., por dolo o culpa, tomar decisiones motivados por la lógica económica, contrarías al mejor interés social o fines de la política ambiental, aprovechando, racionalmente hablando, vacíos y el débil o inexistente control, debido a la incapacidad y la corrupción. El crimen paga, hay una alta demanda exterior que impulsa el contrabando. Los casos típicos son: TID, extracción ilegal de oro, de maderas duras de alto valor comercial, especies de fauna en peligro de extinción, patrimonio arqueológico, e histórico, trata de personas, etc. Acá actúa de manera inexorable la ley de la oferta y la demanda.

Existen alternativas económicamente viables para salir del entrampamiento y círculo vicioso conformado por la contaminación ambiental y degradación de los recursos naturales. El Estado debe de tener en cuenta, por ejemplo, las políticas públicas que prioricen la protección del ecosistema mediante proyectos de ecoturismo, producción limpia, reciclaje, energías renovables, alimentación con productos nativos, transporte ferroviario, etc., todas viables y de fácil adopción.

Hay un marco para la protección del medioambiente y los recursos naturales a nivel internacional, este se ha formado de las normas del derecho ambiental internacional, tratados y convenios sobre el medioambiente. A manera de ilustración, CITES para reducir el tráfico de especies protegidas, o el uso de tecnología satelital para el monitoreo y control oportuno etc., pero las medidas no son vinculantes, ni hay ninguna fuerza coercitiva para exigir su cumplimiento.

Al final, las buenas intenciones y acciones propuestas por los tratados internacionales, quedan neutralizadas por las barreras de la soberanía estatal, y el poder de los lobbies transnacionales y por las mafias enquistadas, que se suma a la baja capacitación e idoneidad de los funcionarios, altos índices de corrupción y baja conciencia ambiental, que bloquea la efectiva aplicación o enforcement de las normas del derecho ambiental internacional.

[621] Motivados por una lógica económica de aprovechamiento de oportunidades; también por ambición, acumulación, egoísmo o satisfacción de necesidades de supervivencia.

Por su parte, el Estado puede, a través de sus políticas públicas, regular y administrar la demanda de bienes protegidos con bienes sustitutos o mediante el desarrollo de alternativas económicas viables con la participación directa de las comunidades afectadas, por ejemplo en el desarrollo de ecoturismo. ej. tipo de alimentos como el maíz vs. el trigo importado, racionalización y eficiencia en el uso de combustibles fósiles, mayor difusión del uso de energías renovables-en la matriz energética, evolución del tipo de trasporte a trenes vs carreteras, etc.

Debemos de tener en cuenta que la aplicación de las políticas públicas ambientales implica tomar decisiones sobre la asignación de recursos, el tipo de control social y los requerimientos institucionales, por lo que deben ser adecuadamente diseñadas a fin de captar los beneficios que resultan de las buenas prácticas en materia ambiental y del cuidado de los recursos naturales y liderar, difundiendo el modelo que servirán a los diferentes países de la región.

Ciertamente el Perú no está solo ni aislado, la unión de los países vecinos y la coordinación de sus acciones[622] incorporando los elementos de la lógica y motivación económica que revela la PIE, sirve para avanzar hacia el desarrollo sostenible y la mejor tutela del medioambiente y los recursos naturales.

Parecería que la oferta de recursos naturales es ilimitada. Todavía hay quienes creen que, los recursos naturales están allí para tomarlos, pero por ser de todos, el Estado debe de intervenir, a nombre de todos, para proteger el patrimonio natural de la nación toda. La falta de adecuado control y presencia del Estado es un incentivo perverso. Otras razones para la degradación o uso irracional de los recursos naturales incluyen a las condiciones climáticas alteradas y las demandas básicas de la población. Estas, usando un término de la economía, son inelásticas, ya que a pesar de las variaciones de precios la demanda sigue igual, por tratarse de productos de primera necesidad. Lo opuesto es la elasticidad, por la cual se modifica la demanda en función de pequeñas variaciones en el precio.

[622] Vide el tratado de Cooperación Amazónica TCA. http://otca.info/portal/

5.7 La racionalidad y limitaciones de la perspectiva neoclásica, como sustento de los criterios que informan la tutela del medio ambiente y los recursos naturales, basada en el mercado

La racionalidad o lógica de la economía neoclásica se orienta a la obtención de la mayor utilidad al menor costo. Visto de esa manera, el problema del medioambiente desde la perspectiva económica, reside básicamente en que no existen mercados para intercambiar ciertos bienes, ya que son de libre disposición (res nullius). En los casos donde existen mercados, se presentan "fallas", las llamadas externalidades, que lleva a que los precios no reflejen los verdaderos costos sociales. Adicionalmente están presente problemas con la información, por la incertidumbre respecto a las consecuencias futuras de las actividades de producción y consumo actuales, conjuntamente con la naturaleza asimétrica de la información entre productores y consumidores.[623] Para Barberan: "Todo ello produce comportamientos ineficientes: en la medida en que tanto las empresas e individuos puedan obtener beneficios del uso de los recursos ambientales sin necesidad de pagar su precio o soportando uno inferior a su verdadero coste, existe una lógica tendencia a la sobreexplotación."[624] Según la lógica económica, cualquier unidad económica que trabaje dentro el mercado, es decir sujeta a la competencia, hará cualquier cosa para mantener sus costes al mínimo, incluso si su acción tiene un impacto sobre el medioambiente y por tanto sobre todos los miembros de la sociedad. "El comportamiento individual de estos agentes de acuerdo con la racionalidad económica que habitualmente se les atribuye, les llevará a eludir costes privados en sus actividades, derivándoles hacia el medioambiente (por ejemplo, vertiendo residuos al suelo, al agua o a la atmósfera que provocarán problemas de contaminación), y a no considerar los beneficios colectivos o los intereses de las generaciones futuras en la explotación de aquellos bienes ambientales de los que pueden obtener un beneficio privado (surgen así problemas como el agotamiento de recursos minerales, la desaparición de especies animales y vegetales o el deterioro del paisaje.)"[625].

---

[623] Cfr, Barberan, Las políticas del medioambiente y de los consumidores. En: Jordán Galfduf, Josep (coord.) Economía en la unión europea. Madrid: Civitas, pg. 392

[624] Barberan, op.cit pg. 392

[625] Barberan, op.cit pg. 393

5.7.1 Limitado entendimiento del desarrollo sostenible.

El desarrollo sostenible es un concepto[626] relativamente reciente este se basa en el cuidado protección de bienes fundamentales para las generaciones futuras[627]. Su actual formulación data de 1987, elaborado por la Comisión Mundial de Medioambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, que se presentó como el Informe Bruntland, también llamado Nuestro Destino Común. Este aporte tomó la forma de principio rector, a partir de la declaración de Rio de 1992 (Principio 3°). Su valioso contenido y proyección ha generado aceptación e interés que ha sido objeto de muchas conferencias internacionales y reuniones regionales. También se ha generado una extensa bibliografía y se han creado multiplicidad de instituciones especializada en el tema. La sostenibilidad interesa a la perspectiva iuseconómica y para el derecho en general, por su vinculación con la justicia, equidad, derechos fundamentales, protección de la vida, salud y patrimonio y la promoción de valores democráticos.

La sostenibilidad es un concepto de interés público y social pues orienta el crecimiento económico y el uso racional de los recursos naturales, de una manera acorde y armónica con la paz social y el bienestar general.

Nuestro país dispone de una importante dotación de recursos naturales, pero estos no son ilimitados, de allí que se deba de regular el uso racional y evitar la degradación y contaminación. Myrdal nos recuerda que: "El consumo, la producción, la tecnología y la asignación de recursos se expanden en direcciones y a una velocidad que llevan al agotamiento y a la contaminación."[628]

[626] Se entiende como "Satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades."
[627] Informe del Club de Roma 1970

[628] Myrdal, Gunnar. Contra la corriente. Ensayos críticos sobre economía. Barcelona: Ariel. 1980 pg. 343

La economía neoclásica aborda el problema de la escases con el aumento de precio de los recursos. Pero: "Cuando, como ha ocurrido, los economistas argumentan que al escasear los recursos el coste de estos recursos aumentará y, de ese modo, se evitará su agotamiento, no tienen lugar con suficiente fuerza y antelación como para que sea racional y suficiente para evitar el agotamiento."[629]

La LGA regula en su Art. 11°c el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales[630] y en el Art. 11° del desarrollo sostenible de las zonas urbanas[631].

Siguiendo el modelo neoclásico, tanto para la economía ambiental como para la economía de los recursos naturales, se trata de una tasa de descuento. "... un hecho básico para el tema del agotamiento y la contaminación es la gran deducción del futuro con respecto al presente plasmado en las tasas de interés y de beneficios. Esto implica que el horizonte temporal se reduce mucho más de lo que la sociedad colectiva debería aceptar ya que debe de tener en cuenta el desarrollo de las próximas décadas y siglos."[632]

El objetivo del desarrollo sostenible es orientar la acción pública y empresarial para su desenvolvimiento armonioso en los ámbitos económico, social y ambiental.
El hablar de futuras generaciones impone la necesidad de tener a un interlocutor válido legitimado, que represente a las futuras generaciones. ¿Quién las representa?

5.7.2 Poco entendimiento de los beneficios de los servicios ambientales.

[629] Myrdal, 0p.cit. pg. 343
[630] Art. 11°c. El aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, incluyendo la conservación de la diversidad biológica, a través de la protección y recuperación de los ecosistemas, las especies y su patrimonio genético. Ninguna consideración o circunstancia puede legitimar o excusar acciones que pudieran amenazar o generar riesgo de extinción de cualquier especie, subespecie o variedad de flora o fauna.
[631] Art. 11°d. El desarrollo sostenible de las zonas urbanas y rurales, incluyendo la conservación de las áreas agrícolas periurbanas y la prestación ambientalmente sostenible de los servicios públicos, así como la conservación de los patrones culturales, conocimientos y estilos de vida de las comunidades tradicionales y los pueblos indígenas.
[632] Myrdal, G. Op. Cit. pg. 343

La economía neoclásica se basa en el mercado, mecanismo autónomo para la distribución eficiente de recursos escasos que funciona según la ley de la oferta y demanda, este mecanismo o red de intercambio se sostiene en el libre flujo de la información.

En los años 70, el biólogo Paul Ehrlich, acuñó el término servicios del ecosistema[633], para indicar que un ecosistema era más que un lugar para el estudio la biodiversidad y que los ecosistemas eran valiosos como reguladores locales del clima, el agua y los recursos químicos.[634]

No siempre hay mercados para los servicios ambientales, como la producción de oxígeno por las plantas, la absorción del carbono atmosférico, la protección de la biodiversidad, la evapotranspiración para la producción de las lluvias, la fijación de suelos, la estabilización del clima, entre otros, cuyos beneficios tienen efectos reales y son indispensables. La falta o ausencia del mercado para transar directamente los servicios ambientales no quiere decir que el estado y la sociedad deban dejar de recibir la contraprestación económica pues se pueden establecer quasi mercados, toda vez que dichos servicios y beneficios tienen un valor indiscutible. A manera de ilustración, dos ejemplos recientes en nuestro ámbito regional. Por una parte Brasil supo empaquetar y ofrecer la promesa de reducir la gigantesca tasa de deforestación de la Amazonía, contra un aporte voluntario de donantes al Fondo de la Amazonia[635] de un valor de 21,000 millones USD, pese a haber causado tan grande deforestación durante más de 80 años, sustrayendo del balance global importantes servicios ambientales. Esta situación les permitió recaudar ingentes ganancias económicas para su desarrollo y progreso. Otro es el caso YASUNI[636] en Ecuador que ofreció dejar el petróleo bajo la reserva ITT, contra un pago de 3000 millones USD.

---

633 "La variedad de poblaciones genéticamente distintas y especies de plantas, animales y microorganismos con los cuales el hombre comparte la tierra y la variedad de ecosistemas de los cuales ellos son partes integrantes". Paul Ehrlich, 1992. Cfr. Ehrlich, Paul Ehrlich, Anne H. Biodiversidad: la gran extinción. En: revista Gaia N° 1 pgs. 28-38 Madrid junio 1993.

634 Cfr. Lovelock, James. La venganza de la tierra. Madrid: Planeta. 2008 pg. 233 y ss

635 http://www.fundoamazonia.gov.br/FundoAmazonia/fam/site_es/index.html revisada 30 julio 2014

636 http://yasuni-itt.gob.ec/ visitada 2 agosto 2014; http://www.abc.es/natural-biodiversidad/20121221/abci-yasuni-201212211238.html visitada 2 agosto 2014

Día a día dependemos y disfrutamos de los invaluables beneficios de la Biodiversidad y la estabilidad el ecosistema, pero su alteración debido al Cambio Climático, que está también causando la des glaciación de los glaciares tropicales de los Andes… {nos afecta…}.

También los beneficios de la polinización de las frutas que realizan libremente las abejas, que solo se valora cuando deja de haber. Se ha verificado con la elevada mortandad de estos insectos benéficos, causada por la contaminación de los suelos y aire debido al uso de insecticidas clorinados.

Se requieren grandes inversiones para la protección contra los efectos del Cambio Climático, ya sea tomando medias de adaptación o de mitigación[637].

Dado el claro y tangible valor de los beneficios que aportan los servicios ambientales del bosque, se crean quasi mercados. Para el caso del cambio climático, se ha formado el mercado de los bonos de carbono, que se estima llagaran a los 60,000 millones USD.

5.7.3 Toma de decisiones con información parcial e incompleta; el principio precautorio

El principio precautorio tiene su origen en Alemania en el denominado principio *Vorsorge (Vorsorgeprinzip). Surge de* la idea que la sociedad en su conjunto tiene como misión evitar todo daño ambiental a través de una correcta planificación de todas las actividades que se desarrollen en el futuro, suprimiendo aquellas que fueran potencialmente dañinas.[638]

El Principio Precautorio, no tiene como finalidad la anticipación de un daño ambiental futuro, ni tampoco adopta acciones que permitan su anulación (lo que corresponde la prevención). Su punto de inicio es la incertidumbre de las consecuencias que se puedan producir en el medio ambiente por la acción humana. Al no existir la suficiente

[637] Cfr. Stern, Nicholas. The economics of climate change. Cambridge: CU Press. 2007
[638] Cfr. Raffensperger, C y J. Tickner (eds.). Protecting public health and the environment: implementing the precautionary principle. Washington DC: Island. 1999

valoración real y científica de las consecuencias, ya sean estas positivas o negativas, se prefiere restringir cualquier modificación o alteración al medio ambiente, aun sin que haya pruebas ni evidencia de un beneficio o daño al medio ambiente.[639] Es una aplicación del principio "in dubio pro ambiente", presunción que otorga mayor valor a la protección del medioambiente por sobre la certeza científica, mientras no exista la certeza de un beneficio o que no se causaría daño al bien jurídico medio ambiente, o más propiamente la estabilidad del ecosistema.

Por el Principio Precautorio, no se requiere la existencia real y tangible de un daño, sino la posibilidad de que pueda existir, es decir, si no se adoptan las medidas de precaución se genera el riesgo. Este principio busca anticiparse al daño y así proteger la salud humana y el medio ambiente.

La Ley General del Ambiente, Ley Nº 28611 lo menciona en la norma VII del Título |Preliminar[640], que debe aplicarse *"Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente*". y lo aplica en el Art. 116°.

El principio precautorio se diferencia del principio de Prevención, ya que este se refiere a la existencia de certeza de la realización de un daño ambiental futuro, es decir, un daño predecible, y como consecuencia de ello se pueden adoptar las medidas necesarias para anticiparse a que suceda y mitigar o neutralizar los daños al medio ambiente y los recursos naturales.

5.7.4 Se deja de lado impactos y daños al ambiente.

[639] Vide. Declaración de Rio sobre el Ambiente y Desarrollo (1992). Principio 15: "Para proteger el ambiente, el enfoque preventivo deberá ser aplicado ampliamente por los Estados (naciones) de acuerdo con sus capacidades. Donde haya amenaza de daño serio o irreversible, la falta de una certeza científica total no deberá ser usada como una razón para posponer medias rentables para prevenir la degradación ambiental."

[640] Artículo VII.- Del principio precautorio
Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

A nivel político y hasta en círculos académicos e intelectuales se deja de lado la discusión de los impactos y daños al ambiente, bajo la creencia de que al llegar a un nivel superior de desarrollo se dispondrán de fondos y recursos para limpiar y restaurar el ecosistema. Por esta razón se prioriza el desarrollo económico.

Bajo la economía neoclásica, los impactos y daños al ambiente son considerados fallas del mercado. El modelo económico empleado promueve que se dejen fuera del cálculo de las ganancias empresariales y se externalicen al público, sin su conocimiento ni consentimiento. De allí la obligación de actuar del Estado, a nombre de la sociedad para proteger y equilibrar la carga injusta a la sociedad toda por los empresas que priorizan su ganancia económica. La empresa opera racionalmente siguiendo una lógica económica de minimizar sus costos para maximizar su utilidad "Es verdad que a partir de los autores neoclásicos, se empezó a hablar de lo que ellos llamaban "externalidades", término que pretendía designar los efectos incidentales sobre la actividad económica general que tenía la actividad individual de los sujetos al actuar de acuerdo con el modelo del mercado competitivo. Pero no es exacto afirmar que especialmente las externalidades negativas del agotamiento y de la contaminación casi nunca han sido objeto del análisis económico y han constituido, hasta muy recientemente, un tema del que no sabíamos nada."[641]

Es necesario tener en cuenta los indicadores ambientales, "Los indicadores ambientales son indicadores sociales que deben su origen a la creciente conciencia de que los indicadores económicos, expresados en términos monetarios, son inadecuados y no miden, ni son capaces de expresar en forma adecuada, lo que ocurre en la esfera económica y social al ignorar incluso ocultar las importantes consecuencias negativas del proceso económico, es decir, omiten los costos sociales reflejados en el deterioro del medioambiente humano en el sentido físico y social del término." [642]

El paradigma antropocentrista dominante determina que todo gira alrededor de y para el ser humano. Esta visión reduccionista deja de lado importantes relaciones e

[641] Myrdal, ibid. pg. 343
[642] Aguilera Klink, Federico. Economía de los recursos naturales, un enfoque institucional. Textos de S.V. Ciriacy-Wantrup y K.W. Kapp. Madrid: Argentaria. 1995. pg. 205

interrelaciones simbióticas entre formas de vida humana y no humana con el medio natural y el ecosistema.

Muchos de los impactos y efectos de la contaminación ambiental se acumulan y no se perciben de inmediato, pero los estragos se empiezan a sentir y notar con el tiempo. La salud de los pobladores y vecinos y en general del ecosistema, se deteriora.

La distancia entre las normas de protección ambiental y la realidad que se pretende tutelar se debe en gran medida al poco entendimiento de los costos y daños ambientales irreparables. "Cuando se trata de elecciones que se extienden en el tiempo, las preferencias individuales son notablemente irracionales y revelan una tendencia a la subestimación miope del futuro, debido a lo que el profesor Pigou ha definido oportunamente como "deficiencia de la facultad telescópica" de los individuos..."[643]

La tendencia y búsqueda de la solución mediante la valorización de los daños a costos de mercado no reflejan los costos sociales de la degradación y contaminación que se manifiesta en la merma de la salud de la población, que al final serán solventados por el erario, es decir el dinero de todos, restando recursos para el desarrollo y bienestar.

Los residuos industriales tardan decenas de años en degradarse y aminorar su toxicidad, los plásticos pueden tomar miles de años o la contaminación nuclear que se mide en millones de años.

El Cambio Climático se hace visible en nuestro país con los efectos del deshielo acelerado de las cumbres de la cordillera de los Andes y el cuerpo de los glaciares, esto significa la disminución del almacenamiento del agua dulce. La desglaciación hace que se formen lagunas inestables, de alto riesgo de desborde, y aludes y derrumbes sobre poblaciones vulnerables. A nivel social la alteración de las condiciones del clima con mayores temperaturas, cambian las condiciones agrícolas de cultivos y pastos, así como las características naturales de los pisos ecológicos, lo que ocasiona el desplazamiento forzado de las comunidades que viven de esos

[643] Dobb, Maurice. El cálculo económico en una economía socialista. Barcelona: Ariel. 1972, pg. 100

recursos. Los hielos (o deshielos), están directamente relacionados con la regulación del clima local, así como los aportes a las quebradas y ríos interandinos.

El largo proceso de negociación multilateral, auspiciado por las Naciones Unidas, iniciado en 1992, con reuniones anuales de las partes, las llamadas COP, no ha logrado la disminución de las emisiones a nivel global, por el contrario han aumentado y siguen aumentando, debido a la continuidad del modelo de desarrollo basado en combustibles fósiles. No hay acuerdo ni consenso en valorizar lo que representa económicamente el aumento de la pobreza, o desplazados forzosos causado por el Cambio Climático. Los países e industrias causantes de las emisiones de CO2, principal causa del calentamiento global, son renuentes a compensar o contribuir significativamente a las medidas de adaptación necesarias para contrarrestar los efectos del cambio climático, acrecentado por su cada vez mayor emisión de gases de efecto invernadero para la generación de energías, procesos industriales y transporte. Además del avance de la deforestación que destruye el importante sumidero natural que compensa y neutraliza una parte de la concentración del CO2 emitido.

5.8 Políticas públicas basadas en situaciones coyunturales, de corto plazo, intereses de grupos económicos o demanda externa.

5.8.1 En el contexto nacional

1. Transporte basado en carreteras vs. Uso de sistemas eficientes y seguros de ferrocarriles[644]
2. Poco uso del cabotaje[645] y canales de navegación[646]
3. Priorización del automóvil individual con motores de combustión de fósiles en zonas urbanas vs. Uso de sistemas eficientes de transporte masivo basado en energías renovables, como la electromovilidad.

[644] El estado ha descuidad y dado muy poco estímulo a su desarrollo a pesar de haber sido pioneros en América Latina desde mediados del siglo 19, efecto del interés económico de gastos en construcción de carreteras y venta de camiones y petróleo. .
[645] La mayor actividad económica se desarrollan en la costa y se dispone de puertos intermedios para este tipo de servicios que disminuye costos de transporte y la congestión de vías.
[646] Es el modo más económico de transportar mercaderías

4. Uso masivo de material de empaque en bolsas de plástico y descartables
5. Impulso a la producción de harina de pescado, en lugar de pulpa de pescado y proteína animal de consumo directo
6. Matriz energética inicialmente en hidro, hoy basado en la quema de gas natural y fósiles
7. Poco desarrollo de las industrias culturales
8. Muy poco desarrollo y uso de energía solar y eólica
9. Muy poco desarrollo de las tecnologías de información y comunicaciones { tics}
10. Muy poco desarrollo de la electrónica manual y servicios de maquila
11. Limitado desarrollo del turismo por nichos
12. Limitado desarrollo del ecoturismo
13. Limitado desarrollo de la agricultura para la seguridad alimentaria local y la agro exportación de frutas y hortalizas de contra estación
14. Poco o nulo desarrollo de Industrias de bajo impacto ambiental, alto valor agregado con intensa en mano de obra basados en servicios de diseño
15. Sector forestal está descuidado y opera bajo el manto del sector agricultura
16. El tipo de alimentación está desconectado de la realidad ecológica nacional
17. Tipo de agricultura intensiva de plantación industrial, que requiere de muchos insumos
18. Tipo de reverdecimiento urbano con especies foráneas e invasoras
19. Contenido de planes y programas educativos desactualizados y descontextualizados de la realidad ecológica del país.

5.8.2 También en el contexto internacional

1. Se usa el carbón para generar energía porque es más barato, aunque se emita más CO2.
2. La explotación altamente contaminante de arenas alquitranadas en Canadá.
3. Amenaza a la destrucción de la gran barrera de coral en Australia para extraer y exportar carbón.
4. Se prefieren objetos de plástico descartable por el bajo costo y la rapidez de producción masiva.

5. Se deforesta bosques primarios vírgenes, para producir productos de demanda masiva (caso de Brasil, Papúa Nueva Guineas, Indonesia, Malaysia…).
6. Se pesca o caza con gran intensidad, aun poniendo en peligro especies.
7. Modelos económico basada en el consumerismo y el despilfarro.
8. Se están empleando técnicas de fractura geológica o fracking para la extracción de gas y petróleo por inyección de líquidos y solventes a muy alta presión, que luego de liberar el petróleo o gas los líquidos y solventes empleados en la operación, muchas veces se filtran y contaminan las napas freáticas y debilitan los mantos geológicos.

5.8.3 Aspectos que toma en cuenta la economía ecológica

1. Valor de los servicios ambientales de la Amazonía que produce O^2, captura y fijación de CO^2, permite la lluvias por evapotranspiración, fija los nutrientes del suelo, y es el hábitat de flora, fauna, hongos, lianas, medicinas, biodiversidad, etc..
2. Valor social del agua que permite la vida y salud y la producción de alimentos.
3. Responsabilidad ambiental para las generaciones futuras.
4. Valor de especies únicas como: frutas, menestras, ajíes, granos… [entender su valor gastronómico y de insumos básicos necesarios para la producción de bienes y servicios, alimentos, energías…. exportación para el trabajo y comercio justo…]
5. Beneficios de las energías renovables [incentivos para su masificación] evita daños a la salud por la contaminación del aire, degradación y contaminación de los lugares de extracción y producción, disminuye la dependencia de importaciones, gran reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, genera bonos de carbono.
6. Valor del agua, que hace uso de infraestructuras, proviene de zonas de protección etc. Esta se exporta en frutas y verduras y el precio internacional no refleja el costo real del agua ni de su protección futura.

7. Balance de energías y materiales que se extraen del medio natural. Es necesaria una mejor y real contabilidad nacional.
8. Necesidad de reciclar para ahorrar en materiales, energía y espacio, además de reducir la contaminación.

5.9 Elementos y factores que toma en cuenta la PIE

Luego de revisar y analizar diferentes conceptos, factores, elementos que surgen del pensamiento económico, la pretensión de aplicar una *perspectiva ius económica* incluye los factores que han sido identificados y se enumeran a continuación:

1. La Valoración económica del medio ambiente y los recursos naturales atendiendo a las dificultades y limitaciones de asignar valores monetarios a intangibles como la vida, el paisaje, la protección de una especie en extinción, el bienestar etc. es de por si incompleta.
2. La PIE busca avanzar más allá de la mirada del análisis costo beneficio, que tiene énfasis en los costos y reenfocar con el ABC centrado en los beneficios
3. La PIE reconoce y aplica el mercado como mecanismo coadyuvante a la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, particularmente en la selección de alternativas y el impulso a la innovación.
4. Valora resultados exitosos del mercado de emisiones tóxicas que han logrado resultados que cumplen con objetivos de política, como es el caso de la reducción de químicos que destruyen la capa de ozono.
5. También la subasta de cuotas de pesca con resultados que cumplen con los objetivos de política.
6. Se toma nota del uso amplio y general de las energías renovables y la Ley de Interconexión[647], aplicada con éxito en Alemania, España, China.

[647] Norma que promociona la inversión, producción y uso de las energías renovables. Ha tenido mucho éxito en Alemania, España y China. Cfr. http://www.irena.org/DocumentDownloads/Publications/IRENA_Renewable_energy_auctions_in_developing_countries.pdf 12 octubre 2013

7. Se basa en los conceptos de la economía ecológica que reconoce la vigencia de las leyes naturales, de la física y termodinámica.
8. Incorpora importantes valores ecológicos dejados de lado, por la economía neoclásica por ser considerados como externos o externalidades.
9. Diferencia y reconoce la economía real, real- real y financiera.
10. Reconoce la necesidad de tener en cuenta y mantener el adecuado balance de materiales y energías.
11. Es consecuente con las leyes de termodinámica y otras leyes naturales.
12. Fortalece el derecho ecológico fuertemente-conectado con la realidad.

5.9.1 La PIE fortalece la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

Como se expresó anteriormente, la PIE provee de mejores razones y argumentos para desarrollar legislación ambiental, en base a consideraciones que están vinculadas a la realidad. También mejores razones y argumentos para aplicar sanciones reparadoras que contemplan los fines del derecho, en su faz de prevención general. De esta manera aporta los elementos y criterios que permiten valorar mejor lo que cuesta la reparación del daño, como se vio en el Caso Lago Agrio.

La PIE reconoce el potencial y el Valor [valor social, valor de uso, valor de cambio, valor único, valor de reemplazo] de los servicios ambientales que nuestro país aporta al ecosistema global, que por no ser entendidos ni reconocidos, se deja de percibir la debida retribución, privando al Estado y sociedad de bienestar y progreso. En el caso de los servicios ambientales de la amazonia que incluye la producción de oxígeno, la evapotranspiración generadora de lluvia, la fijación del suelos y nutrientes, la protección de la bio diversidad del germoplasma de alimentos y productos industriales, la absorción y fijación del carbono, entre otros valiosos servicios que entendidos, reconocidos y valorados representan miles de millones de USD que se entregan

libremente año al año (se estima que unos 70 B p.a., unas 14 veces más que el proyecto Conga- de 5 B USD) y sin degradar el medioambiente.

Consideramos que es vital y necesaria incorporar la perspectiva ius económica al proceso de toma de decisiones del Estado. La importancia y valor de los servicios ambientales se deberían considerar para la toma de decisiones sobre el modelo de desarrollo a seguir, basado en las consideraciones y fundamentos que nos ofrece la economía ecológica.

5.9.2 Algunas propuestas de incidencia ambiental con una perspectiva ius económica PIE

1. El reciclaje como una opción que favorece la sostenibilidad: RAEE; papel, metales, vidrios, biomasa, cartón, madera, aceites, solventes, energías renovables; re-uso del agua, desalinización solar de bajo costo.
2. La reforma alimentaria- hacia la seguridad y sostenibilidad, retorno a lo natural y local (puestos de trabajo, biodiversidad, nutrición) vs. lo altamente procesado (consumo de energía) y foráneo (con gastos elevados de transporte). Se enfoca en la seguridad alimentaria.
3. Cambio de la matriz energética para asegurar la seguridad energética con mayor uso de energías renovables[648], favoreciendo las opciónes termosolar, eólica y fusión nuclear.
4. Reestructuración del transporte[649] de bienes y personas, buscando la eficiencia.
5. Cuidado y protección de las fuentes de agua[650], por ser un bien vital y estratégico.

[648] Como referencia, España, el año 2013, tuvo en la energía eólica, renovable, el mayor componente de su matriz energética.
[649] Transporte masivo, ferrocarril, cabotaje.
[650] Es necesario explorar opciones y alternativas como la privatización, uso del mercado y otras formas, para evitar el dispendio y la "tragedia de los comunes."

Es necesaria una mejor evaluación de las exoneraciones, relajamiento y flexibilización de las normas ambientales que el gobierno ha dispuesto para las cuencas mineras de Moquegua, Tacna, Puno y Arequipa a fin de no reducir o afectar a la inversión privada extranjera considerando los beneficios ambientales y sociales que se dejan de lado.

La posición empresarial, por ejemplo de SPCC, que manifiesta no poder hacer nada con la tecnología actual para reducir sus emisiones tóxicas. Ante eso el gobierno, para no disminuir o comprometer la inversión en ese sector, se allana sin dar la opción e incentivos al sector privado, para buscar soluciones o alternativas con la mejor tecnología.

La PIE busca superar la marcada crítica al uso del mercado y sus instrumentos, tal como lo propugna la economía neoclásica, al tomar en cuenta, revisar y analizar la lógica que subyace, que llamamos la perspectiva económica, que busca maximizar ganancias y utilidades mediante el mercado como su principal mecanismo.

En la dura faz de la realidad, se tiene el caso de la región Madre de Dios que está asolada por la minería informal e ilegal que depreda y contamina, pero que producen más que la mayor mina formal del oro del país, Yanacocha. Las operaciones ilegales que emplean grandes dragas operan a vista y paciencia de las autoridades ambientales y fiscales. Dichas actividades consume el 83% del petróleo que llega a Madre de Dios además de usar mercurio que envenena ríos, suelos y quebradas, sumado a la mano de obra que trabaja allí, muchos de manera esclavizada. Desde el interior del gobierno se han tomado acciones drásticas, pero también hay algunos que consideran que esa actividad al final aporta un importante ingreso al producto regional.

Se debe de tener en cuenta la dimensión económica, pues "si no estaremos obligados a caminar fuera del campo de juego económico, no por enemigos externos, sino por nuestro propio gobierno, que se niega a conocer las reglas del juego económico creador de empleo"… [651]

[651] D**e la** prensa internacional por el comentarista columnista y analista financiero Paul Farrell https://actualidad.rt.com/economia/view/96519-eeuu-guerra-economica-china revisado 5 jun 2013

Entender la dimensión económica, tanto del potencial de utilidad o bienestar, como del costo social de los daños por contaminación y degradación, ayuda a reducir hasta evitar el dispendio de fondos públicos que podrían usarse mejor en producir desarrollo e inclusión social. Lamentablemente se conoce que los distintos niveles de gobierno invierten grandes sumas de dinero sin la debida planificación, en obras que no se concluyen y no se articulan con otras. A esto se suma la baja eficiencia de la propia administración pública que retrasa la inversión, con muchos trámites engorrosos y duplicados, poca transparencia y grave corrupción, restándonos competitividad y posibilidades de progreso y bienestar.

Muchas políticas públicas ven diluidas sus buenas intenciones por falta de rumbo y metas claras, específicas y consensuadas, de una hoja de ruta creíble y aplicable con definiciones sobre nuestro futuro, uso de recursos y sostenibilidad. Como Estado adolecemos de visión de mediano o largo plazo. En ese contexto es imprescindible el rol de la educación en la creación de conciencia ambiental y de sostenibilidad.

Se necesitan ofrecer alternativas económicas y financieras para atraer inversión en infraestructura. Estas deben de incorporar la dinámica de la relación entre la realidad económica y la realidad ecológica, para avanzar hacia el progreso y la sostenibilidad. Solo así se reducirán los altos costos producidos por la depredación y contaminación, que afectan a la salud, la competitividad y la calidad de vida de la población, la sociedad toda.

5.10 A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Desde una perspectiva ius-económica, se ven las alternativas y opciones para fortalecer y aumentar la efectividad de la tutela del medioambiente y los recursos naturales, a un mínimo costo económico, pero reconociendo el gran potencial e impacto que tiene el cuidar el medioambiente y los recursos naturales en el bienestar, progreso y sostenibilidad social presente y futura. Todo lo cual requiere de ajustes institucionales. Se han propuesto dos medidas consideradas de gran beneficio y mayor rentabilidad económica y social, cuya implementación demanda el mínimo costo.

Por un lado se resalta la necesidad de facilitar el acceso a la efectiva participación ciudadana en la fiscalización de la aplicación del cumplimiento efectivo de la legislación ambiental, y por otro la aplicación estricta del principio de responsabilidad de las autoridades y funcionarios, por la no observancia e inacción en el cumplimiento de la legislación ambiental.

La perspectiva ius económica hace uso de un léxico que acerca a la economía y el derecho, e incorpora el concepto de eficiencia.

De *lege lata,* [según la ley vigente] hoy se tiene un uso restringido y limitado del ABC[652] debido a su limitado entendimiento y poca capacidad de explicar en términos monetarios los intangibles ambientales o sociales. El ABC se centra y enfoca en la dimensión monetaria para comparar y justificar la toma de decisiones.

De *lege ferenda* [para una futura reforma de la ley, recomendación que debe ser tenida en cuenta para una nueva ley, se espera que en el futuro por la propuesta de reforma legislativa]. Es necesario que se incluya como parte del análisis-beneficio- costo y la firme observancia de la sostenibilidad, el requisito de *mantener el balance de materiales y energías, según lo determinan l*as leyes de la física, química y termodinámica, por ser la base de la economía real. Además reconocer la lógica económica que guía toda acción, selección de alternativas o toma de decisiones. Siempre se prefiere hacer lo más fácil, lo menos oneroso, por ser una reacción instintiva, natural, esta lógica económica se deberá de incorporar y tomar en cuenta en las decisiones estatales y políticas. Lo real y concreto es nuestra inclusión dentro de la economía real y racional.

La influencia del tipo de formación-educación. Dado el potencial para efectuar un profundo cambio de conductas de la sociedad en su conjunto, la formación-educación tiene un rol fundamental por su connotación económica y determinante en lograr la efectividad, de la tutela del medioambiente y los recursos naturales. Se debe enseñar a apreciar y reconocer el valor del aire, agua, suelos, especies, espacios limpios y saludables a fin de orientar los hábitos y evitar reproducir errores que afectan al

[652] El llamado Análisis Beneficio Costo, que compara en términos monetarios los beneficios sociales vs. los costos de su implementación

medioambiente y uso de los recursos naturales, lo que se reflejará en menores costos de transacción, menores gastos de remediación, menores costos de operación y menor conflictividad social. Es imprescindible crear conciencia de los valores ambientales, buenos hábitos de reciclaje, buenas prácticas ambientales desde los primeros años de formación escolar. No se puede seguir formando a alumnos y a la opinión pública para ser depredadores, y después pretender cambiar.

Los legisladores, funcionarios, profesionales, empresarios y la población en general, con mejor información al final son los que toman decisiones que influyen en la determinación del tipo de actividades empresariales, que generan empleo y bienestar.

Consideramos que la PIE facilita desarrollar una base sólida para la reforma del Estado ya que toma en cuenta las bases reales de la economía y la sostenibilidad. Esta va a estar necesariamente vinculada a la tutela del medioambiente y recursos naturales por el Estado, es decir las consideraciones económicas para la mejor decisión que pueda afectar al manejo de recursos renovables, como es el caso de la anchoveta, que por su mal manejo y la extracción, sin tener en cuenta la sostenibilidad, lleva a la desaparición, extinción de la especie, como ha sucedido con especies similares en los EEUU, Japón, países de Europa como España, o Reino Unido, por la llamada sobrepesca depredadora.

Queda claro que es injusto desperdiciar.

Capítulo 6 Análisis y Casuística

6.0 Aspectos Generales- presentación del capítulo.

La tutela está íntimamente ligada al proceso. Para el caso peruano, la tutela del medioambiente y los recursos naturales, está mediado por el sistema procesal, el cual está enmarcado dentro de una arquitectura constitucional que no facilita[653] el necesario e imprescindible acceso al ciudadano a la justicia ambiental.

En este capítulo, deseamos revisar de manera crítica la situación de las condiciones del medioambiente y recursos naturales en nuestro país, según se conoce por la información oficial y pública disponible. Desde los años 90 ha habido importantes avances en el acceso a la información pública en materia ambiental, propiciada inicialmente por el CMARN, y afirmada luego en la constitución de 1993 y las diferentes normas legales y reglamentarias desarrolladas posteriormente.

En lo que se refiere a la participación ciudadana en la fiscalización de la aplicación de la legislación ambiental, coincidimos en lo que establece el Principio 10 de la Declaración de Río, que "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda."[654] En el citado principio, se establecen los tres pilares reconocidos y consensuados, para tal fin:

a. acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades… (Los Estados) deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos.
b. participar en los procesos de adopción de decisiones.

[653] Le faltan articulaciones procesales para que el ciudadano de manera individual o en grupo pueda acceder directamente a la tutela de su derecho a gozar de un ambiente adecuado.
[654] Resalta la importancia de la participación ciudadana para adquirir una democracia plena.

c. acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos

Debemos reconocer que el primero de dichos pilares, ha tenido acogida y desarrollo en nuestro país, el cual está reconocido en la constitución de 1993 en el Art.2º inc.5 y 6; tiene su garantía, en el Art-. 200º inc. 3, a través de la acción de Habeas Data, desarrollado en el Código Procesal Constitucional de 2004, y se dispone de importante desarrollo jurisprudencial[655].

Los otros dos componentes imprescindibles, no han alcanzado el grado de desenvolvimiento ni aceptación a nivel local para ser efectivos, ya que su aplicación es marginal y débil. La adopción de decisiones de políticas sectoriales con incidencia en el medioambiente y los recursos naturales se entiende como la manifestación de la voluntad de la Administración, también interviene el Poder Legislativo en representación de la población; se sigue todavía el modelo liberal decimonónico, formalizado a través del positivísimo jurídico. La activa participación ciudadana, informada y consciente de su rol, característico de un modelo de Estado Constitucional de Derecho, encuentra reticencia en los operadores políticos y el propio sistema, por lo que se mantiene todavía incipiente. Se han logrado importantes avances pero aún los niveles y calidad de la participación ciudadana es marginal. Los procedimientos judiciales y administrativos se mantienen protegidos por la reserva del proceso; la presunción de inocencia y cuestiones de privacidad e imagen o secretos industriales, los cuales son usados como argumentos para mantener el velo protector, que en muchos casos oculta información relevante para mejorar y fortalecer la tutela del medioambiente y los recursos naturales.

La importancia de la participación ciudadana en afirmar la eficacia de la legislación ambiental y la tutela efectiva del medioambiente y de los recursos naturales por el Estado, se ve reflejada en la adopción del mencionado Principio 10 por la Comunidad Europea, como se comprueba en el Art. 9.3 de la CONVENCIÓN SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN DEL PÚBLICO EN LA TOMA DE DECISIONES Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES, el llamado Convenio de Aarhus[656], pues este lo desarrolla de

[655] Vid. Acción de Habeas Data, Exp. N° 263-96; Expediente Nº 22166-2011-HD

[656] El convenio de Aarhus del 25 junio 1998, en vigor desde el 30 Octubre 2001, regula el acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales.

manera explícita como: "…cada Parte velará por que los miembros del público que reúnen los criterios eventuales previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vayan en contra de las disposiciones del derecho nacional ambiental."[657]

El acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, son factores determinantes para enfrentar graves casos de contaminación que dañan las condiciones para la vida humana y el ecosistema. En este capítulo se revisará un caso que afecta a la Amazonía.

Lo anterior constituye el principal motivo para incluir, de manera complementaria, el estudio y análisis de un caso, que si bien no está circunscrito a nuestro ordenamiento ni territorio, tiene características y circunstancias muy cercanas a nuestra realidad y es coherente con las nociones que tenemos respecto del medioambiente: que es un derecho fundamental que influye directamente en la vida y bienestar de las personas y ecosistemas, tanto en el presente como a lo largo del tiempo y no se queda limitado dentro de las fronteras nacionales. Además el caso seleccionado sigue la tradición jurídica regional, por lo que tiene muchas similitudes con muestro propio ordenamiento. Para el presente trabajo se considera útil e interesante hacer referencia al caso 002-2003, el llamado *caso Lago Agrio*, pues este contiene elementos, aspectos y circunstancias muy cercanas a lo que ocurre en nuestro país, en relación a los graves daños infligidos a la Amazonía por la explotación de hidrocarburos, pero cuyos conceptos y enfoque cubren aspectos más amplios con valiosos aportes, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. En este caso se revelan los importantes componentes económicos que incluyen los intereses de la empresa, del Estado y de las personas afectadas. Su desarrollo tiene un resultado muy interesante por las articulaciones empleadas en enfrentar a una poderosa empresa transnacional y asimismo por el resultado de la exorbitante suma que resulta de la valorización de los daños causados durante el horizonte de explotación del proyecto de hidrocarburos en la Amazonía y

[657] Cfr. Art. 6°. Ref: adega.gal/web/media/documentos/Convenio_de_Aarhus.pdf revisado 28 oct 2012

las ingentes ganancias ilegales obtenidas por la empresa transnacional al no cumplir con las normas ambientales nacionales vigentes.

El caso en cuestión es de particular interés, pues expone aspectos de la difícil tarea de lograr la eficacia en la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado. También en lo que se refiere a encontrar soluciones al conflicto asimétrico entre poderosas transnacionales y poblaciones vulnerables, afectadas por la contaminación, donde el mismo Estado nada o muy poco puede hacer para remediar los daños causados por otros, debido a su débil o pobre tutela. El Estado queda vencido por poderosos intereses económicos que lesionan los derechos de etnias y comunidades nativas, conjuntamente con los ecosistemas, componentes esenciales de nuestro entorno de vida, de cuya calidad e integridad dependemos todos, ahora y en el futuro.

6.1 Situación y estado de la realidad ambiental de nuestro país.

De los datos oficiales recogidos en los informes del MINAM, Defensoría, DIGESA, Procuraduría Ambiental, MEM, MP, entre los principales entes oficiales, se verifica la abrumadora incidencia de casos de contaminación y degradación del medioambiente y los recursos naturales. Daños que incluyen la contaminación de ríos, lagunas y del aire, acumulación de residuos sólidos, tala ilegal, etc.; todos hechos públicos y notorios.

La información sobre las condiciones generales del medioambiente, que por cierto son visibles y conocidos para los habitantes locales, llegan a los medios de comunicación masiva cuando las circunstancias acarrean grave depredación o inclusive muerte de especies de flora y fauna y hasta de seres humanos. Debemos acá recordar que según el marco del Principio 10, reafirmado en el Convenio de Aarhus, para fines de la participación ciudadana en la fiscalización y control de la aplicación de la legislación ambiental, lo que interesa es la publicidad de aquellos actos administrativos que tienen relación directa con el ambiente y los recursos naturales, como son las licencias o permisos, también los resultados de inspecciones y fiscalizaciones, multas y sanciones

por incumplimiento[658] de las normas ambientales entre otros. La información de índole administrativa señalada, muestra de manera objetiva el grado de cumplimiento de las disposiciones de protección ambiental, cuya finalidad es proteger el entorno de vida de todos, por lo que es de interés público. Ciertamente guardando las formas reguladas legalmente sobre el acceso a información intima o la reserva del proceso. En materia ambiental aquello que afecte a la calidad de los elementos vitales, no puede considerarse como información privilegiada, en aras de la transparencia y por ser de interés público. Hoy en día, la disponibilidad de las tecnologías de la información permite a la ciudadanía el acceso ilimitado y oportuno de la información referida al cumplimiento oportuno de la legislación ambiental. El disponer de la información administrativa que se señala, constituye una valiosa herramienta para ejercitar el control y fiscalización ciudadana del cumplimiento de las normas de protección del medioambiente y los recursos naturales, por las personas naturales o jurídicas, tanto privadas como públicas, asimismo de la actuación de los funcionarios a cargo, por lo que debe ser usada de manera objetiva y transparente.

Como se ha visto en el capítulo anterior, los vacíos a nivel constitucional y procesal hacen difícil el acceso al ciudadano a los mecanismos de tutela del medioambiente y los recursos naturales para que éste, de manera individual o colectiva, pueda colaborar con el Estado y representar los legítimos intereses y preocupaciones de la sociedad en la fiscalización de la debida y oportuna aplicación de la legislación ambiental, que son fines y objetivos consagrados constitucionalmente. Sin embargo, hay esfuerzos que han tratado de aportar soluciones desde la jurisprudencia del TC[659] y la doctrina[660] nacional.

Con el propósito de explorar propuestas y posibles soluciones de *lege ferenda* a los vacíos señalados en el capítulo anterior, en este capítulo se analizan institutos

[658] Los daños al medioambiente tiene efectos sobre las condiciones directamente relacionadas con la salud y bienestar individual o del grupo familiar o social. Los agravios al medioambiente, bajo el control y proceso de la administración, por su naturaleza, debieran ser conocidos para su efectivo seguimiento y fiscalización por la población afectada. En la actualidad, la información sobre incumplimiento de agravios al medioambiente está protegida por la reserva de proceso y no se conoce ni puede hacer seguimiento por terceros.

[659] Del TC Cerro Escalera 003343 AA 2007

[660] Cfr. Caro Coria, Dino Carlos. Derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación. Lima: Horizonte. 1999

jurídicos[661] y opciones[662] que se han aplicado en otros lugares, escogidos por su similitud y cercanía a nuestra realidad, con resultados comprobados, con significativas mejoras en la eficacia de la aplicación de la legislación ambiental, en los lugares donde se han aplicado.

En este capítulo, deseamos resaltar de manera crítica, situaciones de hecho que están alejadas de la visión que nos presenta la Constitución[663] y son el resultado de un tipo de desarrollo, por cierto poco sostenible, y la debilidad del Estado en lograr la efectiva tutela del medioambiente y los recursos naturales, que ataca la base y pilares de la salud, bienestar y desarrollo de la sociedad. De manera creciente el tipo de desarrollo[664]desordenado, basado en la extracción de recursos no renovables y el consumerismo, poca o fragmentada planificación, conjuntamente con el crecimiento demográfico en nuestro país y el resto del mundo, genera la demanda de cada vez más recursos naturales[665] y ensanchan la huella ecológica sobre el entorno natural.

Se avanzaría hacia la sostenibilidad y calidad de vida de nuestra sociedad, si empezamos a cumplir y exigir el cumplimiento de la legislación ambiental vigente, siempre y cuando esta sea coherente con la realidad ecológica y se base en los elementos económicos y sociales que configuran su estabilidad y desarrollo.

---

[661] Como la actio popularis

[662] En Brasil se emplean los tribunales ambientales, pero en Ecuador se tramita por la justicia ordinaria.

[663] Una lectura sistemática nos muestra que se reconoce como fin supremo el respeto de la dignidad de la persona (Art.1°), la que entendemos como calidad d vida en las mejore condiciones; el Art. 2° inc. 1 precisa la protección de la vida e integridad psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, solo posible bajo condiciones ambientales adecuadas; el inc. 19 precisa la protección de la identidad étnica y cultural, como se sabe está amenazada en áreas de extracción de recursos naturales; el inc. 22 de manera específica, consagra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuad para el desarrollo de su vida.

[664] Vid. Declaración de Rio (1992). PRINCIPIO 10. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. (subrayado añadido)

[665] reciente declaración de la NNUU sobre la necesidad de que las empresas diseñen y fabriquen los bienes y productos para ser fácilmente reciclables y se aprovechen metales y demás materiales y así reducir los impactos de la extracción y producción y la consecuente generación de residuos.

El reconocimiento constitucional del derecho a gozar de un ambiente adecuado[666] para la vida, el derecho a la salud, así como la noción que los recursos naturales renovables y no renovables son patrimonio de la nación, provee la base para el desarrollo de mecanismos para su tutela efectiva.

La situación del cuidado y protección del medioambiente y los recursos naturales en nuestro país es calamitosa, lo cual es público y notorio – además confirmado por datos oficiales proveniente de los informes de la Defensoría del Pueblo, mensajes del Congreso, publicaciones sectoriales: MINAM, DIGESA, MEM, ANA; que se tiene amplia difusión. Las amenazas a la salud, el empleo o patrimonio que se perciben como consecuencia de acciones privadas o de entidades del Estado han mostrado su rechazo a través de movilizaciones sociales.

A nivel nacional hay suficientes casos que dan cuenta de la tutela fallida del medio ambiente y lo recursos naturales por el Estado: acumulación de residuos sólidos, contaminación del agua, contaminación del aire, tala ilegal, etc. Estos hechos se manejan directamente desde el ámbito administrativo sectorial: Municipalidades (RSU), Salud- DIGESA (aire); MINAM (bosques y diferentes aspectos ambientales); - Vivienda -ANA (agua); Agricultura (deforestación), Industrias, Energía y Minas, Transportes.

Los ataques al medioambiente y los recursos naturales son el resultado ineludible de acciones u omisiones de los diferentes estamentos de nuestro Estado. Empezando por el Poder Ejecutivo (sectores): acumulación y pobre gestión de RSU; contaminación del aire por emisiones gaseosas del transporte, la industria, generación de energía, incendios forestales; contaminación del agua por vertimientos tóxicos de la industria y la minería y de desagües urbanos sin el debido tratamiento; depredación legal de la biomasa; tala ilegal, pero también la deforestación legal, por las concesiones para plantaciones o biocombustible, la deforestación legal para el cultivo de narcóticos y la deforestación informal de la agricultura migratoria. Si bien en sectores distintos, los diferentes agravios al medioambiente se combinan, se potencian entre ellos y en algunos casos, como el producido por los botaderos de RSU, se convierten daños continuados y permanentes, además de ser de carácter pluriofensivos; pues atacan al

[666] Cfr. Art.2° inc 22 CPP

aire, agua, suelos. Pero también, y debemos ser claros en decirlo, tienen importante cuota de responsabilidad, tanto el Poder Legislativo como el Poder Judicial.

Consideramos que la tutela esperada y necesaria del medioambiente y de los recursos naturales debe de reforzarse en dos importantes pilares. Por un lado, desde el ámbito administrativo, por estar en contacto directo con la realidad y su capacidad inherente de proponer normas legales, formular las correspondientes normas reglamentarias, otorgar permisos y licencias, además de su potestad sancionadora. Por otro lado, la ciudadanía en su totalidad, como receptora de los derechos a gozar de un ambiente adecuado y a la salud, que se ven amenazadas y afectadas por la contaminación y conductas violatorias de la legislación ambiental vigente. Respecto de la participación ciudadana en su rol de colaborador de la tutela del medioambiente y los recursos naturales, ya se ha tocado en otras partes de este trabajo, por lo que a continuación se ampliará lo que concierne a la primera parte, la responsabilidad de los funcionarios en su deber de hacer cumplir la legislación ambiental.

6.1.1 Ámbito administrativo

La deficiente fiscalización y control del cumplimiento cabal de la legislación ambiental por parte de las entidades encargadas y sus funcionarios que dejan de hacer lo que deben, por su inacción u omisión, se atribuye ordinariamente a la falta de presupuesto[667], de recursos y hasta de amenazas de mafias. Lo cierto es que la ineptitud[668] del Estado, en sus diferentes estamentos, se refleja también en la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales. Un factor crítico y determinante es la deficiente educación general, y ambiental en particular, por su implicancia sistémica, otro es la falta de transparencia y control ciudadano. Se podría inferir que

[667] Es paradójico, pero las dependencias de la Administración que expresan mayores necesidades de presupuesto y recursos, son las de mayor potencial de ganancias y recursos económicos que se pierden a las mafias y la corrupción. Se revertiría esa situación aplicando con seriedad y diligencia la legislación ambiental.

[668] No ha logrado el reconocimiento o retribución por los servicios ambientales que aporta a la Amazonia al planeta. Mientras que en el mismo espacio Brasil, luego de deforestar por más de 60 años y obtener grandes beneficios económicos para su sociedad, logró que se le valorice el compromiso de no seguir deforestando, por la importancia como sumidero de carbono y la lucha contra el cambio climático, con el Fondo de la Amazonía valorado en 19,000 millones USD.

la inacción u misión al deber de función en exigir el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de autoridades y funcionarios tiene los mismos resultado tóxicos que la contaminación al medioambiente.

Dentro del ámbito administrativo, la norma general, la Ley de Procedimiento Administrativo General,[669] establece como uno de sus principios, el de participación: "Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa (…) y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión"[670] Así mismo, en la determinación de la falta administrativa[671] en el que pueden incurrir las autoridades y el personal al servicio de las entidades, se hace mención al daño causado en caso de: "2. No entregar, dentro del término legal, los documentos recibidos a la autoridad que deba decidir u opinar sobre ellos; 3. Demorar injustificadamente la remisión de datos, actuados o expedientes solicitados para resolver un procedimiento o la producción de un acto procesal sujeto a plazo determinado dentro del procedimiento administrativo; 5. Ejecutar un acto que no se encuentre expedito para ello; 7. Dilatar el cumplimiento de mandatos superiores o administrativo o contradecir sus decisiones."[672]

En la *Lex Specialis para el cuidado del medioambiente*, la LGA, se establece en el Título Preliminar, Art. IX.- como principio de responsabilidad ambiental "El causante[673] de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera

[669] Ley 27444

[670] **Vid supra 11. TÍTULO I. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

[671] **Vid supra 11. Artículo 239.- Faltas administrativas**

[672] Cfr. Art. 293°

[673] Para el caso de responsabilidad administrativa habría que situarse en los supuestos en que la demora o inacción administrativa sea la causa adecuada del daño ambiental.

lugar."[674] También para el caso de licencias o permisos sin un claro o razonable sustento técnico, al tenor del Art. 140°, incurrirían en responsabilidad los profesionales y técnicos de la mala elaboración o la inadecuada aplicación de instrumentos de gestión ambiental de los proyectos, obras o actividades que causaron el daño. Habría que entender que de evidenciarse los dos supuestos citados, la mala elaboración o la inadecuada aplicación de instrumentos de gestión ambiental, mostraría negligencia de los funcionarios encargados de la supervisión y cumplimento de las normas, así como la trasgresión del Deber fundamental, enunciado en el Art. I "Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida; y el deber de contribuir, a una efectiva gestión ambiental…"[675], ya que el funcionario también es parte de la sociedad y está sujeto al mismo deber que todos. El principio del prevención, Art.VI "La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental…"[676], genera también en el funcionario, la obligación de prevenir, vigilar y evitar la contaminación del medio ambiente y la degradación de los recursos naturales.

De la revisión conjunta de las dos normas antes citadas, la LGA y la LPAG, queda claro que las autoridades y funcionarios, respecto de la legislación ambiental, están obligados a actuar con celeridad, evitar demoras y facilitar la información pertinente a quien lo solicite. Este deber deviene en discrecional, al no incluirse ni competencia, ni trámite, es decir los presupuestos procesales básicos para el ejercicio de la acción ciudadana para el control o fiscalización de los actos u omisiones de estos, que por no actuar oportunamente o autorizar obras o proyectos sin las garantías ni recaudos para evitar el daño ambiental[677], resultan en degradación ambiental que están obligados a evitar. Esto causa la vulneración de derechos fundamentales, y daños irreversibles al ecosistema, acciones que muchas veces quedan impunes.

[674] Esta prescripción sugiere e identifica la presencia de la persona jurídica y su necesaria imputación penal, pero el marco existente no lo permite, de allí un vacío a cubrir.
[675] Vid. LGA
[676] Vid. LGA
[677] En los años 60 se autorizaron plantaciones industriales de palma aceitera, deforestado bosques primarios en la zona del rio Manatí, en Loreto. El proyecto fracasó por ser un monocultivo dejando áreas degradadas hasta ahora.

La vía administrativa que es la más cercana e inmediata, puede culminar en una obligación de hacer o no hacer, interdicto o sanción pecuniaria en forma de multa. Este tipo de sanción muchas veces se judicializa con las enormes demoras del proceso judicial, que permite en no pocos casos el enriquecimiento injusto[678] de empresas contaminadoras o depredadoras de recursos naturales. La demora del proceso judicial y la corrupción facilitan al contaminador librarse de la multa totalmente o que la fraccione en cómodas cuotas, que al final le sale barato, mientras que se lesionan los derechos de las personas. El sistema actual lo permite, los contaminadores usan el sistema para crear una zona de impunidad.

6.1.2. En búsqueda de la tutela del medioambiente y los recursos naturales en el ámbito jurisdiccional.

Consideramos que el ámbito jurisdiccional[679] es el idóneo para asegurar la tutela del medioambiente y los recursos naturales. Su mandato y legitimidad dimana del Art. 139° inc. 2 constitucional y está referida al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Además cuenta con todos los elementos, mecanismos y herramientas, infraestructura y especialidades.

En nuestro ordenamiento jurídico, se puede decir que están presentes los diferentes elementos para proveer la tutela del medioambiente y los recursos naturales pero falta la articulación para que sea efectiva, como se comprueba en las sentencias ejecutoriadas y resoluciones consentidas.

La tutela abstracta debe volverse concreta a través del proceso, en los diferentes ámbitos regulados por el Derecho, en aplicación del derecho vigente que es derecho positivo.

---

[678] El actual ordenamiento ambiental no toma en cuenta las ganancias obtenidas por acciones realizadas en contra de la legislación ambiental hechas con la finalidad de ahorrar costos al no tomar las medidas necesarias para prevenir los daños al ambiente, la vida y la salud de las personas.

[679] Según la página oficial del MINAM, el 74% de los casos de han judicializados... Las empresas contaminadoras sancionadas administrativamente con multas recurren ante el PJ buscando la impunidad. Usan perversamente el sistema que por su estructura, sobrecargas, falta de especialidad y corrupción tiene demoras sistémicas de difícil solución lo que se vuelve funcional en eludir las sanciones por contaminar.

Si consideramos a manera de ejemplo, el ámbito penal, a pesar del amplio repertorio de delitos tipificados en contra del medioambiente[680], la propia lógica interna del derecho penal, obra en contra de su aplicación eficaz en la materia ambiental, ya que este opera ex post facto, luego de que el daño, muchas veces irreparable, ha ocurrido. A la llegada del fiscal, son difíciles de verificar las emisiones o derrames peligrosos debido a su naturaleza difusa, ya que los tóxicos se integran a los elementos del ambiente. En caso de derrames de hidrocarburos o emanaciones tóxicas, es difícil individualizar a los causantes o afectados, en algunos casos, realizada por personas jurídicas que devienen impunes. Lamentablemente, los efectos perniciosos a la salud humana y del ecosistema persisten produciendo enfermedades, carencias y sufrimiento en el tiempo, después de limpiado los residuos y eliminados los derrames tóxicos, aun cuando los causantes ya se han retirado de la zona que han impactado.

El mismo sistema opera como filtro que impide que los delitos sean perseguidos como es el caso ocurrido en la Amazonía cuando se dio el derrame de petróleo en el rio Ucayali[681].

Desde la perspectiva de la actuación del Ministerio Publico, según reza el Art. 1° de su Ley Orgánica, entre sus funciones principales están la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos y la prevención del delito. Funciones que tienen decisiva incidencia en el cumplimiento de la legalidad ambiental que asegure el derecho a gozar de un ambiente adecuado y evite el recorte de los derechos a la salud o el uso de los recursos naturales.

Desde el MP, en el ámbito de su actuación, a pesar de los grandes avances científicos en la investigación criminal y la criminalística, la labor del fiscal en materia ambiental deja mucho que desear por sus limitaciones y deficiencias.

El agravamiento de los tipos penales[682] para los delitos que resulten en el daño a los elementos del medioambiente y los recursos naturales genera un falso sentido de seguridad, ya que su aplicación no es eficaz, por lo cual al final no disuade, no tutela, no sirve. Los resultados que se verifican día a día como la tala ilegal, contaminación

[680] Vide Art. 304° al 314° del Código Penal
[681] Información pública y notoria de derrame causada por compañía petrolera extranjera que permanece impune tras largos años de procesos y dilaciones.
[682] Según reforma del Código Penal del año 2008.

de aire, agua y suelos, acumulación de residuos sólidos urbanos etc. dan cuenta de las fallas en la tutela del Estado.

Aun en la vía penal, los fiscales no encuentran los elementos clásicos que se mantengan estáticos para su examen y por lo tanto no formulan acusación. El sistema permite que se formen zonas de impunidad, una impunidad legalizada, impunidad legal.

A fin de dar celeridad y buscar una reacción jurisdiccional apropiada, un sector de la doctrina nacional propone la creación de juzgados especializados en materia ambiental, como lo demuestra la experiencia brasileña[683], pero según se verá en el caso modelo seleccionado, bastó la estructura existente, el juzgado civil y el trámite establecido, juzgado unipersonal[684], para resolver el mayor caso ambiental de la historia[685].

A nivel del TC se verifica importante actividad en la solución de casos ambientales, con resultados satisfactorios[686], que refuerzan la tutela del medioambiente y de los recursos naturales por el Estado. La rica jurisprudencia[687] del TC en materia ambiental, da cuenta del interés y la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional en busca de la tutela de los derechos relacionados al medioambiente y los recursos naturales, siendo el TC la última etapa en el camino en sede nacional. Por la vía jurisprudencial se ha avanzado y se cuenta además con las posibilidades de corregir y subsanar la débil tutela, mediante acertados precedentes vinculantes.

Pero llegar hasta el TC, toma tiempo y recursos, que debilita el propósito de la tutela oportuna del medioambiente y los recursos naturales. Debe de tenerse en cuenta la naturaleza urgente y perentoria de la solución y acciones a tomar en los casos de daño

---

[683] En Brasil existen los juzgados especializados en lo ambiental.
[684] Presidencia de la Corte Provincial
[685] Caso Lago Agrio
[686] Se han logrado importantes resultados en pro del medioambiente como la protección del área natural protegida en la región San Martin Caso Repsol – Cordillera Escalera (STC N° 3343-2007-PA/TC), y también la aclaración y reforzamiento a la actividad empresarial dentro del marco de la regulación sectorial pertinente, otorgando la estabilidad y seguridad jurídica a las inversiones Caso Nextel (STC N° 4223-2006-AA/TC), Caso Autos Usados (EXP. N.° 03088-2011-PA/TC)
[687] El Tribunal Constitucional se ha convertido en el último bastión para dilucidar temas de interés ambienta de importancia y trascendencia nacional.

ambiental por derrames o fugas de gases tóxicos etc., para que tenga un valor útil y práctico.

6.2 Casos emblemáticos, públicos y notorios en el ámbito y contexto nacional

La degradación ambiental en nuestro país no es un fenómeno reciente. Se viene dando desde mucho tiempo atrás. No se puede ignorar la influencia de la deficiente educación ambiental entre el conjunto de muchos factores necesarios y cruciales para el logro de la tutela efectiva del medioambiente y los recursos naturales por el Estado. Con una educación inicial deficiente en valores y de baja calidad, reflejada en múltiples evaluaciones a nivel nacional e internacional, que ha permeado la formación de alumnos y profesionales, incluidas las ciencias jurídicas. Todo lo mencionado sumado a la inercia y poca conciencia ambiental, visión inmediatista de corto plazo, y las urgencias económicas[688] para atender la pobreza extrema, resulta en débil institucionalidad democrática. Para limitar el impacto negativo, es necesario ser conscientes de lo que está sucediendo. Una visión consensuada a futuro reducirá los cambios bruscos que vienen con cada nueva Administración que al final, se ve reflejada en la pobre actuación del Estado en los diferentes ámbitos, en particular en la capacidad de tutela eficaz del medioambiente y los recursos naturales.

Las intenciones de los gobernantes de turno, autoridades y sus asesores, pueden haber sido las mejores y hechas en buena fe, pero el limitado entendimiento de la dinámica económica y ecológica íntimamente relacionadas con las fuerzas físicas y químicas que gobiernan el flujo de materiales y energías, que bien lo entiende la economía ecológica, han sido condicionantes para las decisiones pobres y poco sabias del pasado, pero que surten hasta hoy sus efectos nocivos de contaminación y degradación ambiental.

A manera de ilustración, se han seleccionado algunos casos que son conocidos y que muestran diferentes tipos de contaminación y degradación ambiental, las cuales abarcan un periodo de más de medio siglo y cubren las diferentes regiones del país.

---

[688] Que prioriza la extracción primaria de recursos naturales habiendo otras alterativas igualmente rentables pero limpias y sostenibles.

No es una lista exhaustiva ni completa, solo una vista panorámica. Para cada uno de los casos se incluye una breve descripción y se resaltan sus implicancias *en una breve sumilla.*

*6.2.*1 Contaminación por relaves de la bahía de Ite – 50 años – Southern Peru Copper Corp

Desde 1956 las operaciones de lixiviación para la obtención del cobre han demandado grandes cantidades de agua, de una de las regiones más áridas del país. La principal empresa minera que explota el cobre en Tacna y Moquegua utiliza mil 700 litros por segundo de agua limpia para sus operaciones. Esta importante demanda de agua dulce compite con la incipiente agricultura local. La operación minera ha generado grandes cantidades de relaves acumulados en extensas canchas, que sin las medidas adecuadas han permitido filtraciones a las napas freáticas y el mar, causando grave contaminación del suelo y la franja costera. El aire también se ha afectado por las emanaciones y humos de las operaciones de fundición asociadas.

6.2.2 Contaminación del aire de La Oroya. La Cerro de Pasco Corporation

En La Oroya, opera un complejo metalúrgico polimetálico desde 1922. Inicialmente por la inversión privada extranjera de la Cerro de Pasco Corporación hasta 1973; luego desde 1973 hasta 1997 por la empresa estatal Minero Perú, para luego volver a manos privadas tras su privatización en 1997 con la empresa norteamericana Doe Run.

Durante décadas, la población de La Oroya se ha visto expuesta a los elevados y peligrosos niveles de contaminación del aire producto de las operaciones metalúrgicas que expulsan al aire grandes cantidades de emisiones tóxicas sin el debido tratamiento que incluyen sustancias pesadas y peligrosas para la salud humana como el plomo, cadmio, arsénico y dióxido de azufre, etc. A mediados del año 2000 La Oroya fue identificada como una de las 10 ciudades más contaminadas del mundo, se determinó que el 97% de los niños y niñas de entre 6 meses y 6 años, y el 98% de los infantes que tienen de 7 a 12 años, presenta niveles elevados de plomo en la sangre. El

porcentaje llega al 100% en La Oroya Antigua, la zona de la ciudad más próxima al complejo. Los efectos de la intoxicación por plomo son irreversibles.[689]

Debido a las peligrosas condiciones para la vida y la salud de los habitantes, a fines de agosto de 2007, la CIDH ordenó al Estado la adopción de medidas para proteger la salud, integridad y vida de los residentes de La Oroya.

6.2.3 Vertimiento de hidrocarburos y tóxicos por las operaciones de explotación de gas y petróleo, en ríos Napo, Corrientes y otros, de la Amazonía, de por los últimos 40 años.

La actividad petrolera en la parte baja de la cuenca amazónica comenzó en la década de 1920. A partir de la década de 1970, esta se incrementó con el descubrimiento de petróleo por la empresa pública Petroperú, del Bolsón de Trompeteros, en la cuenca del río Corrientes, en 1971. Seguidamente, la Occidental Petroleum Co. (OXY) encontró otros yacimientos en la zona que contribuyó al auge exploratorio. Para 1974 ya operaban en la zona 14 empresas de los Estados Unidos.

En la dimensión social, esta actividad atrajo gran cantidad de trabajadores procedentes de todo el país diferentes regiones, quienes al final se afincaron en Iquitos. Los "pueblos jóvenes" de Iquitos se incrementaron de 20 en 1968 a 25 en 1973 y la población de ellos pasó de representar el 50% de la ciudad de Iquitos, al 65%.[690]

Es interesante anotar que el año 1994 entró en vigencia el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas con sus provisiones de consulta previa. Hay operaciones que estaban operando antes de este hito histórico en territorio[691] de pueblos indígenas. La intensa lotización de la Amazonía peruana en concesiones petroleras[692] afecta ya la mayor parte de territorios de los pueblos indígenas y numerosas áreas protegidas, implantando cambios irreversibles en la Amazonía. Los pueblos en aislamiento

[689] El plomo es un metal pesado que se acumula en la sangre y afecta los tejido, en particular el cerebro.
[690] Cfr. *Chirif, Alberto. Pueblos indígenas e industrias extractivas. Iquitos: CAAAP 1985 pgs. 83 y ss*
[691] Cfr. Berraondo López, Mikel. Pueblos indígenas. Santa Cruz: CEJIS-IPES 2011) pg. 2 y ss
[692] Cfr. *Chirif op. Cit.*

voluntario, asentados en las regiones más inaccesibles de la selva, tampoco escapan a este proceso de industrialización.

Siendo grupos humanos más vulnerables, estos sufren los impactos del contacto con las empresas petrolíferas en un contexto de impunidad, donde las compañías tratan de ignorar su presencia, hasta negar su existencia. Según la lógica económica, son millones de barriles de petróleo y gas, de alta demanda y cotizados internacionalmente, comparado a una reducida e indefensa la población de nativos.

Son pueblos originarios que están muy integrados con los ecosistemas que habitan, estos desconocen el funcionamiento de la sociedad mayoritaria, lo que les coloca en una situación de indefensión y extrema vulnerabilidad ante los diferentes actores que ingresan en sus territorios. En la mayoría de casos se encuentran en grave peligro de extinción[693].

Para el investigador Chirif: "En el Perú las empresas extranjeras pueden hacer aquello que en su país se les prohíbe. Esto ha quedado demostrado en la actuación de la petrolera OXY en el Corrientes, que a inicios de la década de 1970 y durante 30 años que explotó´ petróleo en la cuenca del Corrientes vertió 'aguas de formación´´ a los cuerpos de agua y acumuló lodos provenientes de las perforaciones… "[694]

Las operaciones petroleras han dejado una secuela de contaminación y degradación ambiental, lagunas de tóxicos y aguas de proceso, vertidas directamente a ríos y quebradas; han quedado chatarra y equipos abandonados. Es de singular gravedad el impacto negativo a la estructura demográfica y social de la zona. Los vertidos de aguas de formación en los ríos Napo, Corrientes y Marañón se refleja hoy día en cuadros epidemiológicos críticos para los pueblos quichua y achuar.

Chirif concluye que: "La euforia por suscribir contratos petroleros afecta directamente a territorios de comunidades nativas y de pueblos indígenas en aislamiento… "[695]

---

[693] Cfr. Informe Perú. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos- OACNUDH 2012

[694] *Chirif op. Cit. pg. 83*

[695] *Chirif op. Cit. pg. 84*

6.2.4 Derrames de hidrocarburos en ríos Ucayali, Corrientes, Napo, Trompeteros y otros, causados por Pluspetrol y otros.

El crudo que se obtiene se transporta por barcazas para su refinación o exportación. Este tipo de transporte ha causado en múltiples ocasiones significativos desastres, por la mala operación, descuidos o accidentes. Así están los casos de derrames que ocurren por el transporte en barcazas fluviales que transportan el crudo por el rio Marañón y el rio Corrientes, entre otros.

Berraondo considera que la frágil y vulnerable situación de las poblaciones indígenas en aislamiento debería ser clave para generar una serie de obligaciones dentro del marco jurídico de los derechos humanos que impliquen directamente a los Estados y a las instituciones internacionales en su protección.[696]

6.2.5 Deforestación masiva por plantaciones de palma luego abandonadas, rio Manatí (Loreto).

Los bosques primarios de la Amazonia albergan una gran diversidad biológica además de aportar grandes e importantes servicios ecosistémicos, sin embargo, entre 1963 y 1965 basado en la lucrativa industria de producción de aceite de palma, corrupción y falta de información adecuada (due dilligence estatal), tanto del sector como la academia, se introdujeron plantaciones industriales de monocultivo exóticas de palma aceitera africana, esta actividad requería la deforestación de bosques primarios. Esta experiencia fracasó, además de afectar a la flora y fauna nativa, las plantaciones se degradaron debido a la infestación de plagas, los bosques jamás se recuperaron y las comunidades nativas, flora y fauna asociada, desaparecieron de esa zona.

Nuevamente, en tiempos recientes, la demanda mundial por agro combustibles ha generado presiones de grandes intereses para deforestar bosques primarios con la finalidad de introducir las plantaciones de palma africana, ignorando que existen ya

[696] Cfr. Berraondo López, Mikel. Pueblos indígenas. Santa Cruz: CEJIS-IPES 2011)

muchas áreas libres que fueron previamente deforestadas, acondicionarla para su uso evitarían la necesidad de destruir los bosques de primarios que todavía quedan.

Según INRENA, se deforesta a razón de 260,000 has/ año.

6.2.6. Tornavista (Le Tourneau)

Durante el gobierno de Manuel A. Odria, se suscribió un contrato de colonización con amplias facultades con la compañía Le Tourneau formada por misioneros evangélicos de la Iglesia Alianza Cristiana, con sede en EE.UU. A cambio de una importante área de Amazonía virgen, la compañía instalaría unos pueblos con facilidades para todos los moradores de la zona. El 14 de Octubre del 1954, ingresa a Tournavista, la compañía LeTourneau, para iniciar su colonización en compensación por obras públicas.

Se llegó a implementar en la zona infraestructura moderna que incluyó un hospital, escuela agropecuaria, aeropuerto, centros comerciales entre otros. Las actividades de extracción de madera, construcción de carreteras y plantaciones industriales generaron puestos de trabajo e ingresos para los pobladores. -

El proyecto de Tourmavista fracasó, porque no se actuó en armonía con la naturaleza local, se trató en montar un nuevo modelo ajeno a la realidad y al final las fuerzas naturales se impusieron sobre el cemento.

En su lugar quedaron áreas deforestadas que no se han podido recuperar.

6.2.7 Degradación rio Malinowski, Huaypetue y otros en Madre de Dios

Desde mediados de la década de los 70 hasta fines de los años 90, la minería aurífera ha constituido la actividad económica más importante en esta parte del Perú. La actividad de minería aurífera en el departamento de Madre de Dios tradicionalmente se ha llevado a cabo a lo largo del río Madre de Dios, incluyendo al río Inambari, río

Colorado, río Malinowski y muy fuertemente en las localidades de Punkiri y Huaypetue cerca de Mazuko. En la actualidad, las zonas tradicionalmente mineras de Madre de Dios ya han sido severamente explotadas y la cantidad de oro que se extrae es menor que en años anteriores, por esta razón muchos mineros están en la búsqueda de nuevas zonas para sacar oro.

La minería aurífera genera impactos sobre los bosques y los cauces de ríos y quebradas. Origina mayor turbidez y sedimento en el agua y contamina los ríos con mercurio, el cual es usado para separar el oro de la arena. El mercurio entra a la cadena tróficas a través de los peces y termina siendo ingerido por seres humanos que viven en el área.

Si bien hay una clara diferencia que separa la minería informal de la minería ilegal, cuando nos referimos a las actividades extractivas en los ríos de Madre de Dios, se verifica que ambas propician la invasión de extranjeros y mafias, la degradación del bosque, la contaminación de ríos, aire y suelos con mercurio, combustibles y cianuro.

La flora y fauna asociada ha desaparecido de las zonas intervenidas por la minería aurífera informal e ilegal.

A pesar de ser una zona con dos fronteras internacionales de alto potencial para el comercio, turismo e integración: el descuido de su propia gente e instituciones, dominada por la visión de corto plazo, no ha permitido el desarrollo de alternativas económicas de bajo impacto ambiental que sean viables, para lograr el bienestar con calidad de vida y permite que continúe la Minería aurífera (atractivo precio del oro); la extracción ilegal de madera y la extracción de otros recursos del bosque también se ha incrementado en una región donde campea el crimen y la corrupción.

6.2.8 Deforestación masiva San Martin, Madre de Dios

La región San Martín tiene 1.6 millones de hectáreas deforestadas, es la zona más afectada en el país. Los bosques han sido depredados para cultivar coca ilícita, para la elaboración de cocaína, de gran demanda en las ciudades de EEUU y Europa. Para

sembrar una hectárea de hoja de coca se depreda entre cuatro y cinco hectáreas de bosque. La masiva e indiscriminada deforestación de los bosques se ha focalizado alrededor de Juanjuí.

El bosque natural de la Amazonia, por la propia vegetación contribuye directamente a la regulación del clima de toda la región. El permitir que los espacios naturales sean destruidos extensivamente, en nombre del desarrollo, nos va afectar a la larga ya que destruimos nuestro propio hábitat.[697]

Los bosques están amenazados por la degradación incontrolada de la Amazonía y de la conversión de la tierra para otros usos, por la demanda de productos para satisfacer las necesidades de la población o el mercado, todo esto como consecuencia de la mala ordenación territorial. La depredación de los bosques resulta en la erosión de los suelos, pérdida de diversidad biológica, destrucción del hábitat de flora y fauna silvestre, degradación de cuencas, etc., que se traduce en detrimento de la calidad de vida y reducción de opciones de desarrollo social sostenible.[698]

6.2.9 Incendios forestales.

Situación que se presenta en todo nuestro territorio con alarmante frecuencia. Causa mucho daño en todos los ámbitos tanto social, ambiental y económico.

Una de las principales causas es la práctica difundida de la roza y la tala, que realizan los campesinos migrantes para habilitar tierras para la agricultura y ganadería. También hay causas naturales como los impactos de tormentas eléctricas en zonas de alta sequía.

Muchas veces los grandes incendios forestales, en la zona de sierra central o selva alta, ocurren en áreas alejadas y de difícil acceso, con poca o mala vigilancia, a pesar de la disponibilidad de tecnología como los drones o satélites. Estos incendios al final no se

[697] Cfr. Tratado de Cooperación Amazónica. Suscrito en 1978 por Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela. Reconoce la naturaleza transfronteriza de la Amazonía.
[698] Cfr. Agenda 21

pueden controlar a tiempo y se consumen miles de hectáreas de bosque primario, secundario y pastizales, con graves pérdidas económicas, ambientales y sociales.

6.2.10 Contaminación aire urbano por emisiones poco reguladas de unidades del transporte público y privado, en el casco urbano capitalino y otras ciudades del país.

La elevada contaminación del aire por las emisiones particuladas y de SO2 de la combustión en motores diesel y de gasolina, usados en el transporte público y privado, se acumula en la atmósfera de la ciudad.

Los gastos en salud pública, productividad y competitividad van en aumento. Sin embargo, las necesarias inspecciones técnicas se han dejado de lado, por razones de índole política, de corto plazo. A pesar del mandato constitucional y responsabilidades sectoriales, la administración no logra entender los beneficios económicos de asegurar una mejor calidad de aire en la salud pública, la productividad y bienestar general.

6.2.11 Contaminación del aire por partículas en suspensión de minerales molidos, dispersados durante las operaciones de transporte, manipulación y almacenamiento dentro del área urbana, cercana a los almacenes de minerales del puerto de Callao.

El transporte de concentrados de mineral de las zonas mineras del centro del país hacia los principales puertos, en particular el puerto del Callao, de manera inadecuada, dispersan en el aire partículas de polvo de mineral en todo el recorrido. También desde los grandes depósitos al aire libre, que no tienen la adecuada protección y carecen de un manejo adecuado por ductos.

Se ha dejado de lado la aplicación de estándares, controles o acciones, como el uso de filtros, u otras medidas alternativas para facilitar, de una manera errónea, ya que no

tiene mayor sentido práctico, las operaciones de exportación, sin que se apliquen suspensiones o multas.

6.2.12 Contaminación de aguas freáticas por lixiviación de RSU de botaderos municipales

La acumulación de residuos sólidos urbanos, en los llamados botaderos municipales, libera gases y olores. Los gases incluyen al metano, potente gas de efecto invernadero.

Las precipitaciones y humedad dan lugar a que se produzca la lixiviación o disolución de líquidos tóxicos, los que se filtran a las napas freáticas.

La materia orgánica en descomposición atrae vectores, que dependiendo de la ubicación de los botaderos puede causar también daños a las poblaciones y cultivos cercanos.

La acumulación de residuos sólidos causa la contaminación del aire, de los suelos y las capas freáticas de manera continuada.

El manejo adecuado o gestión de los residuos sólidos, según experiencias internacionales,[699] es una actividad lucrativa y sostenida. Es fuente de trabajo para mucha gente, recupera materiales útiles para el reciclaje. Además de los beneficios sociales tiene también importantes beneficios económicos y ambientales.

6.2.13 Salinización de napas freáticas debido a la intrusión marina, por extracción incontrolada e irracional de aguas de regadío.

La extracción desbalanceada, en exceso y sin control del agua de las napas freáticas de los pozos subterráneos, desestabiliza las condiciones hidráulicas que deviene en intrusión marina por diferencia de presiones hidrostáticas que equivale a gigantescos

[699] Véase los casos de las ciudades como: Barcelona, Vitoria-Gasteiz, Reykjavik, Nuremberg, Nantes y Malmö.

vertimientos de sal. Es tan seria la contaminación por sales que se contamina y destruye la calidad del agua subterránea sustrayéndola del uso agrícola.

Si bien hay normativa expresa que regula la extracción de volúmenes de agua por medio de pozos, los sectores y administraciones pertinentes no han sido capaces de realizar su función de control y fiscalización de manera eficaz.

En la actualidad están disponibles tecnologías como sensores remotos, vigilancia satelital, drones, etc. para ejercer un mejor control que permita reducir y detener la extracción ilegal, lo que incide en que no hay excusas válidas para actual la ineficacia y negligencia.

6.2.14 Degradación del lago Junín

Por muchos años se han vertido al lago Junín relaves mineros y desagües urbanos sin tratamiento alguno. La contaminación por relaves mineros, se ha acumulado por décadas, causando que las aguas pierdan su color natural hasta volverse de un color rojo naranja. La degradación es notoria en gran parte del ecosistema. Los relaves además de la contaminación química, producen turbidez por las partículas en suspensión que destruye cualquier posibilidad regeneradora por medio de la fotosíntesis. Además las aguas contaminadas del lago dañan los pastizales afectando a las actividades agrícolas y ganaderas de las comunidades aledañas.

Las descargas contaminantes[700] vertidas al río San Juan provienen principalmente de los relaves mineros, agua clarificada de relaves, y drenaje ácido de mina. Se debe de tener en cuenta, que las ciudades y poblaciones adyacentes al lago, que usan al rio San Juan, han construido sus redes de desagüe para descargar sus contribuciones tóxicas y

[700] Cfr. Ayala en Informe N° 335-78-PE Dirección General de Investigación Científica y tecnológica. Ministerio de Pesquería y Vildoso en Informe N° 02-74-PE Dirección General de Investigación Científica y tecnológica. Ministerio de Pesquería.

contaminantes de aguas servidas sobre el rio o el mismo lago. Ven a su lago como receptor de los desagües, es decir como un verdadero basurero.

Se ha preferido la solución rápida, de corto plazo y no la solución técnica de depuración y hasta el reuso de las aguas servidas, a pesar que las poblaciones aledañas a las minas cuentan con los fondos y recursos económicos suficientes, provenientes del aporte de canon minero.

6.3 Razones y Causas.

Sin pretender un ejercicio de futurología contrafáctica, los resultados que se verifican en la realidad, son la consecuencia de las decisiones políticas y acciones administrativas, se incluyen las acciones privadas o individuales, pues están bajo la regulación administrativa y sectorial. Las acciones tomadas en el pasado y que no se cambiaron o corrigieron en su debido tiempo, aun teniendo a mano todos los elementos que franquea la democracia, causaron graves impactos y daños al medioambiente y luego del paso de los años, en muchos casos, sus efectos aún continúan.

Del análisis y estudio de los diferentes casos, se proponen algunas de las posibles **razones o causas**, que consideramos son centrales en explicar la débil tutela del medioambiente en el Perú.

6.3.1 Razones

1. Falta de conocimiento de la dinámica ecológica y económica a todo nivel
2. Falta de conciencia ciudadana, producto de una educación deficiente, incompleta y pobre en valores la que está desconectada de la realidad ecológica de nuestro país

3. No hay un sistema de incentivos económicos reales que muevan a la acción deseada de protección del medioambiente y los recursos naturales, en el contexto de sostenibilidad.

4. Falta de rumbo y metas consensuadas para el logro del desarrollo sostenible, como finalidad última del Estado Constitucional de Derecho

5. Apremios económicos que priorizan el corto plazo en la extracción de los recursos naturales y dejan de lado las consecuencias futuras

6. Necesidades insatisfechas por la pobreza, consecuencia de la deficiente, asimétrica y altamente concentrada distribución de la riqueza nacional y debilidad institucional del Estado

7. Condiciones permisivas, propias de la falta de información, debilidad institucional y la corrupción

8. Copamiento de las instituciones por grupos de poder económico

9. Statu quo favorable a élites nacionales y extranjeras que no ven ninguna necesidad en cambiar

10. Espíritu de cuerpo entre los funcionarios ineptos que buscan proteger sus puestos de trabajo

6.3.2. Causas

1. Negligencia de la administración y marcada debilidad institucional en materia ambiental

2. Difícil fiscalización, tanto por el propio Estado y la ciudadanía, del cumplimiento y acatamiento de la legislación ambiental

3. Opacidad en la gestión pública, referida a la gestión ambiental
4. Corrupción permitida e institucionalizada
5. Inacción, indolencia por el débil control del Estado, a sus propias dependencias y funcionarios; y también de la ciudadanía, que no dispone ni del acceso a la información ni de los mecanismos de control.
6. Limitada información relevante disponible y reducido seguimiento de la ciudadanía
7. El sistema tal como está lo permite, hay una clara necesidad de reforma y ajuste
8. No se considera o prioriza las posibilidades de la tecnología actual para conseguir los fines propuestos y necesarios, mediante el monitoreo en tiempo real, detección y cuantificación de daños al medioambiente y recursos naturales. La tecnología está disponible y es asequible por tener costos bajos.
9. Condicionamiento cultural de creer que el medioambiente y los recursos naturales son ilimitados y este se adapta solo; que acepta la impunidad y corrupción como algo natural y común que no se puede evitar; que la conservación o protección del medioambiente y los recursos naturales es un lujo de los países desarrollados y no para países emergentes.

6.3.3. Otras causas

a. De naturaleza jurídica: provenientes del modelo y paradigma del derecho [positivismo jurídico, visión individual y personalista del código civil, límites en la legitimación activa] que no permite el uso efectivo y real del importante

rol que tiene la participación ciudadana[701] en la fiscalización de la aplicación de la legislación ambiental, tanto por particulares y funcionarios.

b. Provenientes de la naturaleza del paradigma económico neoclásico, que privilegia el lucro a corto plazo.

c. Provenientes del modelo ecológico antropocéntrico.

El amparo[702] como garantía[703] constitucional busca evitar y reparar situaciones que resultan de la violación de derechos consagrados, tanto individuales como colectivos, con la finalidad de reponer las cosas al estado anterior al agravio. Este poderoso mecanismo para la defensa de los derechos no es muy práctico, operacional o aplicable, cuando se trata de tutelar situaciones de daño ambiental, por las condiciones, carácter y naturaleza de este, ya que el daño causado puede ser irreversible. Se prefiere la faz preventiva, es decir evitar el daño, haciendo cumplir las normas técnicas y administrativas idóneas y buenas prácticas que buscan evitar los daños al medio ambiente.

6.4 Una mirada a la tutela ambiental desde la perspectiva del control ciudadano

La inactividad administrativa en la aplicación de la legislación ambiental, que sufrimos en nuestro país no es un fenómeno aislado, propia de nuestra idiosincrasia. Esta situación se presenta también en los países desarrollados con larga tradición de cumplimiento de la normatividad y efectivo accionar de la administración pública, véase por ejemplo a Alexandre Peñalver i Cabre para el caso de España[704] o en los

[701] Situación que se empieza a corregir con la aplicación de las acciones ciudadanas (citizen suits)

[702] Requiere que se hayan agotado las vías previas, es decir la instancias administrativas, y judiciales…

[703] ¿Qué hacer cuando la mera invocación a agotar el trámite administrativo desemboca en un sistema que demora? Recordemos el dictum de Capelletti: "justicia demorada es justicia denegada".

[704] Cfr. Peñalver i Cabre, Alexandre. Nuevos instrumentos para la aplicación de la legislación ambiental ante la inactividad administrativa. De las acciones ciudadanas (citizen suits) al Convenio de Aarhus. En: Revista de Administración Pública N° 172 enero-abril 2007, pgs. 439-485

EEUU de América. La inacción u omisión del deber de función que incurre la administración en cumplir, o hacer cumplir la legislación ambiental, es uno de los factores que causan la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

En los dos ejemplos citados, de España y los EEUU de América, la provisión de mecanismos de acceso a la justicia ambiental y la fiscalización del cumplimiento de la legislación ambiental por los ciudadanos, ha resultado en enormes avances en la tutela efectiva del medioambiente y los recursos naturales.

6.4.1 Los citizen suits. Casos ilustrativos del estado de Louisiana (EEUU de América).

En el capítulo anterior, se hizo referencia a los elementos fundamentales y necesarios para la participación ciudadana en el logro de niveles importantes de efectividad en el cumplimiento de la legislación ambiental, así como para fortalecer la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado. A manera de ilustración, a continuación se muestra una relación demandas ciudadanas (citizen suits), vía acción popular– presentadas el año 2012, en el Estado de Lousiana[705] donde se aplican los elementos del Principio 10 de la Declaración de Rio, y mecanismos idóneos de acceso a la justicia ambiental. Se presentan diferentes tipos de reclamo a los órganos de la administración pública con responsabilidad en el cumplimiento de la Legislación Ambiental. Es importante recalcar, que el grado de involucramiento y participación ciudadana en la fiscalización de aplicación de la Legislación Ambiental, solo es posible con el más amplio acceso a la información, por la ciudadanía, que se constituye en el mecanismo eficaz para el empoderamiento y real ejercicio democrático.

Para el presente trabajo se ha efectuado la traducción de las sumillas[706] *para mostrar los* diferentes tipos de reclamos y órganos de la administración pública con responsabilidad en el cumplimiento de la Legislación Ambiental, así como distintos

[705] El estado de Louisisana aplica el Código Civil de origen francés y tiene una tradición jurídica continental

[706] traducción hecha por el autor

colectivos de la sociedad civil involucrados. Quedan las referencias a los casos para ampliar el análisis y conocer en detalle los *obiter dicta* y *ratio decidendi* en cada caso.

Caso N° 617003

Asociación Civil Ciudadanos en contra de Multi-Chem vs. Departamento de Calidad Ambiental del Estado de Lousiana – DCAL N° 617003 (Corte del 19° Distrito Judicial, 14 Nov. 2012l) Cuestiona el otorgamiento de permiso de fuente menor, según lo estipulado en la Ley de Aire Limpio, a planta de distribución de la empresa Multi-Chem, en base al supuesto que el DCAL, incumplió el deber de confianza pública, regulada en el Art. IX, Sec. 1, de la Constitución del Estado de Lousiana, en particular bajo las circunstancias, en que al haber instalado similar planta en la localidad de nueva iberia, esta explotó en el 2011, provocando la evacuación forzada de los ciudadanos dentro de un radio de 1.6 Km.

Citizens Against Multi-Chem v. Louisiana Department of Environmental Quality, No. 617003 (19th Jud.Dist. Court, Nov. 14, 2012) (Appealing LDEQ's issuance of a Clean Air Act "minor source" permit to a Multi-Chem chemical distribution facility based on allegations that LDEQ failed to comply with its public trustee duty under the Louisiana Constitution, art. IX, sec. 1, especially under the circumstances in which, when located in New Iberia, a similar Multi-Chem facility had exploded in 2011, leading to a mandatory evacuation for citizens located within a one mile radius) (178-001)

Caso No. 12-cv-2602 No. 12-cv-2602

Asociacion RESTORE v. Distrito de Obras hidráulicas No. 3, Beauregard, No. 12-cv-2602 (W.D. La., Sept. 28, 2012) (alegan que the Water District in Beauregard Parish, Louisiana, viola la Ley de Agua Segura para el consumo humano en lo siguiente: 1) omitir la toma de muestras requerida de varios contaminantes, 2) no cumplir en

consignar datos y acciones correctivas realizadas, en el Reporte Anual de Confianza del Consumidor, 3) violación del estándar de coliformes totales en el agua potable, 4) emitir certificación de cumplimiento sin tener en cuenta las violaciones incurridas, y 5) omisión de cumplir con los requisitos de competencia para los operadores) (170-001)

RESTORE v. Beauregard Water Works District No. 3, No. 12-cv-2602 (W.D. La., Sept. 28, 2012) (alleging that the Water District in Beauregard Parish, Louisiana, violates the Safe Drinking Water Act by 1) skipping required samples of various contaminants, 2) failing to report data and corrective action in annual Consumer Confidence Reports, 3) violating the total coliform drinking water standard, 4) certifying compliance without regard to violations, and 5) failing to follow certification requirements for the competence of operators) (170-001)

Caso N° 615595

Asociación de Ministros Misioneros Cristianos Bautistas de la Parroquia Plaquemines, Inc., et al vs. Departamento de Calidad Ambiental del Estado de Louisiana – DCAL N° 615595 (Corte del 19° Distrito Judicial, 21 Nov. 2012l) Cuestiona el otorgamiento de permiso de fuente menor, según lo estipulado en la Ley de Aire Limpio, a planta RAM Terminals LLC, en base al supuesto que el DCAL, incumplió el deber de confianza pública, regulada en el Art. IX, Sec. 1, de la Constitución del Estado de Lousiana, y que la planta crea riesgos inaceptables a las comunidades aledañas a la planta propuesta y al proyecto Myrtle Grove Diversion—la obra de recuperación de agua dulce diseñada para iniciar la restauración de los humedales costeros que están en proceso de desaparición en Louisiana.) (177-001)

Christian Ministers Missionary Baptist Association of Plaquemines Parish, Inc., et al. v. Louisiana Department of Environmental Quality, No. 615595 (19th Jud. Dist. Court, Sept. 21, 2012) (Appealing LDEQ's issuance of a Clean Air Act "minor source" permit to RAM Terminals LLC based on allegations that LDEQ failed to comply with its public trustee duty under the Louisiana Constitution, art. IX, sec. 1, and that the

facility creates unacceptable risks to the communities in the vicinity of the proposed facility and to the planned Myrtle Grove Diversion—a freshwater diversion designed to begin restoration of Louisiana's disappearing coastal wetlands) (177-001)

No. 2012-C-2061

Vallery vs. Departamento de Calidad Ambiental del Estado de Louisiana – DCAL, No. 2012-C-2061 (La. Sup. Ct., Sep. 14, 2012) (A nombre de los intervinientes, Red de Acción Ambiental de Louisiana y Howard Charrier, pretendiendo certiorari review de la orden de la Corte del Distrito Judicial19° que desestima la intervención) (101-109.2)

Vallery v. Louisiana State Department of Environmental Quality, No. 2012-C-2061 (La. Sup. Ct., Sep. 14, 2012) (On behalf of Intervenors, Louisiana Environmental Action Network and Howard Charrier, seeking certiorari review of 19th Judicial District Court ruling dismissing intervention) (101-109.2)

No.12-1923

Little Tchefuncte River Association and Gulf Restoration Network v. Artesian Utility Company, Inc., No.12-1923 (E.D. La. July 24, 2012) (Alegan descargas de aguas servidas al Rio Tchefuncte sin contar con el permiso, en violación de la Ley de Agua Limpia, en una planta de tratamiento en Covington) (167-002)

Little Tchefuncte River Association and Gulf Restoration Network v. Artesian Utility Company, Inc., No.12-1923 (E.D. La. July 24, 2012) (Alleging wastewater discharges

to the Tchefuncte River without a permit, in violation of the Clean Water Act, at a Covington sewage treatment facility) (167-002)

No. 1:12-cv-01096

Red de Acción Ambiental de Louisiana y el Club Sierra v. Jackson, No. 1:12-cv-01096 (D.D.C. July 2, 2012) (Pretenden interdicto que requiera a la Agencia de Protección Ambiental EPA otorgar o negar a los acotes de la objeción de los permisos de calidad de aire otorgados por el estado de Lousiana para la instalación de la planta propuesta de NECOR Steel in Romeville, Louisiana, basado en alegatos que los permisos otorgados no cumplen con los requisitos establecidos por la Ley de Aire Limpio) (101-115.5)

Louisiana Environmental Action Network and Sierra Club v. Jackson, No. 1:12-cv-01096 (D.D.C. July 2, 2012) (Seeking an injunction to require EPA to grant or deny the plaintiffs' petition for an objection to state-issued air permits for the proposed Nucor Steel Facility in Romeville, Louisiana, based on allegations that the permits fail to meet Clean Air Act requirements) (101-115.5)

No.12-803

Ouachita Riverkeeper and Save the Ouachita v. Temple, No.12-803 (D.D.C. May 17, 2012) (Alegan que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de los EEUUU de América erró en autorizar la construcción del oleoducto El Dorado a través de más de 8 hectáreas de humedales en el Condado Union, Arkansas bajo un permiso general que permite impactos adversos en no más de 0.25 hectáreas de humedales) (166-005)

Ouachita Riverkeeper and Save the Ouachita v. Temple, No.12-803 (D.D.C. May 17, 2012) (Alleging that the U.S. Army Corps of Engineers erred in authorizing construction of the El Dorado pipeline through more than 16 acres of wetlands in Union County, Arkansas under a general permit that allows adverse impacts to no more than 0.5 acres of wetlands) (166-005)

No. 12-30136

Centro para la Diversidad Biologica v. BP America Production Co. et al., No. 12-30136 (5th Cir., amicus filed May 14, 2011) (Amicus brief presentado a nombre de más de 50 profesores de derecho ambiental que pretenden revertir la decisión de la corte de distrito que desestima la legitimidad para actuar a una asociación ambientalista para accionar contra BP por violación de la legislación ambiental asociada al desastre de la plataforma Macondo en el 2010.) (175-001)

Center for Biological Diversity v. BP America Production Co. et al., No. 12-30136 (5th Cir., amicus filed May 14, 2011) (Amicus brief submitted on behalf of more than 50 environmental law professors seeking reversal of district court decision that denied an environmental organization standing to sue BP for violations of environmental laws associated with the 2010 Macondo deepwater oil well disaster) (175-001)

No. 12-cv-677

Gulf Restoration Network, Missouri Coalition For The Environment, Iowa Environmental Council, Tennessee Clean Water Network, Minnesota Center For Environmental Advocacy, Sierra Club, Waterkeeper Alliance, Inc., Prairie Rivers Network, Kentucky Waterways Alliance, Environmental Law & Policy Center, and the Natural Resources Defense Council, Inc. v. Jackson, No. 12-cv-677 (E.D. La. Mar. 13, 2012) (Cuestiona la denegación de la EPA's de una petición acción normativa, según la Ley de Agua Limpia para establecer estándares numéricos de calidad de agua para

nitrógeno y fosforo para los estados de la cuenca del Rio Mississippi, para mitigar la degradación de la calidad de agua que incluye la amplia "zona muerta" de bajo oxígeno en el Golfo de Mexico) (173-001).

Gulf Restoration Network, Missouri Coalition For The Environment, Iowa Environmental Council, Tennessee Clean Water Network, Minnesota Center For Environmental Advocacy, Sierra Club, Waterkeeper Alliance, Inc., Prairie Rivers Network, Kentucky Waterways Alliance, Environmental Law & Policy Center, and the Natural Resources Defense Council, Inc. v. Jackson, No. 12-cv-677 (E.D. La. Mar. 13, 2012) (Challenging EPA's denial of a petition for rulemaking under the Clean Water Act to establish numeric water quality standards for nitrogen and phosphorous for Mississippi River Basin states, to abate water quality degradation including the massive low-oxygen "dead zone" in the Gulf of Mexico) (173-001).

6.4.2. Algunas enseñanzas de los citizen suits, para fiscalizar el cumplimiento de la legislación ambiental, aplicados en Louisiana[707]

diversidad de asociaciones y colectivos sociales	caso N° 617003,
exigencia del cumplimiento de estándares	caso N° 12-cv-2602
mandato emanado de la *Constitución Estado de Louisiana*	caso N° *615595*
certiorari	caso No° 2012-C-2061
amicus curiae	caso No° 12-30136
petición de revertir acto judicial	caso No° 12-cv-677
petición de revertir orden administrativa del sector	caso No° 12-803

El primer caso reseñado, con el N° 617003, la conformación de una asociación civil de ciudadanos en contra de {la empresa} *Multi-Chem*, es decir con un fin específico. Esta asociación es la que inicia la demanda contra la administración - *Departamento de Calidad Ambiental del* Estado de Louisiana- ante Corte del 19° Distrito Judicial, en

[707] Se ha elegido esta jurisdicción estadual, debido a la similitud de su sistema jurídico con el sistema continental seguido en nuestro país.

su demanda la asociación cuestiona la aplicación correcta de la legislación ambiental vigente por la administración.

En el caso Caso No. 12-cv-2602, la asociación RESTORE demanda al órgano ejecutivo - *Distrito de Obras hidráulicas No. 3, Beauregard,* por la violación de la Ley de AGUA SEGURA para el consumo humano por los siguientes incumplimientos: 1) omitir la toma de muestras requerida de de varios contaminantes, 2) no cumplir en consignar datos y acciones correctivas realizadas, en el Reporte Anual de Confianza del Consumidor, 3) violación del estándar de coliformes totales en el agua potable, 4) emitir certificación de cumplimiento sin tener en cuenta las violaciones incurridas, y 5) omisión de cumplir con los requisitos de competencia para los operadores.

El Caso N° 615595 se ocupa de la causa incoada por Asociación de Ministros Misioneros Cristianos Bautistas de la Parroquia Plaquemines, Inc., contra el Departamento de Calidad Ambiental del Estado de Louisiana ante la Corte del 19° Distrito Judicial. Aquí la Asociación cuestiona el otorgamiento de permiso de fuente menor, según lo estipulado en la Ley de Aire Limpio, a planta RAM Terminals LLC, en base al supuesto que el DCAL, incumplió el deber de confianza pública, regulada en el Art. IX, Sec. 1, de la Constitución del Estado de Lousiana, y que la planta crea riesgos inaceptables a las comunidades aledañas a la planta propuesta y al proyecto Myrtle Grove Diversion—la obra de recuperación de agua dulce diseñada para iniciar la restauración de los humedales costeros que están en proceso de desaparición en Louisiana

En el caso No. 2012-C-2061, una persona, **Vallery**, representado a la Red de Acción Ambiental de la localidad de Louisiana y a Howard Charrier, demanda al Departamento de Calidad Ambiental del Estado de Lousiana, pretendiendo **certiorari review**[708] de la sentencia proferida por la Corte del 19° Distrito Judicial, que desestima su intervención.

[708] Se refiere a la apelación ante la Corte Superior

En el caso No.12-1923 la asociación del rio Little Tchefuncte y la Red para la Restauración del Golfo, demandan a la compañía Artesian Utility Company, Inc., Alegan descargas de aguas servidas al Rio Tchefuncte sin contar con el permiso, en violación de la Ley de Agua Limpia, en una planta de tratamiento en la localidad de Covington.

En el caso No. 1:12-cv-01096 la Red de Acción Ambiental de Louisiana y el Club Sierra demandan a Jackson, No. 1:12-cv-01096 (D.D.C. July 2, 2012) (Solicita orden judicial que requiera a la EPA que otorgue o deniegue la petición para que se anulen los permisos de emisores al aire, emitidos por el estado de Louisiana para el proyecto de planta de acero Nucor Steel Facility en la localidad de Romeville, Louisiana, basado en alegatos que los permisos otorgados no cumplen con los requisitos establecidos por la Ley de Aire Limpio.

Caso No.12-803 Las asociaciones Ouachita Riverkeeper and Save the Ouachita v. Temple, No.12-803 (D.D.C. May 17, 2012) (Alegan que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de los EEUUU de América erró en autorizar la construcción del oleoducto El Dorado a través de más de 8 hectáreas de humedales en el Condado Union, Arkansas bajo un permiso general que permite impactos adversos en no más de 0.25 hectáreas de humedales) (166-005)

En el caso No. 12-30136, el Centro para la Diversidad Biológica v. BP America Production Co. et al., No. 12-30136 presentaron **Amicus brief** de más de 50 profesores de derecho ambiental ante el Quinto Circuito, con la pretensión de revertir la decisión de la Corte de Distrito que desestima la legitimidad para actuar a una asociación ambientalista para accionar contra BP por violación de la legislación ambiental, asociada al desastre de la plataforma Macondo, del año 2010. (175-001)

En el caso No. 12-cv-677 un conjunto de diferentes colectivos ambientalistas basados en diferentes estados: la Red para la Restauración del Golfo, la Coalición de Missouri por el Ambiente, Concejo Ambiental de Iowa, Red de Agua Limpia de Tennessee, Centro para la Defensa Ambiental de Minnesota, Club Sierra, Alianza Guardianes del Agua, Inc., Red de los Ríos de las Praderas, Alianza de los Cursos de Agua de

Kentucky, Centro de Política y Derecho Ambiental y el Consejo de Defensa de los Recursos Naturales, Inc. Demandan a Jackson[709] No. (Exp. 12-cv-677 E.D. La. Mar. 13, 2012). Cuestionan la denegación de la EPA's de una petición acción normativa, según la Ley de Agua Limpia, para establecer estándares numéricos de calidad de agua para nitrógeno y fosforo para los estados de la cuenca del Rio Mississippi, para mitigar la degradación de la calidad de agua que incluye la amplia "zona muerta" de bajo oxígeno en el Golfo de México) (173-001).

De los casos seleccionados se observa una similitud con nuestro proceso contencioso administrativo, donde a través de órgano jurisdiccional se coordinan acciones contra la Administración. Es de notar la activa participación ciudadana organizada en asociaciones ambientales.

Usar el aire, agua y suelos como basureros de tóxicos y metales pesados que se filtran al agua y caen del aire, solo por ahorrar en costos, se basa en la mal entendida racionalidad económica. Se mira solo desde el interior de la empresa bajo una clara óptica de ganancias en el corto plazo en buscar las formas de reducir los costos de operación sin tomar en cuenta los impactos sobre todas las personas y seres vivos, que son tutelados por el Estado mediante normas ambientales.

[709] Se refieren a Lisa P. Jackson, Administradora en jefe de la agencia ambiental de los EE.UU. , EPA

6.5 El caso Lago Agrio Ecuador- el rol de la ciudadanía, acciones colectivas, la actio popularis.

Varias razones motivan la elección del caso 002-2003 para analizar aspectos de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. La primera es que va más allá de la teoría o especulación doctrinaria de lo que se podría hacer, para aterrizar de manera concreta haciendo buen uso del derecho constitucional, el derecho civil, el derecho procesal y el derecho ambiental de manera integrada, para enfrentar un grave caso de contaminación ambiental que se ha dado en el curso de muchos años para extraer petróleo en la región amazónica. Situación que ha dejado degradación ambiental, daños al ecosistema y a la población civil, tanto de colonos como de nativos.

En el largo proceso, logrado en base a un enfoque abierto y multidisciplinario enfrentó a los demandantes, nativos de la Amazonía, en contra de una de las empresas más ricas poderosas del planeta. A pesar de su importancia y magnitud, el caso se logró mantener al margen a los gobiernos de las partes en conflicto, así como de la interferencia política.

6.5.1 Aspectos relevantes.

Este caso muestra de manera abierta cuestiones de índole económica y aspectos que interesan a la teoría del derecho, como la legitimación activa de individuos en representación de colectivos difusos y la necesaria retroactividad de las normas de protección del medioambiente, ante daños causados con anterioridad, en base a los principios que informan el derecho ambiental.

Es un caso emblemático público y notorio. Analiza y resuelve situaciones muy complejas como la desaparición de la empresa causante del daño ambiental a través de la fusión con otra empresa, sanciones impuestas por la no presentación oportuna de la documentación requerida, responsabilidades de la persona jurídica por fraude, desvelamiento de la persona jurídica.

Constituye un ejemplar uso de la argumentación dentro del modelo positivista.

La sentencia que resuelve este litigio, otorga el mayor monto por reparación civil ante el daño ambiental.

Consideramos que aporta un modelo eficaz de acceso a la justicia ambiental desde el asidero constitucional por la reparación del daño ambiental; a nivel del código civil, legitimación del interés colectivo indeterminado; prevalencia de la lex especialis Ley de Gestión Ambiental en determinar aspectos procesales de competencia y trámite.

6.5.2 Aspectos específicos de interés jurídico en el caso de Lago Agrio:

1. *afectaciones graves a poblaciones nativas y colonos, la flora y fauna de la Amazonia, causadas por la extracción de hidrocarburos*
2. *determinación de la responsabilidad de la empresa nacional de petróleos que opera conjuntamente con una empresa transnacional*
3. *determinación de la responsabilidad de la empresa transnacional que se fusiona con otra, la cual asume los pasivos*
4. *acceso a la justicia ambiental por individuos y grupos*
5. *funcionamiento coordinado del derecho constitucional, civil y administrativo (ambiental)*
6. *aspectos de la legitimación activa y pasiva*
7. *aspectos de jurisdicción y competencia*
8. *reparaciones retroactivas de daños causados con anterioridad*
9. *aplicación retroactiva de la ley y tratados*
10. *rol del Frente de Defensa de la Amazonía*
11. *rol de los peritos*
12. *rol del amicus curiae*

13. *Enriquecimiento injustificado en base al ahorro de los costos al no ejecutar dolosamente medidas obligatorias para evitar causar daños al medioambiente y tlos recursos naturales*
14. *la disculpa pública como resarcimiento moral*
15. *los daños punitivos como pretensión extra petita, recogida de la doctrina extranjera*[710] *por labor discrecional del juez*
16. *importancia de la suma de condena*
17. *administración de la suma de condena*
18. *aplicación en el extranjero del convenio de ejecución de sentencias*

6.5.3 Una nota sobre el Enriquecimiento injustificado.

El caso Lago Agrio, lleva al campo del derecho ambiental, un principio consolidado del derecho civil.

El juez Zambrano en su sentencia considera que la compañía Texaco al no realizar los necesarios ajustes en los equipos y operaciones para reducir la contaminación generó ahorros que fueron distribuidos a los accionistas pero causo perjuicios a los habitantes y medioambiente de las áreas de operación. Esta situación obliga a la empresa a restituir lo recibido indebidamente.

De raigambre en el antiguo derecho romano bajo la *condictio* romana, el enriquecimiento injustificado o sin causa es en nuestro ordenamiento y por cierto en los ordenamientos de la región un principio general del derecho ya nadie, persona natural o jurídica, puede enriquecerse a expensas del patrimonio de otro, sin ningún

[710] Cfr. Pizarro, Derecho de Daños, Buenos Aires: La Rocca. 1996.

motivo legítimo. El empobrecido en su patrimonio está legitimado para pretender la correspondiente **restitución**.

El artículo 1954 del Código Civil peruano prescribe: "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo". El enriquecimiento debe entenderse en sentido amplio. La situación jurídica del enriquecido puede tratarse de la adquisición de un derecho, la obtención de la posesión (*condictio possessionis*), **el ahorro de un gasto**.

Texaco, **una vez visto lo que ocurría, continuó con sus prácticas negligentes** (heredadas después por otras compañías estatales o privadas, que continúan hasta hoy y cuyo origen está en Texaco). Texaco **se ahorraba costos**, y además Texaco **se negó a pagar indemnizaciones por daños irreversibles y se negó a pagar la remediación.**

6.5.3.1 Enriquecimiento injustificado, desde la perspectiva de un economista (del comentario de Martínez Allier).[711]

TEXACO **no pagó en su momento los costos que hubiera debido pagar para que sus operaciones no causaran daños** (echando el agua de formación en piscinas que se desbordan, quemando el gas…), usando prácticas que nunca hubieran sido aceptadas en su país de origen y que sabía que eran dañinas. Esos **costos no pagados supusieron unos beneficios mayores** para Texaco, **un enriquecimiento adicional que le permitió repartir dividendos a accionistas y hacer otras inversiones, lo que a su vez contribuyó al crecimiento económico de la empresa**.

TEXACO, **una vez visto lo que ocurría, continuó con sus prácticas negligentes** (heredadas después por otras compañías estatales o privadas, que continúan hasta hoy y cuyo origen está en Texaco). Texaco **se ahorraba costos**, y además Texaco **se negó**

[711] Vide http://www.alainet.org/es/active/44476 revisada 18 nov 2012

a pagar indemnizaciones por daños irreversibles y se negó a pagar la remediación.

Desde un punto de vista contable –financiero, el ahorro de costos de la TEXACO **en su tiempo, cantidad que actualizada (teniendo un cuenta tanto la desvalorización del dólar como el interés ganado en los más de 20 años transcurridos)** supondría diez o veinte mil millones más.

6.5.4 Revisión y crítica al **Caso: Lago Agrio 002-2003** [712]

Antecedentes.

El caso Caso: Lago Agrio 002-2003, es el más notorio conflicto ambiental que enfrenta a comunidades de nativos amazónicos afectadas por los vertimientos tóxicos de las operaciones de extracción de petróleo, sin las medidas de protección y cuidados necesarios, que han contaminado seriamente el ambiente, suelos, aguas y aire, causando graves daños a la población nativa, biodiversidad, flora y fauna.

Como cualquier litigio, hay dos partes enfrentadas, en el presente análisis se ha enfocado con mayor énfasis en la demanda por que refleja y contiene los elementos que se han hecho referencia en este trabajo de investigación, que también recoge con amplitud y detalla la sentencia.

Actores principales:

Juez ponente: Nicolás Zambrano Lozada, Corte Provincial de Sucumbios
Agraviados: María Aguinda y otros
Demandados: La compañía CHEVRON Corp.

[712] Resuelto por el juez Nicolás Zambrano Lozada

Los agraviados llevaron el caso ante la Corte de Nueva York, y luego del examen y el interés de la empresa y sus abogados ecuatorianos, se optó que el foro *mas conveniens* estaría en Ecuador, por tener a la mano las pruebas.

Hechos motivo de controversia.

De 1964 a 1990, la compañía Texaco, a través de subsidiaria TEXPET y en unión a la empresa estatal Petroecuador operó la concesión Napo para la extracción de petróleo en la amazonia. Las operaciones realizadas ocasionaron el vertimiento de 15,000 millones de galones de aguas tóxicas al medioambiente sin ningún tratamiento, conscientes de las graves consecuencias que producirían.

Por su parte la compañía TEXPET, suscribió un contrato de liberación de demandas por daños ambiente con el gobierno de Ecuador y Petroecuador, y consecuentemente realizó acciones de remediación ambiental en la zona por un monto de 40 millones de dólares.

Según la demandada CHEVRON Corp., la empresa no tiene nada que ver en este caso. Sin embargo, la compañía CHEVRON Corp. se fusionó con la TEXACO Inc. en el año 2002.

Afectaciones y agravios.

Se ha confirmado a través de inspecciones judiciales, la magnitud del daño causado al ecosistema de esa región amazónica, la vida y salud de las personas, nativos y colonos residentes de los alrededores. En este caso queda ampliamente establecido que primaron las razones económicas, que en puridad configuraron enriquecimiento injusto a la empresa operadora.

Pretensiones de la demanda

Según se recoge del texto del expediente:

1. La eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazan todavía al ambiente y a la salud de los habitantes. En consecuencia, la sentencia deberá disponer: a) La remoción y el adecuado tratamiento y disposición de los desechos y materiales contaminantes todavía existentes en las piscinas o fosas abiertas por TEXACO y que han sido simplemente taponadas, cubiertas o inadecuadamente tratadas; b) El saneamiento de los ríos, esteros, lagos, pantanos y cursos naturales y artificiales de agua y la adecuada disposición de todos los materiales de desecho; c) La remoción de todos los elementos de estructura y maquinaria que sobresalen del suelo en los pozos estaciones y subestaciones, cerrados, clausurados o abandonados, así como los ductos, tuberías, tomas y otros elementos semejantes relacionados con tales pozos; y, d) En general, la limpieza de los terrenos, plantaciones, cultivos calles, caminos y edificaciones en los cuales existían residuos contaminantes producidos o generados a consecuencia de las operaciones dirigidas por TEXACO, inclusive los depósitos para desechos contaminantes construidos como parte de las mal ejecutoriadas tareas de limpieza ambiental.

2. La reparación de los daños ambientales causados, conforme lo dispuesto en el Art. 43° de la Ley de Gestión Ambiental. En consecuencia en sentencia deberá ordenar: a) La ejecución en las piscinas abiertas por TEXACO de los trabajos necesarios para recuperar las características y condiciones naturales que el suelo y el medio circulante tuvieron antes de sufrir los daños; b) La contratación a costa de la demanda (sic) de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan de recuperación da la fauna y flora nativas, en donde fuere posible; c) La contratación a costa de la demandada de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan para la regeneración de la vida acuática; d) La contratación a costa de la demandada de personas o instituciones para que diseñen y pongan en marcha un plan de mejoramiento y monitoreo de la salud de los habitantes de las poblaciones afectadas por la contaminación. Los recursos necesarios para cubrir el costo de las actividades cuya ejecución se demanda, en la cuantía que se determine pericialmente conforme a lo previsto en el penúltimo inciso del Art. 43° de la Ley de Gestión Ambiental, deberán ser entregados al Frente de Defensa de la Amazonía, para que con el concurso y asesoramiento de instituciones

internacionales especializadas, las aplique exclusivamente a los fines determinados en la sentencia.

3. El pago de diez por ciento del valor que represente el monto de las reparaciones, al que se refiere el inciso segundo del Art. 43° de la Ley de Gestión Ambiental; así como el pago de las costas judiciales de la acción y lo que valgan el tiempo y diligencias empleados en ella, según lo previsto por el Art. 2261° del Código Civil. Lo que por estos conceptos se ordene pagar, deberá también entregarse, por expreso pedido de los demandantes, al Frente de Defensa de la Amazonía.

Fundamentos de derecho

La demanda presentada por los ciudadanos María Aguinda y Angel Piaguaje, está amparada en los contenidos de los siguientes instrumentos jurídicos, del ordenamiento ecuatoriano:

1. **Con respecto a la obligación de reparar el daño**.

   Código Civil
   Art. 2241° y 2256° del Código de (1970) y 2214° y 2229° del código vigente (2005) obligación de reparar el daño.

   Art. 2214° El que ha cometido un delito o cuasi delito que ha inferido daño a otro está obligado a la indemnización; sin perjuicio de las penas que le impongan las leyes por el delito o cuasi delito.
   Art. 2229° Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona ser reparada por esta. Están especialmente obligados a esta reparación: 1. El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente

2. **Con respecto al derecho a reclamar las reparaciones derivadas de una afectación ambiental. Ley de Gestión Ambiental**.

   Nivel constitucional

Art. 23°/6 y 86° (constitución de 1998).

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

Inc. 6 El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente.

Art. 86.- El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza.

Se declaran de interés público y se regularán conforme a la ley:

1. La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país.
2. La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas.
3. El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales.

Código Civil

Acción popular. Art 2260° del Código de y 2236° del código vigente (2005)
Art. 2236° Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, solo alguna de estas podrá intentar la acción.

Ley de Gestión Ambiental

Art. 41°- Eliminación o remoción de elementos contaminantes y reparación de daños ambientales

Art. 42°.- Toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, que se inicien por infracciones de carácter ambiental, aunque no hayan sido vulnerados sus propios derechos.

El Presidente de la Corte Superior del lugar en que se produzca la afectación ambiental, será el competente para conocer las acciones que se propongan a consecuencia de la misma.

Art. 43°.- Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.

Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.

Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.

3. Con referencia al derecho a la compensación de los pueblos indígenas.

Convenio N°169 de la Organización Mundial del Trabajo / Compensación a los pueblos indígenas

Art. 15°

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

6.5.5 Con relación a la penalidad punitiva

La sentencia sub- examen considera una penalidad punitiva. El juez Zambrano, al final de su sentencia, se hace eco de esta cuestión al discutir si obliga a pagar a la CHEVRON TEXACO una "penalidad punitiva". La sentencia resuelve que efectivamente CHEVRON TEXACO debe pagar el doble de las cifras arriba señaladas (lo que lleva el total a casi 20.000 millones) si en 15 días no pide disculpas públicamente en anuncios en periódicos de Ecuador y de Estados Unidos. Esta cláusula se establece en virtud de la conducta intencionadamente dilatoria de CHEVRON TEXACO hasta pocas horas antes de que se dictara sentencia, por su efecto disuasorio en otros casos, y también por "las mayores ganancias obtenidas por un menor costo de la producción petrolera".

Con relación a la penalidad punitiva[713] **"**… esta presidencia, según sana critica, impone una penalidad punitiva equivalente a 100% adicional de los valores

[713] Cfr. Fs 185 de la sentencia caso lago Agrio

sumados de las medida de reparación, lo que resulta adecuado con la finalidad punitiva y disuasoria de este tipo de indemnizaciones, teniendo propósito a la vez ejemplarizantes y disuasivos, queriendo reconocer a las víctimas y garantizar la no-repetición de inconductas similares. Sin embargo, considerando que ya se ha condenado al demandado a la reparación del daño, y por cuanto sirve a los mismos fines ejemplarizantes y disuasorios, esta penalidad civil podrá ser reemplazada, a elección del demandado, por una disculpa pública a nombre de CHEVRON Corp., ofrecida a los afectados por las operaciones de TEXPET en el Ecuador. Este reconocimiento público del daño causado deberá publicarse a más tardar dentro de 15 días, en los principales medios de comunicación escritos en el Ecuador y en el país de domicilio de la demandada, en tres días distintos, lo cual en caso de cumplirse, será considerado como una medida simbólica de reparación moral[714] y de reconocimiento de los efectos de su inconducta, así como garantía de no repetición, que ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el propósito de "recuperar la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad, ´y…+ transmitir un mensaje de reprobación oficial de la violaciones de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que hechos similares se repitan".

6.5.6 Retroactividad de la responsabilidad por el daño ambiental

El principio de irretroactividad de la ley para los daños del medioambiente tiene que ser vista a la luz de la realidad ecológica y la naturaleza de los ecosistemas. Los daños presentes al ambiente, en muchos casos relacionados a la extracción y explotación de recursos no renovables como los de la minería y de hidrocarburos, provienen de desechos tóxicos dejados en el ambiente que se acumulan en el tiempo. Esta situación fue reconocida en amplios debates y discusiones que resultaron en la promulgación de la famosa singular especial Ley de

[714] Cfr. Caso Hermanos Goméz Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 Julio de 2004. Serie C N° 110, Parr. 223.

Responsabilidad, Compensación y Recuperación Ambiental[715], el 11 diciembre de 1980 en los EEUU de América, que reconoce los daños que permanecen el ambiente después de largos periodos de tiempo y establece responsabilidades retroactivas a las empresas causantes. Estas deben reparar los daños causados y limpiar cualquier contaminación que esté presente en el lugar, proveniente de su anterior actividad. Si a la fecha de la demanda las empresas no existieran, entonces se aplica el llamado Superfondo, creado por tributos específicos a las empresas del sector. El Superfondo es un fideicomiso para compensar y restaurar los daños al ambiente hechos por empresas que han dejado de operar o ya no existan, si las empresas estuvieran en operación o tengan vigencia legal, ellas mismas deben de responder por los daños.

6.5.7 Fideicomiso en favor del frente de defensa de la Amazonía[716]

En la búsqueda de la transparencia y que se dé estricto cumplimiento a lo previsto en la sentencia con respecto a la recuperación de las áreas degradadas, de manera independiente y lejos de manejo por funcionarios o dirigentes interesados, se establece que todos los remedios económicos deben de ser administrados por un fideicomiso.

En el párrafo decimoquinto de la sentencia se dan las especificaciones para la conformación del fideicomiso para recibir los fondos que otorga la sentencia, según lo especificado en el párrafo decimotercero.

"DECIMO TERCERO· MEDIDAS DE REPARAClON DEL DAÑO. Apreciando los distintos informes periciales según las reglas de la sana crítica, y atendiendo a la percepción unánime de las personas entrevistadas a lo largo de este juicio durante las inspecciones judiciales, se llegan a la convicción de que existen varios tipos de daños ambientales y otros más que son consecuencia directa de estos … esta Corte ha creído conveniente dividir las distintas MEDIDAS DE

[715] El llamado superfund o superfondo, creado por la Ley de reparación de pasivos ambientales, Comprehensive environmental response, compensation and liability Act (CERCLA) de 11 dic 1980

[716] Nótese que los fondos que otorga la sentencia están bajo el control directo de una asociación y no de organismo del Estado o gobierno regional o local.

REPARACION que pueden ser aplicadas a los daños probados, considerando que éstas pueden ser tres tipos: (1) medidas principales, enfocadas a reponer los recursos naturales a su estado básico en la medida y a la brevedad posible; (2) medidas complementarias, creadas reconociendo que las medidas principales pueden demorar o no ser del todo efectivas, y cuyo objetivo es compensar el hecho de que la reparación primaria no consiga la plena restitución de los recursos naturales y compensar el tiempo que pasa sin reparación; y (3) medidas de mitigación, destinadas a disminuir y atenuar el efecto de daños de imposible reparación."

…

"esta Corte ha calculado que existe en el considerando noveno de este fallo, en el que afirmamos que la contaminación en el área de concesión alcanza los 7'392.000 metros cúbicos (m^3)"

…

"…los demandantes han solicitado la remoción de todos los elementos que puedan afectar su salud y sus vidas, por lo que el nivel de limpieza deberá propender a dejar las cosa en el estado que tenían antes de las operaciones del consorcio, y no limitarse a evaluar y eliminar los TPHs,…"

…

"…dependiendo del objetivo que se busque en cuanto a ppm TPH, demostrando que los costos prácticamente se duplican al aumentar el nivel a 100 mg/Kg. Bajo este presupuesto la cantidad que esta Presidencia estima necesaria para una: limpieza de suelos, no deberá sobrepasar los CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA y SEIS MILLONES DE DÓLARES CON CIENTO SESENTA MIL DÓLARES (USD$5.396'160.000,00) y deberá propender a recuperar las condiciones naturales del suelo impactado por las actividades de TEXPET."

…

"…no se puede ordenar la reparación individualizada de la salud de las personas afectadas, que son indeterminadas, pero sí se puede ordenar medidas que igualmente ataquen de modo general al problema, tales como un plan de mejoramiento de salud, como fue solicitado entre las pretensiones de los actores, por lo que se condena a la demandada a sufragar los costos para la implantación de un sistema de salud, Este sistema de salud, para cubrir las necesidades en salud creadas por el problema de salud pública ocasionado por los actos de la demandada

necesitará de al menos MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE DÓLARES (USD$1.400·000.000,00) para funcionar de manera permanente y suficiente."

…

"Considerando que la falta de individualización de las víctimas no libera de la responsabilidad de reparar tal daño, lo que conviene analizar es quién sería el beneficiario de dicha reparación, por lo que, atendiendo al hecho de que ha que ha quedado probado la existencia de un grave problema de salud pública, cuyas causas son razonablemente atribuibles a la explotación petrolera, resulta necesario que la medida de mitigación ordenada para cubrir el problema de salud pública originado por la inconducta de TEXPET, se dirija también a mitigar este problema de salud pública, quedando de este modo acrecentada en OCHOCIENTOS MILLONES DE Dólares (USD $800·000.000,00) la condena para la provisión de fondos de un plan de salud que deberá necesariamente incluir tratamiento para las personas que padezcan de cáncer que pueda ser atribuido a la operación de TEXPET en la Concesión,"

6.5.8 La sentencia.

En la parte final del expediente signado con el número 002. 2003 se lee el texto de la sentencia: "Administrando justicia en nombre del pueblo soberano del Ecuador y por autoridad la constitución y las leyes de la república, acepta parcialmente la demanda presentada por Maria Aguinda, Angel Piguaje y otros en contra de CHEVRON corp. Y se condena a la demandada al pago de los costos de las medidas de reparación de los daños conforme se dispone en el considerando Decimo tercero, que deberá aportarse a un fideicomiso conforme se establece en el considerando decimoquinto de esta sentencia. Adicionalmente por mandato legal, el demandado deberá satisfacer un 10% adicional al valor sentenciado por

concepto de reparación de daños a nombre del Frente de Defensa de la Amazonía. Con costas."[717]

Entre los elementos que configuran la *ratio decidendi,* en el proceso, quedo probado que TEXACO, para extraer cerca de 63,000 millones de galones de petróleo (1.500 millones de barriles de crudo) vertió al ambiente al menos 15 mil millones de galones de agua de formación y otros desechos. Es decir que por cada 4 galones extraídos, se vertió al ambiente 1 galón de tóxicos en forma de agua de formación y desechos.

La **actio popularis**, incoada en la vía civil, por los daños causados al ambiente y las personas, cuantifica en miles de millones de dólares por concepto de derrames, contaminación del agua superficial y freática (como ha sido ampliamente probado), quema del gas, deforestación, biodiversidad perdida, incidencia de enfermedades mortales y por animales silvestres y domésticos muertos. A lo anterior hay que añadir costos por servicios ambientales y biodiversidad destruidos sin pago, la salinización de los ríos, enfermedades incluyendo muchos casos de cáncer que no se hubieran producido sin esa contaminación.

En este proceso debería haber quedado probada también la veracidad de las denuncias de violencia sexual por parte de algunos operarios de la empresa en contra de mujeres y adolescentes mestizas e indígenas, discriminación y racismo, desplazamientos forzados. Daños morales que hay que resarcir. A esto hay que sumar todos los daños económicos, sociales y culturales causados a los pueblos nativos, además del perjuicio a los colonos. Se afectó básicamente la territorialidad, la alimentación y las tradiciones culturales y la propia supervivencia de los pueblos indígenas que habitaban históricamente en la concesión.

La remediación ambiental que habría realizado la compañía TEXACO en la década de 1990 por valor de 40 millones de dólares, fue insuficiente ante la magnitud del daño causado, de allí que no se podía ser considerada como liberatoria de la responsabilidad ambiental incurrida.

[717] Vide fs. 187 y 188

CHEVRON-TEXACO ha retrasado todo lo que ha podido el día de la sentencia, desde 1993 hasta el 14 de febrero del 2011, enriqueciéndose mientras tanto con inversiones del dinero que debía haber pagado en indemnizaciones y remediación hace años. Eso se ha tenido en cuenta y ha servido para estimar en cuanto se han valorizado los daños de entonces a valor presente.

6.5.9 Aspectos de la ejecución de la sentencia.

Vemos en el párrafo decimoquinto de la sentencia la configuración del mecanismo adecuado para la ejecución de la condena con la finalidad que la sentencia se haga realidad y así asegurar la tutela judicial efectiva para "…precautelar los derechos de los demandantes y de los afectados…"[718]

"El Tribunal de instancia, en la etapa de ejecución, verificará el cumplimiento exacto de la obligación de constituir el fideicomiso, en el plazo otorgado para el efecto; y posteriormente, aplicadas que sean, comprobará también la efectividad de las medias de reparación, quedando bajo responsabilidad de la fiduciaria el buen manejo de los fondos."[719]

6.5.10 Análisis y Comentario

En este caso se ha aplicado la llamada teoría del deep pocket, es decir que al ser una de las partes muy poderosa y de grandes recursos económicos, se emplean todos los medios legales disponibles para buscar indemnizaciones y reparaciones

[718] Cfr. Stc. Considerando Décimo Quinto, fs. 186
[719] Cfr. Stc. Considerando Décimo Quinto, fs. 187

cuantiosas. El monto que determina la sentencia por 19,000 mm USD es la mayor hasta la fecha y la demandada es una de las empresas más ricas y poderosas del planeta.

Queda la interrogante de los remedios que se podrán lograr de una empresa del Estado o del Estado mismo, pues muchas de las medidas son propias de los que el Estado debe de hacer en cumplimento de su mandato y deber. Por ejemplo en los casos de contaminación y derrames de hidrocarburos en la Amazonía peruana por las operaciones de Petroperú asociado con empresa transnacional, la contaminación en la Oroya durante las operaciones de Minero Perú o de Hierro Perú en Marcona, entre otras actividades con impacto al medioambiente y los recursos naturales realizadas por el estado peruano o sus empresas.

Se eligió esta sentencia porque en ella se evidencia el acceso a la justicia ambiental facilitada por el instituto de la *actio popularis*, regulada en el Art. 2236° del Código Civil ecuatoriano y la Ley de Gestión Ambiental en sus Arts. 42°y 43° donde se establece la legitimación para obrar, jurisdicción y competencia.

Es interesante anotar también la retroactividad de la ley para daños al medioambiente El principio de irretroactividad de la ley para los daños del medioambiente tiene que ser vista la luz de la realidad ecológica y la naturaleza de los ecosistemas. Los daños presentes al ambiente, en muchos casos relacionados a la extracción y explotación de recursos no renovables como los de la minería y de hidrocarburos provienen de desechos tóxicos dejados en el ambiente que se acumulan en el tiempo.

Respecto a las sanciones punitivas "…resulta adecuado con la finalidad punitiva y disuasoria de este tipo de indemnizaciones, teniendo propósito a la vez ejemplarizantes y disuasivos, queriendo reconocer a las víctimas y garantizar la no-repetición de inconductas similares. "

La sentencia sub-examen considera también el resarcimiento por reconocimiento expreso del daño causado "…por cuanto sirve a los mismos fines ejemplarizantes y disuasorios, esta penalidad civil podrá ser reemplazada, a elección del demandado, por una disculpa pública a nombre de CHEVRON Corp., ofrecida a los afectados por las operaciones de TEXPET en el Ecuador"

El reconocido profesor Joan Martínez Alier[720] da un valioso resumen de este caso: "La sentencia del juez Zambrano podría haber establecido valores mayores pero sin duda resonará en el mundo. Se ha encausado y sentenciado a una de las petroleras más poderosas del planeta, la Chevron Texaco, que trabajó hasta 1990 en la Amazonía ecuatoriana. En ese lapso, esta compañía perforó 339 pozos en 430.000 hectáreas.

Está probado ahora por sentencia judicial que Texaco, para extraer cerca de 1.500 millones de barriles de crudo vertió al ambiente al menos 15 mil millones de galones de agua de formación y otros desechos. La vida tiene valores que no se expresan en dinero. Pero en el contexto forense en que nos encontramos, es decir, una acción popular por la vía civil, el daño se cuantifica en miles de millones de dólares por concepto de derrames, contaminación del agua superficial y freática (como ha sido ampliamente probado), quema del gas, deforestación, biodiversidad perdida, por animales silvestres y domésticos muertos. A lo anterior hay que añadir costos por servicios ambientales y biodiversidad destruidos sin pago, la salinización de los ríos, enfermedades incluyendo muchos casos de cáncer que no se hubieran producido sin esa contaminación.

En este juicio debería haber quedado probada también la veracidad de las denuncias de violencia sexual por parte de algunos operarios de la empresa en contra de mujeres y adolescentes mestizas e indígenas, discriminación y racismo, desplazamientos forzados. Daños morales que hay que resarcir de manera más generosa que la propuesta por el juez Zambrano. Es más, sobre Texaco pesa también la extinción de pueblos originarios como los Tetetes y Sansahuaris y eso no ha sido reconocido en la sentencia. Irónicamente, los nombres de los dos pueblos desaparecidos sirven para denominar a dos campos petroleros en la misma zona donde antes ellos habitaban. A esto hay que sumar todos los daños económicos, sociales y culturales causados a los siona, secoya, cofán, kichwa y waorani, además del perjuicio a los colonos, y la sentencia no es lo bastante generosa con los pueblos originarios. Se afectó básicamente la territorialidad, la

[720] Reconocido economista de la Universidad Autónoma de Barcelona

alimentación y las tradiciones culturales y la propia supervivencia de los pueblos indígenas que habitaban históricamente en la concesión."[721]

[721] http://alainet.org/active/44476 visto el 10 julio 2014

Capítulo 7 La Argumentación Jurídica[722] en la aplicación de la PIE

El problema de investigación, que busca determinar las causas de la débil tutela del medio ambiente y los recursos naturales por el Estado, abarca diferentes disciplinas que se sostienen sobre paradigmas que se enfrentan entre sí al momento de buscar y darle forma a la solución esperada, situación que presenta una elevada complejidad. Por un lado tenemos, en el ámbito del Derecho, la confrontación entre el positivismo vs. el neo constitucionalismo; en el espacio de la Economía, la Economía neoclásica vs. la Economía ecológica, y la visión jurídica del cumplimiento de las leyes vs. la visión economicista del cumplimiento por razones de conveniencia económica.

Cuando nos planteamos la pregunta de cómo mejorar, reforzar y hacer que la tutela del medioambiente y recursos naturales por el Estado tenga la eficacia y la efectividad para cumplir su cometido, surgen respuestas y situaciones problemáticas, ya sea desde el Derecho o desde la Economía, por esa razón se plantea la PIE como una vía para la búsqueda de la solución más adecuada partiendo de opciones plausibles y verosímiles. En ese sentido, la argumentación jurídica nos provee del marco, la teoría y las herramientas necesarias para lograr los objetivos planteados, superar los problemas encontrados y abordar mejor la complejidad.

La argumentación como método está claramente consolidado en el ámbito jurídico por su capacidad de encontrar soluciones a problemas complejos, reconocidos autores así lo acreditan. Atienza en su obra, El Derecho Como Argumentación, afirma que "argumentar constituye la actividad central de los juristas". Para Perelman en La Nueva Retórica, nos dice que para convencer al auditórium universal, que incluye legisladores y la opinión pública se necesita técnicas, las que desarrolla en su obra, junto a Oldebrech-Tyteca. Viehweg en Tópica y Jurisprudencia, desarrolla un "*ars inveniendi*" centrado en la solución de problemas, el autor reivindica la importancia de los lugares comunes y etiquetas, como técnicas usadas en la jurisprudencia. Así

[722] Theodor Viehweg, GH von Wright, Manuel Atienza, Robert Alexy, Juan Ruiz Manero, Ronald Dworkin, entre otros.

mismo, Steven Toulmin y Kenneth Burke[723], añaden sus aportes en fortalecer el *ars argumentum*.

La argumentación facilita descubrir conocimientos, esto se logra por medio del proceso de abducción[724], que es un tipo de búsqueda del conocimiento, un modo de razonamiento que se articula con la inducción y la deducción, para comparar lo particular con lo particular, en base a la experiencia. Aristóteles en la Retórica, aplica este tipo de razonamiento al que incluye la discusión de lo verosímil y plausible en la búsqueda del conocimiento. La abducción es valorada en la comunidad científica, por aportar una forma de explicar la creación de una hipótesis explicativa de algo que se conoce poco o nada, como un fenómeno, modelo o teoría. Este modo de pensar y razonar, contribuye a la investigación científica. Con la abducción los problemas complejos se abordan con la participación y las intervenciones de distintas posiciones, que mediante un proceso argumentativo proponen diferentes alternativas, enfoques y soluciones a situaciones desconocidas, pero de efectos tangibles. La discusión y argumentación contribuye a encontrar la solución buscada. Para nuestro caso, el analizar cómo la lógica económica, que orienta conductas opera por un lado de manera racional en la búsqueda de ganancias y utilidades legítimas, pero que a la vez, desde otra perspectiva tienen efectos nocivos al medioambiente y los recursos naturales e impactan negativamente la salud, bienestar y patrimonio de las personas. Para encontrar la solución que logre modificar las conductas que tiene un sesgo limitado, buscando las ganancias a corto plazo, sin prestar atención a los impactos negativos, seguimos a Peirce, quien afirma que el hombre posee una suerte de "instinto racional", que le permite hacer conjeturas que se acercan a la verdad, aunque no aseguran infalibilidad.

La finalidad del Estado de garantizar las condiciones de vida y salud para el logro del bienestar y progreso se asienta sobre las condiciones ambientales adecuadas, las que se regulan a través de la aplicación de la lex specialis, la legislación ambiental vigente, como herramienta principal para la tutela efectiva del medioambiente y los recursos naturales. Pero al verificar la falta de efectividad de las normas ambientales nos preguntamos: ¿qué razones explican la falta de efectividad de la normatividad ambiental y de las instituciones encargadas de hacerlas cumplir; ¿cuáles son las

[723] Vide. Burke, Keneth Counter- Statement {Contra exposición} 1931, re edición. Berkeley: UCal 1968
[724] Cfr. Peirce, C.S. Escritos lógicos. Madrid: Alianza. 1968

conductas buenas, efectivas, y eficaces; malas e ineficaces que realizan día a día funcionarios y autoridades?; ¿cómo justificar la inacción del Estado?; ¿cuáles son las buenas razones que ayuden a mejorar la tutela del medioambiente por el Estado?; ¿cómo lograr el resultado esperado?; ¿Cuál es el significado de los términos: sostenibilidad, cambio de conductas, estabilidad del ecosistema, entre otros?

¿Cómo entender mejor porqué la gente decide contaminar a sabiendas de los daños que infligen al ambiente y la salud de la gente, con la mirada puesta solo en el corto plazo? En el caso de la minería aurífera en la región Madre de Dios, esta se ha vuelto depredadora y descontrolada por la falta de entendimiento del Estado del potencial para el desarrollo y progreso, si es que esta se realizara de manera ordenada y bien regulada, en lugar del caos y desborde de una tierra de nadie, que beneficia a pocos y perjudica a muchos. Bajo estas condiciones se ha descuidado el entorno, las fuentes de agua, la biodiversidad y el aire limpio, los paisajes y demás recursos para las presentes y futuras generaciones. Todo lo dicho, además de debilitar al Estado de Derecho, por la corrupción de las instituciones y la falta de recaudación de impuestos y tributos.

La idea de introducir la argumentación jurídica en este trabajo no estaba en el plan original. Se incorpora ahora, en razón de su valioso aporte que refuerza la aplicación interdisciplinaria de la Economía con el Derecho, lo cual permite analizar mejor los problemas ambientales para lograr los objetivos trazados.

7.1 La argumentación jurídica.

Se refiere a la justificación de las decisiones jurídicas, usadas en la solución del conflicto. Las instituciones jurídicas no tienen como función central la de aumentar el conocimiento de la realidad[725], sino el de resolver conflictos sociales. La argumentación jurídica busca dar razones[726], en nuestro caso, jurídicas y ius económicas, que justifiquen la necesidad de una mejor y eficaz tutela del medioambiente y recursos naturales por el Estado. Más allá del positivismo, legalista,

[725] Cfr Atienza, Manuel. El Derecho Como Argumentación. Barcelona: Ariel. 2006

[726] buenas razones

euro céntrico, nos ayuda en la búsqueda de soluciones, dentro de un diálogo democrático que supere las barreras del poco entendimiento de la realidad ambiental, de las relaciones de la materia y energía que sustentan la economía real y las motivaciones de la lógica económica que dan lugar a acciones y conductas depredadoras del medioambiente y los recursos naturales.

Para intentar dar respuesta a las interrogantes planteadas, se parte desde lo plausible y verosímil para encontrar la solución, usando el método aristotélico[727] del dialogo y la argumentación. Maino, recoge esta visión cuando manifiesta que "... la Verdad puede surgir del diálogo y la discusión de pareceres, partiendo de lo verosímil. (...) las técnicas argumentativas no amplían la función ornamental que la modernidad les atribuyó, sino que se trataría de una verdadera forma de conocimiento."[728]

Refiriéndose concretamente a la argumentación, Maino indica que "La Argumentación entonces, es aquella manera de conocer lo no apodíctico, que nos permite superar tanto las palabras vacías, fútiles o engañosas, como el recurso a la fuerza para imponer una idea o un pensamiento."[729]

En palabras del maestro Aristóteles, "siempre lo verdadero y lo mejor son de trabazón lógica más fuerte por naturaleza, y de fuerza persuasiva más convincente, absolutamente hablando"[730], en el pensamiento de Aristóteles el camino para alcanzar la verdad no es sólo el del razonamiento analítico, sino también el del razonamiento dialéctico. Este razonamiento parte de lo verosímil, se desarrolla en el diálogo, y tiene su norte en la Verdad.[731]

Para los objetivos que se establecieron en el presente trabajo, reivindicamos a la argumentación jurídica como método idóneo para el análisis y aplicación de la

---

[727] Es del caso notar que valoramos los aportes de dos importantes pensadores griegos, Aristóteles y Jenofonte y se reconoce en ellos el origen de la cultura occidental. Hoy en la Grecia contemporánea, sujeta a los efectos de la globalización, se da una suerte de cierre del círculo, pues nos ha servido para entender mejor las relaciones entre el derecho y la economía y también la importancia del medioambiente y los recursos naturales como la base física.

[728] C. A. Maino. (2004). La argumentación como camino y para la búsqueda de la verdad en la historia de occidente y en nuestros días. En: Puy Muñoz, Francisco y Portella, Jorge Guillermo, La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación Santiago de Campostella: Universidad de Santiago de Campostella, pg. 59

[729] Maino, op cit pg. 89

[730] Cfr. Aristóteles. Retórica. Traducción de Quintín Racionero. Madrid: Gredos. 2008 Libro I

[731] cfr Aristóteles. Retórica. Op. Cit.

perspectiva ius económica PIE, en determinar soluciones a la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

La concepción y la forma de aplicación de la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, está dominada y condicionada por la visión del paradigma positivista, que privilegia la dimensión legal. Dentro de dicho marco no se valora debidamente otras dimensiones como la económica y la ecológica, y se opta por una postura formalista, la que se ajusta presumiblemente al espíritu y mandato expreso de la ley. Al privilegiar lo formal y legal se deja de lado valores y principios consagrados por la Carta Política "... los intereses de bienestar, que se refieren a lo mínimo y estructuralmente necesario para la satisfacción de objetivos ulteriores: por ejemplo, un mínimo de salud física."[732]

Cuando nos referimos a la tutela del medioambiente y los recursos naturales "... (los intereses de bienestar) podrían definirse como los intereses en permanecer con vida, en gozar de una mínima salud mental y física, de un mínimo de recursos económicos, de un mínimo de libertad política, etc."[733] Valdéz lo reafirma: " (la) noción de bienestar (que) reúne aspectos objetivos y subjetivos pues para hacer o poder hacer la persona necesita tener acceso a ciertos bienes o recursos exteriores, y al hacer, esto es al actual (sic), la persona tiene placer, o tiene satisfacciones interiores para la realización de los deseos o las aspiraciones que motivaron su acción."[734]

Situándonos en la realidad económica presente, donde la extracción de minerales constituye, la base de la importante industria minera en el Perú y principal fuente de ingresos fiscales: "No obstante, esta industria, que significa importantes ingresos a las arcas del Estado ha generado tensiones con ciertos sectores de la población que alegan, en líneas generales, que tal actividad perjudicaría su salud así como sus actividades económicas por los pasivos ambientales de la industria de la minería."[735]

Nuestra economía apoyada en la minería y el uso de combustibles fósiles, ambas fuentes de alta contaminación ambiental, no ve razones para buscar alternativas

---

[732] Alemany García, Macario. El concepto y la justificación del paternalismo. Alicante: UAlicante Tesis 2005 p. 167

[733] Alemany Garcia. Op. Cit. pg. 168

[734] Valdés, M. Dos aspectos en el concepto de bienestar. Doxa N° 9, 1991, p.89

[735] STC 0001-2012-PI-TC

limpias "... el principio de inercia perelmaniano que exige que una decisión sólo puede ser cambiada si puede aducirse razones suficientes para ello."[736]

De manera similar, si evaluamos la propuesta de inundar el Inambari para producir energía eléctrica para Brasil, recordaremos que en el pasado se ha privilegiado las grandes obras e inversiones foráneas, pero conociendo las consecuencias y sopesando los pocos beneficios para nuestro país, la argumentación jurídica y la PIE nos pueden ayudar a encontrar mejores respuestas. "Es posible que un caso sea igual a otro caso anteriormente decidido en todas las circunstancias relevantes, pero que sin embargo se desee decidir de otra manera porque, entre tanto, ha cambiado la valoración de estas circunstancias."[737]

El Bloque de Constitucionalidad incluye normas legales, producto de la voluntad del legislador, Atienza nos recuerda que "... la argumentación legislativa es la argumentación jurídica que tiene un carácter más abierto (y complejo). Esta apertura, unido al hecho de que la argumentación no se circunscribe a un caso concreto, hace que el razonamiento de tipo estadístico juegue aquí un papel muy superior al que pueda desempeñar en el contexto judicial (o de los abogados)..."[738] Al momento de la interpretación, calificación y valoración de la norma, "Las premisas extra sistémicas pueden plantear también problemas de interpretación: o sea, el que sean o no relevantes depende de cómo se interpreten. (...) Y lo mismo cabe decir en relación con (...) las leyes científicas y, en general, con los enunciados generales que cumplen, en la terminología de Toulmin, el papel de 'garantía' de un razonamiento."[739]

No se puede perder de vista que se está discutiendo la protección del ambiente ante el posible daño irreversible y que "Entendemos por bueno lo que es en sí y por sí digno de ser escogido (...); aquello a lo que tienden todos los seres, tanto los que están dotados de sensibilidad y razón como <cualesquiera otros> (...) aquello que, de estar presente, otorga bienestar y autosuficiencia, también la autosuficiencia misma; y, en fin, lo que produce y conserva estos bienes, aquello de lo que tales bienes se siguen como una consecuencia suya y lo que impide sus contrarios y los destruye. "[740] En la

[736] Alexy, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: CEC. 1997 pg. 263
[737] Alexy (1997) Op. Cit. pg. 263
[738] Atienza, Manuel. El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel. 2012 pg. 226
[739] Atienza (2012) Op. Cit. pg. 229
[740] Aristóteles. Ibid. p.215

búsqueda de soluciones que corrijan las malas prácticas, claramente dañinas al medioambiente y los recursos naturales, se ha pretendido darle apariencia científica o técnica, con el uso de los análisis estadísticos o comparaciones monetarias, bajo el llamado análisis costo beneficio. Se incluye en este tipo de comparación inclusive elementos intangibles como los paisajes, calidad de vida o desaparición de especies de la flora o fauna. En particular el valor de la vida humana es difícil de cuantificar monetariamente[741] para su comparación.

Cuando nos aprestamos a usar la argumentación jurídica como método para encontrar soluciones, se debe de tener en cuenta que hay una marcada diferencia entre explicar y justificar una decisión y entre la justificación interna y justificación externa. Toda decisión jurídica debe contener una justificación interna, la conclusión del razonamiento jurídico, en forma de la sentencia, debe de seguir la cadena de las premisas que la originan.

El entender y proponer soluciones viables para la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, nos coloca frente a un caso difícil "(de los que se ocupa especialmente la teoría de la argumentación jurídica), esto es, supuestos en que la tarea de establecer la premisa fáctica y/o la premisa normativa exige nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas. WROBLENSKY (cuya terminología resulta hoy ampliamente aceptada) ha llamado al primer tipo de justificación, la que se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas dadas, *justificación interna*. Y al segundo tipo de justificación, la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas, *justificación externa.* "Pero ante los casos difíciles, es decir cuando el establecimiento de las premisas normativas y/o de la premisa fáctica resulta una cuestión problemática. En tales casos es necesario presentar argumentos adicionales –razones- a favor de las premisas, que probablemente no serán ya argumentos puramente deductivos, aunque eso no quiera decir tampoco, que la deducción no juega aquí ningún papel. A este tipo de

[741] El estudio de Viscusi, de 2003, parece pertinente y justifica el uso de un valor económico por vida humana de 5 a 10 millones USD (2000). Si por el contrario aplicáramos "precios" de nuestro país, donde la vida es barata, estaríamos dando nuestra aquiescencia a lo que algunos han llamado el "principio de Lawrence Summers", los pobres son baratos o los pobres se venden baratos.

justificación que consiste en mostrar el carácter más o menos fundamentados de las premisas es a lo que se suele llamar justificación externa"[742]

En los casos complejos y difíciles la tarea de argumentar a favor de alguna decisión se centra en la justificación externa, que está relacionada con valores y principios. La justificación interna está vinculada a las normas positivas y la subsunción lógica de los hechos en la norma.

Para el análisis y la búsqueda de solución de problemas complejos, como la reforma de los mecanismos e instituciones que permitan la tutela eficaz del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, no basta con la sistematización de los sistemas jurídicos o la aplicación mecánica de las normas ambientales, sino que se requiere, necesariamente, de la ponderación de principios y entender las relaciones que se presentan en situaciones no lineales ni estáticas, propias de la característica eco sistémica de la naturaleza. Una teoría de argumentación jurídica que profundice el análisis tendrá en cuenta la interrelación de las diferentes formas de vida, siendo la principal la humana, y las bases sociales, políticas, económicas y ecológicas.

Se debe de entender y diferenciar los dos contextos donde opera la argumentación, el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación La argumentación jurídica tiene particular interés en el contexto de justificación y dentro de este, el de la justificación externa que consiste en la fundamentación de la premisa normativa que establece la obligación de la administración de velar por la efectiva tutela del medioambiente y los recursos naturales.

7.1.1 Argumentos (ius ecológicos) para la protección de los derechos fundamentales y la Carta de Bienes Fundamentales[743]

1. Argumento sobre la necesidad de proteger el entorno de vida y los recursos naturales para gozar del bienestar y el pleno ejercicio de nuestros derechos

[742] Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Lima: Palestra 2004 pg. 61.

[743] propuesta por Luigi Ferrajoli, a manera de una carta política, centrada en bienes permanentes y vitales. Cfr. Ferrajoli Luigi. La crisis de la democracia en la era de la globalización. En: 22° Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía social. Anales de la Catedra Francisco Suarez. Universidad de Granada 2005. Pgs. 48-50

fundamentales, esto no solo para las generaciones presentes y sino también para las futuras.

2. Contra argumento sobre el pretendido derecho que nos asiste a los que vivimos en el presente, de usar todo lo que se pueda hoy, y dejar nada o muy poco para el futuro vs. el argumento de la sostenibilidad. Cada generación recibe de la anterior, recursos y condiciones de vida que le permiten crecer y desarrollarse. Esa razón justifica dejar recursos para las generaciones venideras.
3. Argumento sobre la conveniencia de evitar daños irreversibles al medio ambiente, para no arruinar las condiciones que hacen posible la vida ni destruir y perder las fuentes de riqueza y bienestar.
4. Argumento sobre la conveniencia de tener un ambiente sano y adecuado para la vida que permite el bienestar.
5. Argumento de la conveniencia del uso de energías renovables en las instituciones e instalaciones del estado así como políticas y prácticas de segregación y reciclado de materiales. Tiene sentido ambiental, económico y de eficiencia.
6. Argumento que es menos costoso prevenir que reparar el daño causado.
7. Argumento que es menos oneroso dejar a los administrados la posibilidad de innovación y que puedan buscar en los mercados las soluciones y tratamiento de la contaminación de sus efluentes, que sean más económicos y convenientes, que el imponerles multas y sanciones.

7.1.2 Esquema de Toulmin: dato-garantía –respaldo

El llamado esquema de Toulmin, explica desde el punto de vista lógico la estructura o el esquema al cual responde un texto argumentativo. Para Toulmin, en una argumentación directa, un sujeto argumentador presenta explícitamente una tesis u opinión y expone una serie de argumentos o razones lógicas que deben desembocar en una conclusión que confirma la tesis propuesta.

Para el presente trabajo de investigación, el modelo propuesto por Toulmin:

1. Ayuda a estructurar mejor el entendimiento del problema así como las posibles soluciones

2. Ayuda a valorar la información disponible, discerniendo y seleccionando mejor las fuentes confiables
3. Ayuda a fortalecer los argumentos que buscan mejorar la tutela del medioambiente y los recursos naturales, con información confiable

Toulmin (1958), y luego junto a Rieke Janik (1984), describe un modelo de argumento conformado por seis tipos de declaraciones:

1. La **tesis**, es el punto de vista que se expone frente a un tema. Por ejemplo: "la tutela del medioambiente es mejor desde la perspectiva ius económica"
2. La **evidencia** son los datos o la información sobre los cuales se basa la **conclusión**. Es el sustento objetivo. En el presente trabajo la información proviene de fuentes oficiales, en base a la presunción de corrección y veracidad.
3. Las **garantías** justifican la relevancia de la **evidencia** sobre la **conclusión**, bajo la forma de reglas, principios, patrones, etc. Responde a la pregunta ¿Por qué? Por ejemplo: "mejor medioambiente es salud y bienestar… productividad y desarrollo…"
4. El **respaldo** asegura que las **garantías** sean fidedignas y aplicables al contexto presente.
5. La **reserva** es una objeción, refutación o excepción a la tesis propuesta.
6. El **calificativo modal** especifica el grado de certeza de una aserción (tesis). Es la probabilidad o posibilidad, que una tesis debe de comprobarse, por ejemplo."

7.1.3 La dimensión económica.

Lo económico tiene fundamental importancia en la vida de la sociedad. Se ve en la actualidad, en Europa, en países como Grecia, o Chipre, entre otros, una crisis económica[744] los pone al borde de la guerra civil, por los graves recortes en los salarios, servicios y pensiones, etc. para afrontar el pago del rescate financiero internacional.

[744] Crisis económica que se dio en Europa en los años 2008 y 2009

Claramente lo económico es un factor que motiva y justifica las acciones de actores privados y públicos.

La visión o incorporación del factor o factores de índole económica, involucra la comparación entre los beneficios esperados en contraposición de los costos que se incurren. Este tipo de comparación asume que ambos lados de la comparación estén avaluados en términos monetarios, situación que no siempre es posible, pues la valoración de bienes intangibles e inmateriales, como los componentes del ambiente o la misma vida humana[745], paisajes, la biodiversidad, el bienestar o salud, no tienen una clara, ni reconocida, ni aceptada valoración monetaria universal.

En nuestro país, se aducen **razones de índole económica**, para justificar la necesidad de flexibilizar las normas ambientales y administrativas para atraer inversión privada. Por ejemplo en la extracción de recursos no renovables de la minería o hidrocarburos, pero no siempre se toma en cuenta o pondera lo siguiente:

- El riesgo de dañar las bases económicas de otras actividades tradicionales renovables, como la agricultura y el turismo.
- El riesgo de graves daños ambientales irreversibles al agua, aire o suelos, con efectos y repercusiones en el largo plazo.
- El daño a la salud, el costo social y el retroceso del desarrollo y bienestar.
- El riesgo a la salud y el costo social para las generaciones futuras.
- La pérdida de capital natural
- La llamada 'enfermedad holandesa'

En el ámbito de la minería, el descomunal precio alcanzado por el oro[746], se presenta como un poderoso argumento económico, que ha inducido a reabrir muchas minas

[745] El profesor Kip Viscusi, en su trabajo, le puso valor monetario a la vida humana del ciudadano medio de los EEUU de América.

[746] cerca de USD 2,000 / oz.

abandonadas[747] y a incursionar en regiones[748] nuevas con potencial aurífero, aun sabiéndose del potencial impacto negativo sobre el entorno físico y las actividades económicas como la agricultura, el turismo y el paisaje, además de la salud humana y de los demás seres vivos. Las comunidades y poblaciones se han resistido a la minería aurífera de tajo abierto esgrimiendo razones que se oponen al proceso de extracción y refinación del oro, donde se emplean potentes tóxicos como el cianuro y arsénico, que liberados al ambiente contaminan los cuerpos receptores como el agua, aire y suelos, afectando directamente a la agricultura[749] local y de autoconsumo.

La aporía que surge, por un lado sugiere el poco valor que ciertos recursos naturales representan para la sociedad, hecho que se refleja en que las entidades del Estado aducen falta de recursos para el control de bienes y patrimonio natural, sin embargo la extracción de esos mismos recursos producen en los mercados internacionales descomunales ganancias, que benefician a los violadores de las normas ambientales, traficantes y contrabandistas, además de la estela de corrupción que se genera afectando a todas las instituciones. Es el caso de productos de la caza, tala, pesca, cultivos ilegales o extracción de oro de manera ilegal.

El sistema legal, muchas veces mal empleado, da lugar a que se generen espacios de impunidad y de enriquecimiento injusto y desmedido que favorecen a las empresas que no usan procedimientos para eliminar o evitar el daño ambiental con la finalidad de ahorrar costos. Las acciones que las empresas toman de manera racional, es decir dentro de la racionalidad económica, estas lo denominan "externalizar" o enviar fuera de la empresa, de sus costos, de su contabilidad, todo lo económicamente indeseable. Entre las externalidades se tendrían, por ejemplo, los costos de equipos y procedimientos para reducir o evitar daños al ambiente, que son escatimados y dejados de lado ocasionando que al final ocasionen que los efectos de la contaminación no evitada sean soportados por toda la comunidad afectada, mientras la empresa disfruta

[747] Se da en todo el mundo. A manera de ejemplo, en Europa: El proyecto de explotación de oro en la comarca de Bergantiños (A Coruña) no cumplía las condiciones de solvencia técnica y financiera exigidas por la Xunta. La mina de propiedad de la canadiense se Edgewater, fue cancelado definitivamente, bajo un proceso administrativo sancionador.
https://www.diagonalperiodico.net/global/20250-paralizado-proyecto-mina-oro-cielo-abierto-corcoesto.html del 16 Oct 2013

[748] Acá se menciona la situación de Grecia donde por muchos años se prohibió la minería de oro a tajo abierto.

[749] el Caso Tambogrande, en Piura.

de las ganancias mal habidas, por los "ahorros" y reducción de costos "permitidos" o dejados de fiscalizar, otro ejemplo de la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, quien no valora adecuadamente los gastos que se tendrían que hacer para reparar o limpiar la contaminación. La restauración o remediación del medioambiente, al final es soportada por todos, ya que se realiza con recursos del erario nacional, uso evitable de recursos que merma las posibilidades de desarrollo y bienestar general.

En los últimos años se registra un saludable cambio en los criterios jurisprudenciales[750], de la Corte Suprema de Justicia respecto a priorizar los valores ambientales de largo plazo por sobre las ganancias foráneas de corto plazo, además del potencial daño ambiental permanente que queda en el entorno, aún cuando las empresas se han retirado, al término de sus operaciones extractivas[751].

7.1.4 Argumentos a favor empleados para fortalecer la tutela

- Argumento constitucional. Se trata de afirmar el derecho fundamental al ambiente sano y adecuado para la vida, según lo establece el Art. 2° inc. 22. También están los derechos a la salud, dignidad, propiedad.
- Argumento de la eficiencia como justicia. La ineficiencia es injusta, por las pérdidas de recursos que restan posibilidades de desarrollo e inclusión social.
- Argumento que solo se puede lograr las metas y objetivos del Estado si es que se mantienen las fuentes de recursos naturales y condiciones adecuadas para la vida. Esto implica ponderar la situación social, ambiental y natural con respecto a la correcta administración de los recursos naturales.

7.1.5. Contra argumentos que se emplean para promover la extracción de minerales y recursos naturales.

[750] Hay mayor apertura hacia el tema ambiental a nivel de la Corte Suprema.

[751] Caso Lago Agrio

- **Argumento de autoridad.** El voluntarismo estatal cree poder doblegar y conquistar a la naturaleza. Es una manifestación de la clásica postura del positivismo. Se puede entender el Positivismo como la expresión de la voluntad del Estado.
- **Argumento de la infalibilidad de la ley.** Visión arraigada en el positivismo jurídico. Debido a que la ley emana válidamente de la voluntad del cuerpo legislativo, presumiblemente en coherente representación de la voluntad general, se asume como infalible.
- **Argumento de la prioridad del desarrollo económico.** Es necesario el desarrollo económico a como dé lugar, luego se puede pensar en proteger el ambiente.
- **Argumento de que es necesario utilizar lo que está allí, sino otros lo utilizarán de todas maneras.** Es el caso de pesquerías, productos forestales, en menor grado minerales. Se está viendo en la explotación apresurada del gas de Camisea.

En la formulación de nuevos argumentos para fortalecer las premisas fácticas o normativas, los hechos no comprobados por prueba directa deben de ser comprobables con los otros hechos probados y poder explicarse según principios y leyes naturales de la física, química o termodinámica.

7.1.6 Falacias

Son formas de argumentar mediante sofismas o pseudo razonamientos que no tienen sustento lógico o fáctico, es decir, no prueban nada. Según la clasificación más difundida, son del tipo formal cuando se afecta el paso lógico de la premisa a la conclusión y del tipo material cuando el contenido de las premisas no es verdadero o correcto. Entre las falacias del primer tipo tenemos al *non sequitur* y entre las falacias materiales destacan el *petitio principii* y la *sliding slope o pendiente deslizante.*

Aristóteles estudió las falacias en su obra Refutaciones Sofisticas, por considerar que estas no contribuían a la búsqueda de la verdad.

Klug las vincula al pensamiento jurídico “En la jurisprudencia aparece a menudo el problema sobre una eventual violación de las leyes del pensamiento... (...) o de una manera más general y que es la preferible, de errores de argumentación, se refiere a lo que suele llamarse una falacia... "[752]

Según Peirce: “un argumento válido es aquel cuyo principio rector es verdadero.”[753]

Para un análisis más detallado de las falacias ver Martínez Zorrilla.[754]

7.1.6.1 La falacia Petitio principii.

La falacia Petitio principii- petición de principio, ocurre cuando la proposición a ser probada, se incluye implícita o explícitamente entre alguna de las premisas.

Para alguna proposición p:

p implica *q*
q implica *r*
r implica *p*
suponga *p*
por lo tanto, *q*
por lo tanto, *r*
por lo tanto, *p*.

7.1.6.2 La falacia de la pendiente deslizante.

[752] Klug, Lógica Jurídica, pg. 201
[753] Peirce, Charles. Escritos lógicos. Madrid: Alianza. 1968 pg. 34
[754] Cfr. Martínez Zorrilla, David. Metodología jurídica y argumentación. Barcelona: Pons. 2010

La falacia de la pendiente deslizante considera que una acción iniciará una cadena de eventos que culminarán en una situación no deseada, sin establecer o cuantificar las contingencias relevantes.

En una variante, él que hace una proposición sugiere que avanzando en determinada dirección se empezara a caer por una metafórica "pendiente resbaladiza". Habiendo empezado a bajar por la pendiente, aparentemente seguiremos cayendo en la misma dirección, usualmente en una dirección negativa. Sugiere un efecto cascada que en base a acciones iníciales conocidas, avanzar por ese camino acabaría mal, sin acreditar o demostrar los pasos o etapas que llevaran al temido final no deseado.

Otra forma más estática considera que al permitir X, se crea el precedente que conduce a admitir o permitir Y. La pendiente resbaladiza no es una falacia en virtud de una cadena de implicaciones que conducen a la transitividad de la condición material, sino por la falla en establecer los hechos en dicha cadena. La falacia está en el abuso de las transiciones apreciables intuitivamente de las implicaciones, afirmando que A lleva a B, B lleva a C, C lleva a D y así sucesivamente, hasta que finalmente se afirma que A lleva a Z, desde un comienzo aparentemente inofensivo hasta un desenlace totalmente indeseable. Esta falacia da por ciertas las consecuencias que no son seguras y a veces ni siquiera probables.

Si bien es formalmente válido que las premisas son tomadas como un hecho, cada de las contingencias necesita ser establecida y confirmada, antes de que una conclusión relevante pueda ocurrir. La pendiente resbaladiza ocurre cuando se omite u oculta si las contingencias son falsas o solo probables.

Se pueden enumerar las siguientes falacias empleadas corrientemente en las discusiones sobre la protección y tutela del medioambiente:

1. La naturaleza tiene y provee recursos inagotables. La comprobación de esta proposición inexacta se verifica a diario en la realidad con el agotamiento de los recursos naturales.
2. Resiliencia perpetua de la naturaleza. Aserción válida para pequeños impactos ambientales, a medida que los impactos son mayores, algunos pueden llegar a niveles catastróficos, la recuperación natural puede tardar miles de años.

3. Prioridad del desarrollo económico**.** Es necesario el desarrollo económico a como dé lugar, luego se puede pensar en proteger el ambiente. Sin embargo, sin un ambiente adecuado ni salud, no hay desarrollo posible.
4. La explotación de la minería y el petróleo es la única y principal fuente de riqueza que tenemos. Así se deja de lado otras fuentes de riqueza limpia como las energías renovables.
5. Los humanos se adaptan a todo. Esto es muy difícil para el caso de alta contaminación radioactiva o de potentes tóxicos carcinógenos.
6. Voluntarismo perfecto. La voluntad humana puede doblegar y conquistar a la naturaleza.

7.2 Análisis desde la argumentación jurídica de algunos temas problemáticos

Recordando que existen distintos tipos de proposiciones:

1. **pre suposición** no tiene carga de prueba
2. **asunción** / **presunción** no tiene carga de prueba
3. **refutación** el refutante si tiene carga de prueba
4. **la aserción** si tiene carga de prueba

7.2.1 PROPOSICIÓN: una fortalecida participación ciudadana mejorará la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

Se busca hallar una solución a la débil tutela del medioambiente, acreditada en los capítulos anteriores. La mirada, en este caso, es ius económica. Los datos oficiales afirman que el costo de esta medida es mínimo, pero la utilidad social es elevada y sostenible en el tiempo.

Además el involucrar de manera activa a la ciudadanía, en lugar de una actitud pasiva que espera en los funcionarios públicos la solución de todos los problemas, sirven a otros propósitos concurrentes como el fortalecimiento de la ciudadanía y la democracia, que tienen beneficios amplios para la sociedad.

¿Qué impulsa y motiva a los ciudadanos a participar? Incentivos, prestigio, sensación de seguridad, frustración con el sistema que da muestras de no atender las necesidades y pedidos de control, regulación e interdicción del daño ambiental y la contaminación, instinto de preservación de la vida de uno mismo y de la sociedad en general.

7.2.1.1 Argumentum a simili ad simile, argumento a similii. Relación de parte a parte

- Datos objetivos, obtenidos a lo largo de 30 años de seguimiento ciudadano, a través de los citizen suits, de la aplicación de la legislación ambiental en los EEUU de América[755].
- Importantes resultados obtenidos en España[756]
- Importantes resultados obtenidos en Ecuador [757]
- Importantes resultados obtenidos en Colombia[758]

7.2.1.2 Argumento a pari

Está formado de razones de semejanza y de igualdad entre lo que se propone y lo que se concluye.

7.2.1.3 Argumento a fortiori.

[755] Los citizen suits se aplican de manera amplia en todos EEUU

[756] Cfr. Peñalvier i Cabra op. Cit.

[757] Cfr. El emblemático caso Lago Agrio

[758] Como se aprecia en las diferentes sentencias de la Corte Constitucional sobre materia ambiental

Si se puede lo mucho, se puede lo menos.

7.2.1.4 Reducción al absurdo, como comprobación de la solidez argumentativa.

Se podría argüir que entonces los ciudadanos pueden hacer lo que quieren ¿para qué está el Estado?? Además la participación ciudadana es un derecho reconocido en la Constitución Política. Se tendría que entender que el Estado está para servir al ciudadano y los servidores públicos están para servir al público.

Claramente este esquema requiere que el ciudadano tenga la madurez cívica y la conciencia de su rol y poder, ya no como ente pasivo que está a la merced de la voluntad del Estado, las autoridades o funcionarios, sino como un actor central que contribuye a construir un mejor futuro para todos.

Se gesta y promueve otro tipo de relacionamiento entre el administrado y la administración, una relación más cercana y con objetivos comunes. Es vivir la verdadera democracia.

7.2.2 PROPOSICIÓN: el hacer exigible la responsabilidad de las autoridades elegidas o nombradas y funcionarios, por el cumplimiento de la legislación ambiental, fortalecerá la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

Se busca hallar una solución a la débil tutela del medioambiente, acreditada en los capítulos anteriores. La mirada, en este caso, es ius económica. Los datos oficiales afirman que el costo de **hacer exigible la responsabilidad de las autoridades elegidas o nombradas y funcionarios, por el cumplimiento de la legislación ambiental** es mínimo, pero la utilidad social es elevada y sostenible en el tiempo. El lograr un mayor grado de eficacia en la labor de los funcionarios públicos, disminuye los costos de transacción, aumento la productividad y seguridad jurídica y genera el aumento de la confianza pública depositada en la administración y las instituciones.

En el caso de daños causados por terceros, la Administración incurriría en responsabilidad por el hecho de haber autorizado la actividad causante del daño ambiental o por haber obrado negligentemente en la reglamentación de los niveles de contaminación permitidos[759]. Se necesita un mecanismo que obligue al sector que ha autorizado actividades que causen daños al medioambiente o los recursos naturales a realizar la restauración ambiental que corresponda.

7.2.2.1 Argumentos de autoridad

Mandato constitucional: protección de los derechos de dignidad, vida, salud, paz, tranquilidad, ambiente adecuado

Mandato legal contenida en la Ley del Procedimiento Administrativo General LPAG

El ámbito del contencioso administrativo (Modificado por el D. Leg. 1067), ofrece un importante espacio para que el público y las empresas puedan cuestionar acciones u omisiones de funcionarios y autoridades, que causen daños al medioambiente.

7.2.2.2 Argumento a similii.

Acá se ilustrará, mediante dos ejemplos tomados de la legislación comparada.

7.2.2.2.1. Tratamiento que se le da en España a la responsabilidad de la administración por daños al medioambiente.

La Administración Pública, como persona pública, independientemente de que actúe en régimen jurídico público, o bajo la forma de persona jurídica de Derecho privado es responsable por daños causados al medioambiente. En este último caso también es atribuible a la Administración la responsabilidad por los daños que ocasione directamente, acudiéndose en este sentido a la teoría del “levantamiento del velo" para discernir tal responsabilidad.

[759] Estándar de calidad ambiental, ECA y límites máximos permisibles LMP

Pero además podría considerarse la posibilidad de responsabilizar a la Administración también por los daños causados por terceros por el hecho de haber autorizado la actividad causante del daño ambiental o por haber obrado negligentemente en la reglamentación de los niveles de emisión o inmisión de las mismas[760].

En cuanto al objeto de nuestro estudio, la Administración Pública responsable del daño sería la obligada a realizar la restauración ambiental procedente.

Cargos de confianza, cargos políticos que salen en cada gobierno, débil carrera pública. Conde Antequera cita a Lozano Cutanda,: "Aunque lo habitual es que sea la Administración la encargada de velar por la protección del medio ambiente, vigilando, corrigiendo y sancionando a las actividades o a los particulares causantes de daños ambientales, también es lógico deducir que la participación de la Administración en la actividad social y económica mediante la prestación de servicios públicos, hecho constitucionalmente reconocido, puede incidir y ocasionar daños sobre los recursos naturales y sobre el medio ambiente en general".[761]

Estos requisitos, sobre todo el primero de ellos, que exige que el daño se concrete en los bienes o derechos del particular afectado, es necesario incidir en la distinción entre una responsabilidad de la Administración por los daños o lesiones causados a los particulares, a los cuales se refiere la normativa mencionada, y una responsabilidad de la Administración por los daños causados al medio ambiente, en sí mismo considerado como bien jurídico autónomo.

Y tal distinción es muy importante desde el momento en que en los casos de daños ambientales no suelen concurrir los requisitos que exige la legislación para que haya lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración que los ha ocasionado. Quiebra, en el caso de responsabilidad por daños ambientales, la fundamentación de la misma en el principio de igualdad ante las cargas públicas, tan alegado por la

---

[760] Conde Antequera, Jesús. La responsabilidad de la Administración por daños al medio ambiente. En: Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental, ISSN 1576-3196, Nº. 11, 2004. 01/2004

[761] Lozano Cutanda. Blanca. Derecho Ambiental Administrativo. Madrid: Dykinson, 2000 pg. 75

doctrina con respecto a la responsabilidad patrimonial de la Administración por lesiones a particulares.

No puede negarse la posibilidad de existencia de esos daños y, por lo tanto, la existencia de responsabilidad por los mismos, con fundamento en lo dispuesto por los apartados 2 y 3 del artículo 45° CE, que establecen la obligación de los poderes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales y de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, así como la responsabilidad en caso de incumplimiento de tales deberes. Asimismo, puede fundamentarse en los propios principios de responsabilidad, de actuación conforme al interés general y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos

No existe una regulación específica de la responsabilidad de la Administración por daños medioambientales además, el mayor inconveniente que presenta este tipo de responsabilidad es que concreta la reparación únicamente en la indemnización, lo cual tendría escasa efectividad en el caso del daño ambiental.

7.2.2.2.2 En Argentina el caso Riachuelo.

La elevada contaminación por efluentes industriales acaecida por decenas de años por vertimientos incontrolados al río que atraviesa la ciudad de Buenos Aires… ha sido motivo de quejas y reclamos de la población por los impactos negativos en la salud pública y propiedad privadas.

Ante la inercia de la Administración y del Poder Legislativo, intervienen el Poder Judicial en buscar soluciones al grave peligro de la contaminación ambiental. El caso en cuestión es un rio altamente contaminado que atraviesa la ciudad de Buenos Aires y que por décadas fue descuidado por las autoridades de salud, ambientales y municipales.

El Juez en sentencia[762] determina la responsabilidad pecuniaria de los principales funcionarios, el propio Ministro del Ambiente... si es que se demora la aplicación de

[762] Cfr. STC caso Matanzas Riachuelo

las mejoras, y especifica que toda multa debe ser exclusivamente de su propio peculio, dejando a salvo los dineros públicos.

A continuación texto publicado por la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, de Buenos Aires Argentina, que por su claridad y concisión se reproduce en su integridad.[763]

"Programa Control Ciudadano del Medio Ambiente
Caso: Cuenca Matanza-Riachuelo
Autos: "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)".
Corte Suprema de Justicia de la Nación. Juicios Originarios
Secretaria: *N 5. Dr. Cristian Abritt*a.

DESCRIPCIÓN DEL CASO

Un grupo de vecinos, encabezados por Beatriz Silvia Mendoza, interpusieron una demanda contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobieno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 44 empresas por daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación del río Matanza-Riachuelo.

Se responsabiliza al Estado Nacional al producirse la situación denunciada sobre una vía navegable e interjurisdiccional, respecto de la cual éste tiene facultades de regulación y control, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 incisos 10 y 13 de la Constitución Nacional.

Atribuyen responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires por tener el dominio originario sobre los recursos naturales existentes en su territorio, de conformidad con lo establecido en los arts. 121 y 124 de la Ley Fundamental.

También responsabilizan a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de corribereña del Riachuelo, el que constituye, en el área de su jurisdicción, un bien de

[763] Cfr. http://farn.org.ar/participacion/riachuelo/index.html acceso 24 diciembre, 2013

su dominio público y, además, al estar obligada a utilizar equitativa y razonablemente sus aguas y el resto de los recursos naturales del río, su lecho y subsuelo, sin causar perjuicio sensible a los demás corribereños, por tener su jurisdicción sobre todas las formaciones insulares aledañas a sus costas, con los alcances permitidos por el Tratado del Río de la Plata y porque le corresponde preservar la flora y la fauna de su ecosistema, como reserva natural, según lo señala el art. 81 de la Constitución local.

Asimismo, indican que demandan a las empresas aledañas por volcar directamente al río los residuos peligrosos, por no construir plantas de tratamiento, por no adoptar nuevas tecnologías y por no minimizar los riesgos de su actividad productiva.

El 20 de junio de 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Nación intimó a los demandados a que presenten un plan de saneamiento de la cuenca, como así también a las empresas a que informe sobre los recaudos que toman para detener y revertir la contaminación de la zona.

El 5 de septiembre se realizó la primera audiencia pública ante la Corte, en la que el Gobierno Nacional, junto con el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires presentó un Plan de Saneamiento del Riachuelo y la creación de un Comité de Cuenca interjurisdiccional. En la segunda audiencia –realizada una semana más tarde-, el Dr. Andrés Nápoli (de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) declaró en representación de las cuatro ONGs (CELS, Greenpeace y Asociación de Vecinos de la Boca) que actúan como terceros, haciendo hincapié en cuestiones relacionadas con la forma en que se van a encarar los diversos planes por parte del Estado, el rol de la Corte, la asistencia sanitaria y la responsabilidad por el daño ambiental.

En febrero de 2007, se llevó a cabo la Segunda Audiencia Pública, en la que la Secretaria de Ambiente, Romina Picolotti, expuso ante la Corte Suprema de Justicia los avances realizados desde la presentación del Plan de Saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo seis meses atrás.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió designar peritos independientes nombrados por la Universidad de Buenos Aires para realizar un

informe sobre la factibilidad del Plan de Saneamiento del Riachuelo presentado por el Estado Nacional, en conjunto con el Gobierno de la provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Es importante destacar que la FARN había solicitado a la CSJN en dos oportunidades, la incorporación de un cuerpo técnico pericial para recibir asesoramiento independiente que le permita evaluar la información presentada por las autoridades, y asistir al tribunal en el seguimiento de las distintas acciones que se adopten para el saneamiento del Riachuelo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió convocar a una nueva audiencia pública para el próximo miércoles 4 de julio de 2007, en la que cada una de las partes involucradas expresó sus opiniones y observaciones sobre el Plan Integrado para el Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo presentado el año pasado. También se expusieron los comentarios sobre el informe realizado por los peritos de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Finalmente, el 08 de julio de 2008 La Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo histórico en la causa *"MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS C/ESTADO NACIONAL Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)",* por medio del cual determinó la responsabilidad que le corresponde al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires en materia de prevención y recomposición del Daño Ambiental existente en la Cuenca.

El fallo determina además quienes serán los responsables de llevar adelante las acciones y las obras de saneamiento, el plazo en que las mismas deberán ser cumplimentadas, dejando abierta además la posibilidad de imponer multas para el caso de incumplimiento, las que recaerán en cabeza de la Presidente del ACUMAR, la Dra. Romina Picolotti.

Por otra parte, es un hecho sumamente novedoso y positivo que el máximo tribunal haya encomendado al Defensor del Pueblo de la Nación y a las ONGs que actúan en la causa (FARN, CELS, Greenpeace y Asoc. Vecinos de La Boca), la conformación

de un Cuerpo Colegiado que tendrá a su cargo el control del Plan de Saneamiento, lo que permitirá impulsar la participación y el control ciudadano en un tema de gran interés social como es el Saneamiento del Riachuelo.

Otro de los aspectos que merece señalarse como un gran acierto por parte de la Corte, es que haya establecido un plazo específico para que el Estado ponga en marcha un plan activo de salud, destinado a atender a los sectores más vulnerables de la Cuenca, que sufren en carne propia las consecuencias de la contaminación, quienes ya no pueden esperar ni un día más."

7.2.2.3 Argumento que sería muy costoso.

Se debe de equiparlos mejor y pagar altos sueldos para mejorar el rendimiento y evitar la corrupción. Creemos que es todo lo contrario. El exigir responsabilidad a los funcionarios, que ya son parte de la planilla del Estado, con todos los beneficios laborales y pensionarios que eso conlleva, es la opción más económica y de menor costo…

7.2.2.4 Argumento a fortiori.

Si las autoridades cumplen y dan el ejemplo, los ciudadanos también. La conducta más coherente de las autoridades y funcionarios les genera respeto y admiración de la sociedad. La mejor conducta de las autoridades, fiscalizada por la ciudadanía, contribuye de manera significativa a la mejor tutela del medioambiente y recursos naturales por el Estado.

7.3 Falacias o argumentos que se escuchan con frecuencia

7.3.1 Por reducción al absurdo, como comprobación de la solidez argumentativa.

Entonces las autoridades ya no querrán hacer nada. Todo lo contrario, lo harán mejor por la constante vigilancia ciudadana.

Nadie querrá ser funcionario. Todo lo contrario, hay largas colas para ingresar a la administración pública por la seguridad que ofrece un nombramiento en la administración pública. Habrá mejor autoestima, mayor prestigio en ser funcionarios, que ahora están teñidos de corrupción e ineptitud. Será un honor ser funcionario reconocidos por el pueblo.

7.3.2 Sobre contradicciones – aporía

Se entiende por aporía la imposibilidad de resolver un problema si se comienza a partir de ciertas premisas. La refutación de una teoría o paradigma requiere demostrar que esta genera contradicciones insolubles.

El problema planteado se nos presenta como una aporía. ¿Cómo reducir las conductas contaminantes y depredadoras que están destruyendo el medioambiente y los recursos naturales a pesar que el Estado tiene el mandato constitucional, cuenta con normas especiales y organismos encargados de su aplicación, supervisión y sanción?

Para esto se requiere de un cambio de paradigma, de la visión tradicional y establecida del positivismo, a una mirada desde la perspectiva ius económica.

7.4 Aplicación del esquema argumentativo y la perspectiva ius económica

A continuación se presenta una breve selección de problemas ambientales de alcance nacional que sirven de marco para la **a**plicación del esquema argumentativo y la perspectiva ius económica.

7.4.1 MINERÍA ILEGAL Y MINERÍA INFORMAL DE EXTRACCIÓN DE ORO.

Diferenciación conceptual. Se entiende por minería ilegal aquella actividad que se lleva a cabo de manera intencional con la violación de la normativa vigente, ya sean esta de índole sectorial u de otra naturaleza, para lograr la extracción de mineral. Por su parte, minería informal es aquella actividad, que sin violar intencionalmente normas vigentes, se desarrolla incumpliendo algún requisito estipulado en la normativa sectorial, ya sea porque la licencia ha caducado o se encuentra suspendida o porque tiene en trámite algún requisito formal.

I Contexto de descubrimiento.

1. Hechos:
   ¿Quién? cualquier persona, grupo, asociación, pequeña empresa
   ¿Qué? Acciones deforestación, uso de tóxicos como CN y Hg, HC; acumulación y abandono de relaves contaminados sin ningún tipo de protección o segregación con el riesgo de que se desparramen en el medioambiente contaminando tierras de cultivo, el cause de ríos y napas freáticas. Evasión tributaria, violación de leyes laborales y otros derechos fundamentales de los trabajadores, muchos menores de edad y aun en condiciones de esclavitud. Corrupción de funcionarios, proliferación de mafias y vulneración de la seguridad ciudadana.
   ¿Cuánto? Referida a las cantidades y volúmenes de material tóxico y contaminado, ya sea vertido directamente al medioambiente o contenidos en forma de relaves. Miles de galones y toneladas meticas.
   ¿Cómo? improvisación evasión de normas técnicas y de seguridad
   ¿Por qué? Elevada demanda del oro, alto precio, negocio cash, fácil acceso a insumos, tecnología fácil, mano de obra disponible

2. Ámbito. Esta actividad se desarrolla en gran parte del territorio nacional con prevalencia en minas abandonadas y cause de ríos: se da en las alturas de Lima Chosica, Huarochirí; Puno, Madre de Dios o la Cordillera del Cóndor, y muchos otros lugares en las tres regiones naturales.

3. Impactos (fuentes) DIGESA, OEFA, MEM, POLICIA ECOLOGICA, MP
   ¿A quiénes? Pobladores, trabajadores
   ¿A qué? Suelos, fuentes de agua, aire

¿Qué intensidad? Media a intensa

¿Desde cuándo? Más de 50 años

¿Qué extensión? Bastante extendida, en todo el territorio nacional

4. Thema decidendi: problema identificado

   ¿Qué hacer ante los graves impactos al medio ambiente y el tejido social causado, por la práctica de acciones ilegales o informales de la extracción del oro, burlando dolosamente la regulación y control estatal?

5. Marco jurídico.

   a. Normas generales aplicables

   CPP

   Ley General de Salud

   Le Ley General del Trabajo

   Código Civil

   Código Penal

   Código Tributario

   b. Lex especialis

   TUO Ley General de Minería

   Ley General del Ambiente

6. Cuestiones jurídicas

   a. Hay alguna duda sobre la norma o normas de aplicación al presente caso.
      No

   b. Hay alguna duda sobre interpretación de la norma.
      Pueden ser algunos casos falta de claridad precisión

c. Hay alguna duda sobre los hechos o medios probatorios.
   Borderline entre lo ilegal y lo informal

d. ¿se subsume el hecho en el supuesto fáctico de la norma o normas?
   Si

e. ¿Algún hecho que no se discute cae o no dentro de los supuestos de hecho de la norma, según el sentido que tiene su expresión constitucional?
   Libertad de trabajo, libertad de empresa

II Contexto de justificación.

1. Justificación interna: paso lógico de la premisa a la conclusión

   Premisa normativa: La obligación de la administración de velar por la integridad del ecosistema, implica que cuando los niveles de contaminación pongan en riesgo la salud de la población, se deben de tomar medidas drásticas de interdicción; pero también con el orden interno y orden público

   La premisa fáctica: la contaminación causada por la minería ilegal les sitúa en una situación de peligro a la sociedad y el ecosistema

   Conclusión. Se debe de tomar medidas para evitar la contaminación y violaciones al orden público y los derechos fundamentales protegidos por la CPP.

2. Justificación externa: argumentos adicionales en favor de las premisas la fáctica y la normativa

   Visión y conveniencia económica según la PIE

   Dada la demanda internacional y local, el interés de empresarios conjuntamente con la necesidad de pobladores de agenciarse un ingreso, facilitado por el

acceso de insumos y maquinarias a lugares en todo el territorio nacional, es necesaria y conveniente la intervención proactiva del Estado en la regulación, vigilancia y supervisión de las actividades de la minería no formal del oro con actividades que incluya el control de insumos y explosivos, las condiciones de trabajo y seguridad , salubridad y la compra de oro por el Estado a condiciones favorables. Lo cual podrá reducir o eliminar a las mafias e intermediarios que los explotan. Incorpora a la gente a un tipo de minería controlada y regulada

Las entidades del Estado están en mejores condiciones de proveer diferentes servicios como:

1. Asesoramiento
2. Protección ambiental
3. Monitoreo
4. Presencia del Estado
5. Servicios de soporte a la salud
6. Valorar el riesgo y esfuerzo individual
7. Detectar áreas no registradas, según MEM … no sabíamos.

7.4.2 **ACUMULACIÓN Y MALA GESTIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS RSU.**

La Ley General de Residuos Sólidos define a los residuos domiciliarios como "aquellos residuos generados en las actividades domésticas realizadas en los domicilios, constituidos por restos de alimentos, periódicos, revistas, botellas, embalajes en general, latas, cartón, pañales descartables, restos de aseo personal y otros similares."[764] También, la gestión de residuos sólidos como "Toda actividad técnica administrativa de planificación, coordinación, concertación, diseño, aplicación y evaluación de políticas, estrategias, planes y programas de acción de manejo apropiado de los residuos sólidos de ámbito nacional, regional y local."[765] Siendo la finalidad el manejo integral y sostenible "mediante la articulación, integración y

[764] Decima disposición transitoria definiciones, vide N°6.

[765] Ibid. vide N° 10.

compatibilización de las políticas, planes, programas estrategias y acciones de quienes intervienen en la gestión y el manejo de los residuos sólidos…"[766]

Luego de la recolección y eventual segregación se llega a la última etapa llamada precisamente disposición final. La norma establece que el lugar idóneo es el relleno sanitario. La realidad informa que hay un número mínimo de rellenos sanitarios a nivel nacional[767] , por lo que al final los residuos van a parar a causes de ríos, el mar, las quebradas y espacios públicos en general.

Se tiene como práctica establecida el disponer los residuos en lugares abiertos, llamados botaderos, sin guardan las mínimas medidas de seguridad o salubridad y acaban poniendo en grave riesgo la salud de la población, suelos y cursos o napas de agua.

I Contexto de descubrimiento.

1. Hechos:

   ¿Quién? Cualquier persona

   ¿Cuánto? A que niveles y cantidades se ha llegado: mucho

   ¿Cómo? La gente, vecinos, comerciantes dejan sus RSU en la vía pública, por falta de recipientes adecuados y recojo periódico, se acumulan y causan impactos al medioambiente, la salud y el ornato. Las municipalidades usan botaderos, no gestionan bien el recojo y tratamiento de los RSU, no aprovechan las oportunidades. Improvisación, incapacidad, corrupción.

   ¿Porqué? Facilismo, falta de adecuado control y supervisión ciudadana y fiscal, no se sanciona a los funcionarios, hay poco y débil control. No se entiende el flujo o cadena de generación de residuos. No hay clara conciencia de que la generación de residuos está relacionada con el estilo de vida, crecimiento demográfico y crecimiento económico.

[766] Vide Ley General de Residuos Sólidos Art. 3°. Finalidad.

[767] Solo hay 10 a nivel nacional cuya capacidad de recepción total no llega ni al 5% del total de residuos generados diariamente.

2. Ámbito. Esta actividad se desarrolla en gran parte del territorio nacional con prevalencia en ciudades, centros poblados, asentamientos humanos.

3. Impactos (fuentes) DIGESA, OEFA, MEM, POLICIA ECOLOGICA, MP, Municipalidades, juntas vecinales, quejas de vecinos

4. ¿Cuáles son los efectos de la acumulación de RSU? Malos olores, atraen insectos y roedores, emiten gases tóxicos como metano, CO, CO2 mal aspecto visual, pérdida del valor del predio y de toda la zona.
   ¿A quiénes afecta? A la población en general, con particular severidad sobre niños y ancianos.
   ¿A qué? Animales, plantas, fuentes de agua, el aire. Contribuye al calentamiento global por la emisión de metano, degrada el ornato de la ciudad.
   ¿Qué intensidad? Mediana a muy elevada
   ¿Desde cuándo? Hace aproximadamente 80 años
   ¿Qué extensión? Bastante extendida por todo el territorio nacional

5. Thema decidendi:
   Como lograr un manejos efectivo
   ¿Cómo lograr un efectivo control sobre el vertido y acumulación de RSU en la vía pública y botaderos, por parte de la administración?
   Marco jurídico:

   a. Normas generales aplicables

      CPP

      Ley General de Salud

      Código Civil

      Código Penal

      Ley del Procedimiento Administrativo General

      Ley de la participación ciudadana

b. Lex especialis

Ley General del Ambiente

Ley General de Residuos Sólidos

Ordenanzas municipales

6. Cuestiones jurídicas
    a. Hay alguna duda sobre la norma o normas de aplicación al presente caso.
    no
    b. Hay alguna duda sobre interpretación de la norma aplicable al caso.
    Sobre el tratamiento, uso de incentivos económicos

    c. Hay alguna duda sobre los hechos o medios probatorios.

    d. Calificación
    ¿se subsume el hecho en el supuesto fáctico de la norma?
    ¿algún hecho que no se discute cae o no dentro de los supuestos de hecho de la norma, según el sentido que tiene su expresión constitucional?

    Recicladores, cultura y aceptación social, falta sanción social

7. Ajuste o nueva hipótesis en base a nuevas premisas.

La falta o pobre gestión de RSU por la administración, causa daños, agravios, costos sociales, ambientales y económicos; conviene ajustar las normas vigentes para lograr que los problemas se conviertan en beneficios.
Hay un cuerpo de conocimiento y experiencias sobre el manejo y tratamiento

II Contexto de justificación.

1. Justificación interna paso lógico de la premisa a la conclusión

Premisa normativa: obligación de la administración de velar por la integridad del ecosistema, implica que cuando la acumulación de residuos sólidos urbanos genera contaminación que ponga en riesgo la salud de la población, se deben de tomar medidas drásticas de interdicción

La premisa fáctica: la contaminación causada por la acumulación de residuos sólidos urbanos occiona una situación de peligro a la sociedad y el ecosistema

Conclusión. Se debe de tomar medidas para evitar la contaminación por acumulación de RSU.

2. Justificación externa.

Si para la solución de la acumulación de RSU y la consecuente contaminación del aire, suelos y fuentes de agua, generación de focos infecciosos, gérmenes y plagas diseminadas por roedores e insectos que al final ponen en riesgo a la salud de las personas, además de afear el paisaje y reducir el valor patrimonial de predios, fuera solo suficiente el aplicar la normativa vigente estaría entonces resuelto el problema planteado. La realidad tangible es que no se logra el resultado deseado desde hace décadas, esto nos indica que se necesitan argumentos adicionales en favor de las premisas fáctica y normativa. Es evidente que no estamos ante una situación puramente deductiva, sino que el establecimiento de la premisa normativa y premisa fáctica resulta problemática.

Es aquí donde interviene la visión y conveniencia económica, que nos aporta la perspectiva ius económica- PIE, que persigue el entendimiento y la aplicación de valores y principios de la lógica económica, fundamentada en la interpretación constitucional más amplia.

El derecho fundamental a un ambiente sano y adecuado para la vida y la salud tiene un contenido de protección positiva, que no puede asimilarse solamente al derecho de libertad negativa de no poner en riesgo la vida o salud frente a acciones de terceros, sino que el Derecho tiene que poner los medios para garantizarlo, que incluye el monitoreo, asistencia técnica, asistencia médica adecuada, hospitales, capacitación, etc.

7.4.2.1 Propuestas de solución

Frente al problema de la acumulación y mala gestión de los RSU se pueden presentar múltiples respuestas, sin ninguna pretensión de única solución:

1. Campañas de educación, sensibilización y capacitación
2. Reciclaje
3. Programas de reducción de residuos mediante estándares de envases y material desechable
4. Programas de reuso de materiales recuperados
5. Programas de revisión y reforma de diseño de procesos orientados a la redacción de generación de residuos Producción de compost
6. Uso como energía
7. Rellenos sanitarios

7.4.2.2 Dimensión económica

Aspectos económicos de la gestión adecuada de residuos sólidos:

1. Es un negocio rentable
2. Genera gran cantidad de puestos de trabajo
3. Su producción es permanente y sostenible
4. Reduce el gasto de salud pública
5. Puede ser fuente de energías renovables
6. Mejora la apreciación del valor predial
7. Reduce focos de crimen y mejora la seguridad ciudadana
8. Mejora la competitividad inter ciudades

Según el principio de coherencia, las normas deben de poder subsumirse bajo principios generales o valores que resulten aceptables, a fin de que configuren una forma de vida satisfactoria. Esto se logrará mediante la aplicación de la lógica

económica con incentivos que motiven la participación de la población y la inversión de empresarios y emprendedores.

Capítulo 8 VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

8.0 VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS A PARTIR DE RESULTADOS OBSERVADOS EN LA REALIDAD.

La indagación efectuada tiene la pretensión de búsqueda de la respuesta a la situación problemática planteada en el presente trabajo de investigación. La realidad nos informa de la debilidad y pobre tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, los datos provienen de fuentes oficiales que gozan de la presunción de veracidad que les otorga la credibilidad necesaria, es decir cuentan con la garantía y respaldo según el esquema Toulmin. Con la información disponible se llevó a cabo el estudio y análisis de las relaciones y las motivaciones de las conductas contaminantes y depredadoras del medioambiente y los recursos naturales. Las posibles causas, de lo que se ha llamado la débil tutela del medio ambiente por el Estado, surgen del razonamiento abductivo. Este emplea el método científico con base a la deducción e inferencia pero con una visión sistémica y multidisciplinaria, que inferencialmente nos informa que los constructos existentes que configuran el marco jurídico que sostiene a la regulación estatal. Propia de una visión positivista legalista, reglamentarista que está desconectada de las otras dos esferas que forman la realidad: la esfera económica y la esfera ecológica. Un practicante de la abducción, Albert Einstein decía "no se puede esperar tener resultados diferentes si se continúa haciendo lo mismo." [768]

La investigación realizada es cualitativa, se basa en hechos observados y verificados en la realidad desde donde se reflexiona sobre las posibles causas para proponer una hipótesis de respuesta. Postulamos que existen tres diferentes esferas que operan sobre la regulación y tutela de la realidad ambiental y los recursos naturales, estas están íntimamente relacionadas y se influencian entre sí. Por un lado la esfera jurídica que configura el ámbito de regulación de las diferentes actividades humanas relacionadas con el cuidado del medioambiente y los recursos naturales mediante las normas pertinentes y el control que deben de tener los órganos del Estado y los funcionarios, que desde allí actúan; en segundo lugar la esfera económica que

[768] Vide www.innovacion.gob.sv/.../676/Intro_Innovacion.pdf vista en 18 Nov 2013

sigue una especial lógica que guía y orienta conductas y acciones, y por último, la realidad de la naturaleza expresada en el medio ambiente y los recursos naturales, como lo entiende y estudia la ecología; es decir el entorno de vida, los seres vivos, los recursos que provee la naturaleza y las relaciones de intercambio de materia y energía que en su dinámica interacción genera residuos y desechos en el proceso de sostener el crecimiento y el desarrollo.

Para la validación de la hipótesis empleamos un razonamiento abductivo[769], que facilita y sostiene nuestra pretensión de búsqueda de la respuesta al complejo problema planteado. La forma de validación es mediante la confrontación de las ideas desarrolladas en el presente trabajo de investigación, con las ideas que han propuesto y desarrollado los autores que dan forma al marco teórico. Se tiene en cuenta que según Vaz Ferreira "Una de las mayores adquisiciones del pensamiento se realizaría cuando los hombres comprendieran –no solo comprendieran, sino sintieran- que una gran parte de las teorías, opiniones, observaciones, etc. que se tratan como opuestos, no lo son."[770]

El marco teórico ha configurado el propósito y fundamento de nuestra investigación y define los términos para la interpretación y comprensión de los hechos de contaminación y degradación del medioambiente y los recursos naturales registrados desde la realidad, según los datos oficiales, y también de los textos legales correspondientes.

A través de la argumentación jurídica buscamos desentrañar sistemas de creencias, valores y pautas de conductas que se mantienen a través del tiempo replicándose y reproduciéndose dia a día y que constituyen un obstáculo al desarrollo y progreso pues dan lugar a la corrupción, dejadez, negligencia y pasividad que ha devenido en la débil tutea del medio ambiente y los recursos naturales que se busca remediar mediante la PIE.

Nos valemos de la hermenéutica para la interpretación de la realidad social, que amplía la descripción, más allá del filtro de ideologías y creencias que todos tenemos como observadores. De esta manera la mirada, con una visión alternativa de las conductas y acciones contaminantes y depredadoras del medioambiente y los recursos naturales, nos permite el análisis de los procesos al interior de la realidad social donde se presentan diversas opiniones,

---

[769] Terminus definido por Charles Peirce como: "Abduction is the process of forming an explanatory hypothesis. It is the only logical operation which introduces any new idea; for induction does nothing but determine a value, and deduction merely evolves the necessary consequences of a pure hypothesis." Cfr. 1903 | Harvard Lectures on Pragmatism: Lecture VI | CP 5.171-172 En: http://www.commens.org/dictionary/sources/quotes/613 visto 18 julio 2014; también cfr. Hoffmann, Michael. Hay una ´lógica´ de la abducción.
En: http://www.unav.es/gep/AN/Hoffmann.html 18 julio 2014

[770] Vaz Ferreira, Carlos. Lógica viva. Bs As: Lozada. 1962 pg. 7

conflictos y valores en sus diferentes expresiones. De allí la necesidad de una síntesis interdisciplinaria.

La selección de los casos ilustrativos en la investigación tomados del ámbito nacional e internacional, se ha centrado en la consistencia externa que asegure el alcance amplio de los resultados.

Para efectos del análisis se eligieron situaciones representativas en base a las estructuras sociales, económicas y ambientales subyacentes al contexto. No se puede dejar de lado el necesario ajuste entre las categorías científicas y la realidad.

La hipótesis que planteamos: ***La tutela del medio ambiente por el Estado, es débil y poco efectiva porque adolece de una perspectiva ius económica, de probada efectividad y potencia predictiva, para entender mejor la problemática ambiental y así proteger eficazmente los bienes fundamentales, s***urge de las corazonadas, ideas y conjeturas que resultan de la atenta, intensa y profunda observación de los hechos y la verificación de las respuestas de los órganos del Estado, que nos conducen a un proceso de análisis ***y*** razonamiento abductivo.

Denotamos con R a la realidad, que se percibe, verifica, comprueba, en nuestro caso, a partir de las fuentes de verificación, fiscalización y control que dispone el estado y que son de acceso público. **R** pues engloba al reto de la situación problemática identificada y a la que se buscará una solución. **R** representa y describe la situación que se desea mejorar, cambiar, superar.

Denotamos con **H** nuestra mejor hipótesis de lo que causa la situación **R**. El proponer **H** como la causa surge de una conjetura que se observa en situaciones similares, donde se han logrado resultados satisfactorios. Existe un estado de frustración ante la situación problemática **R**. Si solo la legislación ambiental bastara o solo el derecho bastara o solo el proceso bastara entonces ¿cómo y por qué se ha llegado a la situación problemática **R**? SI el paradigma positivista nos dice que detrás de toda norma está la *coertio* ¿cómo así no se aplica o cuando se aplica no se obtienen los resultados esperados?

Ante el estado de cosas descrito, se estima que es *posible* que H sea verdadero. Esa posibilidad se sustenta en la comprobación que existen vacíos en la formulación de las normas y la concepción del marco normativo. No puede ser considerada completa una normativa que permita demoras y retardos en atender y proveer remedios a individuos o grupos al ocurrir un derrame de hidrocarburos o tóxicos al ambiente; sin un claro protocolo o procedimiento que recoja la urgencia que la situación amerita, cuando llega la autoridad administrativa a la escena del desastre ecológico, los agentes tóxicos ya se mezclaron con las aguas y continuaron rio

abajo contaminando y matando vida y fauna, la emanaciones ya contaminaron y se dispersaron combinándose causando daños permanentes, o ya ocurrió la intrusión marina por alteración de la presión hidrostática que la bloquea debido a que se extrajo en demasía y que resulta en la contaminación de las aguas por sal, perdiéndose para la agricultura o uso humano. Cuando se da una afectación al derecho y a través de los procesos existentes se tarde meses o años en ser atendidos se genera el rechazo y la violencia social; un sistema así no puede ser funcional a la protección de derechos consagrados como fundamentales.

Por las razones expuestas la hipótesis propuesta nos abre las puertas al profundo análisis y su contraste y validación permanente, que nos permite concluir que H si es posible y ofrece una solución viable.

Se establece un nuevo marco que nos saca del empantanamiento teórico y nos acerca a la solución y descubrimiento, vía la aplicación del *ars inventi*, accesible a todos según se aprecia en el primer mundo.

Si bien este método permite abrirnos a la más amplia gama de hipótesis, pero solo se podrá hablar de una hipótesis posible según la PIE, de aquella acotada por valores constitucionales, aquella que reconoce y respeta las leyes físicas y químicas de la naturaleza y la realidad de la lógica económica.

Bajo la mirada de la PIE, no se puede pretender encontrar una respuesta al grave problema de la débil tutela del medio ambiente y los recursos naturales por el estado, en contravención de las leyes naturales o los derechos humanos o ignorar que hay una lógica económica que subyace a las conductas humanas e institucionales.

La visión del presente trabajo de investigación es tridimensional pues incluye la dimensión jurídica, económica y ambiental.

El proceso de razonamiento abductivo sigue los siguientes tres pasos:

El reconocimiento de la realidad, representada por **R.**

1° R: Los resultados que se constatan en la realidad muestran la *débil y poco efectiva <u>tutela del medio ambiente</u> por el Estado*

La formulación de una hipótesis[771] de la causa o causas de la situación verificada en la realidad.

2° H: ***La tutela del medio ambiente por el Estado, es débil y poco efectiva porque adolece de una perspectiva ius económica***

Partiendo que las conductas, tanto de personas naturales o jurídicas tienen una motivación esencialmente económica, la perspectiva ius económica nos permite identificar a las normas necesarias de modificar o crear, desde la dimensión normativa; para preveer las conductas que se desean provocar así como la identificación de los resultados materiales que estas ocasionarían.

Al final el razonamiento tentativo que surge de la contrastación dialéctica usando la abducción como categoría de razonamiento de los plausible y verosímil, será la hipótesis de solución.

3° Como se verifica R, es posible que H sea verdadero

El aceptar la posibilidad de **H** descarta su falsedad. Se otorga la categoría de posible a **H** pues no viola norma de orden públicos, sostiene a los derechos fundamentales, se enmarca dentro de las leyes de la física y química de la naturaleza y sigue una lógica económica según la PIE.

De manera esquemática:

Sea:

A: ***La tutela del medio ambiente por el Estado***

B: débil tutela

C: poco efectiva tutela

D: perspectiva ius económica

Situación actual

$$H: -D \rightarrow A\ (B,\ C)$$

[771] En esta etapa se hace uso del razonamiento abductivo

B y C se comprueban por la información oficial que goza de presunción de veracidad por las garantías y respaldo.

D requiere de la revisión y reforma de políticas públicas bajo la perspectiva ius económica

Nueva situación:

$$H: D \rightarrow A\ (-B,\ -C)$$

Con el uso y aplicación de la perspectiva ius económica PIE, se realiza el cambio de –D a D, lo cual resulta en la trasformación de B a –B y de C a –C, es decir se tendrá una tutela más fuerte y efectiva.

8.1 La validación implica discusión y contrastación de ideas con los autores que dan forma al marco teórico.

La realidad no es algo abstracto, está constituida por tres esferas que están interconectadas y se refuerzan mutuamente. Está constituida por una realidad concreta de materia y energías, según lo entiende la ecología, las personas que habitan en los espacios físicos que se guían por una lógica económica que busca satisfacer sus necesidades y el Estado que se organiza precisamente para regular las condiciones que resulten en paz y el bienestar, que promuevan el progreso y desarrollo sostenible.

La tutela del medioambiente y los recursos naturales como se lleva cabo en la actualidad, prioriza la esfera jurídica y deja de lado las otras dos esferas, económica y ecológica. El presente trabajo de investigación se ha guiado por los conceptos expresados por cada uno de los autores que conforman la constelación que da forma y contenido al marco teórico.

A continuación se presenta conceptos de dichos autores, en relación a los resultados obtenidos, para contrastarlos a manera de discusión teórica.

1. {Sobre la relevancia y validez de la información de base utilizada en el presente trabajo.} Toda la información que muestra las condiciones de deterioro del medio

ambiente y los recursos naturales, como consecuencia de la débil tutela por el Estado, proviene de fuentes oficiales. Por lo tanto se cumple con el criterio de Toulmin. Los datos son fidedignos y confiables.

2. {Posición ante la contaminación y la degradación ambiental.} La manera de enfrentar esta grave, difícil y peligrosa situación que afecta directamente la salud, bienestar, seguridad y viabilidad de la sociedad se encuentra en el marco normativo vigente, el cual tiene como su base la Carta Política, donde diversos artículos consagran y afirman derechos a las personas y habilitan y ordenan a los órganos del Estado a tomar medidas y acciones específicas. Así mismo, la Constitución provee las garantías de esos derechos mediante el Amparo, Habeas Data o la Acción de Cumplimiento. [vb3] La Acción Popular tiene una concepción limitada que no se aplica a la directa fiscalización ciudadana del cumplimiento de la legislación ambiental por los funcionarios, individuos o empresas. El órgano encargado de asegurar su cumplimiento es el Tribunal Constitucional. Luigi Ferrajoli nos habla de los Bienes Fundamentales como parte de una Carta de Bienes Fundamentales que incluyen a los elementos que hacen posible el goce efectivo de los Derechos Humanos.

3. {Ante la evidencia de la degradación del medioambiente y los recursos naturales, primero acudimos al derecho.} La base y estructura jurídica formal existente privilegia el cumplimiento de la ley, Lex especialis, ámbito administrativo y ámbito jurisdiccional.

Se ha definido al bien jurídico tutelado para configurar la protección del medioambiente y los recursos naturales por el estado. Además la doctrina reconoce la necesidad de la estabilidad del eco sistema.

A través de una lenta evolución, la ley, bajo el modelo del neo constitucionalismo, se contrasta y valora bajo estándares de protección integral de los Derechos Humanos.

Desde el modelo montesquiusiano, que promueve la separación y balance de poderes, la debilidad o indiferencia del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, ante la grave

amenaza del daño ambiental, ha propiciado que surja una suerte de activismo judicial ambiental, que busca afirmar el verdadero equilibrio de poderes con la presencia efectiva del poder judicial en hacer cumplir la legislación ambiental[772], para atender las demandas de la sociedad.

A nivel procesal se tiene el patrocinio de intereses difusos por medio de asociaciones y organizaciones no gubernamentales, que ofrece una vía a nivel legal para la defensa del bien común, pero que todavía débil y mediada por ONG´s.

4. {El sistema jurídico nacional, el ordenamiento vigente muestra un marco prometedor para la tutela del medioambiente y los recursos naturales, pero en la realidad nos encontramos con una arquitectura procesal que limita el acceso a la justicia ambiental}. La aplicación de la justicia por los órganos jurisdiccionales, con el propósito de resolver los conflictos, privilegia la aplicación de la ley basada en una visión de carácter individualista, pero ante los daños colectivos y meta individuales, característicos del daño ambiental nos planteamos la necesidad de reforzar los mecanismos procesales para avanzar hacía su plena protección.

Para el mejor y más profundo análisis de la problemática de la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado, se ha considerado de valor y utilidad mirar a la economía.

La primera mirada hacia la economía viene inspirada desde la posición de Adam Smith que nos informa que la economía tiene una explicación de las conductas en base a la lógica de lucro y eficiencia. Así, Adam Smith indica que hay una "mano invisible" que orienta y motiva a actuar a las personas racionales; por su parte Posner reconoce que 'el ser racional´ es ´maximizador´ de utilidades y Calabresi confirma que hay una lógica económica detrás del accionar humano. Se revisan también los postulados de la economía neoclásica que incluye a la escuela austriaca de von Mises y Hayek.

Se detectaron limitaciones en el manejo de las cuestiones ambientales, pues la economía neoclásica está centrada en operaciones de mercado, bajo una concepción de ciclo cerrado formado por el flujo de ahorro y consumo, sin tener en cuenta la realidad

[772] Cfr. Caso Matanzas Riachuelo presentado en el capítulo 6.

física, que involucra el intercambio de materiales y energías que hacen la realidad. Los residuos y contaminación que ingresan al ambiente, que llaman externalidades o fallas del mercado, son reales y causan daños a la sociedad.

Tanto la economía como el derecho, en su vertiente positivista, gozan de gran estabilidad y se han mantenido estáticos a los cambios y las dinámicas de la realidad ecológica que nos rodea.

Las relaciones económicas se desenvuelven y expresan en la realidad, que es el mundo físico, donde se dan los intercambios y relaciones de materia y energía. Todas las actividades consumen energías y materiales y a su vez generan residuos, ya sea en forma de calor o materiales, algunos de alta toxicidad. Con el afán de superar a la competencia en los mercados, las empresas buscan la forma de reducir costos, siendo el más común el de verter directamente al ambiente ya sea el aire, suelo o aguas como si fuera un gran basurero, los residuos o efluentes para su depuración. El ambiente natural tiene una capacidad de carga que no es ilimitada, no se puede rebasar los límites; de allí la necesidad del reciclaje

Claramente hay temas que no se tratan adecuadamente al interior de la economía neoclásica, que tiene un sesgo en favor del mercado que privilegia lo individual, coincide acá con la visión del derecho y no incorpora a la realidad física, falta algo. Allí aparece la economía ecológica, que ha profundizado en dichos temas.

Podolsoki y Geddes afirman que no se puede extraer más de la naturaleza, no se puede contaminar y usar el medioambiente como basurero inagotable…, coincide también Martínez Alier quien sostiene que hay un balance necesario que se debe de preservar.

Como nuestra preocupación está centrada en el medioambiente, es decir su calidad y estabilidad, asi como la protección de los recursos naturales por ser la fuente de los materiales y energía para satisfacer nuestras necesidades, acudimos a la ciencia que estudia esta materia, la ecología. Los ecologistas Daly, Noorgard, Lovelock nos alertan de los peligros de relajar y debilitar la protección y cuidado del medioambiente y los recursos naturales..

Es necesario tomar en cuenta los distintos aspectos de la economía neoclásica y de la economía ecológica pues al final los costos sociales se sienten y esto retrasa el

desarrollo y bienestar a la vez que contradicen los fines constitucionales, pues al final afecta negativamente la dignidad humana.

En el discurso jurídico se puede justificar acciones y conductas con falacias. Por esa razón se necesita una manera y técnica de análisis para entender el contenido y causalidades. Valoramos el método de la argumentación jurídica para encontrar la solución a problemas y situaciones. Según Atienza: "El razonamiento jurídico tiene que ser considerado, en términos generales, como un tipo de razonamiento práctico. El derecho, obviamente, tiene que ver con el comportamiento humano, es una técnica de control social, y el razonamiento que tiene lugar en las diversas instancias jurídicas está orientado hacia la acción y no hacia el conocimiento...".

Para Alexy: "…en los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de justificación de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas." La argumentación se preocupa principalmente de llegar a conclusiones a través del razonamiento lógico, es decir, afirmaciones basadas en premisas. La argumentación incluye el debate y la negociación, las cuales están dirigidas a alcanzar unas conclusiones de mutuo acuerdo aceptables. Dichas argumentaciones son de dos tipos: normativas y analíticas según que se orienten primariamente a la instauración normativa o a la eficacia.

Perelman propone en su Tratado de la argumentación, que: "El argumento de prestigio que se caracteriza con más claridad es el argumento jurídico, el cual utiliza actos o juicios de una persona o de un grupo de personas como el medio de prueba a favor de una tesis."

En el presente trabajo, Vaz Ferreira ha contribuido a esclarecer situaciones ambiguas desde su obra Lógica Viva, donde nos alerta a no tomar por contradictorio lo que no es contradictorio y no crear falsos dilemas o falsas oposiciones, por ser un tipo de falacia.

8.2 La tópica como forma encarar la solución del problema

El método tópico se conoce desde Aristóteles, luego de un largo periodos de olvido fue rescatado en la Edad Media para llegar a nuestros días a través de Theodor Viehweg.

El método tópico es utilizado en el derecho como una forma de encarar la solución de problemas, incluyendo al problema inverso[773]. Se parte desde el problema hacia la búsqueda de la solución. Se dice que la tópica está centrada en el problema, "… la teoría tópica se presenta como una 'teoría de la praxis' a los efectos de servir de vehículo para la plena toma de conciencia del tipo de procedimiento resolutivo del problemas que la Jurisprudencia encara"[774].

Un importante estudioso de la tópica, en su aplicación a la solución de problemas del derecho es Theodor Viehweg. García Amado se refiere a Viehweg: "Una aporía significa para Viehweg una cuestión acuciante e ineludible respecto de la que no se puede soslayar. Y es ese concreto problema el que desencadena un juego o intercambio de consideraciones que constituyen lo que apropiadamente se denomina 'tópica o arte de la invención'. Lo que la tópica pretende es dar orientaciones, indicaciones (winke) de cómo proceder en una tal situación, a fin de no quedar bloqueados sin remisión."[775]

La tópica de Viehweg nos ha ayudado a centrar nuestra mirada y enfocarla en la solución de problemas del derecho, como el caso entre manos, fortalecer la débil tutela de medioambiente y recursos naturales por el estado. En su obra Tópica y Jurisprudencia, Viehweg describe el modo de pensar tópico en el Derecho como una técnica de pensamiento caracterizada por orientarse al problema, de ahí que la defina como "técnica del pensamiento de problemas o del pensamiento problemático". El punto de arranque es un problema concreto, una situación de la vida real, un estado de cosas que configura, lo que Viehweg llama una "aporía", es decir una cuestión acuciante e ineludible, respecto de la que no está marcado un camino de salida, pero que no se puede soslayar. Y es esa cuestión la que desencadena un juego o intercambio

[773] *es un tipo de problemas en donde se parte de los datos y resultados y se busca una teoría que explique la relación* cfr. http://mariobunge.com.ar/articulos/problemas-directos-e-inversos
[774] García Amado, Juan. Teorías de la tópica jurídica. Madrid: Civitas 1988 pg. 103
[775] García Amado, Juan. Op. cit. pg. 75-76

de consideraciones que constituyen lo que propiamente se denomina "arte de la invención".

8.3 El razonamiento abductivo.

Se utilizado el razonamiento abductivo de Pierce para entender y hacer las conexiones entre los hechos reportados en informes oficiales y la constatación en la realidad a fin de desentrañar aspectos de la degradación y contaminación para llegar a la teoría que explique, y luego proponga soluciones al problema de la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales.

El razonamiento abductivo tiene como pretensión descubrir una explicación que sea apropiada para dar cuenta de los hechos y resultados que se constatan en la realidad, es decir una hipótesis explicativa. En este acápite se sigue al profesor Michael Hoffmann, de la Universidad de Bielfeld, Alemania, destacado estudioso de C.S. Peirce, la citas consignadas, están referidas a la publicación del profesor Hoffmann. Según Peirce: "… la abducción forma parte del proceso de probar los descubrimientos."[776] , es la "… posibilidad de alcanzar nuevas perspectivas, nuevos modos de percepción y nuevas hipótesis…"[777]

Para Peirce "abducción (…) consiste en examinar una masa de hechos y en permitir que hechos sugieran una teoría."[778] Añade, "… si las predicciones de la teoría se verifican, tenemos una confianza proporcionada en que los experimentos que aún no se han intentado confirmaran la teoría."[779]

Ante el cúmulo de evidencia y hechos presentados en el problema, se propone la mejor explicación que de manera plausible aclare y dé luces sobre la solución.

[776] Peirce CS, citado En: Hoffmann, Michael. ¿Hay una lógica en la abducción? Publicado digitalmente http://www.unav.es/gep/AN/Hoffmann.html pg. 2 visto 3 marzo 2014
[777] Peirce CS, citado En: Hoffmann, Michael. Op. Cit. pg. 7
[778] Hoffmann op cit pg. 2
[779] Hoffmann op cit pg. 2

A lo largo del presente trabajo de investigación se ha conocido y establecido la magnitud y extensión de los agravios al medioambiente y los recursos naturales, a partir de datos confiables proporcionados por las entidades públicas relevantes, entre las que destacan la Defensoría del Pueblo, Ministerio del Ambiente, Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Instituto Nacional de Estadística e Informática, Dirección General de Salud, Ministerio de Energía y Minas, entre otros. De los resultados observados y comprobados, se concluye que hay graves afectaciones y agravios al medioambiente, consecuentemente, la tutela ejercida por el Estado no ha sido, ni es eficaz.

Peirce señala "… hay una nueva relación específica entre la situación del razonamiento abductivo, el proceso de adivinar y encontrar una hipótesis prometedora."[780]

No hay evidencia que en la aplicación de la legislación ambiental vigente, se haya aplicado una perspectiva ius económica PIE, tal como se define en el presente trabajo.

Se puede afirmar: si se verifica R, es posible H

Ante los efectos económicos perversos, nefastos y negativos se necesitan otras formas de entender y estructurar la tutela del medioambiente por el Estado.

8.4 ¿De qué manera? Mediante la perspectiva ius económica PIE.

La PIE ofrece un cambio de perspectiva que busca enriquecer y complementar la actual visión del derecho, en nuestro caso, aplicado a la tutela del medioambiente y los recursos naturales. Se propone un giro copernicano que permita mirar la realidad incorporando las dimensiones ecológica y económica, es decir, teniendo en cuenta la motivación de lucro a corto plazo y el balance de energías y materiales, la acumulación

[780] Hoffmann op cit pg. 6

de residuos y contaminación, con la activa y efectiva participación ciudadana en un contexto de real balance democrático de poderes que supere la actual concepción, que la realidad deba acomodarse a la estructura normativa y legal.

La perspectiva ius económica no se queda en el crecimiento económico bruto, basado en la explotación intensa de recursos naturales renovables y no renovables, ya que esto trae como consecuencia alta conflictividad social, además de la grave degradación ambiental concomitante.

Hay un claro contenido y resultado económico, tanto en la forma o manera de regular mediante políticas públicas, como en los efectos que los daños y agravios ambientales producen a la sociedad en su conjunto. No se puede descartar el hecho que muchas de las medidas de política pública tienen un fuerte sesgo económico sectorial.

Las medidas que ofrece el Derecho, aislado del contexto ecológico, deja de lado también lo económico para centrarse en el cumplimiento de la ley y la aplicación de sanciones o medidas coercitivas. No se hace uso de la PIE, ya que se privilegia la aplicación de reglas y reglamentos.

8.5 ¿Cómo hacer para mejorar la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado?

La hipótesis de nuestro trabajo de investigación tiene incursa la pregunta ¿Cómo hacer para mejorar la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado? Para intentar responder a esa pregunta, llegamos por la vía de constatar en la realidad los resultados que muestran la débil y poca efectiva tutela del medio ambiente por el Estado. Como se postuló en la hipótesis: La tutela del medio ambiente por el Estado, es débil y poco efectiva porque adolece de una perspectiva ius económica. Esta proposición cumple con cualquier canon o medida con que se quiera caracterizar a una hipótesis válida.

La propuesta de respuesta que se decanta del análisis a profundidad, tanto del ámbito nacional como del contexto internacional y que recoge visiones y corrientes desarrolladas a lo largo del tiempo y nos lleva a postular dos medidas prácticas para adelantar la solución a la débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado: 1) el fortalecer la participación ciudadana; y 2) hacer exigible la responsabilidad de las autoridades elegidas o nombradas y

funcionarios por el cumplimiento de la legislación ambiental, que se proponen en base al análisis sustentado en la argumentación jurídica. Ambos medidas tienen una perspectiva ius económica que reconoce la influencia de factores económicos y busca soluciones basadas en la eficiencia y la lógica económica.

En la búsqueda de la solución más adecuada al problema de la débil tutela del medioambiente y recursos naturales por el Estado, se ha seguido el camino de la argumentación jurídica ya que esta opción permite "Imaginar nuevos y mejores métodos de argumentación para cualquier campo equivale a dar un gran paso adelante, no sólo en la lógica, sino en el propio campo sustantivo: las grandes innovaciones lógicas son parte integrante de las grandes innovaciones científicas, morales, políticas o jurídicas."[781] Para esto, "Debemos estudiar los modos de argumentar que han quedado establecidos en cualquier esfera, aceptándolos como hechos históricos; sabiendo que pueden ser superados, pero sólo como resultado de un avance revolucionario en nuestro método de pensamiento"[782]. Daría la impresión que "... se ha perdido la relación de la lógica con la argumentación práctica. Para restablecer esta relación es necesaria una reforma radical de la lógica. La exigencia de tal reforma radical no significa que la lógica tradicional carezca de valor. Ningún argumento la puede contradecir. La reforma es necesaria más bien porque la lógica tradicional no es suficiente para juzgar la fuerza y las debilidades de los argumentos no analíticos (materiales)."[783]

En este espacio de discusión también como “En todos los campos, con las aserciones se plantea la pretensión de que sean aceptadas. Si esta pretensión es puesta en duda, hay que fundamentarla. Esto se realiza aduciendo hechos como razones.” [784]

Cada uno de los diferentes tipos de razonamiento, que se emplea para la búsqueda de la verdad, tiene su espacio de aplicación. El razonamiento deductivo aplica una regla general para resolver el caso particular:

Regla general: "la contaminación degrada a los componentes del medioambiente”.
Caso: "El aire es componente del medioambiente".
Resultado: "la contaminación degrada al aire"

En la inducción desde un caso particular, que se aplica al problema a dilucidar, nos lleva a una regla general.

[781] Toulmin, Stephen. Los usos de la Argumentación. Barcelona: Península 2007 pg. 324
[782] Toulmin op. Cit. pg. 324
[783] Alexy, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: CEC 1997 pg. 96
[784] Alexy op. cit. pg. 96

Caso: "la contaminación del ambiente es causada por la minería".
Resultado: "los que están expuestos a la contaminación sufren enfermedades "
Regla general: "la contaminación es nociva para la salud de las personas".

Mientras que el razonamiento abductivo, es un tipo de razonamiento que a partir de la descripción de un hecho o fenómeno propone o llega a una hipótesis que lo explica, se le llama también conjetura[785]. Esa conjetura busca ser, a primera vista, la mejor explicación, o la más probable.

Aristóteles esbozó el razonamiento abductivo en sus **Primeros analíticos[786],** así en el libro II, Cap 25. explica la ´apagogé´, la que se ha traducido como abducción, la cual se diferencia de la inducción (epagogé) y de la deducción (apodeíxis). Según Aristóteles, los razonamientos abductivos son silogismos en donde las premisas sólo brindan cierto grado de probabilidad a la conclusión.

Para Peirce, la abducción es algo más que un silogismo: es una forma de razonamiento, junto a la deducción y la inducción.

Según la teoría de la abducción propuesta por Peirce, para entender un fenómeno se empieza con una regla que opera en forma de hipótesis y se considerar dentro de dicha regla el posible resultado como un caso particular. Comparándola con una deducción, en este tipo de razonamiento se obtiene una Conclusión « q» de una Premisa « p», mientras que el razonar abductivo consiste en explicar « q» mediante « p» considerando a « p» como hipótesis explicativa. De este modo la abducción es la operación lógica por la que surgen hipótesis novedosas.

En muchos casos las abducciones no son sino las conjeturas espontáneas de la razón. Para que esas hipótesis surjan se requiere el concurso de la imaginación y del instinto. La abducción es como un destello de comprensión, un saltar por encima de lo sabido; para la abducción es preciso dejar libre a la mente. Peirce habla en ese sentido del "musement", un momento más instintivo que racional en el que hay un flujo de ideas, hasta que de pronto se ilumina la sugerencia, según el mismo Peirce la "abducción es el primer paso del razonamiento científico"[787] ya que desde el inicio se efectúa una restricción de hipótesis aplicables a un fenómeno. Según ese filósofo estadounidense el pensar humano tiene tres

[785] Charles Sanders Peirce la llama una conjetura (*conietura*).

[786] *Cfr. Aristóteles. Tratados de Lógica. El Organon. México: Porrúa. 1982 (II, 25*)

[787] Pierce, (Collected papers 7.218) http://www.textlog.de/peirce_principles.html revisada 07 agosto 2013

posibilidades de crear inferencias o tres diversos modos de razonar: el deductivo, el inductivo y el abductivo.

Razonamiento abductivo:

Situación: "el Estado es débil en la tutela efectiva del medioambiente y los recursos naturales".
Resultado: "el medioambiente y los recursos naturales se degradan"
Explicación: "no se aplica la PIE que es útil y valiosa para mejorar la tutela del medioambiente y los recursos naturales ".

Representación esquemática de un **razonamiento abductivo**, como la mejor explicación:

[Hecho/efecto a explicar] A
[Hipótesis explicativa 1] B
[Regla 1] Si B entonces A
[Hipótesis explicativa] C
[Regla 2] Si C entonces A
[Nuevo hecho conocido] No-B
Se retira la Hipótesis explicativa 1
[Mejor explicación] C explica causalmente A

Así, si A: la tutela del medioambiente y recursos naturales por el Estado es débil e ineficaz, B: no hay recursos ni personal para realizar la tutela del medioambiente y los recursos naturales, C: la PIE reconoce los factores económicos priorizan el lucro e impulsan a obrar por la utilidad del corto plazo, dejando de lado el cuidado del medioambiente y los recursos naturales. Se verifica que No-B, si hay recursos y personal para realizar la tutela del medioambiente y los recursos naturales, entonces A la tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado es débil e ineficaz queda explicada por C: que los factores económicos priorizan el lucro e impulsan a obrar por la utilidad del corto plazo, dejando de lado el cuidado del medioambiente y los recursos naturales.

Capítulo 9 Conclusiones

1. La tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado tiene una faz visible que se verifica por un lado en los daños y efectos nocivos de la contaminación y degradación de las condiciones de vida y bienestar de las personas, y por otro, en el marco normativo, las instituciones y órganos del Estado encargados de la tutela, regulación y control de la aplicación de las normas y regulaciones del derecho ambiental, para asegurar la regulación social que proteja el medioambiente y los recursos naturales.

2. La tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado presenta de manera concurrente una faz no visible que constituyen las esferas económica y ecológica de la realidad. La lógica económica subyace a todas las actividades humanas y es la que motiva las conductas y la acción de las personas y grupos. Según el dictum de Adam Smith, es lo que mueve a "la mano invisible". Así, propiamente, en la esfera económica, están los deseos, motivaciones y conductas impulsadas por la lógica económica, mientras que en la esfera ecológica están las relaciones de materia y energía, que están reguladas y se rigen por las leyes naturales, aspectos centrales de la ecología y la economía ecológica.

3. La aplicación rígida de las normas y reglas del Derecho en la tutela del medioambiente y los recursos naturales deja de lado aspectos críticos de la realidad como son los factores económicos y ecológicos, por lo que no logra la efectividad pretendida. Según se ha verificado a lo largo del trabajo de investigación, la tutela del medio ambiente que ejerce el Estado, ha priorizado la tutela visible que ofrece el derecho, pero descuidando y dejando de lado otros aspectos, específicamente en lo que corresponde a las esferas económica y ecológica. El limitado entendimiento de las tres esferas indisolubles que

interactúan en la realidad: la jurídica, la económica y la ecológica en la tutela del medioambiente y recursos naturales, está en el centro de las razones y causas de la débil y pobre tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado.

4. La débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado se puede mejorar si se incluye, tiene en cuenta e incorpora la lógica económica y el entendimiento de las relaciones entre materia y energía que rigen la realidad del medioambiente y recursos naturales, que ofrece la perspectiva ius económica PIE.

5. La PIE, por ser de carácter multidisciplinario y aplicar una visión sistémica y razonamiento abductivo, reconoce los intereses y fuerzas económicas que motivan las acciones y conductas de los actores gubernamentales, empresariales y sociales. Se dan casos en que las acciones, motivadas económicamente, contaminan y degradan el medioambiente y los recursos naturales, en la búsqueda de satisfacer necesidades. A fin de lograr la deseada sostenibilidad, se debe de reconducir las acciones que contaminan y degradan el medioambiente y los recursos naturales hacia los fines y metas de sostenibilidad. La PIE ofrece un camino y opción práctica y viable para lograr, mejorar y alcanzar metas de sostenibilidad y bienestar esperadas por la norma ambiental.

6. Siendo la población directamente afectada por el daño ambiental, es importante y necesaria su efectiva participación, a través de mecanismos como la ***actio popularis***. Si bien el marco jurídico ambiental permite espacios de participación ciudadana, la configuración actual tiene una limitada eficacia, es costosa en tiempo y recursos y no logra obtener reales y efectivos resultados en la fiscalización de la aplicación de la legislación ambiental.

7. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la legislación ambiental, en razón de su rol en sostener la institucionalidad y gobernanza ambiental, habida cuenta de su posición de autoridad y disponibilidad de medios, deben hacer todo lo necesario para que esta sea efectiva y tenga el cumplimiento debido. Los citados funcionarios tienen a su disposición mayor información y recursos y están en mejor posición para hacer cumplir la legislación ambiental. Recae en ellos la carga de asegurar el eficaz cumplimiento por todos los administrados. Consideramos que es necesario ampliar y reforzar la imputación de la responsabilidad y sanciones por omisión del deber de función a los funcionarios para inducir un cambio de actitud y reducir las posibilidades de corrupción, y lograr así el aumento del desempeño en pro de la sociedad, eso es lo que se espera de la administración pública. Es necesaria la imputación de responsabilidad directa de los funcionarios encargados de hacer cumplir la legislación ambiental, por ser el Estado actor principal en la tutela del medioambiente y los recursos naturales. El ordenamiento ambiental en su configuración actual, reproduce y continúa con la escasa y débil responsabilidad de los funcionarios que no hacen cumplir la legislación ambiental.

8. Siendo la empresa un actor relevante cuyas acciones motivadas por el lucro pueden tener graves impactos sobre el medio ambiente y los recursos naturales con directa gravitación ambiental, social y económica, es necesario aggiornar la legislación penal para imputar a la persona jurídica, en cabeza de sus directivos y con el respaldo del patrimonio social, en casos de comprobados agravios al medio ambiente y los recursos naturales en contravención de la legislación penal vigente.

9. La Amazonia aporta los servicios eco sistémicos al mundo, pero el Estado y las instituciones nacionales no han logrado entender y reconocer el valor de dicho activo natural disponible y el potencial de ingresos por remuneración y compensación de lo que se aporta día a día al mundo entero, que supera en mucho a lo percibido por las industrias extractivas. Es necesario reconocer y buscar la compensación que beneficie a los pueblos originarios, colonos y habitantes y contribuya al bienestar general. Nuestros ecosistemas son la base y soporte del

bienestar presente y futuro, con frecuencia las normas de protección dejan este aspecto de lado por no saber ni entender sus efectos. Se verifica que no se ha valorizarlo adecuadamente los servicios eco sistémicos que se aportan día a día al mundo para poder recaudar la contraprestación económica. Se pierden vastos recursos materiales y económicos que son necesarios para desarrollarnos y crecer de manera sostenible.

10. La rápida y efectiva protección del goce de los derechos colectivos ante amenazas de su vulneración no está debidamente regulado en nuestro ordenamiento que privilegia los derechos individuales. Se verifica que el instituto de la *actio popularis*, de raigambre romana clásica y adoptada exitosamente por diferentes países de nuestra región constituye un útil y valioso mecanismo por el cual cualquier ciudadano de manera individual o en asociación, puede demandar ante la autoridad la tutela del bien común. Siendo los derechos protegidos de alto valor, su procedimiento que privilegia el derecho sustantivo, es rápido y no requiere mayores formalismos, salvando siempre el debido proceso, aun existiendo otras vías idóneas, ni agotar vías previas, como en el caso del amparo. La *actio popularis* protege derechos concretos mientras que el proceso de acción popular, de nuestro ordenamiento, tiene por finalidad defender la supremacía de la constitución de la infracción o vulneración causada a esta por normas infra-legales, reglamentarias o administrativas, es decir otorga una protección abstracta.

11. La educación, adecuada, focalizada y relevante, es un factor fundamental en promover cambios de conducta en la sociedad. Aquí también se incluye a los medios de comunicación social. Es necesario revalorar al medioambiente en la educación y políticas públicas, actualizado los planes de estudios para que incorporen temas sobre la importancia de la protección del medioambiente y los recursos naturales así como la participación de la sociedad en su cuidado y fiscalización.

12. En vastos espacios y biomas del territorio nacional se nota una clara ausencia del Estado, que dejadas las cosas al libre juego del mercado y la manipulación de la información, movilizan grandes fuerzas que buscan el lucro a corto plazo, sin importar todo el daño ambiental que puedan ocasionar. Para evitar incentivos económicos perversos y resultados contrarios a los esperados, es necesario revisar las políticas de corte paternalista que proporcionan bienes públicos sin costo a la sociedad, bajo un esquema populista, pues no reflejan su verdadero costo de mantenimiento y sostenibilidad para evitar su degradación y caer en la famosa "tragedia de los comunes". Hablar de incentivos económicos perversos IEP, es lo diametralmente opuesto a la PIE. Son las condiciones que permiten a los diferentes actores: contaminadores, depredadores, etc. por dolo o culpa, tomar decisiones motivados por la lógica económica, contrarías al mejor interés social o fines de la política ambiental, aprovechando, racionalmente hablando, vacíos y el débil o inexistente control del Estado, debido a la incapacidad y la corrupción.

13. Existen alternativas económicamente viables para salir del entrampamiento que conducen al círculo vicioso de contaminación ambiental y degradación de los recursos naturales, que el Estado debe de tener en cuenta. Por ejemplo, las políticas públicas que permiten el uso de tecnología obsoletas y contaminantes o priorizan la explotación irresponsable de bosques vírgenes y áreas de conservación de la biodiversidad para instalar plantaciones industriales. Consideramos que dichas políticas deben de revisarse para favorecer aquellas medidas, acciones y políticas que promuevan el desarrollo sustentable y que son de fácil implementación y de elevada eficiencia económica, ambiental y social como serían la protección del ecosistema mediante proyectos de ecoturismo, producción limpia, reciclaje, energías renovables, alimentación con productos nativos, transporte ferroviario, etc. que están a la mano.

14. Para los casos que se impongan sanciones pecuniarias, bajo el esquema prevalente de comando y control, es conveniente que los recursos generados por multas y otras sanciones económicas vayan a un fondo de reparación y recuperación

ambiental, para financiar la reparación y compensación directa a los afectados y comunidades y dejando una porción reducida para solventar los gastos administrativos, de gestión, capacitación y fiscalización de la entidad o entidades encargadas de la fiscalización. Reiteramos desde este trabajo, la preferencia por inducir y motivar conductas usando de manera proactiva la lógica económica y conveniencia del administrado, en favor de la multa, que en muchos casos deviene en impaga o ineficaz, por el uso generalizado del amparo y dilaciones que franquea la ley.

Capítulo 10 Recomendaciones

1. El Art. 3° constitucional[788] es una cláusula de números apertus que permite incorporar mecanismos de procedencia internacional para la protección de derechos, ya sean desde tratados adoptados por nuestro país como de otras fuentes, que contribuyan a fortalecer la protección de derechos humanos de manera progresiva. Así, para la mejor protección de nuestros derechos colectivos de carácter público que guarda relación con derechos humanos tutelados, se pueden considerar para ser incorporados a nuestro ordenamiento instrumentos y mecanismos consagrados a nivel constitucional del ámbito internacional que tengan la finalidad de proteger derechos humanos fundamentales.

2. Promover la reforma constitucional para otorgar la solidez y permanencia a normas, principios e institutos jurídicos que fortalezcan la tutela de medioambiente y los recursos naturales por el estado, así como el acceso a la justicia ambiental, incorporando medidas a través de los siguientes temas:
   a. Actio popularis, como una vía principal rápida y eficaz que brinde acceso a la justicia ambiental y contribuya a reducir la carga procesal, para la protección contra las amenazas al disfrute de bienes colectivos.
   b. Responsabilidad penal, administrativa y civil por daños al medioambiente de personas naturales y jurídicas, tanto públicas como privadas. Dada la importancia de prevenir y evitar el daño al medioambiente por el menoscabo a la vida, salud, integridad y dignidad de la persona, una norma ubicada al nivel constitucional sirve para aclarar y viabilizar su aplicación definiendo la

[788] Art. 3°- "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

prelación u orden de importancia y evitando caer en las restricciones del ne bis inidem.

c. La obligatoriedad de la restauración de los servicios eco sistémicos, con lo que se busca reconocer la importancia y valor del ecosistema como soporte de la vida y bienestar de la sociedad.

d. El deber del estado de asegurar la retribución y recaudación por los servicios eco sistémicos aportados por la amazonia y otros biomas nacionales, que sostienen el equilibrio del clima y procesos ambientales vitales de la región, a fin de asegurar la contraprestación económica que le corresponde a nuestro país para sostener nuestro desarrollo social y bienestar.

e. Aplicación racional y objetiva de las bases físicas del Balance de materiales y energías en la formulación de políticas públicas, a fin de asegurar el buen uso de los recursos naturales, patrimonio de la nación.

3. Reforma legal que actualice las materias existentes relacionadas con fortalecer la tutela del medioambiente y los recursos naturales. Será el legislador ordinario quien se encargue del desarrollo de los temas introducidos en la constitución vía la reforma planteada. Para esto se propone un paquete de iniciativas legislativas que actualicen y fortalezcan las áreas mencionadas ya que tienen incidencia directa con la tutela del medioambiente por el Estado. Se busca impulsar debates y discusión institucional y pública en la agenda nacional, para el desarrollo de proyectos de ley para las diferentes normas legales que se consideran desde este trabajo, que van a fortalecer la tutela del medio ambiente y los recursos naturales por el estado. Las normas que podrían ser incluidas en el debate nacional e institucional son:

   a. *Ley de* Actio popularis. Tiene por finalidad regular el acceso directo a la justicia ante la amenaza de violación de derechos colectivos por cualquier miembro de la sociedad, ya sea de manera individual o asociativa. El actual instituto jurídico de acción popular definido en el art. 200 constitucional y regulado en el código procesal constitucional art. 76 otorga la protección abstracta contra normas

infra legales, como reglamentos o disposiciones administrativas que vulneren a la constitución. Por su parte la actio popularis provee la protección concreta contra la amenaza del disfrute de bienes colectivos públicos, en efecto permite el acceso principal a la justicia ambiental de una manera rápida y afectiva a cualquier miembro de la sociedad, ante la amenaza al disfrute del bien común.

b. Ley de Responsabilidad penal, administrativa y civil por daños al medioambiente[789]. Esta norma tiene por finalidad desarrollar lo estipulado a nivel constitucional sobre la preferencia de aplicar el poder sancionador del estado ante los graves daños que representan para toda la sociedad el daño ambiental. Sirve para aclarar que no se incurra en el ne bis inidem por tratarse de ámbitos distintos y actuaciones y actores diferenciados, todo orientado a buscar el mejor trato y la mejor protección de un bien de altísimo valor como lo es el entorno de vida. Recordemos que el Principio de Non bis in ídem requiere la concurrencia de tres requisitos: a) Mismos hechos, b) mismos sujetos y c) mismos fundamentos, en el caso de daños al medioambiente estamos ante diferentes fundamentos y ámbitos de acción.

c. Ley de Restauración de los servicios eco sistémicos. Tiene la finalidad de regular la recuperación de zonas degradadas por la minería ilegal, cierre de explotación hidrocarburífera o minera, que han dejado de aportar los servicios eco-sistémicos debido a los daños causados por la contaminación. La remediación corre por cuenta del patrimonio de las empresas u operadores que han causado el daño al medioambiente.

d. Ley que dispone se diseñen y tomen acciones para la compensación monetaria por los servicios ecos sistémicos nacionales aportados a la región. Tiene la finalidad de asegurar el reconocimiento y valorización para nuestro país las contraprestaciones de los servicios eco- sistémicos aportados a la comunidad internacional como es la captación del principal gas de efecto invernadero, el

[789] Como se aprecia en el art. 45° de la constitución española (1978) o en el art. 225 de la constitución de Brasil (1988)

CO2, la necesaria evapotranspiración que genera las lluvias continentales, la protección del patrimonio genético mundial, etc.

e. Ley que regula el uso del balance de materiales y energías. Al igual que la constitución nacional valora la importancia de mantener el adecuado balance fiscal, para evitar el desbalance y consecuente crisis y degradación económica y fiscal, así también con la finalidad de asegurar el manejo racional dentro de las leyes físicas, por ejemplo el uso racional del agua de las napas freáticas, en base a una referencia objetiva, dada por la física y la termodinámica.

f. Ley que regula y fortalece la participación ciudadana para proteger el goce de los bienes colectivos, contra amenazas o su vulneración, basado en los citizen suits. Las citizen suits - demandas ciudadanas fueron desarrolladas en la Ley de Aire Limpio (Clean Air Act de 1970), vigentes en los EEUU, son un mecanismo procesal que permiten a cualquier persona demandar a otras personas, ya sean estas públicas o privadas por el incumplimiento de las normas ambientales. Así, cualquier persona puede demandar a las autoridades por el incumplimiento de deberes no discrecionales, o infracciones administrativas, respecto de la normatividad ambiental vigente. Su finalidad es la de tutelar de forma efectiva, los intereses colectivos ambientales al permitir que cualquier ciudadano, actuando como un verdadero fiscal, pueda exigir el cumplimiento de lo dispuesto en la legislación ambiental. Se ha comprobado su eficacia en los EEUU de América.

g. Ley para promover los incentivos por innovación y alternativas que favorezcan la protección del medioambiente y los recursos naturales. Siendo las razones y motivos económicos lo que al final guía la conducta humana.

h. Ley que precise los alcances de la responsabilidad de los funcionarios por acción / inacción u omisión ante daños al medioambiente. Los funcionarios públicos tienen el manejo de información y recursos, además de la autoridad que despliegan y cuota de poder discrecional para realizar su función, en un

estado de derecho y equilibrio de poderes y rendición de cuentas, el no realizar bien la función encomendada se vuelve el eslabón débil en la cadena de tutela. Esta podrá ser reforzada en la medida que se incorporen mecanismos de transparencia fiscalización ciudadana acompañadas de medidas sancionatorias cuando se encuentre inconductas, omisiones o inacción de los funcionarios evitando así una suerte de impunidad funcional.

i. Ley de Responsabilidad Ambiental. Esta norma tiene como pretensión armonizar, bajo la óptica de la gobernanza ambiental, todas las normas relevantes, modificándolas e introduciendo en ellas mecanismos de reparación, compensación y sanción económica. Permite modificar a la Ley General del Ambiente, la Ley General de residuos sólidos, la Ley de áreas naturales protegidas por el estado, la Ley Forestal, la Ley General de Recursos Hídricos, el Código Penal, la Ley General de Bienes Nacionales, Ley General de Minería y otros para orientar de manera coherente el accionar del estado para lograr el desarrollo sostenible.

   Se entiende que la Responsabilidad Ambiental compete en primer lugar al Estado pero compete también a toda la sociedad. Es necesario incluir a más actores sociales que con su conducta cotidiana, movidos por la lógica económica y dejando de lado la realidad ecológica contamina y degrada al medioambiente y los recursos naturales, actores sociales que incluyen a pescadores artesanales e industriales, agricultores y mineros. También se incluye a los gobiernos municipales que tienen la tarea de la gestión adecuada de los residuos sólidos y aguas servidas. Se considera también a las empresas, que podrán ser objeto de procedimientos administrativos y judiciales.

   A fin de asegurar la eficacia, la norma también debe de plantear reforzar la labor jurisdiccional, volviéndose más especializada, tanto desde la función fiscal con su correspondiente faz judicial, para el juzgamiento y solución de causas específicamente ambientales. Para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias, es conveniente que los recursos generados por multas vayan a un Fondo de Responsabilidad Ambiental para financiar la reparación y compensación de los daños causados, ya sea en predios o espacios de propiedad

pública, como de propiedad privada. Se logrará mayor transparencia y el apoyo social en la medida en que en las acciones de reparación participe de manera directa el municipio y las poblaciones afectadas. Los responsables del daño causado deben asumir los costos y pagar sin demoras.

4. Fortalecimiento de un sistema jurídico de defensa ambiental basado en fiscalías especializadas, juzgados y centros de conciliación. El limitado entendimiento de las esferas económica y ecológica, por parte de operadores jurisdiccionales, limita la eficaz aplicación de tutela del medioambiente y los recursos naturales.

5. Capacitación a los comunicadores en temas ambientales para que entiendan las relaciones entre la realidad económica con la realidad ecológica y contribuyan a cambios de conducta y hábitos de consumo en su rol de difundir información y contribuir en la formación de la opinión pública.

6. Actualización de planes de estudios a todo nivel, en particular en derecho y carreras afines, ya que hay una grave y urgente necesidad de incluir temas y conceptos que ayuden a la adecuada formación de los futuros profesionales que serán guardianes y promotores de tutela del medio ambiente y los recursos naturales. Es conveniente incluir materias que resalten el poder predictor de la economía, el balance de energías y materiales, la implicancia y efectos de las leyes naturales en configurar el medioambiente y la realidad física que nos rodea.

7. Difusión y socialización de la interrelación de las esferas ecológica y jurídica con la economía, para ayudar a fortalecer la formación de una verdadera conciencia y ciudadanía ambiental, y mejorar el entendimiento que nuestras acciones tienen impactos en el entorno de vida de todos.

8. Continuar la investigación en este tema, que incorpora la dimensión económica y ecológica al tratamiento de la tutela del medio ambiente por el derecho, asimismo la

difusión del enfoque multidisciplinario que incluye la abducción y la argumentación jurídica.

Bibliografía

Acquatella Jean. (2005). El papel conjunto de las autoridades fiscales y ambientales en la gestión ambiental en los países de América Latina y el Caribe. En: Acquatella Jean, Bárcena Alicia, Pólitica Fiscal y medio ambiente (26). Santiago: CEPAL.

Aguilera-Klink, F. (ed.). (comp.). (1995). Economía de los recursos naturales, un enfoque institucional. Textos de S.V. Ciriacy-Wantrup y K.W. Kapp. Madrid: Argentaria.

Aixala Pasto, J.. (1999). Los razgos estructurales. In Economía de la Unión Europea (Galduf, Josep María, 160). Madrid: Civitas.

Aixala Pasto, J.. (Economía de la Unión Europea). (1999). Los rasgos estructurales (Jordán Galduf, Josep María). Madrid: Civitas.

Alexy, R.. (Book). (1997). Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: CEC. (Centro de estudios constitucionales)

Aparici Miralles, A.. (Book). (2011). Deontología Jurídica. Bogotá: Ibáñez.

Argandoña, A.. (2003). Sobre sistemas de gestión ética, social y medioambiental en las empresas.. In Argandoña, Antonio, Papeles de Ética, Economía y Dirección Comunicaciones presentadas en la XI Conferencia Anual de Ética, economía y dirección (8, 65). Barcelona: Ética, economía y dirección.

Aristóteles. (book). (2008). Retorica (Quintín Racionero). Madrid: Gredos.

Atienza Rodríguez, M.. (Book). (2006). El Derecho como argumentación. Barcelona: Ariel.

Atienza Rodríguez, M.. (Book). Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas..

Atienza Rodríguez, M.. (Book). (1986). Sobre la analogía en el Derecho.. Madrid: Cuadernos Civitas.

Atienza Rodríguez, M. y., Juan Antonio. (Book). (2012). Un debate sobre la ponderación. Lima: Palestra.

Azcueta Oyarzan, D.. (1994). Valorización económica de la calidad ambiental. Madrid: Mc Graw-Hill.

Barberan, R. y., Pilar. (Economía de la Unión Europea). (1999). Las políticas del medioambiente y de los consumidores. (Jordán Galduf, Josep María). Madrid: Civitas.

Barberan, R. y.. (1999). Las políticas del medioambiente y de los consumidores. In Economía de la Unión Europea (414). Madrid: Civitas.

Bardhan, P. K. (ed.). (comp.). (2006). Descentralization and local governance in developing countries: a comparative perspective. Cambridge MA: MIT Press.

Becker, G.. (book). (1990). The economics approach to human behaviour. Chicago: UC press.

Bermejo, R.. (2000). Acerca de dos visiones antagónicas de la sostenibilidad. En: Barcena Iñaki, Ibarra Pedro, Zubiaga Mario, Desarrollo sostenible: un concepto polémico (87). Bilbao: EUSKAL-UPV.

Bix, B.. (2003). Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho. DOXA (26), 609-634.

Bobbio, N.. (book). (1989). Gobierno y sociedad. México: FCE.

Bobbio, N.. (book). (1992). Teoría general del derecho. Bogotá: Temis.

Buchanan, J.. (book). (1973). La hacienda pública en un proceso democrático. Madrid: Aguilar.

Bujosa Vadell, L.. (1995). La Protección Jurisdiccional de los intereses de Grupo. Barcelona: José Maria Bosh S.A.

Bullard Gonzalez, Alfredo. Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales / pról. de Fernando de Trazegnies. Lima: Palestra, 2006

Bunge, M.. (book). (1985). Economía y filosofía. Madrid: Tecnos.

Bunge, M.. (book). (1997). La causalidad. Bs As: Sudamericana.

Bunge, M.. (oct 2000). El derecho como técnica de control y reforma. Isonomía (13), 121-137.

Cano, G.. (1978). Derecho, política y administración ambientales. Buenos Aires: Depalma.

Capelletti, M.. (1993). La Protección de los Intereses Colectivos o Difusos. In Instituto de Investigaciones Jurídicas, XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal México: UNAM.

Caro Coria, D. C.. (book). (1999). Derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación. Lima: Horizonte.

Cifuentes López Marisela y Cifuentes López Saúl. (2002). El derecho constitucional a un medio ambiente adecuado en México. In Cifuentes López Saúl, Ruiz- Ríos Ruiz Gerardo y Besares Escobar, Marco, Protección jurídica al ambiente (30). México DF: Porrúa.

Common, M. y., Sigrid. (2008). Introducción a la Economía Ecológica. Madrid: Reverté.

Cooter Robert, U. T.. (Trad. Eduardo Suárez). (1998). Derecho y Economía. México DF: FCE.

Cossio Diaz, J. R.. (book). (1997). Derecho y análisis económico. México: FCE.

Daly E. Herman. (1996). Beyond growth. Boston: Beacon.

Dobb, M.. (1972). El cálculo económico en una economía socialista. Barcelona: Ariel.

Dobb, M.. (book). (1979). Ensayo sobre crecimiento económico y planificación. Madrid: Tecnos.

Domingo Gómez Orea. (2a. ed.). (1994). Evaluación de Impacto Ambiental. Madrid: Agrícola.

Drier, R.. (book). (1994). Derecho y justicia. Bogotá: Temis.

Driesen, D. M.. (Book). (2003). The economic dynamics of environmental law. Cambridge: MIT Press.

Dworkin, R.. (book). (1988). El imperio de la justicia. Barcelona: Gedisa.

Dworkin, R.. (Book). (1995). Los derechos en serio. Barcelona: Ariel.

Ferrajoli, L.. (book). (2011). Derecho y Razón. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L.. (Book). (2006). Garantismo. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L.. (Book). (2011). Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Madrid: Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, E.. (book). (2003). Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos. México: Porrúa.

Field, B. y., Martha. (Book). (2003). Economía ambiental. Madrid: Mc Graw Hill.

Galbraith, K.. (book). (2012). Introducción a la economía: una guía para todos (o casi). Barcelona: Critica.

Galduf Jordán, J. M. (coord.). (book). (1999). Economía de la Unión Europea. Madrid: Civitas.

García Maynez, E.. (book). (1984). Ensayos filosóficos-jurídicos 1934-1979. México: FCE.

García Maynez, E.. (book). (2004). Introducción al estudio del derecho 56a ed.. México: Porrúa.

Geddes, P.. (1995). Un análisis de los principios de la economía. In Los principios de la economía ecológica (48). Madrid: Argentaria.

Georgescu-Roegen, N.. (1978). De la ciencia económica a la bioeconomía. Revue d´´ Economie Politique, May - June 1978(3), 12.

Georgescu-Roegen, N.. (Book). (1976). Energy and Economic Miths. New York: Pergamon.

Georgescu-Roegen, N.. (Book). (1971). The entropy law and economic process. Cambridge: HU Press.

Gonzalez Nieves, I. C.. (Book). (2008). Análisis económico del medioambiente. Bs As: Heliasta.

Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Cabiedes, P.. (book). (1999). Intereses difusos. Navarra: Aranzadi.

Hahn, R.. (1989). "Where Did All the Markets Go? An Analysis of EPA's Emissions Trading Program." Yale Journal on Regulation, 6(1), 53-109.

Hanley Nick, S. C.. (1993). Cost-benefit Analysis and the Environment. Hants: Edward Elgar.

Hernández Martínez, M. d. (1997). Mecanismos de Tutela de Intereses Difusos y Colectivos.. México: IIJ UNAM.

Hoyos Castañeda, I.. (Book). (2005). De la dignidad y de los derechos humanos: introducción al pensar analógico. Bogotá: Themis.

Hunt David, J. C.. (Trad. María Quintana de la Pedraja). (1999). Environmental Management Systems. Principles and practice. Bogotá: Mc Graw-Hill.

Ibáñez Jiménez, J. W.. (Book). (2011). Análisis económico del derecho. Método. investigación y práctica jurídica. Barcelona: Bosch.

Jacobo, A.. (2001). El medioambiente como propiedad: Los permisos transables. Momento Económico, Julio-Agosto (116), 32-40.

Jaquenod de Zsogon, S. (book). (1991). El derecho ambiental y sus principios rectores. Madrid: Dykinson.

Jaria i Manzano, J. (Book). (2011). La cuestión ambiental y la transformación de lo público. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jiménez Herrero, L. (1997). Desarrollo Sostenible y economía ecológica. Madrid: Síntesis.

Jiménez, F. (2008). Reglas y Sostenibilidad de la Política Fiscal-Lecciones de la experiencia peruana. Lima: PUCP-Fondo editorial.

Kant, I. (Book). (1988). Lecciones de ética. Barcelona: Crítica.

Kant, I. (book). (1963). El conflicto de facultades. Buenos Aires: Losada.

Karl-Werner Brand. (2000). Del debate sobre desarrollo sostenible a las políticas medioambientales. En: Bárcena Iñaki, Ibarra Pedro, Zubiaga Mario, Desarrollo sostenible: un concepto polémico (166). Bilbao: EUSKAL-UPV.

Kaufmann, M. (book). (1993)¿Derecho sin reglas? México: Fontamara.

Kelsen, H. (Nov. 1994). La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional. Ius et Veritas, Año 5, (No. 9), 17 y ss.

Klug, U. (Book). (1990). Lógica Jurídica. Bogotá: Temis.

Klug, U. (book). (1961). Lógica jurídica. Caracas: UCV. Publicaciones Vol. XXV.

Klug, U. (book). (1966). Problemas de la filosofía del derecho. Buenos Aires: Sur.

Klug, U. (book). (1996). Problemas de la filosofía y la pragmática del derecho. Mexico: Fontamara.

Leite, C. (book). (1999). Does mote nature corrupt? natural resources, corruption and economic growth. Washington DC: IMF.

López Ramón, F. (2011). El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, 2011-2(20), 13-28.

Lovelock, J. (book). (2011). La tierra se agota. Barcelona: Planeta.

Lozano-Higuero y Pinto, M. (book). (1983). La protección procesal de los intereses difusos. Madrid: Rufino Garcia.

Maino, C. A. (2004). La argumentación como camino y para la búsqueda de la verdad en la historia de occidente y en nuestros días. In Puy Muñoz, Francisco y Portella, Jorge Guillermo, La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación Santiago de Campostella: Universidad de Santiago de Campostella.

Malpartida Castillo, Victor (Book). (1996). Introducción al derecho Económico. Lima: UNMSM.

Martinez Alier, J. (Book). (2004). Las relaciones entre la ecología política y la economía ecológica. Barcelona: Icaria.

Martinez Alier, J. (ed.). (compilation). (1995). Los principios de la economía ecológica (Textos de P. Geddes, S.A. Podolinsky y F. Soddy). Madrid: Fundación Argentaria.

Martinez Alier, J. y., Jordi. (Book). (2001). Economía, ecología y política ambiental (2da ed.). Mexico: FCE.

Martinez Alier, J. y., Klaus. (1991). La ecología y la economía. México DF: Fondo de cultura económica.

Martinez Zorrilla, M. (book). (2010). Metodología jurídica y argumentación. Madrid: Marcial Pons.

Mateo, R. M. (1985). Derecho público de la economía. Madrid: CEURA.

Mercier, J. (Book). (1997). Downstream and upstream ecologists.. Wesport: Praeger.

Montejano, B. (Notas curso). (2002). Curso de Derecho Natural. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

Montoya Alberti, U. (1966). El Derecho Económico. Lima: UNMSM.

Morello, A. M. (1999). La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino. Argentina: Librería Editora Platense.

Myrdal, G. (Essay). (1980). Contra la corriente. Ensayos críticos sobre economía.. Barcelona: Ariel.

Naredo, J. M. (book). (2010). Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Madrid: Siglo XXI.

Nordhaus, W. (book). (1994). managing the global commons. Cambridge: MIT Press.

Ost, F. (1993). Sobre la ciencia del Derecho. Ius et praxis PUCP, enero-diciembre 1993 (N° 21-22), 104.

Ostrom, E. (book). (2000). El gobierno de los bienes comunes: la evolución de las instituciones de acción colectiva. México: FCE.

Pasco della Porta, M. (Book). (2008). La otra cara de la justicia. Desestructuración normativa y sentido de lo justo en la sociedad peruana. Lima: ANR.

Pastor Santos (1984). Una introducción al análisis económico del derecho. EN: Hacienda Pública Española. N° 89..

Pastorino, L. F. (2005). El daño al ambiente. Buenos Aires: Lexis-Nexis.

Pearce, & David W. y R. Kerry Turner. (book). (1995). Economía de los recursos naturales y del medioambiente. Madrid: Celeste.

C. S. Peirce (1965). Collected Papers of Charles Sanders Peirce, 8 vols., C. Hartshorne, P. Weiss y A. Burks, eds., Harvard University Press, Cambridge, MA, 1936-58. (En adelante, CP seguido de número de volumen y parágrafo y año).

Peirce, C. S. (Book). (1968). Escritos lógicos. Madrid: Alianza Editorial.

Peña Chacón, M. (2012). El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense. Revista judicial, junio 2012(104), 122-157.

Peñalver i Cabré, A.. (ene-abril 2007). Nuevos instrumentos para la aplicación de la legislación ambiental ante la inactividad administrativa. Revista de Administración Pública (172), 439-485.

Pisciotti Cubillos, D. (Book). (2001). Los derechos de tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección (acción popular}. Bogotá: UEC.

PNUD. (2011). In PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 2011- Sostenibilidad y Seguridad. Un mejor futuro para todos. NY: PNUD.

Podolinsky, S. A.. (1995). El trabajo del ser humano y su relación con la distribución de la energía. In Los principios de la economía ecológica (65). Madrid: Fundación Argentaria.

Polinsky, Mitchell. (1985). Introducción al Análisis Económico del Derecho. Barcelona: Ariel.

Ponte Iglesias, M. T.. (1989). La Contaminación Fluvial: Cuestiones de Responsabilidad Internacional. Santiago de Campostela: Minerva.

Posner, R. (Trad.). (1998). El análisis económico del derecho. México DF: Fondo de cultura económica.

Prust, J. (2002). Impuestos ambientales en países en desarrollo. In Cifuentes López Saúl, Ruiz-Rios, Gerardo y Besares Escobar, Marco, Protección jurídica al ambiente (93). México DF: Porruá.

Putnam, H. (book). (1999). El Pragmatismo. Barcelona: Gedisa.

Putnam, H. (Book). (1997). La herencia del pragmatismo. Barcelona: Paidos.

Radbruch, G. (Trad.). (1965). Introducción a la filosofía del derecho. México DF: Fondo de cultura económica.

Redclift, M. (2000). El desarrollo sostenible: necesidades, valores y derechos. En: Barcena Iñaki, Ibarra Pedro, Zubiaga Mario, Desarrollo sostenible: un concepto polémico (17). Bilbao: EUSKAL-UPV.

Alberto L. Ruíz Ojeda. Villar Palasí, pionero del análisis económico del derecho público. (Sus artículos de los años 50 en la RAP) En: Contribuciones a la Economía, revista electrónica, Abril 2010 http://www.eumed.net/ce/2010-a.htm revisada 12 septiembre 2013

Santamaria de la Vega, R. (1972). Manual de Derecho económico. Santiago: Encina.

Sen, A. (trad. Verónica Wienstabl y Servanda María de Hagen). (2007). Identidad y violencia. Buenos Aires: Katz.

Sen, A. (Trad. Hernando Valencia Villa). (2009). La idea de justicia. Madrid: Taurus.

Sen, A. y Bernardo Kliksberg. (2007). Primero la gente. Barcelona: Deusto.

Shaefer, Hans-Bernd. (1991) Manual del análisis económico del derecho civil. Madrid: Technos

Sharon Beder. (April 2009). The Corporate Agenda for Environmental Property Rights. In NZ Centre for Environmental Law, Property Rights and Sustainability Auckland: NZ Centre for Environmental Law Conference 2008.

Shiva, V. (book). (1991). Abrazar la vida: mujer, ecología y supervivencia. Montevideo: Tercer Mundo.

Shiva, V. (book). (2003). Cosecha robada. Barcelona: Paidos.

Sierralta Ríos, A. (1996). Introducción a la juseconomía. Lima: PUCP Fondo Editorial.

Soddy, F. (1996). Economía cartesiana: La influencia de la ciencia la ciencia física en la administración del Estado. In Los principios de la economía ecológica (145). Madrid: Argentaria.

Stern, N. (book). (2007). The economics of climate change. Cambridge: Cambridge U press.

Stern, N. (book). (2009). The global deal. New York: Perseus.

Tietenberg, T. H. (1990). Economic Instruments for Environmental Regulation. OXFORD REVIEW OF ECONOMIC POLICY, 6(1), 19- 33.

Torres López, Juan. (1987) Análisis económico del derecho. Madrid: Technos

Trazegnies Granda, Fernando de (1995). La responsabilidad extracontractual (Arts.1969 - 1988). Lima: Fondo Editorial PUCP 2v

Ureta Guerra, J. (book). (2012). Técnicas de Argumentación jurídica. Lima: Ediciones legales.

Vallespin Oña, F. (book). (1985). Nuevas teorías del Contrato social: John Rawls, Robert Nozcic y James Buchanan. Madrid: Alianza.

Vaz Ferreira, C. (Book). (1962). Lógica viva. Buenos Aires: Losada.

Veblen, T. (book). (1963). Teoría de la clase ociosa. México: FCE.

Vegas Torres, J. P.. (1991). Medio Ambiente. Problemática Internacional. Lima: Academia diplomática.

Viehweg, T. (book). (1964). Tópica y jurisprudencia. Madrid: Taurus.

von Mises, L.. (book). (1968). La acción humana. Madrid: SOPEC.

von Mises, L.. (book). (2010). Nación, Estado y Economía. Madrid: Unión.

von Wright, G. H.. (1970). Norma y acción. Una investigación lógica.. Madrid: Technos.

Walton, Douglas N. (2004). Adbuctive Reasoning. Tuscaloosa: University of Alabama Press

Witker, Jorge. Derecho económico en el siglo XX. EN: Derecho y Globalización. Pg. 931 http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/114/23.pdf revisada 16 setiembre 2013

Zagrebelsky, G. (book). (2008). El derecho dúctil. Madrid: Trotta.

LEY N° 28611

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;
Ha dado la Ley siguiente:

LEY GENERAL DEL AMBIENTE

TÍTULO PRELIMINAR
DERECHOS Y PRINCIPIOS

Artículo I.- Del derecho y deber fundamental
Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida; y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.

Artículo II.- Del derecho de acceso a la información
Toda persona tiene el derecho a acceder adecuada y oportunamente a la información pública sobre las políticas, normas, medidas, obras y actividades que pudieran afectar, directa o indirectamente el ambiente, sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento.
Toda persona está obligada a proporcionar adecuada y oportunamente a las autoridades la información que éstas requieran para una efectiva gestión ambiental, conforme a Ley.

Artículo III.- Del derecho a la participación en la gestión ambiental
Toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. El Estado concerta con la sociedad civil las decisiones y acciones de la gestión ambiental.

Artículo IV.- Del derecho de acceso a la justicia ambiental
Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.
Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia.

Artículo V.- Del principio de sostenibilidad
La gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la presente Ley, se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

Artículo VI.- Del principio de prevención
La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.

Artículo VII.- Del principio precautorio
Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

Artículo VIII.- Del principio de internalización de costos
Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente.
El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.

Artículo IX.- Del principio de responsabilidad ambiental
El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

Artículo X.- Del principio de equidad
El diseño y la aplicación de las políticas públicas ambientales deben contribuir a erradicar la pobreza y reducir las inequidades sociales y económicas existentes; y al desarrollo económico sostenible de las poblaciones menos favorecidas. En tal sentido, el Estado podrá adoptar, entre otras, políticas o programas de acción afirmativas, entendidas como el conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas, en un aspecto o varios de su vida social o económica, a fin de alcanzar la equidad efectiva.

Artículo XI.- Del principio de gobernanza ambiental
El diseño y aplicación de las políticas públicas ambientales se rigen por el principio de gobernanza ambiental, que conduce a la armonización de las políticas, instituciones, normas, procedimientos, herramientas e información de manera tal que sea posible la participación efectiva e integrada de los actores públicos y privados, en la toma de decisiones, manejo de conflictos y

construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades claramente definidas, seguridad jurídica y transparencia.

TÍTULO I
POLÍTICA NACIONAL DEL AMBIENTE Y GESTIÓN AMBIENTAL

CAPÍTULO 1
ASPECTOS GENERALES

Artículo 1°.- Del objetivo

La presente Ley es la norma ordenadora del marco normativo legal para la gestión ambiental en el Perú. Establece los principios y normas básicas para asegurar el efectivo ejercicio del derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, así como el cumplimiento del deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de la población y lograr el desarrollo sostenible del país.

Artículo 2°.- Del ámbito

2.1 Las disposiciones contenidas en la presente Ley, así como en sus normas complementarias y reglamentarias son de obligatorio cumplimiento para toda persona natural o jurídica, pública o privada, dentro del territorio nacional, el cual comprende el suelo, subsuelo, el dominio marítimo, lacustre, hidrológico e hidrogeológico y el espacio aéreo.

2.2 La presente Ley regula las acciones destinadas a la protección del ambiente que deben adoptarse en el desarrollo de todas las actividades humanas. La regulación de las actividades productivas y el aprovechamiento de los recursos naturales se rigen por sus respectivas leyes, debiendo aplicarse la presente Ley en lo que concierne a las políticas, normas e instrumentos de gestión ambiental.

2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes”, comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

Artículo 3°.- Del rol del Estado en materia ambiental

El Estado, a través de sus entidades y órganos correspondientes, diseña y aplica las políticas, normas, instrumentos, incentivos y sanciones que sean necesarios para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades contenidos en la presente Ley.

Artículo 4°.- De la tributación y el ambiente

El diseño del marco tributario nacional considera los objetivos de la Política Nacional Ambiental, promoviendo particularmente, conductas ambientalmente

responsables, modalidades de producción y consumo responsable de bienes y servicios, la conservación, aprovechamiento sostenible y recuperación de los recursos naturales, así como el desarrollo y uso de tecnologías apropiadas y de prácticas de producción limpia en general.

Artículo 5°.- Del Patrimonio de la Nación
Los recursos naturales constituyen Patrimonio de la Nación. Su protección y conservación pueden ser invocadas como causa de necesidad pública, conforme a ley.

Artículo 6°.- De las limitaciones al ejercicio de derechos
El ejercicio de los derechos de propiedad y a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo del ambiente.

Artículo 7°.- Del carácter de orden público de las normas ambientales

7.1 Las normas ambientales, incluyendo las normas en materia de salud ambiental y de conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales son de orden público. Es nulo todo pacto en contra de lo establecido en dichas normas legales.
7.2 El diseño, aplicación, interpretación e integración de las normas señaladas en el párrafo anterior, de carácter nacional, regional y local, se realizan siguiendo los principios, lineamientos y normas contenidas en la presente Ley y, en forma subsidiaria, en los principios generales del derecho.

CAPÍTULO 2
POLÍTICA NACIONAL DEL AMBIENTE

Artículo 8°.- De la Política Nacional del Ambiente

8.1 La Política Nacional del Ambiente constituye el conjunto de lineamientos, objetivos, estrategias, metas, programas e instrumentos de carácter público, que tiene como propósito definir y orientar el accionar de las entidades del gobierno nacional, regional y local; y del sector privado y de la sociedad civil, en materia ambiental.
8.2 Las políticas y normas ambientales de carácter nacional, sectorial, regional y local se diseñan y aplican de conformidad con lo establecido en la Política Nacional del Ambiente y deben guardar concordancia entre sí.
8.3 La Política Nacional del Ambiente es parte integrante del proceso estratégico de desarrollo del país. Es aprobada por Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros. Es de obligatorio cumplimiento.

Artículo 9°.- Del objetivo
La Política Nacional del Ambiente tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la

prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Artículo 10°.- De la vinculación con otras políticas públicas
Las políticas de Estado integran las políticas ambientales con las demás políticas públicas. En tal sentido, los procesos de planificación, decisión y ejecución de políticas públicas en todos los niveles de gobierno, incluyendo las sectoriales, incorporan obligatoriamente los lineamientos de la Política Nacional del Ambiente.

Artículo 11°.- De los lineamientos ambientales básicos de las políticas públicas
Sin perjuicio del contenido específico de la Política Nacional del Ambiente, el diseño y aplicación de las políticas públicas consideran los siguientes lineamientos:

a. El respeto de la dignidad humana y la mejora continua de la calidad de vida de la población, asegurando una protección adecuada de la salud de las personas.
b. La prevención de riesgos y daños ambientales, así como la prevención y el control de la contaminación ambiental, principalmente en las fuentes emisoras. En particular, la promoción del desarrollo y uso de tecnologías, métodos, procesos y prácticas de producción, comercialización y disposición final más limpias.
c. El aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, incluyendo la conservación de la diversidad biológica, a través de la protección y recuperación de los ecosistemas, las especies y su patrimonio genético. Ninguna consideración o circunstancia puede legitimar o excusar acciones que pudieran amenazar o generar riesgo de extinción de cualquier especie, subespecie o variedad de flora o fauna.
d. El desarrollo sostenible de las zonas urbanas y rurales, incluyendo la conservación de las áreas agrícolas periurbanas y la prestación ambientalmente sostenible de los servicios públicos, así como la conservación de los patrones culturales, conocimientos y estilos de vida de las comunidades tradicionales y los pueblos indígenas.
e. La promoción efectiva de la educación ambiental y de una ciudadanía ambiental responsable, en todos los niveles, ámbitos educativos y zonas del territorio nacional.
f. El fortalecimiento de la gestión ambiental, por lo cual debe dotarse a las autoridades de recursos, atributos y condiciones adecuados para el ejercicio de sus funciones. Las autoridades ejercen sus funciones conforme al carácter transversal de la gestión ambiental, tomando en cuenta que las cuestiones y problemas ambientales deben ser considerados y asumidos integral e intersectorialmente y al más alto nivel, sin eximirse de tomar en consideración o de prestar su concurso a la protección del ambiente incluyendo la conservación de los recursos naturales.

g. La articulación e integración de las políticas y planes de lucha contra la pobreza, asuntos comerciales, tributarios y de competitividad del país con los objetivos de la protección ambiental y el desarrollo sostenible.
h. La información científica, que es fundamental para la toma de decisiones en materia ambiental.
i. El desarrollo de toda actividad empresarial debe efectuarse teniendo en cuenta la implementación de políticas de gestión ambiental y de responsabilidad social.

Artículo 12°.- De la política exterior en materia ambiental

Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución Política, en la legislación vigente y en las políticas nacionales, la Política Exterior del Estado en materia ambiental se rige por los siguientes lineamientos:

a. La promoción y defensa de los intereses del Estado, en armonía con la Política Nacional Ambiental, los principios establecidos en la presente Ley y las demás normas sobre la materia.
b. La generación de decisiones multilaterales para la adecuada implementación de los mecanismos identificados en los acuerdos internacionales ambientales ratificados por el Perú.
c. El respeto a la soberanía de los Estados sobre sus respectivos territorios para conservar, administrar, poner en valor y aprovechar sosteniblemente sus propios recursos naturales y el patrimonio cultural asociado, así como para definir sus niveles de protección ambiental y las medidas más apropiadas para asegurar la efectiva aplicación de su legislación ambiental.
d. La consolidación del reconocimiento internacional del Perú como país de origen y centro de diversidad genética.
e. La promoción de estrategias y acciones internacionales que aseguren un adecuado acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales respetando el procedimiento del consentimiento fundamentado previo y autorización de uso; las disposiciones legales sobre patentabilidad de productos relacionados a su uso, en especial en lo que respecta al certificado de origen y de legal procedencia; y, asegurando la distribución equitativa de los beneficios.
f. La realización del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas de los estados y de los demás principios contenidos en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
g. La búsqueda de soluciones a los problemas ambientales globales, regionales y subregionales mediante negociaciones internacionales destinadas a movilizar recursos externos, promover el desarrollo del capital social, el desarrollo del conocimiento, la facilitación de la transferencia tecnológica y el fomento de la competitividad, el comercio y los econegocios, para alcanzar el desarrollo sostenible de los estados.
h. La cooperación internacional destinada al manejo sostenible de los recursos naturales y a mantener las condiciones de los ecosistemas y del ambiente a nivel transfronterizo y más allá de las zonas donde el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional. Los recursos naturales transfronterizos se rigen por los

tratados sobre la materia o en su defecto por la legislación especial. El Estado promueve la gestión integrada de estos recursos y la realización de alianzas estratégicas en tanto supongan el mejoramiento de las condiciones de sostenibilidad y el respeto de las normas ambientales nacionales.

i. Cooperar en la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica marina en zonas más allá de los límites de la jurisdicción nacional, conforme al derecho internacional.
j. El establecimiento, desarrollo y promoción del derecho internacional ambiental.

CAPÍTULO 3
GESTIÓN AMBIENTAL

Artículo 13°.- Del concepto

13.1 La gestión ambiental es un proceso permanente y continuo, constituido por el conjunto estructurado de principios, normas técnicas, procesos y actividades, orientado a administrar los intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad de vida y el desarrollo integral de la población, el desarrollo de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país.

13.2 La gestión ambiental se rige por los principios establecidos en la presente Ley y en las leyes y otras normas sobre la materia.

Artículo 14°.- Del Sistema Nacional de Gestión Ambiental

14.1 El Sistema Nacional de Gestión Ambiental tiene a su cargo la integración funcional y territorial de la política, normas e instrumentos de gestión, así como las funciones públicas y relaciones de coordinación de las instituciones del Estado y de la sociedad civil, en materia ambiental.

14.2 El Sistema Nacional de Gestión Ambiental se constituye sobre la base de las instituciones estatales, órganos y oficinas de los distintos ministerios, organismos públicos descentralizados e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local que ejercen competencias y funciones sobre el ambiente y los recursos naturales; así como por los Sistemas Regionales y Locales de Gestión Ambiental, contando con la participación del sector privado y la sociedad civil.

14.3 La Autoridad Ambiental Nacional es el ente rector del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

Artículo 15°.- De los sistemas de gestión ambiental

El Sistema Nacional de Gestión Ambiental integra los sistemas de gestión pública en materia ambiental, tales como los sistemas sectoriales, regionales y locales de gestión ambiental; así como otros sistemas específicos relacionados con la aplicación de instrumentos de gestión ambiental.

Artículo 16°.- De los instrumentos

16.1 Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.

16.2 Constituyen medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario, para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el país.

Artículo 17°.- De los tipos de instrumentos

17.1 Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente Ley.

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.

17.3 El Estado debe asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental.

Artículo 18°.- Del cumplimiento de los instrumentos

En el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental se incorporan los mecanismos para asegurar su cumplimiento incluyendo, entre otros, los plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos.

Artículo 19°.- De la planificación y del ordenamiento territorial ambiental

19.1 La planificación sobre el uso del territorio es un proceso de anticipación y toma de decisiones relacionadas con las acciones futuras en el territorio, el cual incluye los instrumentos, criterios y aspectos para su ordenamiento ambiental.

19.2 El ordenamiento territorial ambiental es un instrumento que forma parte de la política de ordenamiento territorial. Es un proceso técnico-político orientado a la definición de criterios e indicadores ambientales que condicionan la asignación de usos territoriales y la ocupación ordenada del territorio.

<u>Artículo 20°.-</u> De los objetivos de la planificación y el ordenamiento territorial

La planificación y el ordenamiento territorial tienen por finalidad complementar la planificación económica, social y ambiental con la dimensión territorial, racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su conservación y aprovechamiento sostenible. Tiene los siguientes objetivos:

a. Orientar la formulación, aprobación y aplicación de políticas nacionales, sectoriales, regionales y locales en materia de gestión ambiental y uso sostenible de los recursos naturales y la ocupación ordenada del territorio, en concordancia con las características y potencialidades de los ecosistemas, la conservación del ambiente, la preservación del patrimonio cultural y el bienestar de la población.
b. Apoyar el fortalecimiento de capacidades de las autoridades correspondientes para conducir la gestión de los espacios y los recursos naturales de su jurisdicción, promoviendo la participación ciudadana y fortaleciendo a las organizaciones de la sociedad civil involucradas en dicha tarea.
c. Proveer información técnica y el marco referencial para la toma de decisiones sobre la ocupación del territorio y el aprovechamiento de los recursos naturales; así como orientar, promover y potenciar la inversión pública y privada; sobre la base del principio de sostenibilidad.
d. Contribuir a consolidar e impulsar los procesos de concertación entre el Estado y los diferentes actores económicos y sociales, sobre la ocupación y el uso adecuado del territorio y el aprovechamiento de los recursos naturales, previniendo conflictos ambientales.
e. Promover la protección, recuperación y/o rehabilitación de los ecosistemas degradados y frágiles.
f. Fomentar el desarrollo de tecnologías limpias y responsabilidad social.

<u>Artículo 21°.-</u> De la asignación de usos

La asignación de usos se basa en la evaluación de las potencialidades y limitaciones del territorio utilizando, entre otros, criterios físicos, biológicos, ambientales, sociales, económicos y culturales, mediante el proceso de zonificación ecológica y económica. Dichos instrumentos constituyen procesos dinámicos y flexibles y están sujetos a la Política Nacional Ambiental.

<u>Artículo 22°.-</u> Del ordenamiento territorial ambiental y la descentralización

22.1 El ordenamiento territorial ambiental es un objetivo de la descentralización en materia de gestión ambiental. En el proceso de descentralización se prioriza la incorporación de la dimensión ambiental en el ordenamiento territorial de las regiones y en las áreas de jurisdicción local, como parte de sus respectivas estrategias de desarrollo sostenible.

22.2 El Poder Ejecutivo, a propuesta de la Autoridad Ambiental Nacional y en coordinación con los niveles descentralizados de gobierno, establece la política nacional en materia de ordenamiento territorial

ambiental, la cual constituye referente obligatorio de las políticas públicas en todos los niveles de gobierno.

22.3 Los gobiernos regionales y locales coordinan sus políticas de ordenamiento territorial, entre sí y con el gobierno nacional, considerando las propuestas que al respecto formule la sociedad civil.

Artículo 23°.- Del ordenamiento urbano y rural

23.1 Corresponde a los gobiernos locales, en el marco de sus funciones y atribuciones, promover, formular y ejecutar planes de ordenamiento urbano y rural, en concordancia con la Política Nacional Ambiental y con las normas urbanísticas nacionales, considerando el crecimiento planificado de las ciudades, así como los diversos usos del espacio de jurisdicción, de conformidad con la legislación vigente, los que son evaluados bajo criterios socioeconómicos y ambientales.

23.2 Los gobiernos locales deben evitar que actividades o usos incompatibles, por razones ambientales, se desarrollen dentro de una misma zona o en zonas colindantes dentro de sus jurisdicciones. También deben asegurar la preservación y la ampliación de las áreas verdes urbanas y periurbanas de que dispone la población.

23.3 Las instalaciones destinadas a la fabricación, procesamiento o almacenamiento de sustancias químicas peligrosas o explosivas deben ubicarse en zonas industriales, conforme a los criterios de la zonificación aprobada por los gobiernos locales.

Artículo 24°.- Del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental

24.1 Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

24.2 Los proyectos o actividades que no están comprendidos en el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, deben desarrollarse de conformidad con las normas de protección ambiental específicas de la materia.

Artículo 25°.- De los Estudios de Impacto Ambiental

Los Estudios de Impacto Ambiental – EIA, son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad. La ley de la materia señala los demás requisitos que deban contener los EIA.

Artículo 26°.- De los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental

26.1 La autoridad ambiental competente puede establecer y aprobar Programas de Adecuación y Manejo Ambiental – PAMA, para facilitar la adecuación de una actividad económica a obligaciones ambientales nuevas, debiendo asegurar su debido cumplimiento en plazos que establezcan las respectivas normas, a través de objetivos de desempeño ambiental explícitos, metas y un cronograma de avance de cumplimiento, así como las medidas de prevención, control, mitigación, recuperación y eventual compensación que corresponda. Los informes sustentatorios de la definición de plazos y medidas de adecuación, los informes de seguimiento y avances en el cumplimiento del PAMA, tienen carácter público y deben estar a disposición de cualquier persona interesada.

26.2 El incumplimiento de las acciones definidas en los PAMA, sea durante su vigencia o al final de éste, se sanciona administrativamente, independientemente de las sanciones civiles o penales a que haya lugar.

Artículo 27°.- De los planes de cierre de actividades

Los titulares de todas las actividades económicas deben garantizar que al cierre de actividades o instalaciones no subsistan impactos ambientales negativos de carácter significativo, debiendo considerar tal aspecto al diseñar y aplicar los instrumentos de gestión ambiental que les correspondan de conformidad con el marco legal vigente. La Autoridad Ambiental Nacional, en coordinación con las autoridades ambientales sectoriales, establece disposiciones específicas sobre el cierre, abandono, post-cierre y post-abandono de actividades o instalaciones, incluyendo el contenido de los respectivos planes y las condiciones que garanticen su adecuada aplicación.

Artículo 28°.- De la Declaratoria de Emergencia Ambiental

En caso de ocurrencia de algún daño ambiental súbito y significativo ocasionado por causas naturales o tecnológicas, el CONAM, en coordinación con el Instituto Nacional de Defensa Civil y el Ministerio de Salud u otras entidades con competencia ambiental, debe declarar la Emergencia Ambiental y establecer planes especiales en el marco de esta Declaratoria. Por ley y su reglamento se regula el procedimiento y la declaratoria de dicha Emergencia.

Artículo 29°.- De las normas transitorias de calidad ambiental de carácter especial

La Autoridad Ambiental Nacional en coordinación con las autoridades competentes, puede dictar normas ambientales transitorias de aplicación específica en zonas ambientalmente críticas o afectadas por desastres, con el propósito de contribuir a su recuperación o superar las situaciones de emergencia. Su establecimiento, no excluye la aprobación de otras normas, parámetros, guías o directrices, orientados a prevenir el deterioro ambiental, proteger la salud o la conservación de los recursos naturales y la diversidad biológica y no altera la vigencia de los ECA y LMP que sean aplicables.

Artículo 30°.- De los planes de descontaminación y el tratamiento de pasivos ambientales

30.1 Los planes de descontaminación y de tratamiento de pasivos ambientales están dirigidos a remediar impactos ambientales originados por uno o varios proyectos de inversión o actividades, pasados o presentes. El Plan debe considerar su financiamiento y las responsabilidades que correspondan a los titulares de las actividades contaminantes, incluyendo la compensación por los daños generados, bajo el principio de responsabilidad ambiental.

30.2 Las entidades con competencias ambientales promueven y establecen planes de descontaminación y recuperación de ambientes degradados. La Autoridad Ambiental Nacional establece los criterios para la elaboración de dichos planes.

30.3 La Autoridad Ambiental Nacional, en coordinación con la Autoridad de Salud, puede proponer al Poder Ejecutivo el establecimiento y regulación de un sistema de derechos especiales que permita restringir las emisiones globales al nivel de las normas de calidad ambiental. El referido sistema debe tener en cuenta:

a) Los tipos de fuentes de emisiones existentes;
b) Los contaminantes específicos;
c) Los instrumentos y medios de asignación de cuotas;
d) Las medidas de monitoreo; y
e) La fiscalización del sistema y las sanciones que correspondan.

<u>Artículo 31°.-</u> Del Estándar de Calidad Ambiental

31.1 El Estándar de Calidad Ambiental – ECA, es la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos.

31.2 El ECA es obligatorio en el diseño de las normas legales y las políticas públicas. Es un referente obligatorio en el diseño y aplicación de todos los instrumentos de gestión ambiental.

31.3 No se otorga la certificación ambiental establecida mediante la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, cuando el respectivo EIA concluye que la implementación de la actividad implicaría el incumplimiento de algún Estándar de Calidad Ambiental. Los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental también deben considerar los Estándares de Calidad Ambiental al momento de establecer los compromisos respectivos.

31.4 Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá hacer uso de los estándares nacionales de calidad ambiental, con el objeto de sancionar bajo forma alguna a personas jurídicas o naturales, a menos que se demuestre que existe causalidad entre su actuación y la transgresión de dichos estándares. Las sanciones deben basarse en el incumplimiento de obligaciones a cargo de las personas naturales o jurídicas, incluyendo las contenidas en los instrumentos de gestión ambiental.

<u>Artículo 32°.-</u> Del Límite Máximo Permisible

32.1 El Límite Máximo Permisible – LMP, es la medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por la respectiva autoridad competente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos.

32.2 El LMP guarda coherencia entre el nivel de protección ambiental establecido para una fuente determinada y los niveles generales que se establecen en los ECA. La implementación de estos instrumentos debe asegurar que no se exceda la capacidad de carga de los ecosistemas, de acuerdo con las normas sobre la materia.

Artículo 33°.- De la elaboración de ECA y LMP

33.1 La Autoridad Ambiental Nacional dirige el proceso de elaboración y revisión de ECA y LMP y, en coordinación con los sectores correspondientes, elabora o encarga, las propuestas de ECA y LMP, los que serán remitidos a la Presidencia del Consejo de Ministros para su aprobación mediante Decreto Supremo.

33.2 La Autoridad Ambiental Nacional, en el proceso de elaboración de los ECA, LMP y otros estándares o parámetros para el control y la protección ambiental debe tomar en cuenta los establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o de las entidades de nivel internacional especializadas en cada uno de los temas ambientales.

33.3 La Autoridad Ambiental Nacional, en coordinación con los sectores correspondientes, dispondrá la aprobación y registrará la aplicación de estándares internacionales o de nivel internacional en los casos que no existan ECA o LMP equivalentes aprobados en el país.

33.4 En el proceso de revisión de los parámetros de contaminación ambiental, con la finalidad de determinar nuevos niveles de calidad, se aplica el principio de la gradualidad, permitiendo ajustes progresivos a dichos niveles para las actividades en curso.

Artículo 34°.- De los planes de prevención y de mejoramiento de la calidad ambiental

La Autoridad Ambiental Nacional coordina con las autoridades competentes, la formulación, ejecución y evaluación de los planes destinados a la mejora de la calidad ambiental o la prevención de daños irreversibles en zonas vulnerables o en las que se sobrepasen los ECA, y vigila según sea el caso, su fiel cumplimiento. Con tal fin puede dictar medidas cautelares que aseguren la aplicación de los señalados planes, o establecer sanciones ante el incumplimiento de una acción prevista en ellos, salvo que dicha acción constituya una infracción a la legislación ambiental que debe ser resuelta por otra autoridad de acuerdo a ley.

Artículo 35°.- Del Sistema Nacional de Información Ambiental

35.1 El Sistema Nacional de Información Ambiental – SINIA, constituye una red de integración tecnológica, institucional y técnica para facilitar la sistematización, acceso y distribución de la información ambiental, así como el uso e intercambio de información para los procesos de toma de decisiones y de la gestión ambiental.

35.2 La Autoridad Ambiental Nacional administra el SINIA. A su solicitud, o de conformidad con lo establecido en las normas legales vigentes, las instituciones públicas generadoras de información, de nivel nacional, regional y local, están obligadas a brindarle la información relevante para el SINIA, sin perjuicio de la información que está protegida por normas especiales.

Artículo 36°.- De los instrumentos económicos

36.1 Constituyen instrumentos económicos aquellos basados en mecanismos propios del mercado que buscan incentivar o desincentivar determinadas conductas con el fin de promover el cumplimiento de los objetivos de política ambiental.

36.2 Conforme al marco normativo presupuestal y tributario del Estado, las entidades públicas de nivel nacional, sectorial, regional y local en el ejercicio y ámbito de sus respectivas funciones, incorporan instrumentos económicos, incluyendo los de carácter tributario, a fin de incentivar prácticas ambientalmente adecuadas y el cumplimiento de los objetivos de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales.

36.3 El diseño de los instrumentos económicos propician el logro de niveles de desempeño ambiental más exigentes que los establecidos en las normas ambientales.

Artículo 37°.- De las medidas de promoción

Las entidades públicas establecen medidas para promover el debido cumplimiento de las normas ambientales y mejores niveles de desempeño ambiental, en forma complementaria a los instrumentos económicos o de sanción que establezcan, como actividades de capacitación, difusión y sensibilización ciudadana, la publicación de promedios de desempeño ambiental, los reconocimientos públicos y la asignación de puntajes especiales en licitaciones públicas a los proveedores ambientalmente más responsables.

Artículo 38°.- Del financiamiento de la gestión ambiental

El Poder Ejecutivo establece los lineamientos para el financiamiento de la gestión ambiental del sector público. Sin perjuicio de asignar recursos públicos, el Poder Ejecutivo debe buscar, entre otras medidas, promover el acceso a los mecanismos de financiamiento internacional, los recursos de la cooperación internacional y las fuentes destinadas a cumplir con los objetivos de la política ambiental y de la Agenda Ambiental Nacional, aprobada de conformidad con la legislación vigente.

Artículo 39°.- De la información sobre el gasto e inversión ambiental del Estado

El Ministerio de Economía y Finanzas informa acerca del gasto y la inversión en la ejecución de programas y proyectos públicos en materia ambiental. Dicha

información se incluye anualmente en el Informe Nacional del Estado del Ambiente.

Artículo 40°.- Del rol del sector privado en el financiamiento
El sector privado contribuye al financiamiento de la gestión ambiental sobre la base de principios de internalización de costos y de responsabilidad ambiental, sin perjuicio de otras acciones que emprendan en el marco de sus políticas de responsabilidad social, así como de otras contribuciones de carácter voluntario.

CAPÍTULO 4
ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Artículo 41°.- Del acceso a la información ambiental
Conforme al derecho de acceder adecuada y oportunamente a la información pública sobre el ambiente, sus componentes y sus implicancias en la salud, toda entidad pública, así como las personas jurídicas sujetas al régimen privado que presten servicios públicos, facilitan el acceso a dicha información, a quien lo solicite, sin distinción de ninguna índole, con sujeción exclusivamente a lo dispuesto en la legislación vigente.

Artículo 42°.- De la obligación de informar
Las entidades públicas con competencias ambientales y las personas jurídicas que presten servicios públicos, conforme a lo señalado en el artículo precedente, tienen las siguientes obligaciones en materia de acceso a la información ambiental:

a. Establecer mecanismos para la generación, organización y sistematización de la información ambiental relativa a los sectores, áreas o actividades a su cargo.
b. Facilitar el acceso directo a la información ambiental que se les requiera y que se encuentre en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias para cautelar el normal desarrollo de sus actividades y siempre que no se esté incurso en excepciones legales al acceso de la información.
c. Establecer criterios o medidas para validar o asegurar la calidad e idoneidad de la información ambiental que poseen.
d. Difundir la información gratuita sobre las actividades del Estado y en particular, la relativa a su organización, funciones, fines, competencias, organigrama, dependencias, horarios de atención y procedimientos administrativos a su cargo, entre otros.
e. Eliminar las exigencias, cobros indebidos y requisitos de forma que obstaculicen, limiten o impidan el eficaz acceso a la información ambiental.
f. Rendir cuenta acerca de las solicitudes de acceso a la información recibidas y de la atención brindada.
g. Entregar a la Autoridad Ambiental Nacional la información que ésta le solicite, por considerarla necesaria para la gestión ambiental. La solicitud será remitida por escrito y deberá ser respondida en un plazo

no mayor de 15 días, pudiendo la Autoridad Ambiental Nacional ampliar dicho plazo de oficio o a solicitud de parte.

Artículo 43°.- De la información sobre denuncias presentadas

43.1 Toda persona tiene derecho a conocer el estado de las denuncias que presente ante cualquier entidad pública respecto de riesgos o daños al ambiente y sus demás componentes, en especial aquellos vinculados a daños o riesgos a la salud de las personas.

43.2 En caso de que la denuncia haya sido trasladada a otra autoridad, en razón de las funciones y atribuciones legalmente establecidas, se debe dar cuenta inmediata de tal hecho al denunciante.

Artículo 44°.- De la incorporación de información al SINIA

Los informes y documentos resultantes de las actividades científicas, técnicas y de monitoreo de la calidad del ambiente y de sus componentes, así como los que se generen en el ejercicio de las funciones ambientales que ejercen las entidades públicas, deben ser incorporados al SINIA, a fin de facilitar su acceso para las entidades públicas y privadas, en el marco de las normas y limitaciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública.

Artículo 45°.- De las estadísticas ambientales y cuentas nacionales

El Estado incluye en las estadísticas nacionales, información sobre el estado del ambiente y sus componentes. Asimismo, debe incluir en las cuentas nacionales el valor del Patrimonio Natural de la Nación y la degradación de la calidad del ambiente, informando periódicamente a través de la Autoridad Ambiental Nacional acerca de los incrementos y decrementos que lo afecten.

Artículo 46°.- De la participación ciudadana

Toda persona natural o jurídica, en forma individual o colectiva, puede presentar opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones u aportes, en los procesos de toma de decisiones de la gestión ambiental y en las políticas y acciones que incidan sobre ella, así como en su posterior ejecución, seguimiento y control. El derecho a la participación ciudadana se ejerce en forma responsable.

Artículo 47°.- Del deber de participación responsable

47.1 Toda persona, natural o jurídica, tiene el deber de participar responsablemente en la gestión ambiental, actuando con buena fe, transparencia y veracidad conforme a las reglas y procedimientos de los mecanismos formales de participación establecidos y a las disposiciones de la presente Ley y las demás normas vigentes.

47.2 Constituyen trasgresión a las disposiciones legales sobre participación ciudadana toda acción o medida que tomen las autoridades o los ciudadanos, que impida u obstaculice el inicio, desarrollo o término de un proceso de participación ciudadana. En ningún caso constituirá trasgresión a las normas de participación ciudadana la presentación

pacífica de aportes, puntos de vista o documentos pertinentes y ajustados a los fines o materias objeto de la participación ciudadana.

<u>Artículo 48°.-</u> De los mecanismos de participación ciudadana

48.1 Las autoridades públicas establecen mecanismos formales para facilitar la efectiva participación ciudadana en la gestión ambiental y promueven su desarrollo y uso por las personas naturales o jurídicas relacionadas, interesadas o involucradas con un proceso particular de toma de decisiones en materia ambiental o en su ejecución, seguimiento y control; asimismo promueven, de acuerdo a sus posibilidades, la generación de capacidades en las organizaciones dedicadas a la defensa y protección del ambiente y los recursos naturales, así como alentar su participación en la gestión ambiental.

48.2 La Autoridad Ambiental Nacional establece los lineamientos para el diseño de mecanismos de participación ciudadana ambiental, que incluyen consultas y audiencias públicas, encuestas de opinión, apertura de buzones de sugerencias, publicación de proyectos normativos, grupos técnicos y mesas de concertación, entre otros.

<u>Artículo 49°.-</u> De las exigencias específicas

Las entidades públicas promueven mecanismos de participación de las personas naturales y jurídicas en la gestión ambiental estableciendo, en particular, mecanismos de participación ciudadana en los siguientes procesos:

a. Elaboración y difusión de la información ambiental.
b. Diseño y aplicación de políticas, normas e instrumentos de la gestión ambiental, así como de los planes, programas y agendas ambientales.
c. Evaluación y ejecución de proyectos de inversión pública y privada, así como de proyectos de manejo de los recursos naturales.
d. Seguimiento, control y monitoreo ambiental, incluyendo las denuncias por infracciones a la legislación ambiental o por amenazas o violación a los derechos ambientales.

<u>Artículo 50°.-</u> De los deberes del Estado en materia de participación ciudadana

Las entidades públicas tienen las siguientes obligaciones en materia de participación ciudadana:

a. Promover el acceso oportuno a la información relacionada con las materias objeto de la participación ciudadana.
b. Capacitar, facilitar asesoramiento y promover la activa participación de las entidades dedicadas a la defensa y protección del ambiente y la población organizada, en la gestión ambiental.
c. Establecer mecanismos de participación ciudadana para cada proceso de involucramiento de las personas naturales y jurídicas en la gestión ambiental.
d. Eliminar las exigencias y requisitos de forma que obstaculicen, limiten o impidan la eficaz participación de las personas naturales o jurídicas en la gestión ambiental.

e. Velar por que cualquier persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna índole, pueda acceder a los mecanismos de participación ciudadana.
f. Rendir cuenta acerca de los mecanismos, procesos y solicitudes de participación ciudadana, en las materias a su cargo.

Artículo 51°.- De los criterios a seguir en los procedimientos de participación ciudadana

Sin perjuicio de las normas nacionales, sectoriales, regionales o locales que se establezca, en todo proceso de participación ciudadana se deben seguir los siguientes criterios:

a. La autoridad competente pone a disposición del público interesado, principalmente en los lugares de mayor afectación por las decisiones a tomarse, la información y documentos pertinentes, con una anticipación razonable, en formato sencillo y claro; y en medios adecuados. En el caso de las autoridades de nivel nacional, la información es colocada a disposición del público en la sede de las direcciones regionales y en la municipalidad provincial más próxima al lugar indicado en el literal precedente. Igualmente, la información debe ser accesible mediante Internet.
b. La autoridad competente convoca públicamente a los procesos de participación ciudadana, a través de medios que faciliten el conocimiento de dicha convocatoria, principalmente a la población probablemente interesada.
c. Cuando la decisión a adoptarse se sustente en la revisión o aprobación de documentos o estudios de cualquier tipo y si su complejidad lo justifica, la autoridad competente debe facilitar, por cuenta del promotor de la decisión o proyecto, versiones simplificadas a los interesados.
d. La autoridad competente debe promover la participación de todos los sectores sociales probablemente interesados en las materias objeto del proceso de participación ciudadana, así como la participación de los servidores públicos con funciones, atribuciones o responsabilidades relacionadas con dichas materias.
e. Cuando en las zonas involucradas con las materias objeto de la consulta habiten poblaciones que practican mayoritariamente idiomas distintos al castellano, la autoridad competente garantiza que se provean los medios que faciliten su comprensión y participación.
f. Las audiencias públicas se realizan, al menos, en la zona donde se desarrollará el proyecto de inversión, el plan, programa o en donde se ejecutarán las medidas materia de la participación ciudadana, procurando que el lugar elegido sea aquel que permita la mayor participación de los potenciales afectados.
g. Los procesos de participación ciudadana son debidamente documentados y registrados, siendo de conocimiento público toda información generada o entregada como parte de dichos procesos, salvo las excepciones establecidas en la legislación vigente.
h. Cuando las observaciones o recomendaciones que sean formuladas como consecuencia de los mecanismos de participación ciudadana no

sean tomados en cuenta, se debe informar y fundamentar la razón de ello, por escrito, a quienes las hayan formulado.

TÍTULO II
DE LOS SUJETOS DE LA GESTIÓN AMBIENTAL

CAPÍTULO 1
ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

Artículo 52°.- De las competencias ambientales del Estado

Las competencias ambientales del Estado son ejercidas por organismos constitucionalmente autónomos, autoridades del gobierno nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales; de conformidad con la Constitución y las leyes que definen sus respectivos ámbitos de actuación, funciones y atribuciones, en el marco del carácter unitario del Estado. El diseño de las políticas y normas ambientales de carácter nacional es una función exclusiva del gobierno nacional.

Artículo 53°.- De los roles de carácter transectorial

53.1 Las entidades que ejercen funciones en materia de salud ambiental, protección de recursos naturales renovables, calidad de las aguas, aire o suelos y otros aspectos de carácter transectorial ejercen funciones de vigilancia, establecimiento de criterios y de ser necesario, expedición de opinión técnica previa, para evitar los riesgos y daños de carácter ambiental que comprometan la protección de los bienes bajo su responsabilidad. La obligatoriedad de dicha opinión técnica previa se establece mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y regulada por la Autoridad Ambiental Nacional.

53.2 Las autoridades indicadas en el párrafo anterior deben evaluar periódicamente las políticas, normas y resoluciones emitidas por las entidades públicas de nivel sectorial, regional y local, a fin de determinar su consistencia con sus políticas y normas de protección de los bienes bajo su responsabilidad, caso contrario deben reportar sus hallazgos a la Autoridad Ambiental Nacional, a las autoridades involucradas y a la Contraloría General de la República; para que cada una de ellas ejerza sus funciones conforme a ley.

53.3 Toda autoridad pública de nivel nacional, regional y local debe responder a los requerimientos que formulen las entidades señaladas en el primer párrafo de este artículo, bajo responsabilidad.

Artículo 54°.- De los conflictos de competencia

54.1 Cuando en un caso particular, dos o más entidades públicas se atribuyan funciones ambientales de carácter normativo, fiscalizador o sancionador sobre una misma actividad, le corresponde a la Autoridad Ambiental Nacional a través de su Tribunal de Solución de Controversias Ambientales, determinar cuál de ellas debe actuar como la autoridad competente. La resolución de la Autoridad Ambiental

Nacional es de observancia obligatoria y agota la vía administrativa. Esta disposición es aplicable en caso de conflicto entre:

a) Dos o más entidades del Poder Ejecutivo.
b) Una o más de una entidad del Poder Ejecutivo y uno o más gobiernos regionales o gobiernos locales.
c) Uno o más gobiernos regionales o gobiernos locales.

54.2 La Autoridad Ambiental Nacional es competente siempre que la función o atribución específica en conflicto no haya sido asignada directamente por la Constitución o por sus respectivas Leyes Orgánicas, en cuyo caso la controversia la resuelve el Tribunal Constitucional.

Artículo 55°.- De las deficiencias en la asignación de atribuciones ambientales

La Autoridad Ambiental Nacional ejerce funciones coordinadoras y normativas, de fiscalización y sancionadoras, para corregir vacíos, superposición o deficiencias en el ejercicio de funciones y atribuciones ambientales nacionales, sectoriales, regionales y locales en materia ambiental.

CAPÍTULO 2
AUTORIDADES PÚBLICAS

Artículo 56°.- De la Autoridad Ambiental Nacional

El Consejo Nacional del Ambiente – CONAM es la Autoridad Ambiental Nacional y ente rector del Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Sus funciones y atribuciones específicas se establecen por ley y se desarrollan en su Reglamento de Organización y Funciones.

Artículo 57°.- Del alcance de las disposiciones transectoriales

En el ejercicio de sus funciones, la Autoridad Ambiental Nacional establece disposiciones de alcance transectorial sobre la gestión del ambiente y sus componentes, sin perjuicio de las funciones específicas a cargo de las autoridades sectoriales, regionales y locales competentes.

Artículo 58°.- Del ejercicio sectorial de las funciones ambientales

58.1 Los ministerios y sus respectivos organismos públicos descentralizados, así como los organismos regulatorios o de fiscalización, ejercen funciones y atribuciones ambientales sobre las actividades y materias señaladas en la ley.

58.2 Las autoridades sectoriales con competencia ambiental, coordinan y consultan entre sí y con las autoridades de los gobiernos regionales y locales, con el fin de armonizar sus políticas, evitar conflictos o vacíos de competencia y responder, con coherencia y eficiencia, a los objetivos y fines de la presente Ley y del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

Artículo 59°.- Del ejercicio descentralizado de las funciones ambientales

59.1 Los gobiernos regionales y locales ejercen sus funciones y atribuciones de conformidad con lo que establecen sus respectivas leyes orgánicas y lo dispuesto en la presente Ley.

59.2 Para el diseño y aplicación de políticas, normas e instrumentos de gestión ambiental de nivel regional y local, se tienen en cuenta los principios, derechos, deberes, mandatos y responsabilidades establecidos en la presente Ley y las normas que regulan el Sistema Nacional de Gestión Ambiental; el proceso de descentralización; y aquellas de carácter nacional referidas al ordenamiento ambiental, la protección de los recursos naturales, la diversidad biológica, la salud y la protección de la calidad ambiental.

59.3 Las autoridades regionales y locales con competencia ambiental, coordinan y consultan entre sí, y con las autoridades nacionales, con el fin de armonizar sus políticas, evitar conflictos o vacíos de competencia y responder, con coherencia y eficiencia, a los objetivos y fines de la presente Ley y del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

Artículo 60°.- Del ejercicio de las competencias y funciones

Las normas regionales y municipales en materia ambiental guardan concordancia con la legislación de nivel nacional. Los gobiernos regionales y locales informan y realizan coordinaciones con las entidades con las que compartan competencias y funciones, antes de ejercerlas.

Artículo 61°.- De la concertación en la gestión ambiental regional

Los Gobiernos Regionales, a través de sus Gerencias de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente, y en coordinación con las Comisiones Ambientales Regionales y la Autoridad Ambiental Nacional, implementan un Sistema Regional de Gestión Ambiental, integrando a las entidades públicas y privadas que desempeñan funciones ambientales o que inciden sobre la calidad del medio ambiente, así como a la sociedad civil, en el ámbito de actuación del gobierno regional.

Artículo 62°.- De la concertación en la gestión ambiental local

Los Gobiernos Locales organizan el ejercicio de sus funciones ambientales, considerando el diseño y la estructuración de sus órganos internos o comisiones, en base a sus recursos, necesidades y el carácter transversal de la gestión ambiental. Deben implementar un Sistema Local de Gestión Ambiental, integrando a las entidades públicas y privadas que desempeñan funciones ambientales o que inciden sobre la calidad del medio ambiente, así como a la sociedad civil, en el ámbito de actuación del gobierno local.

Artículo 63°.- De los fondos de interés público

La aplicación de los recursos financieros que administran los fondos de interés público en los que participa el Estado, sean de derecho público o privado, se realiza tomando en cuenta los principios establecidos en la presente Ley y propiciando la investigación científica y tecnológica, la innovación productiva, la facilitación de la producción limpia y los bionegocios, así como el desarrollo social, sin perjuicio de los objetivos específicos para los cuales son creados.

CAPÍTULO 3

POBLACIÓN Y AMBIENTE

Artículo 64°.- De los asentamientos poblacionales
En el diseño y aplicación de políticas públicas relativas a la creación, desarrollo y reubicación de asentamientos poblacionales, en sus respectivos instrumentos de planificación y en las decisiones relativas al acondicionamiento territorial y el desarrollo urbano, se consideran medidas de protección ambiental, en base a lo dispuesto en la presente Ley y en sus normas complementarias y reglamentarias, de forma que se aseguren condiciones adecuadas de habitabilidad en las ciudades y poblados del país, así como la protección de la salud, la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la diversidad biológica y del patrimonio cultural asociado a ellas.

Artículo 65°.- De las políticas poblacionales y gestión ambiental
El crecimiento de la población y su ubicación dentro del territorio son variables que se consideran en las políticas ambientales y de promoción del desarrollo sostenible. Del mismo modo, las políticas de desarrollo urbano y rural deben considerar el impacto de la población sobre la calidad del ambiente y sus componentes.

Artículo 66°.- De la salud ambiental

66.1 La prevención de riesgos y daños a la salud de las personas es prioritaria en la gestión ambiental. Es responsabilidad del Estado, a través de la Autoridad de Salud y de las personas naturales y jurídicas dentro del territorio nacional, contribuir a una efectiva gestión del ambiente y de los factores que generan riesgos a la salud de las personas.

66.2 La Política Nacional de Salud incorpora la política de salud ambiental como área prioritaria, a fin de velar por la minimización de riesgos ambientales derivados de las actividades y materias comprendidas bajo el ámbito de este sector.

Artículo 67°.- Del saneamiento básico
Las autoridades públicas de nivel nacional, sectorial, regional y local priorizan medidas de saneamiento básico que incluyan la construcción y administración de infraestructura apropiada; la gestión y manejo adecuado del agua potable, las aguas pluviales, las aguas subterráneas, el sistema de alcantarillado público, el reuso de aguas servidas, la disposición de excretas y los residuos sólidos, en las zonas urbanas y rurales, promoviendo la universalidad, calidad y continuidad de los servicios de saneamiento, así como el establecimiento de tarifas adecuadas y consistentes con el costo de dichos servicios, su administración y mejoramiento.

Artículo 68°.- De los planes de desarrollo

68.1 Los planes de acondicionamiento territorial de las municipalidades consideran, según sea el caso, la disponibilidad de fuentes de abastecimiento de agua, así como áreas o zonas para la localización de infraestructura sanitaria, debiendo asegurar que se tomen en

cuenta los criterios propios del tiempo de vida útil de esta infraestructura, la disposición de áreas de amortiguamiento para reducir impactos negativos sobre la salud de las personas y la calidad ambiental, su protección frente a desastres naturales, la prevención de riesgos sobre las aguas superficiales y subterráneas y los demás elementos del ambiente.

68.2 En los instrumentos de planificación y acondicionamiento territorial debe considerarse necesariamente la identificación de las áreas para la localización de la infraestructura de saneamiento básico.

Artículo 69°.- De la relación entre cultura y ambiente

La relación entre los seres humanos y el ambiente en el cual viven constituye parte de la cultura de los pueblos. Las autoridades públicas alientan aquellas expresiones culturales que contribuyan a la conservación y protección del ambiente y desincentivan aquellas contrarias a tales fines.

Artículo 70°.- De los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas

En el diseño y aplicación de la política ambiental y, en particular, en el proceso de ordenamiento territorial ambiental, se deben salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados por el Estado. Las autoridades públicas promueven su participación e integración en la gestión del ambiente.

Artículo 71°.- De los conocimientos colectivos

El Estado reconoce, respeta, registra, protege y contribuye a aplicar más ampliamente los conocimientos colectivos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, en tanto ellos constituyen una manifestación de sus estilos de vida tradicionales y son consistentes con la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos naturales. El Estado promueve su participación, justa y equitativa, en los beneficios derivados de dichos conocimientos y fomenta su participación en la conservación y la gestión del ambiente y los ecosistemas.

Artículo 72°.- Del aprovechamiento de recursos naturales y pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas

72.1 Los estudios y proyectos de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales que se autoricen en tierras de pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, adoptan las medidas necesarias para evitar el detrimento a su integridad cultural, social, económica ni a sus valores tradicionales.

72.2 En caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los procedimientos de consulta se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer beneficios y medidas compensatorias por el uso de los

recursos, conocimientos o tierras que les corresponda según la legislación pertinente.

72.3 De conformidad con la ley, los pueblos indígenas y las comunidades nativas y campesinas, pueden beneficiarse de los recursos de libre acceso para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales. Asimismo, tienen derecho preferente para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales dentro de sus tierras, debidamente tituladas, salvo reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros, en cuyo caso tienen derecho a una participación justa y equitativa de los beneficios económicos que pudieran derivarse del aprovechamiento de dichos recursos.

CAPÍTULO 4
EMPRESA Y AMBIENTE

Artículo 73°.- Del ámbito

73.1 Las disposiciones del presente capítulo son exigibles a los proyectos de inversión, de investigación y a toda actividad susceptible de generar impactos negativos en el ambiente, en tanto sean aplicables, de acuerdo a las disposiciones que determine la respectiva autoridad competente.

73.2 El término “titular de operaciones” empleado en los artículos siguientes de este capítulo incluye a todas las personas naturales y jurídicas.

Artículo 74°.- De la responsabilidad general

Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.

Artículo 75°.- Del manejo integral y prevención en la fuente

75.1 El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de la presente Ley y las demás normas legales vigentes.

75.2 Los estudios para proyectos de inversión a nivel de pre – factibilidad, factibilidad y definitivo, a cargo de entidades públicas o privadas, cuya ejecución pueda tener impacto en el ambiente deben considerar los costos necesarios para preservar el ambiente de la localidad en donde se ejecutará el proyecto y de aquellas que pudieran ser afectadas por éste.

Artículo 76°.- De los sistemas de gestión ambiental y mejora continua

El Estado promueve que los titulares de operaciones adopten sistemas de gestión ambiental acordes con la naturaleza y magnitud de sus operaciones, con la finalidad de impulsar la mejora continua de sus niveles de desempeño ambiental.

Artículo 77°.- De la promoción de la producción limpia

77.1 Las autoridades nacionales, sectoriales, regionales y locales promueven, a través de acciones normativas, de fomento de incentivos tributarios, difusión, asesoría y capacitación, la producción limpia en el desarrollo de los proyectos de inversión y las actividades empresariales en general, entendiendo que la producción limpia constituye la aplicación continua de una estrategia ambiental preventiva e integrada para los procesos, productos y servicios, con el objetivo de incrementar la eficiencia, manejar racionalmente los recursos y reducir los riesgos sobre la población humana y el ambiente, para lograr el desarrollo sostenible.

77.2 Las medidas de producción limpia que puede adoptar el titular de operaciones incluyen, según sean aplicables, control de inventarios y del flujo de materias primas e insumos, así como la sustitución de éstos; la revisión, mantenimiento y sustitución de equipos y la tecnología aplicada; el control o sustitución de combustibles y otras fuentes energéticas; la reingeniería de procesos, métodos y prácticas de producción; y la reestructuración o rediseño de los bienes y servicios que brinda, entre otras.

Artículo 78°.- De la responsabilidad social de la empresa

El Estado promueve, difunde y facilita la adopción voluntaria de políticas, prácticas y mecanismos de responsabilidad social de la empresa, entendiendo que ésta constituye un conjunto de acciones orientadas al establecimiento de un adecuado ambiente de trabajo, así como de relaciones de cooperación y buena vecindad impulsadas por el propio titular de operaciones.

Artículo 79°.- De la promoción de normas voluntarias

El Estado, en coordinación con los gremios y organizaciones empresariales, promueve la elaboración y adopción de normas voluntarias, así como la autorregulación por los titulares de operaciones, para mejorar su desempeño ambiental, sin perjuicio del debido cumplimiento de la normatividad vigente.

Artículo 80°.- De las normas técnicas nacionales, de calidad y ecoetiquetado

El Estado promueve la adopción de normas técnicas nacionales para estandarizar los procesos de producción y las características técnicas de los bienes y servicios que se ofrecen en el país o se exportan, propiciando la gestión de su calidad, la prevención de riesgos y daños ambientales en los procesos de su producción o prestación, así como prácticas de etiquetado, que salvaguarden los derechos del consumidor a conocer la información relativa a la salud, el ambiente y a los recursos naturales, sin generar obstáculos innecesarios o injustificados al libre comercio, de conformidad con las normas vigentes y los tratados internacionales ratificados por el Estado Peruano.

Artículo 81°.- Del turismo sostenible
Las entidades públicas en coordinación con el sector privado adoptan medidas efectivas para prevenir, controlar y mitigar el deterioro del ambiente y de sus componentes, en particular, los recursos naturales y los bienes del Patrimonio Cultural de la Nación asociado a ellos, como consecuencia del desarrollo de infraestructuras y de las actividades turísticas y recreativas, susceptibles de generar impactos negativos sobre ellos.

Artículo 82°.- Del consumo responsable

82.1 El Estado, a través de acciones educativas de difusión y asesoría, promueve el consumo racional y sostenible, de forma tal que se incentive el aprovechamiento de recursos naturales, la producción de bienes, la prestación de servicios y el ejercicio del comercio en condiciones ambientales adecuadas.

82.2 Las normas, disposiciones y resoluciones sobre adquisiciones y contrataciones públicas consideran lo señalado en el párrafo anterior, en la definición de los puntajes de los procesos de selección de proveedores del Estado.

Artículo 83°.- Del control de materiales y sustancias peligrosas

83.1 De conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar y las demás disposiciones contenidas en la presente Ley, las empresas adoptan medidas para el efectivo control de los materiales y sustancias peligrosas intrínsecas a sus actividades, debiendo prevenir, controlar, mitigar eventualmente, los impactos ambientales negativos que aquellos generen.

83.2 El Estado adopta medidas normativas, de control, incentivo y sanción, para asegurar el uso, manipulación y manejo adecuado de los materiales y sustancias peligrosas, cualquiera sea su origen, estado o destino, a fin de prevenir riesgos y daños sobre la salud de las personas y el ambiente.

TÍTULO III
INTEGRACIÓN DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL

CAPÍTULO 1
APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES

Artículo 84°.- Del concepto
Se consideran recursos naturales a todos los componentes de la naturaleza, susceptibles de ser aprovechados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado, conforme lo dispone la Ley.

Artículo 85°.- De los recursos naturales y del rol del Estado

85.1 El Estado promueve la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales a través de políticas, normas, instrumentos y acciones de desarrollo, así como, mediante el otorgamiento de derechos, conforme a los límites y principios expresados en la presente Ley y en las demás leyes y normas reglamentarias aplicables.

85.2 Los recursos naturales son Patrimonio de la Nación, solo por derecho otorgado de acuerdo a la ley y al debido procedimiento pueden aprovecharse los frutos o productos de los mismos, salvo las excepciones de ley. El Estado es competente para ejercer funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales respecto de los recursos naturales.

85.3 La Autoridad Ambiental Nacional, en coordinación con las autoridades ambientales sectoriales y descentralizadas, elabora y actualiza permanentemente, el inventario de los recursos naturales y de los servicios ambientales que prestan; estableciendo su correspondiente valorización.

Artículo 86°.- De la seguridad

El Estado adopta y aplica medidas para controlar los factores de riesgo sobre los recursos naturales estableciendo, en su caso, medidas para la prevención de los daños que puedan generarse.

Artículo 87°.- De los recursos naturales transfronterizos

Los recursos naturales transfronterizos se rigen por los tratados sobre la materia o en su defecto por la legislación especial. El Estado promueve la gestión integrada de estos recursos y la realización de alianzas estratégicas en tanto supongan el mejoramiento de las condiciones de sostenibilidad y el respeto de las normas ambientales nacionales.

Artículo 88°.- De la definición de los regímenes de aprovechamiento

88.1 Por ley orgánica se definen los alcances y limitaciones de los recursos de libre acceso y el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, teniendo en cuenta en particular:

a. El sector o sectores del Estado responsables de la gestión de dicho recurso.
b. Las modalidades de otorgamiento de los derechos sobre los recursos.
c. Los alcances, condiciones y naturaleza jurídica de los derechos que se otorga.
d. Los derechos, deberes y responsabilidades de los titulares de los derechos.
e. Las medidas de promoción, control y sanción que corresponda.

88.2 El otorgamiento de derechos de aprovechamiento a particulares se realiza de acuerdo a las leyes especiales de cada recurso y supone el cumplimiento previo por parte del Estado de todas las condiciones y presupuestos establecidos en la ley.

88.3 Son características y condiciones intrínsecas a los derechos de aprovechamiento sostenible, y como tales deben ser respetadas en las leyes especiales:

a. Utilización del recurso de acuerdo al título otorgado.
b. Cumplimiento de las obligaciones técnicas y legales respecto del recurso otorgado.
c. Cumplimiento de los planes de manejo o similares, de las evaluaciones de impacto ambiental, evaluaciones de riesgo ambiental u otra establecida para cada recurso natural.
d. Cumplir con la retribución económica, pago de derecho de vigencia y toda otra obligación económica establecida.

Artículo 89°.- De las medidas de gestión de los recursos naturales

Para la gestión de los recursos naturales, cada autoridad responsable toma en cuenta, según convenga, la adopción de medidas previas al otorgamiento de derechos, tales como:

a. Planificación.
b. Ordenamiento y zonificación.
c. Inventario y valorización.
d. Sistematización de la información.
e. Investigación científica y tecnológica.
f. Participación ciudadana.

Artículo 90°.- Del recurso agua continental

El Estado promueve y controla el aprovechamiento sostenible de las aguas continentales a través de la gestión integrada del recurso hídrico, previniendo la afectación de su calidad ambiental y de las condiciones naturales de su entorno, como parte del ecosistema donde se encuentran; regula su asignación en función de objetivos sociales, ambientales y económicos; y promueve la inversión y participación del sector privado en el aprovechamiento sostenible del recurso.

Artículo 91°.- Del recurso suelo

El Estado es responsable de promover y regular el uso sostenible del recurso suelo, buscando prevenir o reducir su pérdida y deterioro por erosión o contaminación. Cualquier actividad económica o de servicios debe evitar el uso de suelos con aptitud agrícola, según lo establezcan las normas correspondientes.

Artículo 92°.- De los recursos forestales y de fauna silvestre

92.1 El Estado establece una política forestal orientada por los principios de la presente Ley, propiciando el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre, así como la conservación de los bosques naturales, resaltando sin perjuicio de lo señalado, los principios de ordenamiento y zonificación de la superficie forestal nacional, el manejo de los recursos forestales, la seguridad jurídica en el otorgamiento de derechos y la lucha contra la tala y caza ilegal.

92.2 El Estado promueve y apoya el manejo sostenible de la fauna y flora silvestres, priorizando la protección de las especies y variedades endémicas y en peligro de extinción, en base a la información técnica, científica, económica y a los conocimientos tradicionales.

Artículo 93°.- Del enfoque ecosistémico

La conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales deberá enfocarse de manera integral, evaluando científicamente el uso y protección de los recursos naturales e identificando cómo afectan la capacidad de los ecosistemas para mantenerse y sostenerse en el tiempo, tanto en lo que respecta a los seres humanos y organismos vivos, como a los sistemas naturales existentes.

Artículo 94°.- De los servicios ambientales

94.1 Los recursos naturales y demás componentes del ambiente cumplen funciones que permiten mantener las condiciones de los ecosistemas y del ambiente, generando beneficios que se aprovechan sin que medie retribución o compensación, por lo que el Estado establece mecanismos para valorizar, retribuir y mantener la provisión de dichos servicios ambientales; procurando lograr la conservación de los ecosistemas, la diversidad biológica y los demás recursos naturales.

94.2 Se entiende por servicios ambientales, la protección del recurso hídrico, la protección de la biodiversidad, la mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero y la belleza escénica, entre otros.

94.3 La Autoridad Ambiental Nacional promueve la creación de mecanismos de financiamiento, pago y supervisión de servicios ambientales.

Artículo 95°.- De los bonos de descontaminación

Para promover la conservación de la diversidad biológica, la Autoridad Ambiental Nacional promueve, a través de una Comisión Nacional, los bonos de descontaminación, u otros mecanismos alternativos, a fin de que las industrias y proyectos puedan acceder a los fondos creados al amparo del Protocolo de Kyoto y de otros convenios de carácter ambiental. Mediante Decreto Supremo se crea la referida Comisión Nacional.

Artículo 96°.- De los recursos naturales no renovables

96.1 La gestión de los recursos naturales no renovables está a cargo de sus respectivas autoridades sectoriales competentes, de conformidad con lo establecido por la Ley Nº 26821, las leyes de organización y funciones de dichas autoridades y las normas especiales de cada recurso.

96.2 El Estado promueve el empleo de las mejores tecnologías disponibles para que el aprovechamiento de los recursos no renovables sea eficiente y ambientalmente responsable.

CAPÍTULO 2
CONSERVACIÓN DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

<u>Artículo 97°.-</u> De los lineamientos para políticas sobre diversidad biológica

La política sobre diversidad biológica se rige por los siguientes lineamientos:

a. La conservación de la diversidad de ecosistemas, especies y genes, así como el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales de los que depende la supervivencia de las especies.
b. El rol estratégico de la diversidad biológica y de la diversidad cultural asociada a ella, para el desarrollo sostenible.
c. El enfoque ecosistémico en la planificación y gestión de la diversidad biológica y los recursos naturales.
d. El reconocimiento de los derechos soberanos del Perú como país de origen sobre sus recursos biológicos, incluyendo los genéticos.
e. El reconocimiento del Perú como centro de diversificación de recursos genéticos y biológicos.
f. La prevención del acceso ilegal a los recursos genéticos y su patentamiento, mediante la certificación de la legal procedencia del recurso genético y el consentimiento informado previo para todo acceso a recursos genéticos, biológicos y conocimiento tradicional del país.
g. La inclusión de mecanismos para la efectiva distribución de beneficios por el uso de los recursos genéticos y biológicos, en todo plan, programa, acción o proyecto relacionado con el acceso, aprovechamiento comercial o investigación de los recursos naturales o la diversidad biológica.
h. La protección de la diversidad cultural y del conocimiento tradicional.
i. La valorización de los servicios ambientales que presta la diversidad biológica.
j. La promoción del uso de tecnologías y un mayor conocimiento de los ciclos y procesos, a fin de implementar sistemas de alerta y prevención en caso de emergencia.
k. La promoción de políticas encaminadas a mejorar el uso de la tierra.
l. El fomento de la inversión pública y privada en la conservación y el aprovechamiento sostenible de los ecosistemas frágiles.
m. La implementación de planes integrados de explotación agrícola o de cuenca hidrográfica que prevean, estrategias sustitutivas de cultivo y promoción de técnicas de captación de agua, entre otros.
n. La cooperación en la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica marina en zonas más allá de los límites de la jurisdicción nacional, conforme al Derecho Internacional.

<u>Artículo 98°.-</u> De la conservación de ecosistemas

La conservación de los ecosistemas se orienta a conservar los ciclos y procesos ecológicos, a prevenir procesos de su fragmentación por actividades antrópicas y a dictar medidas de recuperación y rehabilitación, dando prioridad a ecosistemas especiales o frágiles.

<u>Artículo 99°.-</u> De los ecosistemas frágiles

99.1 En el ejercicio de sus funciones, las autoridades públicas adoptan medidas de protección especial para los ecosistemas frágiles,

tomando en cuenta sus características y recursos singulares; y su relación con condiciones climáticas especiales y con los desastres naturales.

99.2 Los ecosistemas frágiles comprenden, entre otros, desiertos, tierras semiáridas, montañas, pantanos, bofedales, bahías, islas pequeñas, humedales, lagunas alto andinas, lomas costeras, bosques de neblina y bosques relicto.

99.3 El Estado reconoce la importancia de los humedales como hábitat de especies de flora y fauna, en particular de aves migratorias, priorizando su conservación en relación con otros usos.

Artículo 100°.- De los ecosistemas de montaña

El Estado protege los ecosistemas de montaña y promueve su aprovechamiento sostenible. En el ejercicio de sus funciones, las autoridades públicas adoptan medidas para:

a. Promover el aprovechamiento de la diversidad biológica, el ordenamiento territorial y la organización social.
b. Promover el desarrollo de corredores ecológicos que integren las potencialidades de las diferentes vertientes de las montañas, aprovechando las oportunidades que brindan los conocimientos tradicionales de sus pobladores.
c. Estimular la investigación de las relaciones costo-beneficio y la sostenibilidad económica, social y ambiental de las diferentes actividades productivas en las zonas de montañas.
d. Fomentar sistemas educativos adaptados a las condiciones de vida específicas en las montañas.
e. Facilitar y estimular el acceso a la información y al conocimiento articulando adecuadamente conocimientos y tecnologías tradicionales con conocimientos y tecnologías modernas.

Artículo 101°.- De los ecosistemas marinos y costeros

101.1 El Estado promueve la conservación de los ecosistemas marinos y costeros, como espacios proveedores de recursos naturales, fuente de diversidad biológica marina y de servicios ambientales de importancia nacional, regional y local.

101.2 El Estado, respecto de las zonas marinas y costeras, es responsable de:

a. Normar el ordenamiento territorial de las zonas marinas y costeras, como base para el aprovechamiento sostenible de estas zonas y sus recursos.
b. Promover el establecimiento de áreas naturales protegidas con alto potencial de diversidad biológica y servicios ambientales para la población.
c. Normar el desarrollo de planes y programas orientados a prevenir y proteger los ambientes marinos y costeros, a prevenir o controlar el impacto negativo que generan acciones como la descarga de efluentes que afectan el mar y las zonas costeras adyacentes.

d. Regular la extracción comercial de recursos marinos y costeros productivos considerando el control y mitigación de impactos ambientales.
e. Regular el adecuado uso de las playas, promoviendo su buen mantenimiento.
f. Velar por que se mantengan y difundan las condiciones naturales que permiten el desarrollo de actividades deportivas, recreativas y de ecoturismo.

101.3 El Estado y el sector privado promueven el desarrollo de investigación científica y tecnológica, orientada a la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos marinos y costeros.

Artículo 102°.- De la conservación de las especies

La política de conservación de las especies implica la necesidad de establecer condiciones mínimas de supervivencia de las mismas, la recuperación de poblaciones y el cuidado y evaluaciones por el ingreso y dispersión de especies exóticas.

Artículo 103°.- De los recursos genéticos

Para el acceso a los recursos genéticos del país se debe contar con el certificado de procedencia del material a acceder y un reconocimiento de los derechos de las comunidades de donde se obtuvo el conocimiento tradicional, conforme a los procedimientos y condiciones que establece la ley.

Artículo 104°.- De la protección de los conocimientos tradicionales

104.1 El Estado reconoce y protege los derechos patrimoniales y los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades campesinas, nativas y locales en lo relativo a la diversidad biológica. El Estado establece los mecanismos para su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución de los beneficios derivados de la utilización.

104.2 El Estado establece las medidas necesarias para la prevención y sanción de la biopiratería.

Artículo 105°.- De la promoción de la biotecnología

El Estado promueve el uso de la biotecnología de modo consistente con la conservación de los recursos biológicos, la protección del ambiente y la salud de las personas.

Artículo 106°.- De la conservación in situ

El Estado promueve el establecimiento e implementación de modalidades de conservación in situ de la diversidad biológica.

Artículo 107°.- Del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado

El Estado asegura la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos así como la historia y cultura del país, mediante la protección de espacios representativos de la diversidad biológica y de otros valores asociados de

interés cultural, paisajístico y científico existentes en los espacios continentales y marinos del territorio nacional, a través del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado – SINANPE, regulado de acuerdo a su normatividad específica.

Artículo 108°.- De las áreas naturales protegidas por el Estado

108.1 Las áreas naturales protegidas – ANP son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos, establecidos y protegidos legalmente por el Estado, debido a su importancia 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. Son de dominio público y se establecen con carácter definitivo.

108.2 La sociedad civil tiene derecho a participar en la identificación, delimitación y resguardo de las ANP y la obligación de colaborar en la consecución de sus fines; y el Estado promueve su participación en la gestión de estas áreas, de acuerdo a ley.

Artículo 109°.- De la inclusión de las ANP en el SINIA

Las ANP deben figurar en las bases de datos del SINIA y demás sistemas de información, que utilicen o divulguen cartas, mapas y planos con fines científicos, técnicos, educativos, turísticos y comerciales para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones de uso y conservación de recursos naturales o de cualquier otra índole.

Artículo 110°.- De los derechos de propiedad de las comunidades campesinas y nativas en las ANP

El Estado reconoce el derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas ancestrales sobre las tierras que poseen dentro de las ANP y en sus zonas de amortiguamiento. Promueve la participación de dichas comunidades de acuerdo a los fines y objetivos de las ANP donde se encuentren.

Artículo 111°.- Conservación ex situ

111.1 El Estado promueve el establecimiento e implementación de modalidades de conservación ex situ de la diversidad biológica, tales como bancos de germoplasma, zoológicos, centros de rescate, centros de custodia temporal, zoocriaderos, áreas de manejo de fauna silvestre, jardines botánicos, viveros y herbarios.

111.2 El objetivo principal de la conservación ex situ es apoyar la supervivencia de las especies en su hábitat natural, por lo tanto debe ser considerada en toda estrategia de conservación como un complemento para la conservación in situ.

Artículo 112°.- Del paisaje como recurso natural

El Estado promueve el aprovechamiento sostenible del recurso paisaje mediante el desarrollo de actividades educativas, turísticas y recreativas.

CAPÍTULO 3

CALIDAD AMBIENTAL

Artículo 113°.- De la calidad ambiental

113.1 Toda persona natural o jurídica, pública o privada, tiene el deber de contribuir a prevenir, controlar y recuperar la calidad del ambiente y de sus componentes.

113.2 Son objetivos de la gestión ambiental en materia de calidad ambiental:

a. Preservar, conservar, mejorar y restaurar, según corresponda, la calidad del aire, el agua y los suelos y demás componentes del ambiente identificando y controlando los factores de riesgo que la afecten.
b. Prevenir, controlar, restringir y evitar según sea el caso, actividades que generen efectos significativos, nocivos o peligrosos para el ambiente y sus componentes, en particular cuando ponen en riesgo la salud de las personas.
c. Recuperar las áreas o zonas degradadas o deterioradas por la contaminación ambiental.
d. Prevenir, controlar y mitigar los riesgos y daños ambientales procedentes de la introducción, uso, comercialización y consumo de bienes, productos, servicios o especies de flora y fauna.
e. Identificar y controlar los factores de riesgo a la calidad del ambiente y sus componentes.
f. Promover el desarrollo de la investigación científica y tecnológica, las actividades de transferencia de conocimientos y recursos, la difusión de experiencias exitosas y otros medios para el mejoramiento de la calidad ambiental.

Artículo 114°.- Del agua para consumo humano

El acceso al agua para consumo humano es un derecho de la población. Corresponde al Estado asegurar la vigilancia y protección de aguas que se utilizan con fines de abastecimiento poblacional, sin perjuicio de las responsabilidades que corresponden a los particulares. En caso de escasez, el Estado asegura el uso preferente del agua para fines de abastecimiento de las necesidades poblacionales, frente a otros usos.

Artículo 115°.- De los ruidos y vibraciones

115.1 Las autoridades sectoriales son responsables de normar y controlar los ruidos y las vibraciones de las actividades que se encuentran bajo su regulación, de acuerdo a lo dispuesto en sus respectivas leyes de organización y funciones.

115.2 Los gobiernos locales son responsables de normar y controlar los ruidos y vibraciones originados por las actividades domésticas y comerciales, así como por las fuentes móviles, debiendo establecer la normativa respectiva sobre la base de los ECA.

Artículo 116°.- De las radiaciones

El Estado a través de medidas normativas, de difusión, capacitación, control, incentivo y sanción, protege la salud de las personas ante la exposición a

radiaciones tomando en consideración el nivel de peligrosidad de las mismas. El uso y la generación de radiaciones ionizantes y no ionizantes está sujeto al estricto control de la autoridad competente, pudiendo aplicar de acuerdo al caso, el principio precautorio, de conformidad con lo dispuesto en el Título Preliminar de la presente Ley.

Artículo 117°.- Del control de emisiones

117.1 El control de las emisiones se realiza a través de los LMP y demás instrumentos de gestión ambiental establecidos por las autoridades competentes.

117.2 La infracción de los LMP es sancionada de acuerdo con las normas correspondientes a cada autoridad sectorial competente.

Artículo 118°.- De la protección de la calidad del aire

Las autoridades públicas, en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, adoptan medidas para la prevención, vigilancia y control ambiental y epidemiológico, a fin de asegurar la conservación, mejoramiento y recuperación de la calidad del aire, según sea el caso, actuando prioritariamente en las zonas en las que se superen los niveles de alerta por la presencia de elementos contaminantes, debiendo aplicarse planes de contingencia para la prevención o mitigación de riesgos y daños sobre la salud y el ambiente.

Artículo 119°.- Del manejo de los residuos sólidos

119.1 La gestión de los residuos sólidos de origen doméstico, comercial o que siendo de origen distinto presenten características similares a aquellos, son de responsabilidad de los gobiernos locales. Por ley se establece el régimen de gestión y manejo de los residuos sólidos municipales.

119.2 La gestión de los residuos sólidos distintos a los señalados en el párrafo precedente son de responsabilidad del generador hasta su adecuada disposición final, bajo las condiciones de control y supervisión establecidas en la legislación vigente.

Artículo 120°.- De la protección de la calidad de las aguas

120.1 El Estado, a través de las entidades señaladas en la Ley, está a cargo de la protección de la calidad del recurso hídrico del país.

120.2 El Estado promueve el tratamiento de las aguas residuales con fines de su reutilización, considerando como premisa la obtención de la calidad necesaria para su reuso, sin afectar la salud humana, el ambiente o las actividades en las que se reutilizarán.

Artículo 121°.- Del vertimiento de aguas residuales

El Estado emite en base a la capacidad de carga de los cuerpos receptores, una autorización previa para el vertimiento de aguas residuales domésticas, industriales o de cualquier otra actividad desarrollada por personas naturales o jurídicas, siempre que dicho vertimiento no cause deterioro de la calidad de las aguas como cuerpo receptor, ni se afecte su reutilización para otros fines, de

acuerdo a lo establecido en los ECA correspondientes y las normas legales vigentes.

Artículo 122°.- Del tratamiento de residuos líquidos

122.1 Corresponde a las entidades responsables de los servicios de saneamiento la responsabilidad por el tratamiento de los residuos líquidos domésticos y las aguas pluviales.

122.2 El sector Vivienda, Construcción y Saneamiento es responsable de la vigilancia y sanción por el incumplimiento de LMP en los residuos líquidos domésticos, en coordinación con las autoridades sectoriales que ejercen funciones relacionadas con la descarga de efluentes en el sistema de alcantarillado público.

122.3 Las empresas o entidades que desarrollan actividades extractivas, productivas, de comercialización u otras que generen aguas residuales o servidas, son responsables de su tratamiento, a fin de reducir sus niveles de contaminación hasta niveles compatibles con los LMP, los ECA y otros estándares establecidos en instrumentos de gestión ambiental, de conformidad con lo establecido en las normas legales vigentes. El manejo de las aguas residuales o servidas de origen industrial puede ser efectuado directamente por el generador, a través de terceros debidamente autorizados a o a través de las entidades responsables de los servicios de saneamiento, con sujeción al marco legal vigente sobre la materia.

CAPÍTULO 4
CIENCIA, TECNOLOGÍA Y EDUCACIÓN AMBIENTAL

Artículo 123°.- De la investigación ambiental científica y tecnológica

La investigación científica y tecnológica esta orientada, en forma prioritaria, a proteger la salud ambiental, optimizar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y a prevenir el deterioro ambiental, tomando en cuenta el manejo de los fenómenos y factores que ponen en riesgo el ambiente; el aprovechamiento de la biodiversidad, la realización y actualización de los inventarios de recurso naturales y la producción limpia y la determinación de los indicadores de calidad ambiental.

Artículo 124°.- Del fomento de la investigación ambiental científica y tecnológica

124.1 Corresponde al Estado y a las universidades, públicas y privadas, en cumplimiento de sus respectivas funciones y roles, promover:

a. La investigación y el desarrollo científico y tecnológico en materia ambiental.
b. La investigación y sistematización de las tecnologías tradicionales.
c. La generación de tecnologías ambientales.
d. La formación de capacidades humanas ambientales en la ciudadanía.
e. El interés y desarrollo por la investigación sobre temas ambientales en la niñez y juventud.

f. La transferencia de tecnologías limpias.
g. La diversificación y competitividad de la actividad pesquera, agraria, forestal y otras actividades económicas prioritarias.

124.2 El Estado a través de los organismos competentes de ciencia y tecnología, otorga preferencia a la aplicación de recursos orientados a la formación de profesionales y técnicos para la realización de estudios científicos y tecnológicos en materia ambiental y el desarrollo de tecnologías limpias, principalmente bajo el principio de prevención de contaminación.

Artículo 125°.- De las redes y registros

Los organismos competentes deben contar con un registro de las investigaciones realizadas en materia ambiental, el cual debe estar a disposición del público, además se promoverá el despliegue de redes ambientales.

Artículo 126°.- De las comunidades y tecnología ambiental

El Estado fomenta la investigación, recuperación y trasferencia de los conocimientos y las tecnologías tradicionales, como expresión de su cultura y manejo de los recursos naturales.

Artículo 127°.- De la Política Nacional de Educación Ambiental

127.1 La educación ambiental se convierte en un proceso educativo integral, que se da en toda la vida del individuo, y que busca generar en éste los conocimientos, las actitudes, los valores y las prácticas, necesarios para desarrollar sus actividades en forma ambientalmente adecuada, con miras a contribuir al desarrollo sostenible del país.

127.2 El Ministerio de Educación y la Autoridad Ambiental Nacional coordinan con las diferentes entidades del estado en materia ambiental y la sociedad civil para formular la política nacional de educación ambiental, cuyo cumplimiento es obligatorio para los procesos de educación y comunicación desarrollados por entidades que tengan su ámbito de acción en el territorio nacional, y que tiene como lineamientos orientadores:

a. El desarrollo de una cultura ambiental constituida sobre una comprensión integrada del ambiente en sus múltiples y complejas relaciones, incluyendo lo político, social, cultural, económico, científico y tecnológico.
b. La transversalidad de la educación ambiental, considerando su integración en todas las expresiones y situaciones de la vida diaria.
c. Estímulo de conciencia crítica sobre la problemática ambiental.
d. Incentivo a la participación ciudadana, a todo nivel, en la preservación y uso sostenible de los recursos naturales y el ambiente.
e. Complementariedad de los diversos pisos ecológicos y regiones naturales en la construcción de una sociedad ambientalmente equilibrada.
f. Fomento y estímulo a la ciencia y tecnología en el tema ambiental.

g. Fortalecimiento de la ciudadanía ambiental con pleno ejercicio, informada y responsable, con deberes y derechos ambientales.
h. Desarrollar programas de educación ambiental, como base para la adaptación e incorporación de materias y conceptos ambientales, en forma transversal, en los programas educativos formales y no formales de los diferentes niveles.
i. Presentar anualmente un informe sobre las acciones, avances y resultados de los programas de educación ambiental.

Artículo 128°.- De la difusión de la ley en el sistema educativo
El Estado, a través del Sector Educación, en coordinación con otros sectores, difunde la presente Ley en el sistema educativo, expresado en actividades y contenidos transversales orientados a la conservación y uso racional del ambiente y los recursos naturales, así como de patrones de conducta y consumo adecuados a la realidad ambiental nacional, regional y local.

Artículo 129°.- De los medios de comunicación
Los medios de comunicación social del Estado y los privados en aplicación de los principios contenidos en la presente Ley, fomentan y apoyan las acciones tendientes a su difusión, con miras al mejoramiento ambiental de la sociedad.

TÍTULO IV
RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

CAPÍTULO 1
FISCALIZACIÓN Y CONTROL

Artículo 130°.- De la fiscalización y sanción ambiental
130.1 La fiscalización ambiental comprende las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares, que realiza la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes a fin de asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas en la presente Ley, así como en sus normas complementarias y reglamentarias. La autoridad competente puede solicitar información, documentación u otra similar para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.
130.2 Toda persona, natural o jurídica, está sometida a las acciones de fiscalización que determine la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes. Las sanciones administrativas que correspondan, se aplican de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.
130.3 El Estado promueve la participación ciudadana en las acciones de fiscalización ambiental.

Artículo 131°.- Del régimen de fiscalización y control ambiental
131.1 Toda persona natural o jurídica que genere impactos ambientales significativos está sometida a las acciones de fiscalización y control ambiental que determine la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes.

131.2 Mediante decreto supremo, refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se establece el Régimen Común de fiscalización y control ambiental, desarrollando las atribuciones y responsabilidades correspondientes.

Artículo 132°.- De las inspecciones

La autoridad ambiental competente realiza las inspecciones que considere necesarias para el cumplimiento de sus atribuciones, bajo los principios establecidos en la ley y las disposiciones de los regímenes de fiscalización y control.

Artículo 133°.- De la vigilancia y monitoreo ambiental

La vigilancia y el monitoreo ambiental tiene como fin generar la información que permita orientar la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de los objetivos de la política y normativa ambiental. La Autoridad Ambiental Nacional establece los criterios para el desarrollo de las acciones de vigilancia y monitoreo.

Artículo 134°.- De la vigilancia ciudadana

137.1 Las autoridades competentes dictan medidas que faciliten el ejercicio de la vigilancia ciudadana y el desarrollo y difusión de los mecanismos de denuncia frente a infracciones a la normativa ambiental.

137.2 La participación ciudadana puede adoptar las formas siguientes:

a. Fiscalización y control visual de procesos de contaminación.
b. Fiscalización y control por medio de mediciones, muestreo o monitoreo ambiental.
c. Fiscalización y control vía la interpretación o aplicación de estudios o evaluaciones ambientales efectuadas por otras instituciones.

137.3 Los resultados de las acciones de fiscalización y control efectuados como resultado de la participación ciudadana pueden ser puestos en conocimiento de la autoridad ambiental local, regional o nacional, para el efecto de su registro y denuncia correspondiente. Si la autoridad decidiera que la denuncia no es procedente ello debe ser notificado, con expresión de causa, a quien proporciona la información, quedando a salvo su derecho de recurrir a otras instancias.

CAPÍTULO 2
RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO AMBIENTAL

Artículo 135°.- Del régimen de sanciones

135.1 El incumplimiento de las normas de la presente Ley es sancionado por la autoridad competente en base al Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental. Las autoridades pueden establecer normas complementarias siempre que no se opongan al Régimen Común.

135.2 En el caso de los gobiernos regionales y locales, los regímenes de fiscalización y control ambiental se aprueban de conformidad con lo establecido en sus respectivas leyes orgánicas.

<u>Artículo 136°.-</u> De las sanciones y medidas correctivas

136.1 Las personas naturales o jurídicas que infrinjan las disposiciones contenidas en la presente Ley y en las disposiciones complementarias y reglamentarias sobre la materia, se harán acreedoras, según la gravedad de la infracción, a sanciones o medidas correctivas.

136.2 Son sanciones coercitivas:

a. Amonestación.
b. Multa no mayor de 10,000 Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha en que se cumpla el pago.
c. Decomiso, temporal o definitivo, de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.
d. Paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.
e. Suspensión o cancelación del permiso, licencia, concesión o cualquier otra autorización, según sea el caso.
f. Clausura parcial o total, temporal o definitiva, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la infracción.

136.3 La imposición o pago de la multa no exime del cumplimiento de la obligación. De persistir el incumplimiento éste se sanciona con una multa proporcional a la impuesta en cada caso, de hasta 100 UIT por cada mes en que se persista en el incumplimiento transcurrido el plazo otorgado por la Autoridad Competente.

136.4 Son medidas correctivas:

a. Cursos de capacitación ambiental obligatorios, cuyo costo es asumido por el infractor y cuya asistencia y aprobación es requisito indispensable.
b. Adopción de medidas de mitigación del riesgo o daño.
c. Imposición de obligaciones compensatorias sustentadas en la Política Ambiental Nacional, Regional, Local o Sectorial, según sea el caso.
d. Procesos de adecuación conforme a los instrumentos de gestión ambiental propuestos por la autoridad competente.

<u>Artículo 137°.-</u> De las medidas cautelares

137.1 Iniciado el procedimiento sancionador, la autoridad ambiental competente, mediante decisión fundamentada y con elementos de juicio suficientes, puede adoptar, provisoriamente y bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en la presente Ley u otras disposiciones legales aplicables, si es que sin su adopción se producirían daños ambientales irreparables o si se arriesgara la eficacia de la resolución a emitir.

137.2 Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

137.3 Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento; y cuando haya transcurrido el plazo

fijado para su ejecución o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento.

137.4 No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados.

Artículo 138°.- De la relación con otros regímenes de responsabilidad

La responsabilidad administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente, es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse por los mismos hechos.

Artículo 139°.- Del Registro de Buenas Prácticas y de Infractores Ambientales

139.1 El Consejo Nacional del Ambiente – CONAM, implementa, dentro del Sistema Nacional de Información Ambiental, un Registro de Buenas Prácticas y de Infractores Ambientales, en el cual se registra a toda persona, natural o jurídica, que cumpla con sus compromisos ambientales y promueva buenas prácticas ambientales, así como de aquellos que no hayan cumplido con sus obligaciones ambientales y cuya responsabilidad haya sido determinada por la autoridad competente.

139.2 Se considera Buenas Prácticas Ambientales a quien ejerciendo o habiendo ejercido cualquier actividad económica o de servicio, cumpla con todas las normas ambientales u obligaciones a las que se haya comprometido en sus instrumentos de gestión ambiental.

139.3 Se considera infractor ambiental a quien ejerciendo o habiendo ejercido cualquier actividad económica o de servicio, genera de manera reiterada impactos ambientales por incumplimiento de las normas ambientales o de las obligaciones a que se haya comprometido en sus instrumentos de gestión ambiental.

139.4 Toda entidad pública debe tener en cuenta, para todo efecto, las inscripciones en el Registro de Buenas Prácticas y de Infractores Ambientales.

139.5 Mediante Reglamento, el CONAM determina el procedimiento de inscripción, el trámite especial que corresponde en casos de gravedad del daño ambiental o de reincidencia del agente infractor, así como los causales, requisitos y procedimientos para el levantamiento del registro.

Artículo 140°.- De la responsabilidad de los profesionales y técnicos

Para efectos de la aplicación de las normas de este capítulo, hay responsabilidad solidaria entre los titulares de las actividades causantes de la infracción y los profesionales o técnicos responsables de la mala elaboración o la inadecuada aplicación de instrumentos de gestión ambiental de los proyectos, obras o actividades que causaron el daño.

Artículo 141°.- De la prohibición de la doble sanción

141.1 No se puede imponer sucesiva o simultáneamente más de una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se

aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio de que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

141.2 De acuerdo a la legislación vigente, la Autoridad Ambiental Nacional, dirime en caso de que exista más de un sector o nivel de gobierno aplicando una sanción por el mismo hecho, señalando la entidad competente para la aplicación de la sanción. La solicitud de dirimencia suspenderá los procedimientos administrativos de sanción correspondientes.

141.3 La autoridad competente, según sea el caso, puede imponer medidas correctivas, independientemente de las sanciones que establezca.

Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales

142.1 Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

Artículo 143°.- De la legitimidad para obrar

Cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción a que se refiere la presente Ley, contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental, de conformidad con lo establecido en el artículo III del Código Procesal Civil.

Artículo 144°.- De la responsabilidad objetiva

La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso; o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142º, precedente, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir.

Artículo 145°.- De la responsabilidad subjetiva

La responsabilidad en los casos no considerados en el artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y los de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente.

<u>Artículo 146°.-</u> De las causas eximentes de responsabilidad
No existirá responsabilidad en los siguientes supuestos:

a) Cuando concurran una acción u omisión dolosa de la persona que hubiera sufrido un daño resarcible de acuerdo con esta Ley;
b) Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente tenga su causa exclusiva en un suceso inevitable o irresistible; y,
c) Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado por una acción y omisión no contraria a la normativa aplicable, que haya tenido lugar con el previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento por su parte del riesgo que corría de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión.

<u>Artículo 147°.-</u> De la reparación del daño
La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales.

<u>Artículo 148°.-</u> De las garantías

148.1 Tratándose de actividades ambientalmente riesgosas o peligrosas, la autoridad sectorial competente podrá exigir, a propuesta de la Autoridad Ambiental Nacional, un sistema de garantía que cubra las indemnizaciones que pudieran derivar por daños ambientales.
148.2 Los compromisos de inversión ambiental se garantizan a fin de cubrir los costos de las medidas de rehabilitación para los períodos de operación de cierre, post cierre, constituyendo garantías a favor de la autoridad competente, mediante una o varias de las modalidades contempladas en la Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros u otras que establezca la ley de la materia. Concluidas las medidas de rehabilitación, la autoridad competente procede, bajo responsabilidad, a la liberación de la garantía.

<u>Artículo 149°.-</u> Del Informe de la autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental

149.1 La formalización de la denuncia por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, requerirá de las entidades sectoriales competentes opinión fundamentada por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor a 30 días. Si resultara competente en un mismo caso más de una entidad sectorial y hubiere discrepancias entre los dictámenes por ellas evacuados, se requerirá

opinión dirimente y en última instancia administrativa al Consejo Nacional del Ambiente.

149.2 El fiscal debe merituar los informes de las autoridades sectoriales competentes o del Consejo Nacional del Ambiente según fuera el caso. Dichos informes deberán igualmente ser merituados por el juez o el tribunal al momento de expedir resolución.

149.3 En los casos en que el inversionista dueño o titular de una actividad productiva contare con programas específicos de adecuación y manejo ambiental – PAMA, esté poniendo en marcha dichos programas o ejecutándolos, o cuente con estudio de impacto ambiental, sólo se podrá dar inicio a la acción penal por los delitos tipificados en el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal si se hubiere infringido la legislación ambiental por no ejecución de las pautas contenidas en dichos programas o estudios según corresponda.

Artículo 150°.- Del régimen de incentivos

Constituyen conductas susceptibles de ser premiadas con incentivos, aquellas medidas o procesos que por iniciativa del titular de la actividad son implementadas y ejecutadas con la finalidad de reducir y/o prevenir la contaminación ambiental y la degradación de los recursos naturales, más allá de lo exigido por la normatividad aplicable o la autoridad competente y que responda a los objetivos de protección ambiental contenidos en la Política Nacional, Regional, Local o Sectorial, según corresponda.

CAPÍTULO 3
MEDIOS PARA LA RESOLUCIÓN Y GESTIÓN DE CONFLICTOS AMBIENTALES

Artículo 151°.- De los medios de resolución y gestión de conflictos

Es deber del Estado fomentar el conocimiento y uso de los medios de resolución y gestión de conflictos ambientales, como el arbitraje, la conciliación, mediación, concertación, mesas de concertación, facilitación entre otras, promoviendo la transmisión de conocimientos, el desarrollo de habilidades y destrezas y la formación de valores democráticos y de paz. Promueve la incorporación de esta temática en el currículo escolar y universitario.

Artículo 152°.- Del arbitraje y conciliación

Pueden someterse a arbitraje y conciliación las controversias o pretensiones ambientales determinadas o determinables que versen sobre derechos patrimoniales u otros que sean de libre disposición por las partes. En particular, podrán someterse a estos medios los siguientes casos:

a. Determinación de montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales.
b. Definición de obligaciones compensatorias que puedan surgir de un proceso administrativo, sean monetarios o no.
c. Controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales.

d. Precisión para el caso de las limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un área natural protegida de carácter nacional.
e. Conflictos entre usuarios con derechos superpuestos e incompatibles sobre espacios o recursos sujetos a ordenamiento o zonificación ambiental.

Artículo 153°.- De las limitaciones al laudo arbitral y al acuerdo conciliatorio

153.1 El laudo arbitral o el acuerdo conciliatorio no puede vulnerar la normatividad ambiental vigente ni modificar normas que establezcan LMP, u otros instrumentos de gestión ambiental, ni considerar ECA diferentes a los establecidos por la autoridad ambiental competente. Sin embargo, en ausencia de éstos, son de aplicación los establecidos a nivel internacional, siempre que medie un acuerdo entre las partes, o en ausencia de éste a lo propuesto por la Autoridad Nacional Ambiental.

153.2 De igual manera, se pueden establecer compromisos de adecuación a las normas ambientales en plazos establecidos de común acuerdo entre las partes, para lo cual deberán contar con el visto bueno de la autoridad ambiental competente, quien deberá velar por que dicho acuerdo no vulnere derechos de terceros ni genere afectación grave o irreparable al ambiente.

Artículo 154°.- De los árbitros y conciliadores

La Autoridad Ambiental Nacional se encargará de certificar la idoneidad de los árbitros y conciliadores especializados en temas ambientales, así como de las instituciones responsables de la capacitación y actualización de los mismos.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS, COMPLEMENTARIAS Y FINALES

PRIMERA.- De la modificación de la Ley Nº 26834

Modifícase el inciso j) del artículo 8° de la Ley Nº 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, en los siguientes términos:

> "j) Ejercer potestad sancionadora en el ámbito de las áreas naturales protegidas, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, clausura o suspensión, por las infracciones que serán determinadas por Decreto Supremo y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto."

SEGUNDA.- Estándares de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles

En tanto no se establezcan en el país Estándares de Calidad Ambiental, Límites Máximos Permisibles y otros estándares o parámetros para el control y la protección ambiental, son de uso referencial los establecidos por instituciones de Derecho Internacional Público, como los de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

TERCERA.- De la corrección a superposición de funciones legales

La Autoridad Ambiental Nacional convocará en un plazo de 60 días contados desde la publicación de la presente Ley, a un grupo técnico nacional encargado de revisar las funciones y atribuciones legales de las entidades nacionales, sectoriales, regionales y locales que suelen generar actuaciones concurrentes del Estado, a fin de proponer las correcciones o precisiones legales correspondientes.

CUARTA.- De las derogatorias
Deróganse el Decreto Legislativo Nº 613, la Ley N° 26631, la Ley Nº 26913, los artículos 221º, 222º, 223º, 224º y 225º de la Ley General de Minería, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante Decreto Supremo Nº 014-92-EM, y el literal a) de la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 757.

QUINTA.- Créase el Registro de Áreas Naturales Protegidas
La Superintendencia Nacional de Registros Públicos deberá implementar en plazo máximo de 180 días naturales el Registro de Áreas Naturales Protegidas así como su normatividad pertinente.

POR TANTO:

Habiendo sido reconsiderada la Ley por el Congreso de la República, insistiendo en el texto aprobado en sesión del Pleno realizada el día veintitrés de junio de dos mil cinco, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108° de la Constitución Política del Estado, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los trece días del mes de octubre de dos mil cinco.

MARCIAL AYAIPOMA ALVARADO
Presidente del Congreso de la República

GILBERTO DÍAZ PERALTA
Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

17601

LEY DE RECURSOS HÍDRICOS
LEY Nº 29338

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;
Ha dado la Ley siguiente:

LEY DE RECURSOS HÍDRICOS

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I.- Contenido
La presente Ley regula el uso y gestión de los recursos hídricos. Comprende el agua superficial, subterránea, continental y los bienes asociados a esta. Se extiende al agua marítima y atmosférica en lo que resulte aplicable.

Artículo II.- Finalidad
La presente Ley tiene por finalidad regular el uso y gestión integrada del agua, la actuación del Estado y los particulares en dicha gestión, así como en los bienes asociados a esta.

Artículo III.- Principios
Los principios que rigen el uso y gestión integrada de los recursos hídricos son:

1. Principio de valoración del agua y de gestión integrada del agua El agua tiene valor sociocultural, valor económico y valor ambiental, por lo que su uso debe basarse en la gestión integrada y en el equilibrio entre estos.
El agua es parte integrante de los ecosistemas y renovable a través del ciclo hidrológico.

2. Principio de prioridad en el acceso al agua El acceso al agua para la satisfacción de las necesidades primarias de la persona humana es prioritario por ser un derecho fundamental sobre cualquier uso, inclusive en épocas de escasez.

3. Principio de participación de la población y cultura del agua
El Estado crea mecanismos para la participación de los usuarios y de la población organizada en la toma de decisiones que afectan el agua en cuanto a calidad, cantidad, oportunidad u otro atributo del recurso.
Fomenta el fortalecimiento institucional y el desarrollo técnico de las organizaciones de usuarios de agua.
Promueve programas de educación, difusión y sensibilización, mediante las autoridades del sistema educativo y la sociedad civil, sobre la importancia del agua

para la humanidad y los sistemas ecológicos, generando conciencia y actitudes que propicien su buen uso y valoración.

4. Principio de seguridad jurídica

El Estado consagra un régimen de derechos para el uso del agua. Promueve y vela por el respeto de las condiciones que otorgan seguridad jurídica a la inversión relacionada con su uso, sea pública o privada o en coparticipación.

5. Principio de respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas

El Estado respeta los usos y costumbres de las comunidades campesinas y comunidades nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la Ley. Promueve el conocimiento y tecnología ancestral del agua.

6. Principio de sostenibilidad

El Estado promueve y controla el aprovechamiento y conservación sostenible de los recursos hídricos previniendo la afectación de su calidad ambiental y de las condiciones naturales de su entorno, como parte del ecosistema donde se encuentran.
El uso y gestión sostenible del agua implica la integración equilibrada de los aspectos socioculturales, ambientales y económicos en el desarrollo nacional, así como la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

7. Principio de descentralización de la gestión pública del agua y de autoridad única

Para una efectiva gestión pública del agua, la conducción del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos es de responsabilidad de una autoridad única y desconcentrada.
La gestión pública del agua comprende también la de sus bienes asociados, naturales o artificiales.

8. Principio precautorio

La ausencia de certeza absoluta sobre el peligro de daño grave o irreversible que amenace las fuentes de agua no constituye impedimento para adoptar medidas que impidan su degradación o extinción.

9. Principio de eficiencia

La gestión integrada de los recursos hídricos se sustenta en el aprovechamiento eficiente y su conservación, incentivando el desarrollo de una cultura de uso eficiente entre los usuarios y operadores.

10. Principio de gestión integrada participativa por cuenca hidrográfica

El uso del agua debe ser óptimo y equitativo, basado en su valor social, económico y ambiental, y su gestión debe ser integrada por cuenca hidrográfica y con participación activa de la población organizada. El agua constituye parte de los ecosistemas y es renovable a través de los procesos del ciclo hidrológico.

11. Principio de tutela jurídica
El Estado protege, supervisa y fiscaliza el agua en sus fuentes naturales o artificiales y en el estado en que se encuentre: líquido, sólido o gaseoso, y en cualquier etapa del ciclo hidrológico.

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- El agua
El agua es un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan, y la seguridad de la Nación.

Artículo 2º.- Dominio y uso público sobre el agua
El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua.

Artículo 3º.- Declaratoria de interés nacional y necesidad pública
Declárase de interés nacional y necesidad pública la gestión integrada de los recursos hídricos con el propósito de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y los acuíferos para la conservación e incremento del agua, así como asegurar su calidad fomentando una nueva cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones.

Artículo 4º.- Denominaciones
Cuando se haga referencia a “la Ley” o “el Reglamento”, se entiende que se trata de la presente Ley o de su Reglamento. La Autoridad Nacional debe entenderse como Autoridad Nacional del Agua (ANA) y el Consejo de Cuenca como Consejo de Recursos Hídricos de Cuenca.

Artículo 5º.- El agua comprendida en la Ley
El agua cuya regulación es materia de la presente Ley comprende lo siguiente:
1. La de los ríos y sus afluentes, desde su origen natural;
2. la que discurre por cauces artificiales;
3. la acumulada en forma natural o artificial;
4. la que se encuentra en las ensenadas y esteros;
5. la que se encuentra en los humedales y manglares;
6. la que se encuentra en los manantiales;
7. la de los nevados y glaciares;
8. la residual;
9. la subterránea;
10. la de origen minero medicinal;
11. la geotermal;
12. la atmosférica; y
13. la proveniente de la desalación.

Artículo 6º.- Bienes asociados al agua
Son bienes asociados al agua los siguientes:

1. Bienes naturales:
a. La extensión comprendida entre la baja y la alta marea, más una franja paralela a la línea de la alta marea en la extensión que determine la autoridad competente;
b. los cauces o álveos, lechos y riberas de los cuerpos de agua, incluyendo las playas, barriales, restingas y bajiales, en el caso de la amazonía, así como la vegetación de protección;
c. los materiales que acarrea y deposita el agua en los cauces;
d. las áreas ocupadas por los nevados y los glaciares;
e. los estratos o depósitos por donde corre o se encuentra el agua subterránea;
f. las islas existentes y las que se formen en los mares, lagos, lagunas o esteros o en los ríos, siempre que no procedan de una bifurcación del curso del agua al cruzar las tierras de particulares;
g. los terrenos ganados por causas naturales o por obras artificiales al mar, a los ríos, lagos, lagunas y otros cursos o embalses de agua;
h. la vegetación ribereña y de las cabeceras de cuenca;
i. las fajas marginales a que se refiere esta Ley; y
j. otros que señale la Ley.

2. Bienes artificiales:
Los bienes usados para:
a. La captación, extracción, desalación, almacenamiento, regulación, conducción, medición, control y uso del agua;
b. el saneamiento, depuración, tratamiento y reutilización del recurso;
c. la recarga artificial de acuíferos;
d. el encauzamiento de ríos y defensa contra inundaciones;
e. la protección de los bienes que integran el dominio público hidráulico; y
f. los caminos de vigilancia y mantenimiento que sirven para el uso del agua con arreglo a ley.

Artículo 7º.- Bienes de dominio público hidráulico

Constituyen bienes de dominio público hidráulico, sujetos a las disposiciones de la presente Ley, el agua enunciada en el artículo 5º y los bienes naturales asociados a esta señalados en el numeral 1 del artículo 6º.

Toda intervención de los particulares que afecte o altere las características de estos bienes debe ser previamente autorizada por la Autoridad Administrativa del Agua, con excepción del uso primario del agua y las referentes a la navegación.

Artículo 8º.- Bienes artificiales de propiedad del Estado asociados al agua
Son de propiedad del Estado los bienes artificiales asociados al agua, ejecutados con fondos públicos.

TÍTULO II
SISTEMA NACIONAL DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

CAPÍTULO I

FINALIDAD E INTEGRANTES

Artículo 9º.- Creación del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos
Créase el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos con el objeto de articular el accionar del Estado, para conducir los procesos de gestión integrada y de conservación de los recursos hídricos en los ámbitos de cuencas, de los ecosistemas que lo conforman y de los bienes asociados; así como, para establecer espacios de coordinación y concertación entre las entidades de la administración pública y los actores involucrados en dicha gestión con arreglo a la presente Ley.

Artículo 10º.- Finalidad del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos
El Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos es parte del Sistema Nacional de Gestión Ambiental y tiene por finalidad el aprovechamiento sostenible, la conservación y el incremento de los recursos hídricos, así como el cumplimiento de la política y estrategia nacional de recursos hídricos y el plan nacional de recursos hídricos en todos los niveles de gobierno y con la participación de los distintos usuarios del recurso.

Artículo 11º.- Conformación e integrantes del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos
El Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos está conformado por el conjunto de instituciones, principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales el Estado desarrolla y asegura la gestión integrada, participativa y multisectorial, el aprovechamiento sostenible, la conservación, la preservación de la calidad y el incremento de los recursos hídricos.

Integran el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos:
1. La Autoridad Nacional;
2. los Ministerios del Ambiente; de Agricultura; de Vivienda, Construcción y Saneamiento; de Salud; de la Producción; y de Energía y Minas;
3. los gobiernos regionales y gobiernos locales a través de sus órganos competentes;
4. las organizaciones de usuarios agrarios y no agrarios;
5. las entidades operadoras de los sectores hidráulicos, de carácter sectorial y multisectorial;
6. las comunidades campesinas y comunidades nativas; y
7. las entidades públicas vinculadas con la gestión de los recursos hídricos.

Artículo 12º.- Objetivos del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos
Son objetivos del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos los siguientes:
a. Coordinar y asegurar la gestión integrada y multisectorial, el aprovechamiento sostenible, la conservación, el uso eficiente y el incremento de los recursos hídricos, con estándares de calidad en función al uso respectivo.

b. Promover la elaboración de estudios y la ejecución de proyectos y programas de investigación y capacitación en materia de gestión de recursos hídricos.

Artículo 13º.- Alcances del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos

El Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos desarrolla sus políticas en coordinación con el Ministerio del Ambiente, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio de Salud, el Ministerio de la Producción y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, así como con los gobiernos regionales y gobiernos locales, dentro del marco de la política y estrategia nacional de recursos hídricos.

CAPÍTULO II

AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA

Artículo 14º.- La Autoridad Nacional como ente rector

La Autoridad Nacional es el ente rector y la máxima autoridad técnico-normativa del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos. Es responsable del funcionamiento de dicho sistema en el marco de lo establecido en la Ley.

Artículo 15º.- Funciones de la Autoridad Nacional

Son funciones de la Autoridad Nacional las siguientes:

1. Elaborar la política y estrategia nacional de los recursos hídricos y el plan nacional de gestión de los recursos hídricos, conduciendo, supervisando y evaluando su ejecución, los que deberán ser aprobados por decreto supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros;
2. establecer los lineamientos para la formulación y actualización de los planes de gestión de los recursos hídricos de las cuencas, aprobarlos y supervisar su implementación;
3. proponer normas legales en materia de su competencia, así como dictar normas y establecer procedimientos para asegurar la gestión integral y sostenible de los recursos hídricos;
4. elaborar el método y determinar el valor de las retribuciones económicas por el derecho de uso de agua y por el vertimiento de aguas residuales en fuentes naturales de agua, valores que deben ser aprobados por decreto supremo; así como, aprobar las tarifas por uso de la infraestructura hidráulica, propuestas por los operadores hidráulicos;
5. aprobar, previo estudio técnico, reservas de agua por un tiempo determinado cuando así lo requiera el interés de la Nación y, como último recurso, el trasvase de agua de cuenca;
6. declarar, previo estudio técnico, el agotamiento de las fuentes naturales de agua, zonas de veda y zonas de protección, así como los estados de emergencia por escasez, superávit hídrico, contaminación de las fuentes naturales de agua o cualquier conflicto relacionado con la gestión sostenible de los recursos hídricos, dictando las medidas pertinentes;
7. otorgar, modificar y extinguir, previo estudio técnico, derechos de uso de agua, así como aprobar la implementación, modificación y extinción de servidumbres de uso de agua, a través de los órganos desconcentrados de la Autoridad Nacional;

8. conducir, organizar y administrar el Sistema Nacional de Información de Recursos Hídricos, el Registro Administrativo de Derechos de Agua, el Registro Nacional de Organizaciones de Usuarios y los demás que correspondan;
9. emitir opinión técnica previa vinculante para el otorgamiento de autorizaciones de extracción de material de acarreo en los cauces naturales de agua;
10. supervisar y evaluar las actividades, impacto y cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos;
11. emitir opinión técnica vinculante respecto a la disponibilidad de los recursos hídricos para la viabilidad de proyectos de infraestructura hidráulica que involucren su utilización;
12. ejercer jurisdicción administrativa exclusiva en materia de aguas, desarrollando acciones de administración, fiscalización, control y vigilancia, para asegurar la preservación y conservación de las fuentes naturales de agua, de los bienes naturales asociados a estas y de la infraestructura hidráulica, ejerciendo para tal efecto, la facultad sancionadora y coactiva;
13. establecer los parámetros de eficiencia aplicables al aprovechamiento de dichos recursos, en concordancia con la política nacional del ambiente;
14. reforzar las acciones para una gestión integrada del agua en las cuencas menos favorecidas y la preservación del recurso en las cabeceras de cuencas;
15. aprobar la demarcación territorial de las cuencas hidrográficas; y
16. otras que señale la Ley.

Artículo 16º.- Recursos económicos de la Autoridad Nacional
Constituyen recursos económicos de la Autoridad Nacional los siguientes:
1. Los asignados en el Presupuesto de la República, incluyendo las transferencias de entidades del sector público;
2. los pagos que efectúan los usuarios de agua por concepto de retribuciones económicas por el uso de agua y por el vertimiento de aguas residuales, incluyendo lo que se recaude por concepto de intereses compensatorios y moratorios;
3. los aportes, asignaciones, donaciones, legados o transferencias por cualquier título proveniente de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, incluyendo los que provengan de la cooperación internacional;
4. los ingresos financieros que generen sus recursos;
5. la retribución única a que se refiere el artículo 107º del Decreto Ley Nº 25844, Ley de Concesiones Eléctricas;
6. los que se recauden por concepto de multas;
7. los derechos por la tramitación de procedimientos administrativos que le corresponda resolver conforme a sus funciones y competencias; y
8. los demás que se le asigne.

CAPÍTULO III

ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA

Artículo 17º.- Organización de la Autoridad Nacional
La organización de la Autoridad Nacional se rige por la presente Ley y su Reglamento. Su estructura básica está compuesta por los órganos siguientes:

a. Consejo Directivo;
b. Jefatura;
c. Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas;
d. órganos de apoyo, asesoramiento y línea;
e. órganos desconcentrados, denominados Autoridades Administrativas del Agua;
f. Administraciones Locales de Agua que dependen de las Autoridades Administrativas del Agua.

Artículo 18º.- Información en materia de recursos hídricos
Los integrantes del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos proporcionan la información que, en materia de recursos hídricos, sea solicitada por el ente rector en el ámbito de su competencia, para el cumplimiento de sus funciones al amparo de lo establecido en la presente norma.
La Autoridad Nacional dispone la difusión de la información en materia de recursos hídricos a fin de asegurar el aprovechamiento eficiente de dichos recursos y su inclusión en el Sistema Nacional de Información Ambiental.

SUBCAPÍTULO I
CONSEJO DIRECTIVO

Artículo 19º.- Conformación del Consejo Directivo
El Consejo Directivo es la máxima instancia de la Autoridad Nacional. Está conformado por los siguientes miembros:
1. Un (1) representante del Ministerio de Agricultura, quien asume la presidencia del Consejo Directivo.
2. Un (1) representante del Ministerio del Ambiente.
3. Un (1) representante del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.
4. Un (1) representante del Ministerio de Energía y Minas.
5. Un (1) representante de los sectores públicos productivos.
6. Un (1) representante de los sectores públicos de salud y de saneamiento.
7. Un (1) representante de los gobiernos regionales, elegido entre los presidentes regionales.
8. Un (1) representante de las municipalidades rurales.
9. Un (1) representante de las organizaciones de usuarios agrarios y uno (1) de los no agrarios.
10. Un (1) representante de las comunidades campesinas.
11. Un (1) representante de las comunidades nativas.
12. Un (1) representante de la Autoridad Marítima Nacional.
La designación de los representantes enunciados en los numerales 1), 2), 3), 4), 5), 6) y 12) se efectúa mediante resolución suprema expedida por la Presidencia del Consejo de Ministros, y deben ser funcionarios del más alto nivel con rango de director general o similar.
Las organizaciones representativas señaladas en los numerales 9), 10) y 11), así como los gobiernos regionales y las municipalidades rurales, acreditan sus representantes ante la Presidencia del Consejo de Ministros, para su nombramiento mediante resolución suprema.

Artículo 20º.- Funciones del Consejo Directivo
Son funciones del Consejo Directivo las siguientes:
1. Planificar, dirigir y supervisar la administración general y la marcha de la Autoridad Nacional, liderando a nivel nacional la gestión integrada y multisectorial del uso del agua de acuerdo con lo dispuesto por la presente Ley;
2. aprobar las políticas, planes y estrategias institucionales;
3. aprobar el presupuesto, el plan operativo anual, la memoria anual, el balance general y los estados financieros de la Autoridad Nacional; y
4. otras que determine el Reglamento.

SUBCAPÍTULO II

JEFATURA

Artículo 21º.- Del Jefe de la Autoridad Nacional
La Jefatura de la Autoridad Nacional está a cargo de un funcionario designado mediante resolución suprema refrendada por el Ministro de Agricultura.
El Jefe de la Autoridad Nacional tiene las siguientes funciones:
1. Ejercer la representación legal e institucional de la Autoridad Nacional, asumiendo la titularidad del pliego presupuestal;
2. celebrar contratos y convenios de crédito y de cooperación técnica y financiera nacional e internacional, de conformidad con las normas legales vigentes;
3. conducir la marcha general de la Autoridad Nacional, dirigiendo la gestión técnica, financiera y administrativa, cautelando el cumplimiento de sus políticas, planes y estrategias institucionales;
4. cumplir y hacer cumplir los acuerdos del Consejo Directivo;
5. proponer al Consejo Directivo políticas, planes y estrategias institucionales; así como las medidas necesarias para el eficiente funcionamiento de la Autoridad Nacional;
6. coordinar con los presidentes regionales la ejecución de las acciones de gestión del uso del agua que se desarrollan en sus respectivos ámbitos territoriales;
7. revisar y someter al Consejo Directivo los resultados de la gestión, el balance general y los estados financieros auditados, y la memoria de cada ejercicio;
8. expedir resoluciones y demás disposiciones que sean necesarias para la gestión de la Autoridad Nacional;
9. convocar a sesiones del Consejo Directivo, donde actúa como secretario; y,
10. otras que señale la Ley o le asigne el Consejo Directivo.

SUBCAPÍTULO III

TRIBUNAL NACIONAL DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS HÍDRICAS

Artículo 22º.- Naturaleza y competencia del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas
El Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas es el órgano de la Autoridad Nacional que, con autonomía funcional, conoce y resuelve en última instancia administrativa las reclamaciones y recursos administrativos contra las

resoluciones emitidas por la Autoridad Administrativa del Agua y la Autoridad Nacional, según sea el caso.
Tiene competencia nacional y sus decisiones solo pueden ser impugnadas en la vía judicial. Su organización y composición son definidas en el Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Nacional.

El Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas está integrado por cinco (5) profesionales de reconocida experiencia en materia de gestión de recursos hídricos, por un período de tres (3) años.
El acceso al cargo de integrante del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas se efectúa mediante concurso público de méritos que aprueba la Autoridad Nacional conforme a ley. Los integrantes son nombrados por resolución suprema.

Artículo 23º.- Instancias administrativas en materia de aguas
Las Autoridades Administrativas del Agua resuelven en primera instancia administrativa los asuntos de competencia de la Autoridad Nacional.
La Autoridad Nacional, a través de las Autoridades Administrativas del Agua, tiene presencia a nivel nacional; su designación, ámbito territorial y funciones son determinados en el Reglamento.

SUBCAPÍTULO IV

CONSEJO DE CUENCA

Artículo 24º.- Naturaleza de los Consejos de Cuenca
Los Consejos de Cuenca son órganos de naturaleza permanente integrantes de la Autoridad Nacional, creados mediante decreto supremo, a iniciativa de los gobiernos regionales, con el objeto de participar en la planificación, coordinación y concertación del aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos en sus respectivos ámbitos.
Los Consejos de Cuenca son de dos (2) clases:
1. Consejo de Cuenca Regional, cuando el ámbito de la cuenca se localiza íntegramente dentro de un (1) solo gobierno regional.
2. Consejo de Cuenca Interregional, cuando dentro del ámbito de la cuenca, existen dos (2) o más gobiernos regionales.
Los decretos supremos que crean los Consejos de Cuenca Regional o Interregional establecen su estructura orgánica y su conformación, la que considera la participación equilibrada de los representantes de las organizaciones de usuarios y de los gobiernos regionales y gobiernos locales que lo integran.
La designación, funciones y atribuciones de los Consejos de Cuenca Regional o Interregional son determinadas en el Reglamento.

CAPÍTULO IV

FUNCIONES DE LOS GOBIERNOS REGIONALES Y GOBIERNOS LOCALES

Artículo 25º.- Ejercicio de las funciones de los gobiernos regionales y gobiernos locales

Los gobiernos regionales y gobiernos locales, a través de sus instancias correspondientes, intervienen en la elaboración de los planes de gestión de recursos hídricos de las cuencas. Participan en los Consejos de Cuenca y desarrollan acciones de control y vigilancia, en coordinación con la Autoridad Nacional, para garantizar el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos.
La infraestructura hidráulica mayor pública que transfiera el gobierno nacional a los gobiernos regionales es operada bajo los lineamientos y principios de la Ley, y las directivas que emita la Autoridad Nacional.

CAPÍTULO V

ORGANIZACIONES DE USUARIOS

Artículo 26º.- Organizaciones de usuarios
Las formas de organización de los usuarios que comparten una fuente superficial o subterránea y un sistema hidráulico común son comités, comisiones y juntas de usuarios.

Los comités de usuarios son el nivel mínimo de organización. Se integran a las comisiones de usuarios y estas a la vez a las juntas de usuarios.
Los usuarios que cuentan con sistemas de abastecimiento de agua propio pueden organizarse en asociaciones de nivel regional y nacional conforme a las disposiciones del Código Civil.
Las entidades prestadoras de servicios de saneamiento se integran al sector hidráulico y a la cuenca hidráulica que corresponda según la fuente de abastecimiento de agua de la cual se sirve.

Artículo 27º.- Naturaleza y finalidad de las organizaciones de usuarios
Las organizaciones de usuarios son asociaciones civiles que tienen por finalidad la participación organizada de los usuarios en la gestión multisectorial y uso sostenible de los recursos hídricos.
El Estado garantiza la autonomía de las organizaciones de usuarios de agua y la elección democrática de sus directivos, con arreglo al Reglamento.
La Autoridad Nacional lleva un registro de todas las organizaciones de usuarios establecidas conforme a ley.

Artículo 28º.- La junta de usuarios
La junta de usuarios se organiza sobre la base de un sistema hidráulico común, de acuerdo con los criterios técnicos de la Autoridad Nacional.

La junta de usuarios tiene las siguientes funciones:
a. Operación y mantenimiento de la infraestructura hidráulica.
b. Distribución del agua.
c. Cobro y administración de las tarifas de agua.

El ejercicio de las funciones asignadas a las juntas de usuarios, por realizarse respecto a recursos de carácter público, es evaluado conforme a las normas aplicables del Sistema Nacional de Control.

Artículo 29º.- Las comisiones de usuarios
Las comisiones de usuarios constituyen las juntas de usuarios y se organizan de acuerdo con los criterios técnicos de la Autoridad Nacional.

Artículo 30º.- Los comités de usuarios
Los comités de usuarios pueden ser de aguas superficiales, de aguas subterráneas y de aguas de filtración.
Los comités de usuarios de aguas superficiales se organizan a nivel de canales menores, los de aguas subterráneas a nivel de pozo, y los de aguas de filtraciones a nivel de área de afloramiento superficial.
Su estructura y funciones son determinadas en el Reglamento.

Artículo 31º.- Reconocimiento de las organizaciones de usuarios
La Autoridad Nacional reconoce mediante resolución administrativa a las organizaciones de usuarios.
Artículo 32º.- Las comunidades campesinas y comunidades nativas
Las comunidades campesinas y comunidades nativas se organizan en torno a sus fuentes naturales, microcuencas y subcuencas de acuerdo con sus usos y costumbres. Las organizaciones tradicionales de estas comunidades tienen los mismos derechos que las organizaciones de usuarios.

CAPÍTULO VI

CUENCAS Y ENTIDADES MULTINACIONALES

Artículo 33º.- Acuerdos multinacionales
La Autoridad Nacional coordina con el Ministerio de Relaciones Exteriores la suscripción de acuerdos multinacionales que tengan por finalidad la gestión integrada del agua en las cuencas transfronterizas.

TÍTULO III

USOS DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

Artículo 34º.- Condiciones generales para el uso de los recursos hídricos
El uso de los recursos hídricos se encuentra condicionado a su disponibilidad. El uso del agua debe realizarse en forma eficiente y con respeto a los derechos de terceros, de acuerdo con lo establecido en la Ley, promoviendo que se mantengan o mejoren las características físico-químicas del agua, el régimen hidrológico en beneficio del ambiente, la salud pública y la seguridad nacional.

Artículo 35º.- Clases de usos de agua y orden de prioridad
La Ley reconoce las siguientes clases de uso de agua:

1. Uso primario.
2. Uso poblacional.
3. Uso productivo.

La prioridad para el otorgamiento y el ejercicio de los usos anteriormente señalados sigue el orden en que han sido enunciados.

Artículo 36º.- Uso primario del agua
El uso primario consiste en la utilización directa y efectiva de la misma, en las fuentes naturales y cauces públicos de agua, con el fin de satisfacer necesidades humanas primarias. Comprende el uso de agua para la preparación de alimentos, el consumo directo y el aseo personal; así como su uso en ceremonias culturales, religiosas y rituales.

Artículo 37º.- Características del uso primario
El uso primario del agua no requiere autorización administrativa y se ejerce por la sola disposición de la Ley.
Es inocuo al ambiente y a terceros, no tiene fin lucrativo y se ejerce en forma gratuita por las personas, bajo su propia responsabilidad, restringido solo a medios manuales y condicionado a que:

1. No altere las fuentes de agua en su cantidad y calidad, y
2. no afecte los bienes asociados al agua.

Artículo 38º.- Zonas de libre acceso para el uso primario
El Estado garantiza el libre acceso a las fuentes naturales y cauces artificiales públicos, sin alterarlos y evitando su contaminación, para satisfacer directamente las necesidades primarias de la población. La Autoridad Nacional fija, cuando sea necesario, lugares o zonas de libre acceso.

Artículo 39º.- Uso poblacional del agua
El uso poblacional consiste en la captación del agua de una fuente o red pública, debidamente tratada, con el fin de satisfacer las necesidades humanas básicas: preparación de alimentos y hábitos de aseo personal. Se ejerce mediante derechos de uso de agua otorgados por la Autoridad Nacional.

Artículo 40º.- Acceso de la población a las redes de agua potable
El Estado garantiza a todas las personas el derecho de acceso a los servicios de agua potable, en cantidad suficiente y en condiciones de seguridad y calidad para satisfacer necesidades personales y domésticas.

Artículo 41º.- Restricciones de uso del agua poblacional
En estados de escasez hídrica, las autoridades locales, regionales y nacionales responsables de la regulación de servicios de suministro de agua potable deben dictar medidas de racionamiento para restringir el uso del agua que no esté destinado para satisfacer las necesidades personales.

Artículo 42º.- Uso productivo del agua
El uso productivo del agua consiste en la utilización de la misma en procesos de producción o previos a los mismos. Se ejerce mediante derechos de uso de agua otorgados por la Autoridad Nacional.

Artículo 43º.- Tipos de uso productivo del agua
Son tipos de uso productivo los siguientes:
1. Agrario: pecuario y agrícola;
2. Acuícola y pesquero;
3. Energético;
4. Industrial;
5. Medicinal;
6. Minero;
7. Recreativo;
8. Turístico; y
9. de transporte.

Se podrá otorgar agua para usos no previstos, respetando las disposiciones de la presente Ley.

TÍTULO IV
DERECHOS DE USO DE AGUA

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 44º.- Derechos de uso de agua
Para usar el recurso agua, salvo el uso primario, se requiere contar con un derecho de uso otorgado por la Autoridad Administrativa del Agua con participación del Consejo de Cuenca Regional o Interregional, según corresponda.
Los derechos de uso de agua se otorgan, suspenden, modifican o extinguen por resolución administrativa de la Autoridad Nacional, conforme a ley.

Artículo 45º.- Clases de derechos de uso de agua
Los derechos de uso de agua son los siguientes:
1. Licencia de uso.
2. Permiso de uso.
3. Autorización de uso de agua.

Artículo 46º.- Garantía en el ejercicio de los derechos de uso
Se encuentra prohibido alterar, modificar, perturbar o impedir el uso legítimo del agua. El Estado garantiza el cumplimiento de los derechos de uso otorgados.

CAPÍTULO II

LICENCIA DE USO DE AGUA

Artículo 47º.- Definición
La licencia de uso del agua es un derecho de uso mediante el cual la Autoridad Nacional, con opinión del Consejo de Cuenca respectivo, otorga a su titular la facultad de usar este recurso natural, con un fin y en un lugar determinado, en los términos y condiciones previstos en los dispositivos legales vigentes y en la correspondiente resolución administrativa que la otorga.

Artículo 48º.- Clases de licencia de uso
La licencia de uso del agua puede ser otorgada para uso consuntivo y no consuntivo.

Artículo 49º.- Reversión de recursos hídricos
La Autoridad Nacional, con opinión del Consejo de Cuenca, promueve la reversión de los excedentes de recursos hídricos que se obtengan en virtud del cumplimiento de la presente norma, considerando para ello la normativa establecida por el Ministerio del Ambiente en la materia de su competencia.

Los usuarios u operadores de infraestructura hidráulica que generen excedentes de recursos hídricos y que cuenten con un certificado de eficiencia tienen preferencia en el otorgamiento de nuevos derechos de uso de agua que se otorguen sobre los recursos excedentes.

El Reglamento establece las condiciones para la aplicación de lo establecido en el presente artículo.

Artículo 50º.- Características de la licencia de uso
Son características de la licencia de uso las siguientes:
1. Otorgar a su titular facultades para usar y registrar una dotación anual de agua expresada en metros cúbicos, extraída de una fuente, pudiendo ejercer las acciones legales para su defensa;
2. se extingue por las causales previstas en la Ley;
3. su plazo es indeterminado mientras subsista la actividad para la que fue otorgada;
4. atribuye al titular la potestad de efectuar directamente o en coparticipación, según el caso, inversiones en tratamiento, transformación y reutilización para el uso otorgado. El agua excedente se entrega a la Autoridad Nacional para su distribución;
5. faculta a ejercer las servidumbres previstas en esta Ley y de acuerdo con las actividades y tipo de uso del agua que realice el titular;
6. es inherente al objeto para el cual fue otorgado; y,
7. las licencias de uso no son transferibles. Si el titular no desea continuar usándola debe revertirla al Estado, a través de la Autoridad Nacional.

Artículo 51º.- Licencia de uso en bloque
Se puede otorgar licencia de uso de agua en bloque para una organización de usuarios de agua reconocida, integrada por una pluralidad de personas naturales o jurídicas que usen una fuente de agua con punto de captación común.

Las organizaciones titulares de licencias de uso de agua en bloque emiten certificados nominativos que representen la parte que corresponde de la licencia a cada uno de sus integrantes.

Artículo 52º.- Licencias provisionales
La Autoridad Nacional, con opinión del Consejo de Cuenca, a solicitud de parte, siempre y cuando existan recursos hídricos excedentes y no se afecten derechos de uso de terceros, otorga licencias provisionales a los titulares de concesiones otorgadas por las entidades públicas competentes que tengan como fin la realización de estudios en cualquier actividad.

La licencia provisional es de plazo determinado y no puede superar el de las concesiones que la originan.
Se otorga de conformidad con las condiciones, actos y requisitos previstos en la Ley, el Reglamento y en la propia resolución de otorgamiento.
Cumplidas las condiciones bajo las cuales se otorgó la licencia provisional se procede, a solicitud de parte, al otorgamiento de la licencia de uso que faculte a su titular para hacer uso efectivo del agua.
Artículo 53º.- Otorgamiento y modificación de la licencia de uso
El otorgamiento, suspensión o modificación de una licencia de uso de agua se tramita conforme al procedimiento establecido en el Reglamento.

Para ser otorgada se requiere lo siguiente:
1. Que exista la disponibilidad del agua solicitada y que ésta sea apropiada en calidad, cantidad y oportunidad para el uso al que se destine;
2. que la fuente de agua a la que se contrae la solicitud tenga un volumen de agua disponible que asegure los caudales ecológicos, los niveles mínimos de reservas o seguridad de almacenamiento y las condiciones de navegabilidad, cuando corresponda y según el régimen hidrológico;
3. que no ponga en riesgo la salud pública y el ambiente;
4. que no se afecte derechos de terceros;
5. que guarde relación con el plan de gestión del agua de la cuenca;
6. que el interesado presente el instrumento ambiental pertinente aprobado por la autoridad ambiental sectorial competente; y
7. que hayan sido aprobadas las servidumbres, así como las obras de captación, alumbramiento, producción o regeneración, conducción, utilización, avenamiento, medición y las demás que fuesen necesarias.

Artículo 54º.- Requisitos de la solicitud de licencia de uso
La solicitud es presentada ante la Autoridad Nacional, conteniendo además de los requisitos indicados en el artículo 113º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los siguientes:

1. El uso al que se destine el agua;
2. la fuente de captación, curso o cuerpo de agua a usar, señalando la cuenca hidrográfica a la que pertenece, su ubicación política y geográfica y principales características de interés;
3. la ubicación de los lugares de captación, devolución o la delimitación del área de la fuente de uso, según corresponda, con los planos correspondientes;
4. el volumen anualizado requerido y el estimado de descarga, cuando corresponda y otras características, de acuerdo con la licencia solicitada;
5. certificación ambiental emitida conforme a la legislación respectiva, cuando corresponda;
6. la especificación de las servidumbres que se requieran; y
7. acreditación de la propiedad o posesión legítima del predio donde se utilizará el agua solicitada, cuando corresponda.
A las solicitudes de uso de agua se aplica el silencio administrativo negativo.

Artículo 55º.- Prioridad para el otorgamiento en el uso del agua
Existe concurrencia de solicitudes cuando en cualquier etapa del procedimiento administrativo de otorgamiento de un derecho de uso de agua se presenta más de una solicitud sobre una misma fuente de agua.
Cuando la disponibilidad del recurso no sea suficiente para atender todas las solicitudes concurrentes, el otorgamiento debe realizarse conforme a las siguientes reglas:
1. El orden de prioridad general establecido en la Ley;
2. el orden de preferencias de los usos productivos establecido por la Autoridad Nacional, tomando en cuenta lo establecido en los artículos 35º y 43º; y,
3. tratándose de un mismo uso productivo, la que sea de mayor interés público, conforme a los siguientes criterios:
a) La mayor eficiencia en la utilización del agua;
b) la mayor generación de empleo; y,
c) el menor impacto ambiental.

En igualdad de condiciones, tiene derecho de preferencia la solicitud que tenga mayor antigüedad en su presentación.

Cuando se presenten dos (2) o más solicitudes para un mismo uso y el recurso no fuera suficiente, la Autoridad Nacional, con la opinión del Consejo de Cuenca respectivo, define la prioridad para el otorgamiento y/o el uso o usos de agua que sirvan mejor al interés de la Nación, el desarrollo del país y el bien común, dentro de los límites y principios establecidos en la Ley.

Artículo 56º.- Derechos que confiere la licencia de uso
Los titulares de licencias de uso tienen derecho a lo siguiente:
1. Utilizar el agua, los bienes de dominio público hidráulico, así como los bienes artificiales asociados al agua de acuerdo con las disposiciones de la Ley, el Reglamento y la respectiva resolución administrativa que lo otorga;
2. solicitar la modificación, suspensión o extinción de la licencia;

3. realizar estudios, obras e instalaciones hidráulicas para ejercitar su derecho de uso;
4. ejercer las servidumbres que correspondan, indispensables para el uso del agua y la evacuación de sus sobrantes; y
5. los demás derechos previstos en la Ley.

Artículo 57º.- Obligaciones de los titulares de licencia de uso
Los titulares de licencia de uso tienen las siguientes obligaciones:
1. Utilizar el agua con la mayor eficiencia técnica y económica, en la cantidad, lugar y para el uso otorgado, garantizando el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, y evitando su contaminación;
2. cumplir oportunamente con el pago de la retribución económica por el uso del agua y las tarifas, cuando corresponda;
3. mantener en buenas condiciones la infraestructura necesaria para el uso del agua que le fue otorgada en los términos y condiciones que establece la Ley y el Reglamento, sin afectar a terceros, al desarrollo hidráulico, a las fuentes de agua, ni a la cuenca;
4. permitir las inspecciones que realice o disponga la Autoridad Nacional, en cumplimiento de sus funciones;
5. instalar los dispositivos de control y medición de agua, conservándolos y manteniéndolos en buen estado;
6. dar aviso oportuno a la Autoridad Nacional cuando, por causa justificada, no utilice transitoria, parcial o totalmente las aguas; situación que no acarrea la pérdida del derecho otorgado;
7. contribuir a la conservación, mantenimiento y desarrollo de la cuenca;
8. participar en las organizaciones de usuarios de agua correspondientes; y
9. las demás previstas en la Ley.

CAPÍTULO III

OTROS DERECHOS DE USO DE AGUA

Artículo 58º.- Permiso de uso de agua para épocas de superávit hídrico
El permiso de uso de agua para épocas de superávit hídrico es un derecho de duración indeterminada y de ejercicio eventual, mediante la Autoridad Nacional, con opinión del Consejo de Cuenca, otorga a su titular la facultad de usar una indeterminada cantidad de agua variable proveniente de una fuente natural. El estado de superávit hídrico es declarado por la Autoridad Nacional cuando se han cubierto los requerimientos de los titulares de licencias de uso del sector o distrito hidráulico.

Artículo 59º.- Permiso de uso sobre aguas residuales
El permiso de uso sobre aguas residuales, otorgado por la Autoridad Nacional, es un derecho de uso de duración indeterminada, mediante el cual se otorga a su titular la facultad de usar una determinada cantidad de agua variable, proveniente de filtraciones resultantes del ejercicio del derecho de los titulares de licencias de uso.

Los titulares de licencias que producen las filtraciones no son responsables de las consecuencias o de los perjuicios que puedan sobrevenir si variara la calidad, el caudal

o volumen, u oportunidad o si dejara de haber sobrantes de agua en cualquier momento o por cualquier motivo.

Artículo 60º.- Requisitos del permiso de uso

Son requisitos para obtener un permiso de uso de agua los siguientes:
1. Que el solicitante acredite ser propietario o poseedor legítimo del predio en el que hará uso eventual del recurso; y
2. que el predio cuente con las obras autorizadas de captación, conducción, utilización, avenamiento, medición y las demás que fuesen necesarias para el uso eventual del recurso.

Artículo 61º.- Otorgamiento, modificación y extinción del permiso de uso de agua
Al otorgamiento, modificación y extinción del permiso de uso se le aplican las disposiciones sobre licencia de uso, en lo que corresponda. La solicitud y resolución administrativa de otorgamiento de permiso de uso contiene los mismos datos que los establecidos para la licencia de uso, cuando corresponda.

Artículo 62º.- Autorización de uso de agua
La autorización de uso de agua es de plazo determinado, no mayor a dos (2) años, mediante el cual la Autoridad Nacional otorga a su titular la facultad de usar una cantidad anual de agua para cubrir exclusivamente las necesidades de aguas derivadas o relacionadas directamente con lo siguiente:
1. Ejecución de estudios.
2. Ejecución de obras.
3. Lavado de suelos.

La autorización de uso puede ser prorrogada por una única vez, por un plazo similar, siempre que subsistan las condiciones que dieron origen a su otorgamiento.
Los requisitos son determinados en el Reglamento.

Artículo 63º.- Otorgamiento, modificación y extinción de la autorización de uso de agua
El otorgamiento, la modificación y la extinción de la autorización de uso se rigen por las disposiciones sobre licencia de uso. La solicitud y la resolución administrativa de otorgamiento de autorización de uso de agua contienen los mismos requisitos establecidos para la licencia de uso de agua.

Artículo 64º.- Derechos de comunidades campesinas y de comunidades nativas
El Estado reconoce y respeta el derecho de las comunidades campesinas y comunidades nativas de utilizar las aguas existentes o que discurren por sus tierras, así como sobre las cuencas de donde nacen dichas aguas, tanto para fines económicos, de transporte, de supervivencia y culturales, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Perú, la normativa sobre comunidades y la Ley.

Este derecho es imprescriptible, prevalente y se ejerce de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales de cada comunidad.

Ningún artículo de la Ley debe interpretarse de modo que menoscabe los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.

Artículo 65º.- Definición de servidumbre de agua
La servidumbre de agua es el gravamen que recae sobre un predio para el uso del agua. Se sujeta a los plazos y formalidades establecidas en la Ley.

Puede ser:
1. Natural.- Obliga al titular de un predio a permitir el paso del agua que discurre en forma natural. Tiene duración indefinida.
2. Voluntaria.- Se constituye por acuerdo con el propietario del predio sirviente para hacer efectivo el derecho de uso de agua pudiendo pactarse a título gratuito u oneroso. Tiene la duración que hayan acordado las partes.
3. Forzosa.- Se constituye mediante resolución de la Autoridad Nacional. Tiene una duración igual al plazo previsto por el derecho de uso de agua.

Artículo 66º.- Compensación e indemnización
La servidumbre de agua forzosa y la servidumbre de agua voluntaria a título oneroso obliga a su titular a pagar una compensación por el uso del bien gravado y, de ser el caso, a indemnizar por el perjuicio que ella cause. El monto de la compensación y la indemnización es determinado por acuerdo entre las partes o, en su defecto, lo fija la Autoridad Nacional.

Artículo 67º.- Obligaciones y derechos del titular de la servidumbre de agua
El titular de la servidumbre de agua está obligado a construir y conservar las obras que fueran necesarias para el ejercicio de la misma y tiene derecho de paso con fines de vigilancia y conservación de las referidas obras.

Artículo 68º.- Extinción de la servidumbre forzosa de agua
La Autoridad Nacional, a pedido de parte o de oficio, declara la extinción de la servidumbre forzosa cuando:

1. Quien solicitó la servidumbre no lleve a cabo las obras respectivas dentro del plazo otorgado;
2. se demuestre que la servidumbre permanece sin uso por más de dos (2) años consecutivos;
3. concluya la finalidad para la cual se constituyó la servidumbre;
4. se destine la servidumbre, sin autorización previa, a fin distinto al solicitado; y
5. cuando vence el plazo de la servidumbre.

Artículo 69º.- Servidumbres reguladas por leyes especiales
Las servidumbres de agua con fines energéticos y de saneamiento se regulan por sus leyes especiales.

CAPÍTULO IV

EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS DE USO DE AGUA

Artículo 70º.- Causales de extinción de los derechos de uso de agua
Los derechos de uso de agua previstos en la Ley se extinguen por lo siguiente:
1. Renuncia del titular;
2. nulidad del acto administrativo que lo otorgó;
3. caducidad;
4. revocación; y
5. resolución judicial consentida o ejecutoriada que disponga la extinción del derecho.

La declaratoria de extinción de los derechos de uso de agua determina la reversión al dominio del Estado de los volúmenes otorgados.

Artículo 71º.- Caducidad de los derechos de uso
Son causales de caducidad de los derechos de uso las siguientes:
1. La muerte del titular del derecho;
2. el vencimiento del plazo del derecho de uso de agua;
3. conclusión del objeto para el que se otorgó el derecho; y
4. falta de ejercicio del derecho durante dos (2) años consecutivos o acumulados en un período de cinco (5) años sin justificación, siempre que esta causal sea imputable al titular.

Artículo 72º.- Revocación de los derechos de uso de agua
Son causales de revocación de los derechos de uso las siguientes:
1. La falta de pago de dos (2) cuotas consecutivas de la retribución económica del agua por uso o del derecho de vertimiento, de las tarifas de agua o de cualquier otra obligación económica con la Autoridad Nacional;
2. cuando se destine el agua, sin autorización previa de la Autoridad Nacional, a un fin distinto para el cual fue otorgado;
3. cuando el titular del derecho de uso de agua haya sido sancionado dos (2) veces por infracciones graves; y
4. la escasez del recurso, declarada formalmente por la Autoridad Nacional, o problemas de calidad que impidan su uso.
Las sanciones deben haber sido establecidas por resolución administrativa firme.
La caducidad y la revocación son declaradas en primera instancia por la Autoridad Administrativa del Agua.
Para aplicar las causales de revocación se debe seguir previamente el procedimiento sancionador establecido en el Reglamento.

TÍTULO V

PROTECCIÓN DEL AGUA

Artículo 73º.- Clasificación de los cuerpos de agua
Los cuerpos de agua pueden ser clasificados por la Autoridad Nacional teniendo en cuenta la cantidad y calidad del agua, consideraciones hidrográficas, las necesidades de las poblaciones locales y otras razones técnicas que establezca.

Artículo 74º.- Faja marginal
En los terrenos aledaños a los cauces naturales o artificiales, se mantiene una faja marginal de terreno necesaria para la protección, el uso primario del agua, el libre tránsito, la pesca, caminos de vigilancia u otros servicios. El Reglamento determina su extensión.

Artículo 75º.- Protección del agua
La Autoridad Nacional, con opinión del Consejo de Cuenca, debe velar por la protección del agua, que incluye la conservación y protección de sus fuentes, de los ecosistemas y de los bienes naturales asociados a ésta en el marco de la Ley y demás normas aplicables. Para dicho fin, puede coordinar con las instituciones públicas competentes y los diferentes usuarios.

La Autoridad Nacional, a través del Consejo de Cuenca correspondiente, ejerce funciones de vigilancia y fiscalización con el fin de prevenir y combatir los efectos de la contaminación del mar, ríos y lagos en lo que le corresponda. Puede coordinar, para tal efecto, con los sectores de la administración pública, los gobiernos regionales y los gobiernos locales.

El Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan las aguas. 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.

Artículo 76º.- Vigilancia y fiscalización del agua
La Autoridad Nacional en coordinación con el Consejo de Cuenca, en el lugar y el estado físico en que se encuentre el agua, sea en sus cauces naturales o artificiales, controla, supervisa, fiscaliza el cumplimiento de las normas de calidad ambiental del agua sobre la base de los Estándares de Calidad Ambiental del Agua (ECA-Agua) y las disposiciones y programas para su implementación establecidos por autoridad del ambiente.
También establece medidas para prevenir, controlar y remediar la contaminación del agua y los bienes asociados a esta. Asimismo, implementa actividades de vigilancia y monitoreo, sobre todo en las cuencas donde existan actividades que pongan en riesgo la calidad o cantidad del recurso.

Artículo 77º.- Agotamiento de la fuente
Una fuente de agua puede ser declarada agotada por la Autoridad Nacional, previo estudio técnico. A partir de dicha declaración no se puede otorgar derechos de uso de

agua adicionales, salvo extinción de alguno de los derechos de uso previamente existentes.

Artículo 78º.- Zonas de veda y zonas de protección
La Autoridad Nacional puede declarar zonas de veda y zonas de protección del agua para proteger o restaurar el ecosistema y para preservar fuentes y cuerpos de agua, así como los bienes asociados al agua.

En estos casos se puede limitar o suspender de manera temporal los derechos de uso de agua. Cuando el riesgo invocado para la declaratoria señalada afecte la salud de la población, se debe contar con la opinión sustentada y favorable de la Autoridad de Salud.

Artículo 79º.- Vertimiento de agua residual
La Autoridad Nacional autoriza el vertimiento del agua residual tratada a un cuerpo natural de agua continental o marina, previa opinión técnica favorable de las Autoridades Ambiental y de Salud sobre el cumplimiento de los Estándares de Calidad Ambiental del Agua (ECA-Agua) y Límites Máximos Permisibles (LMP). Queda prohibido el vertimiento directo o indirecto de agua residual sin dicha autorización.

En caso de que el vertimiento del agua residual tratada pueda afectar la calidad del cuerpo receptor, la vida acuática asociada a este o sus bienes asociados, según los estándares de calidad establecidos o estudios específicos realizados y sustentados científicamente, la Autoridad Nacional debe disponer las medidas adicionales que hagan desaparecer o disminuyan el riesgo de la calidad del agua, que puedan incluir tecnologías superiores, pudiendo inclusive suspender las autorizaciones que se hubieran otorgado al efecto. En caso de que el vertimiento afecte la salud o modo de vida de la población local, la Autoridad Nacional suspende inmediatamente las autorizaciones otorgadas.

Corresponde a la autoridad sectorial competente la autorización y el control de las descargas de agua residual a los sistemas de drenaje urbano o alcantarillado.

Artículo 80º.- Autorización de vertimiento
Todo vertimiento de agua residual en una fuente natural de agua requiere de autorización de vertimiento, para cuyo efecto debe presentar el instrumento ambiental pertinente aprobado por la autoridad ambiental respectiva, el cual debe contemplar los siguientes aspectos respecto de las emisiones:
1. Someter los residuos a los necesarios tratamientos previos.
2. Comprobar que las condiciones del receptor permitan los procesos naturales de purificación.

La autorización de vertimiento se otorga por un plazo determinado y prorrogable, de acuerdo con la duración de la actividad principal en la que se usa el agua y está sujeta a lo establecido en la Ley y en el Reglamento.

Artículo 81º.- Evaluación de impacto ambiental
Sin perjuicio de lo establecido en la Ley Nº 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, para la aprobación de los estudios de impacto ambiental relacionados con el recurso hídrico se debe contar con la opinión favorable de la Autoridad Nacional.

Artículo 82º.- Reutilización de agua residual
La Autoridad Nacional, a través del Consejo de Cuenca, autoriza el reúso del agua residual tratada, según el fin para el que se destine la misma, en coordinación con la autoridad sectorial competente y, cuando corresponda, con la Autoridad Ambiental Nacional.
El titular de una licencia de uso de agua está facultado para reutilizar el agua residual que genere siempre que se trate de los mismos fines para los cuales fue otorgada la licencia. Para actividades distintas, se requiere autorización.

La distribución de las aguas residuales tratadas debe considerar la oferta hídrica de la cuenca.

Artículo 83º.- Prohibición de vertimiento de algunas sustancias

Está prohibido verter sustancias contaminantes y residuos de cualquier tipo en el agua y en los bienes asociados a ésta, que representen riesgos significativos según los criterios de toxicidad, persistencia o bioacumulación. La Autoridad Ambiental respectiva, en coordinación con la Autoridad Nacional, establece los criterios y la relación de sustancias prohibidas.

Artículo 84º.- Régimen de incentivos
La Autoridad Nacional, en coordinación con el Consejo de Cuenca, otorga reconocimientos e incentivos a favor de quienes desarrollen acciones de prevención de la contaminación del agua y de desastres, forestación, reforestación o de inversión en tecnología y utilización de prácticas, métodos o procesos que coadyuven a la protección del agua y la gestión integrada del agua en las cuencas.

La Autoridad Nacional, en coordinación con el Consejo de Cuenca y el Ministerio del Ambiente, promueve los mecanismos de protección de la cuenca a fin de contribuir a la conservación y protección del agua y bienes asociados, así como el diseño de los mecanismos para que los usuarios de agua participen activamente en dichas actividades.

Los titulares de derechos de uso de agua que inviertan en trabajos destinados al uso eficiente, a la protección y conservación del agua y sus bienes asociados y al mantenimiento y desarrollo de la cuenca hidrográfica pueden deducir las inversiones que efectúen para tales fines de los pagos por concepto de retribución económica o tarifas de agua, de acuerdo con los criterios y porcentaje que son fijados en el Reglamento. Este beneficio no es aplicable a quienes hayan percibido otro beneficio de parte del Estado por el mismo trabajo ni cuando resulte del cumplimiento de una obligación de la normativa sectorial.

Artículo 85º.- Certificación de aprovechamiento eficiente
1. El certificado de eficiencia es el instrumento mediante el cual la Autoridad Nacional certifica el aprovechamiento eficiente de los recursos hídricos por parte de los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica.
2. La Autoridad Nacional otorga "certificados de eficiencia" a los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica, que cumplan con los parámetros de eficiencia.
3. La Autoridad Nacional otorga "certificados de creatividad, innovación e implementación para la eficiencia del uso del agua" a los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica que diseñen, desarrollen o implementen equipos, procedimientos o tecnologías que incrementen la eficiencia en el aprovechamiento de los recursos hídricos, así como la conservación de bienes naturales y el mantenimiento adecuado y oportuno de la infraestructura hidráulica.

Artículo 86º.- Incentivos institucionales
Para promover el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos, la Autoridad Nacional puede organizar concursos de mejores prácticas, realizar pasantías, otorgar premios, difundir experiencias exitosas y promover el uso de equipos y tecnologías innovadoras.

Pueden ser beneficiarios de los incentivos mencionados en el primer párrafo los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica, que cuenten con uno de los certificados señalados en el artículo 85º.

El Reglamento establece los requisitos, procedimientos y criterios para la aplicación de los incentivos.

Artículo 87º.- Aguas desalinizadas
El recurso hídrico que se obtenga por desalinización puede ser utilizado por el titular en beneficio propio o para abastecer a terceros; y le es aplicable lo establecido en el artículo 110º en lo referente al otorgamiento del derecho de uso.

Artículo 88º.- Currícula educativa
La Autoridad Nacional promueve la inclusión en el plan de estudios regular del Sector Educación de asignaturas respecto a la cultura y valoración de los recursos hídricos, su aprovechamiento eficiente así como su conservación e incremento.

Artículo 89º.- Prevención ante efectos de cambio climático
La Autoridad Nacional, en coordinación con la Autoridad del Ambiente, debe desarrollar estrategias y planes para la prevención y adaptación a los efectos del cambio climático y sus efectos sobre la cantidad de agua y variaciones climáticas de orden local, regional y nacional.

Asimismo, realiza el análisis de vulnerabilidad del recurso hídrico, glaciares, lagunas y flujo hídrico frente a este fenómeno.

TÍTULO VI

RÉGIMEN ECONÓMICO POR EL USO DEL AGUA

Artículo 90º.- Retribuciones económicas y tarifas
Los titulares de los derechos de uso de agua están obligados a contribuir al uso sostenible y eficiente del recurso mediante el pago de lo siguiente:
1. Retribución económica por el uso del agua;
2. retribución económica por el vertimiento de uso de agua residual;
3. tarifa por el servicio de distribución del agua en los usos sectoriales;
4. tarifa por la utilización de la infraestructura hidráulica mayor y menor; y
5. tarifa por monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas.
El Reglamento establece la oportunidad y periodicidad de las retribuciones económicas, las cuales constituyen recursos económicos de la Autoridad Nacional.
Los ingresos por los diferentes usos del agua se administran por la Autoridad Nacional de Aguas y se distribuyen de acuerdo con el Reglamento, respetando los porcentajes y derechos señalados en esta Ley.

Artículo 91º.- Retribución por el uso de agua
La retribución económica por el uso del agua es el pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado todos los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen. Se fija por metro cúbico de agua utilizada cualquiera sea la forma del derecho de uso otorgado y es establecida por la Autoridad Nacional en función de criterios sociales, ambientales y económicos.

Artículo 92º.- Retribución económica por el vertimiento de agua residual
La retribución por el vertimiento de agua residual es el pago que el titular del derecho efectúa por verter agua residual en un cuerpo de agua receptor. Este pago debe realizarse en función de la calidad y volumen del vertimiento y no sustituye el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley y en otras normas referidas a la protección y conservación del agua.

Artículo 93º.- Tarifa por la utilización de infraestructura hidráulica mayor y menor
La tarifa por la utilización de infraestructura hidráulica mayor y menor es el pago que el titular del derecho efectúa a la entidad pública a cargo de la infraestructura o la entidad que lo realice por delegación expresa de la primera, por concepto de operación, mantenimiento, reposición, administración y la recuperación de la inversión pública empleada, conforme a ley.

Artículo 94º.- Tarifa por el servicio de monitoreo y gestión de las aguas subterráneas
La tarifa por el servicio de monitoreo y gestión de las aguas subterráneas es el pago que hacen los usuarios de aguas subterráneas con fines productivos y cuyos fondos se destinan a monitorear el uso de esta agua y el nivel freático, así como para gestionar el uso de esta agua para hacer sostenible su disponibilidad.

Artículo 95º.- Criterios de autosostenibilidad

1. El valor de las retribuciones económicas se fija bajo criterios que permitan lo siguiente:
a. Cubrir los costos de la gestión integrada del agua a cargo de la Autoridad Nacional, el Consejo de Cuenca, incluyendo los vinculados con el manejo del correspondiente sistema de información; y
b. cubrir los costos de recuperación o remediación del recurso y los daños ambientales que cause el vertimiento.
2. Los valores de las tarifas se fijan bajo criterios que permitan lo siguiente:
a. Cubrir los costos de operación, mantenimiento, rehabilitación, mejoramiento y reposición de la infraestructura existente y el desarrollo de nueva infraestructura;
b. mejorar la situación socioeconómica de la cuenca hidrográfica; y
c. establecer su monto según rentabilidad de la actividad económica.

Artículo 96º.- Del financiamiento y cofinanciamiento
El Estado, a través de sus entidades públicas en los diferentes niveles de gobierno, prioriza el financiamiento o cofinanciamiento de estudios y la ejecución, rehabilitación y equipamiento de obras de infraestructura hidráulica que tengan por objeto lograr la reducción de pérdidas volumétricas de agua, el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos en la infraestructura hidráulica pública.

Pueden beneficiarse con financiamiento o cofinanciamiento establecido en el primer párrafo los usuarios y los operadores de infraestructura hidráulica que cuenten con un certificado de eficiencia o certificado de creatividad, innovación e implementación para la eficiencia del uso del agua.
Los requisitos, procedimiento y criterios para la selección de los proyectos se establecen en el Reglamento.

TÍTULO VII

PLANIFICACIÓN DE LA GESTIÓN DEL AGUA

Artículo 97º.- Objetivo de la planificación de la gestión del agua
La planificación de la gestión del agua tiene por objetivo equilibrar y armonizar la oferta y demanda de agua, protegiendo su cantidad y calidad, propiciando su utilización eficiente y contribuyendo con el desarrollo local, regional y nacional.

Artículo 98º.- Demarcación de las cuencas hidrográficas
La Autoridad Nacional aprueba la demarcación territorial de las cuencas hidrográficas.

Artículo 99º.- Instrumentos de planificación del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos
Son instrumentos de planificación del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos los siguientes:
a. La Política Nacional Ambiental;
b. La Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos;
c El Plan Nacional de los Recursos Hídricos; y
d. Los Planes de Gestión de Recursos Hídricos en las Cuencas.

La elaboración, implementación y trámite de aprobación son de responsabilidad de la Autoridad Nacional y el Consejo de Cuenca, detallados en el Reglamento.

Artículo 100º.- Plan Nacional de los Recursos Hídricos
El Plan Nacional de los Recursos Hídricos contiene la programación de proyectos y actividades estableciendo sus costos, fuentes de financiamiento, criterios de recuperación de inversiones, entidades responsables y otra información relevante relacionada con la política nacional de gestión de los recursos hídricos.
El Plan Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos es aprobado por decreto supremo a propuesta del Consejo Directivo de la Autoridad Nacional.

Artículo 101º.- Plan de adecuación para el aprovechamiento eficiente de recursos hídricos
Los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica que no cumplan los parámetros de eficiencia establecidos por la Autoridad Nacional deben presentar un plan de adecuación para el aprovechamiento eficiente de recursos hídricos a fin de reducir sus consumos anuales hasta cumplir, en un período no mayor de cinco (5) años, con los parámetros de eficiencia.

El plan de adecuación debe contener, como mínimo, las metas anuales de reducción de pérdidas volumétricas de agua, los procesos que se implementan para lograr dichas metas. Así como los parámetros de eficiencia, acceso al financiamiento o cofinanciamiento.

Los costos que se generen en virtud de la elaboración y ejecución del plan de adecuación para el aprovechamiento eficiente de recursos hídricos son de cargo de los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica.

La Autoridad Nacional aprueba y supervisa la ejecución del plan de adecuación para el aprovechamiento eficiente de recursos hídricos y sanciona su incumplimiento, de conformidad con lo previsto en el Reglamento, considerando para ello la normativa establecida por el Ministerio del Ambiente en materia de su competencia.

Artículo 102º.- Política y estrategia nacional de recursos hídricos
La política y estrategia nacional de recursos hídricos está conformada por el conjunto de principios, lineamientos, estrategias e instrumentos de carácter público, que definen y orientan el accionar de las entidades del sector público y privado para garantizar la atención de la demanda y el mejor uso del agua del país en el corto, mediano y largo plazo, en el marco de la política nacional ambiental.

La política y estrategia nacional de recursos hídricos es aprobada por decreto supremo a propuesta del Consejo Directivo de la Autoridad Nacional.

TÍTULO VIII

INFRAESTRUCTURA HIDRÁULICA

Artículo 103º.- Reserva de recursos hídricos
La reserva de recursos hídricos es un derecho especial intransferible que se otorga por resolución de la Autoridad Nacional para el desarrollo de proyectos, que reserva un volumen de agua para su uso consuntivo o no consuntivo, en el marco del plan de gestión de recursos hídricos de la cuenca.

Se otorga por el período de elaboración de estudios y ejecución del proyecto separadamente y no faculta al uso del agua. La solicitud de prórroga puede aprobarse por causas debidamente justificadas.

Los requisitos para solicitar la reserva de agua son establecidos en el Reglamento y deben incluir la capacidad técnica y financiera del solicitante.

Este derecho puede ser revocado por el incumplimiento injustificado del cronograma de elaboración de estudios y ejecución del proyecto y por lo dispuesto en el Título IV de la Ley, en lo que corresponda.

Artículo 104º.- Aprobación de obras de infraestructura hidráulica
La Autoridad Nacional, en concordancia con el Consejo de Cuenca, aprueba la ejecución de obras de infraestructura pública o privada que se proyecten en los cauces y cuerpos de agua naturales y artificiales, así como en los bienes asociados al agua correspondiente. En el caso de grandes obras hidráulicas y de trasvase entre cuencas, la Autoridad Nacional aprueba su ejecución. La aprobación está sujeta a la presentación de la certificación ambiental de la autoridad competente, según corresponda.

Artículo 105º.- Participación del sector privado en la infraestructura hidráulica
El Estado promueve la participación del sector privado en la construcción y mejoramiento de la infraestructura hidráulica, así como en la prestación de los servicios de operación y mantenimiento de la misma.
En la ejecución de proyectos de infraestructura hidráulica en tierras de las comunidades campesinas y comunidades nativas, el Estado establece el mecanismo para hacerlas partícipes de los beneficios una vez que opere el proyecto.

Artículo 106º.- Seguridad de la infraestructura hidráulica mayor

La Autoridad Nacional, en materia de seguridad de la infraestructura hidráulica mayor, tiene a cargo las siguientes funciones:
1. Coordina con el Consejo de Cuenca los planes de prevención y atención de desastres de la infraestructura hidráulica;
2. elabora, controla y supervisa la aplicación de las normas de seguridad de las grandes presas públicas y privadas; y
3. elabora y controla la aplicación de las normas de seguridad para los demás componentes del sistema hidráulico público.

Artículo 107º.- Derechos de uso de agua de las comunidades campesinas y comunidades nativas
Los derechos de uso de agua inherentes a las comunidades campesinas y comunidades nativas, cuando se llevan a cabo proyectos de infraestructura hidráulica, no deben ser afectados, de conformidad con lo establecido en el artículo 64º de la Ley.

TÍTULO IX

AGUA SUBTERRÁNEA

Artículo 108º.- Disposiciones generales
La exploración y el uso del agua subterránea están sujetos a las disposiciones del presente Título y las demás que les sean aplicables.
El uso del agua subterránea se efectúa respetando el principio de sostenibilidad del agua de la cuenca.

Artículo 109º.- Exploración del agua subterránea
Toda exploración del agua subterránea que implique perforaciones requiere de la autorización previa de la Autoridad Nacional y, cuando corresponda, de los propietarios del área a explorar, debiéndose tomar en cuenta la explotación sostenible del acuífero.

Artículo 110º.- Otorgamiento del derecho de uso del agua subterránea
El otorgamiento del derecho de uso de un determinado volumen de agua subterránea está sujeto a las condiciones establecidas en el Título IV y, cuando corresponda, al respectivo instrumento de gestión ambiental que establece la legislación vigente. En el caso de cese temporal o permanente del uso, los titulares de estos derechos están obligados, bajo responsabilidad, a tomar las medidas de seguridad necesarias que eviten daños a terceros.

Adicionalmente, los usuarios de agua subterránea deben instalar y mantener piezómetros en cantidad y separación determinados por la autoridad respectiva, donde registren la variación mensual de los niveles freáticos, información que deben comunicar a la Autoridad Nacional.

Artículo 111º.- Obligación de informar
Todo aquel que, con ocasión de efectuar estudios, exploraciones, explotaciones o cualquier obra, descubriese agua está obligado a informar a la Autoridad Nacional, proporcionando la información técnica que disponga.

En estos casos no se puede usar el agua sin permiso, autorización o licencia.

Asimismo, debe mantener actualizado un inventario de pozos y otras fuentes de agua subterránea.

Artículo 112º.- Uso conjunto de agua superficial y agua subterránea
La Autoridad Nacional promueve la constitución de bloques de uso del agua subterránea que tenga por objeto el uso conjunto del agua superficial y subterránea, cuando así lo aconseje el mejor uso de los recursos de una misma zona, así como la recarga artificial de acuíferos.

El Estado promueve la inversión privada para el uso colectivo del agua subterránea, así como la prestación de los servicios respectivos.

Artículo 113º.- Zonas de veda y zonas de restricción
La Autoridad Nacional puede declarar lo siguiente:
a. Zonas de veda permanente o temporal, para exploraciones, perforaciones de pozos y otorgamiento de nuevos derechos de uso de agua subterránea en ellas. Esta declaratoria debe fundarse en estudios técnicos que confirmen que la extracción del agua del acuífero perjudica su sostenibilidad.
b. Zonas de restricción a la totalidad o parte de un acuífero en caso de notorio riesgo de agotamiento.

Esta declaratoria debe fundarse en estudios técnicos que confirmen que la extracción del agua del acuífero perjudica su sostenibilidad. En este caso se dispone una reducción temporal de extracción de agua subterránea en partes alícuotas entre los derechos de uso de agua subterránea que existan.

TÍTULO X

AGUAS AMAZÓNICAS

Artículo 114º.- Aguas amazónicas
El agua amazónica, en el marco del desarrollo sostenible de la amazonía peruana, es un bien de uso público vertebrador de la biodiversidad, fauna, flora y de la vida humana en la amazonía.

Artículo 115º.- La gestión integrada del agua amazónica
El agua amazónica, por su asociación con la biodiversidad y uso para la alimentación humana, requiere de herramientas que orienten la gestión integrada hacia metas de sostenibilidad de la biodiversidad, protección de ecosistemas de agua dulce, inclusión social y desarrollo local.

Artículo 116º.- Objetivo de la planificación de la gestión del agua en la amazonía
La planificación de la gestión del agua en la amazonía tiene como principal objetivo proteger, preservar y recuperar las fuentes de agua (cochas, manantiales, humedales y ríos) y de sus bienes asociados (islas, barrizales y restingas), por lo que el deterioro en la calidad de dichas fuentes producido por actividades públicas o privadas es considerado falta muy grave por los daños que causa a la población, el ambiente y el desarrollo de la amazonía.

Artículo 117º.- Comités de subcuenca en la amazonía
Los comités de subcuenca en la amazonía se organizan en torno a los ríos menores o grandes quebradas, conforme a la zonificación que realice la Autoridad Nacional.

Los comités de subcuenca tienen facultad para administrar los usos del agua, otorgando prioridad al consumo humano y garantizando su protección según los principios y mandatos de la Ley. Resuelven cualquier conflicto en su interior por consenso.

Artículo 118º.- Las comunidades nativas amazónicas y pueblos indígenas
Las comunidades nativas amazónicas organizan sus comités de subcuenca de acuerdo a sus usos y costumbres para toda actividad cultural, social o económica y se encargan de la protección de las cochas, humedales y restingas de selva.

La Autoridad Nacional, en concordancia con los consejos de cuenca de la amazonía, vela por que, en las aguas existentes o que discurren por las áreas habitadas por pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial no se otorgue ningún derecho que implique uso, disposición o vertimientos en las mismas.

TÍTULO XI

LOS FENÓMENOS NATURALES

Artículo 119º.- Programas de control de avenidas, desastres e inundaciones
La Autoridad Nacional, conjuntamente con los Consejos de Cuenca respectivos, fomenta programas integrales de control de avenidas, desastres naturales o artificiales y prevención de daños por inundaciones o por otros impactos del agua y sus bienes asociados, promoviendo la coordinación de acciones estructurales, institucionales y operativas necesarias.

Dentro de la planificación hidráulica se fomenta el desarrollo de proyectos de infraestructura para aprovechamientos multisectoriales en los cuales se considera el control de avenidas, la protección contra inundaciones y otras medidas preventivas.

TÍTULO XII

LAS INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 120º.- Infracción en materia de agua
Constituye infracción en materia de agua, toda acción u omisión tipificada en la presente Ley. El Reglamento establece el procedimiento para hacer efectivas las sanciones.

Constituyen infracciones las siguientes:
1. Utilizar el agua sin el correspondiente derecho de uso;
2. el incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en el artículo 57º de la Ley;

3. la ejecución o modificación de obras hidráulicas sin autorización de la Autoridad Nacional;
4. afectar o impedir el ejercicio de un derecho de uso de agua;
5. dañar u obstruir los cauces o cuerpos de agua y los correspondientes bienes asociados;
6. ocupar o desviar los cauces de agua sin la autorización correspondiente;
7. impedir las inspecciones, actividades de vigilancia y supervisión que realice la autoridad de agua competente directamente o a través de terceros;
8. contaminar el agua transgrediendo los parámetros de calidad ambiental vigentes;
9. realizar vertimientos sin autorización;
10. arrojar residuos sólidos en cauces o cuerpos de agua naturales o artificiales;
11. contaminar el agua subterránea por infiltración de elementos o substancias en los suelos;
12. dañar obras de infraestructura pública; y
13. contravenir cualquiera de las disposiciones previstas en la Ley o en el Reglamento.

Artículo 121º.- Calificación de las infracciones
Las infracciones en materia de agua son calificadas como leves, graves y muy graves, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1. Afectación o riesgo a la salud de la población;
2. benefi cios económicos obtenidos por el infractor;
3. gravedad de los daños generados;
4. circunstancias de la comisión de la infracción;
5. impactos ambientales negativos, de acuerdo con la legislación vigente;
6. reincidencia; y
7. costos en que incurra el Estado para atender los daños generados.

La calificación e imposición de sanciones en primera instancia corresponde a la Autoridad Administrativa del Agua.

Artículo 122º.- Tipos de sanciones

Concluido el procedimiento sancionador, la autoridad de aguas competente puede imponer, según la gravedad de la infracción cometida y las correspondientes escalas que se fijen en el Reglamento, las siguientes sanciones administrativas:

1. Trabajo comunitario en la cuenca en materia de agua o
2. multa no menor de cero coma cinco (0,5) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) ni mayor de diez mil (10 000) UIT.

Artículo 123º.- Medidas complementarias
Sin perjuicio de la sanción a que se refiere el artículo 122º, la autoridad de aguas respectiva puede imponer a los infractores, de ser necesario con el apoyo de la fuerza pública, las siguientes medidas complementarias:
1. Acciones orientadas a restaurar la situación al estado anterior a la infracción o pagar los costos que demande su reposición;

2. decomiso de los bienes utilizados para cometer la infracción;
3. disponer el retiro, demolición, modificación, reubicación o suspensión de las obras en los cauces o cuerpos de agua y los bienes asociados a esta, que no hayan sido autorizados por la Autoridad Nacional; y
4. suspensión o revocación de los derechos de agua, incluyendo el cese de la utilización ilegal de este recurso, de ser el caso.

Artículo 124º.- Ejecución coactiva
Para toda deuda impaga o ejecución incumplida de una obligación de hacer o no hacer a favor del Estado en virtud de la Ley, se utiliza el procedimiento de ejecución coactiva, de acuerdo con las normas especiales vigentes.

Artículo 125º.- Responsabilidad civil y penal
Las sanciones administrativas que la Autoridad Nacional imponga son independientes de la responsabilidad de naturaleza civil o penal correspondiente.

La Autoridad Nacional puede promover las acciones civiles y penales según correspondan.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Seguridad de los bienes del dominio público
Declárase de preferente interés nacional la seguridad de los bienes del dominio público integrados por las fuentes naturales de agua, los bienes asociados a éstas y la infraestructura hidráulica mayor pública.

Mediante decreto supremo, el Poder Ejecutivo, a propuesta de la Autoridad Nacional, establece aquellos que requieran resguardo especial permanente.

Los Ministerios de Defensa y del Interior disponen, según corresponda, la asignación de personal necesario para los fines señalados en el segundo párrafo.

SEGUNDA.- Reconocimiento de los derechos de uso de agua
Los usuarios que no cuenten con derechos de uso de agua pero que estén usando el recurso natural de manera pública, pacífi ca y continua durante cinco (5) años o más pueden solicitar a la Autoridad Nacional el otorgamiento de su correspondiente derecho de uso de agua, para lo cual deben acreditar dicho uso de acuerdo con las condiciones establecidas en el Reglamento, siempre que no afecte el derecho de terceros. Caso contrario, deben tramitar su pedido conforme lo establece la Ley y el Reglamento como nuevo derecho de agua.

TERCERA.- Navegación, flotación, uso y actividades con agua de mar
El agua como medio de transporte marítimo, fluvial, lacustre y de flotación, así como el uso y actividad con agua de mar, se rigen por la legislación especial de la materia y de conformidad con las disposiciones de la presente Ley.

CUARTA.- Otras entidades que forman parte del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos
Forman parte del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos los proyectos especiales; los proyectos especiales hidráulicos e hidroenergéticos regionales, nacionales y binacionales; las autoridades ambientales competentes; las entidades prestadoras de servicios de saneamiento; el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología; y la Autoridad Marítima del Perú. Estas entidades deben articular sus acciones conforme a las normas de la presente Ley y del Reglamento.

QUINTA.- Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos
El Poder Ejecutivo, con refrendo del Presidente del Consejo de Ministros y del Ministro de Agricultura, aprueba el Reglamento de la presente Ley, y adecua el Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Nacional, en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario.

SEXTA.- Adscripción al Ministerio del Ambiente
La Autoridad Nacional puede adscribirse al Ministerio del Ambiente una vez culminado el proceso de implementación y operatividad de dicho Ministerio.

SÉTIMA.- Infraestructura hidráulica mayor pública
Los gobiernos regionales a los cuales se les transfiera la operación y mantenimiento de la infraestructura hidráulica mayor pública desarrollan sus actividades con estricto cumplimiento de la política y estrategia nacional de los recursos hídricos, así como del Plan Nacional de Gestión de Recursos Hídricos, y se sujetan a las normas, lineamientos, directivas y procedimientos que emita la Autoridad Nacional en el ámbito de su competencia.

OCTAVA.- Entidades prestadoras de saneamiento
Las aguas subterráneas reservadas a favor de las entidades prestadoras de saneamiento se rigen en cada caso por la ley que autoriza la reserva correspondiente.

NOVENA.- Mecanismos de promoción
Mediante el Reglamento se establecen los mecanismos de promoción de la inversión privada en infraestructura hidráulica, diferentes a los contemplados en el artículo 8º de la Ley.

DÉCIMA.- Excepción del uso del agua
Exceptúase de esta Ley el uso del agua para los fines de la defensa nacional, aprobados por la Autoridad Nacional del Agua y el Consejo de Cuenca como órgano descentralizado.

UNDÉCIMA.- Responsabilidad social
Los beneficiarios del agua, agrupados en empresas y asociaciones, en el marco de la responsabilidad social de la empresa, elaboran proyectos para el establecimiento de programas de forestación, mejora de riego, mejora de semillas y otros, a fin de mantener el equilibrio ecológico.

DÉCIMA SEGUNDA.- Programa de adecuación y manejo ambiental

Las entidades públicas y privadas que no cuenten con un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), en el caso del vertimiento de aguas residuales, y que incumplan con lo señalado en el Título V de la Ley, deben presentar su PAMA a la Autoridad Ambiental competente, estableciendo los plazos de remediación, mitigación y control ambiental.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA.- Instancias administrativas en materia de aguas
Para los procedimientos que se inicien a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley y en tanto se implementen las Autoridades Administrativas del Agua y el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas, las funciones de primera instancia son asumidas por las administraciones locales de agua y la segunda instancia por la Jefatura de la Autoridad Nacional.

Los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente Ley se rigen por la normativa vigente a esa fecha hasta su conclusión, salvo las funciones de segunda instancia ejercidas por las autoridades autónomas de cuenca hidrográfica, las cuales son asumidas por la Autoridad Nacional.

SEGUNDA.- Disposiciones necesarias para implementación de la Ley
En tanto se apruebe el Reglamento, facúltase a la Autoridad Nacional para dictar las disposiciones que sean requeridas para la implementación de la presente Ley.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA.- Disposición derogatoria
Deróganse el Decreto Ley Nº 17752, la tercera disposición complementaria y transitoria del Decreto Legislativo Nº 1007, el Decreto Legislativo Nº 1081 y el Decreto Legislativo Nº 1083; así como todas las demás disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintitrés días del mes de marzo de dos mil nueve.

JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN
Presidente del Congreso de la República

ALEJANDRO AGUINAGA RECUENCO
Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE
LA REPÚBLICA
POR TANTO:
Mando se publique y cumpla.
Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los treinta días del mes de marzo del año dos mil nueve.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República
YEHUDE SIMON MUNARO
Presidente del Consejo de Ministros

Ley de Areas Naturales Protegidas

LEY N° 26834

CONCORDANCIA: D.S. Nº 038-2001-AG (REGLAMENTO)
R.D. Nº 001-2001-INRENA-DGANPFS
D.S. Nº 031-2001-AG
D.S. Nº 068-2001-PCM
D.S. Nº 037-2001-AG
D.S. Nº 074-2001-PCM
R.D. Nº 015-2001-INRENA-DGANPFSS
R. D. Nº 016-2001-INRENA-DGANPFSS
R.J. Nº 270-2001-INRENA
R.J. N° 155-2002-INRENA

LEY DE AREAS NATURALES PROTEGIDAS

TITULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- La presente Ley norma los aspectos relacionados con la gestión de las Areas Naturales Protegidas y su conservación de conformidad con el Artículo 68º de la Constitución Política del Perú.

Las Áreas Naturales Protegidas son 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.

Las Areas Naturales Protegidas constituyen patrimonio de la Nación. Su condición natural debe ser mantenida a perpetuidad pudiendo permitirse el uso regulado del área y el aprovechamiento de recursos, o determinarse la restricción de los usos directos.

Artículo 2.- La protección de las áreas a que se refiere el artículo anterior tiene como objetivos:

a. Asegurar la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos, dentro de áreas suficientemente extensas y representativas de cada una de las unidades ecológicas del país.
b. Mantener muestras de los distintos tipos de comunidad natural, paisajes y formas fisiográficas, en especial de aquellos que representan la diversidad única y distintiva del país.
c. Evitar la extinción de especies de flora y fauna silvestre, en especial aquellas de distribución restringida o amenazadas.
d. Evitar la pérdida de la diversidad genética.
e. Mantener y manejar los recursos de la flora silvestre, de modo que aseguren una producción estable y sostenible.

f. Mantener y manejar los recursos de la fauna silvestre, incluidos los recursos hidrobiológicos, para la producción de alimentos y como base de actividades económicas, incluyendo las recreativas y deportivas.
g. Mantener la base de recursos, incluyendo los genéticos, que permita desarrollar opciones para mejorar los sistemas productivos, encontrar adaptaciones frente a eventuales cambios climáticos perniciosos y servir de sustento para investigaciones científicas, tecnológicas e industriales.
h. Mantener y manejar las condiciones funcionales de las cuencas hidrográficas de modo que se aseguren la captación, flujo y calidad del agua, y se controle la erosión y sedimentación.
i. Proporcionar medios y oportunidades para actividades educativas, así como para el desarrollo de la investigación científica.
j. Proporcionar oportunidades para el monitoreo del estado del medio ambiente.
k. Proporcionar oportunidades para la recreación y el esparcimiento al aire libre, así como para un desarrollo turístico basado en las características naturales y culturales del país.
l. Mantener el entorno natural de los recursos culturales, arqueológicos e históricos ubicados en su interior.
m. Restaurar ecosistemas deteriorados.
n. Conservar la identidad natural y cultural asociada existente en dichas áreas.

Artículo 3.- Las Areas Naturales Protegidas, con excepción de las Areas de Conservación Privada, se establecen con carácter definitivo. La reducción física o modificación legal de las áreas del Sistema Nacional de Areas Naturales Protegidas - SINANPE, sólo podrá ser aprobada por Ley.

Las áreas naturales protegidas pueden ser:

A) Las de administración nacional, que conforman el Sistema Nacional de Areas Naturales Protegidas - SINANPE.

B) Las de administración regional, denominadas áreas de conservación regional.

C) Las áreas de conservación privadas.

Artículo 4.- Las Areas Naturales Protegidas, con excepción de las Areas de Conservación Privadas, son de dominio público y no podrán se adjudicadas en propiedad a los particulares. Cuando se declaren Areas Naturales Protegidas que incluyan predios de propiedad privada, se podrá determinar las restricciones al uso de la propiedad del predio, y en su caso, se establecerán las medidas compensatorias correspondientes. La administración del Area Natural Protegida promoverá la suscripción de acuerdos con los titulares de derechos en las áreas, para asegurar que el ejercicio de sus derechos sea compatible con los objetivos del área.

Artículo 5.- El ejercicio de la propiedad y de los demás derechos reales adquiridos con anterioridad al establecimiento de un Area Natural Protegida,

debe hacerse en armonía con los objetivos y fines para los cuales éstas fueron creadas. El Estado evaluará en cada caso la necesidad de imponer otras limitaciones al ejercicio de dichos derechos. Cualquier transferencia de derechos a terceros por parte de un poblador de un Area Natural Protegida, deberá ser previamente notificada a la Jefatura del Area. En caso de transferencia del derecho de propiedad, el Estado podrá ejercer el derecho de retracto conforme al Código Civil.

CONCORDANCIA: D.S. Nº 031-2001-AG

TITULO II
DE LA GESTION DEL SISTEMA

Artículo 6.- Las Areas Naturales Protegidas a que se refiere el Artículo 22º de la presente ley, conforman en su conjunto el Sistema Nacional de Areas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE), a cuya gestión se integran las instituciones públicas del Gobierno central, Gobiernos Descentralizados de nivel Regional y Municipalidades, instituciones privadas y las poblaciones locales que actúan, intervienen o participan, directa o indirectamente en la gestión y desarrollo de estas áreas.

Artículo 7.- La creación de Areas Naturales Protegidas del SINANPE y de las Areas 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, en cuyo caso también lo refrenda el Ministro de Pesquería.

Por Resolución Ministerial se reconocen las Areas de Conservación Privada y se establecen las Zonas Reservadas a que se refieren los Artículos 12 y 13 de esta ley respectivamente.

Artículo 8.- El Instituto Nacional de Recursos Naturales, INRENA, del Sector Agrario, creado por Decreto Ley N° 25902, constituye el ente rector del SINANPE y supervisa la gestión de las Areas Naturales Protegidas que no forman parte de este Sistema.

Sin perjuicio de las funciones asignadas en su Ley de creación, corresponde al INRENA:

a. Definir la política nacional para el desarrollo de las Areas Naturales Protegidas.

b. Proponer la normatividad requerida para la gestión y desarrollo de las Areas Naturales Protegidas.

CONCORDANCIA: R.J. Nº 045-2001-INRENA

c. Aprobar las normas administrativas necesarias para la gestión y desarrollo de las Areas Naturales Protegidas.

CONCORDANCIA: R.J. Nº 045-2001-INRENA

d. Conducir la gestión de las áreas protegidas de carácter nacional, sea de forma directa o a través de terceros bajo las modalidades que establece la legislación.

e. Llevar el Registro y Catastro oficiales de las Areas Naturales Protegidas y promover su inscripción en los registros correspondientes.

CONCORDANCIA: D.S. Nº 001-2000-AG

f. Proponer al Ministerio de Agricultura el Plan Director, para su aprobación mediante Decreto Supremo, previa opinión del Consejo de Coordinación del SINANPE.

CONCORDANCIAS: D.S.Nº 010-99-AG

g. Aprobar los Planes Maestros de las Areas Naturales Protegidas.

h. Velar por el cumplimiento de la normatividad vigente, los planes aprobados y los contratos y convenios que se suscriban.

i. Supervisar y monitorear las actividades que se realicen en las Areas Naturales Protegidas y sus zonas de amortiguamiento.

j. Ejercer potestad sancionadora en el ámbito de las áreas naturales protegidas, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, clausura o suspensión, por las infracciones que serán determinadas por Decreto Supremo y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto.

MODIFICADO POR LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE

k. Promover la coordinación interinstitucional entre las instituciones públicas del Gobierno Central, Gobiernos Descentralizados de Nivel Regional y Gobiernos Locales que actúan, intervienen o participan, directa o indirectamente en la gestión y desarrollo de las Areas Naturales Protegidas.

l. Promover la participación de la sociedad civil, y en especial de las poblaciones locales en la gestión y desarrollo de las áreas protegidas.

m. Nombrar un Jefe para cada Area Natural Protegida de carácter nacional y establecer sus funciones.

n. Proponer a la instancia correspondiente, la tramitación ante UNESCO para la declaración e inscripción de Sitios de Patrimonio Mundial y el reconocimiento de Reservas de la Biósfera.

Artículo 9.- El ente rector cuenta en su gestión con el apoyo de un Consejo de Coordinación del SINANPE, en tanto instancia de coordinación, concertación e

información, que promueve la adecuada planificación y manejo de las áreas que componen el SINANPE. El Consejo se reunirá regularmente tres veces por año, o de manera extraordinaria cuando así se requiera. Está integrado por un representante de los siguientes:

a. Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA, quien lo presidirá.

b. Consejo Nacional del Ambiente - CONAM.

c. Dirección Nacional de Turismo del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

d. Gobiernos Descentralizados de nivel regional.

e. Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana - IIAP.

f. Los Comités de Gestión de las ANP a que se hace referencia en la presente ley.

g. Las universidades públicas y privadas.

h. Las Organizaciones no Gubernamentales con trabajos de significativa importancia y trascendencia en Areas Naturales Protegidas.

i. Organizaciones empresariales privadas.

Artículo 10.- En los casos de asuntos que versen sobre áreas con presencia de poblaciones campesinas y nativas, recursos arqueológicos o sobre la autorización o aprovechamiento de recursos hidrobiológicos o minero-energéticos, pueden participar en el Consejo un representante de las direcciones especializadas de los siguientes Ministerios:

a. Ministerio de Promoción de la Mujer y el Desarrollo Humano.

b. Ministerio de Educación.

c. Ministerio de Pesquería.

d. Ministerio de Energía y Minas.

Artículo 11.- Los Gobiernos Descentralizados de nivel regional podrán gestionar, ante el ente rector a que se refiere la presente Ley, la tramitación de la creación de un Area de Conservación Regional en su jurisdicción, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 7 de la presente ley. Las Areas de Conservación Regional se conformarán sobre áreas que teniendo una importancia ecológica significativa, no califican para ser declaradas como áreas del Sistema Nacional. En todo caso, la Autoridad Nacional podrá incorporar al SINANPE aquellas áreas regionales que posean una importancia o trascendencia nacional.

Artículo 12.- Los predios de propiedad privada podrán, a iniciativa de su propietario, ser reconocidos por el Estado, en toda o parte de su extensión, como Areas de Conservación Privada, siempre y cuando cumplan con los requisitos físicos y técnicos que ameriten su reconocimiento. A las Areas de Conservación Privada les son de aplicación, en cuanto sea posible, las disposiciones contenidas en la presente Ley.

Artículo 13.- El Ministerio de Agricultura podrá establecer Zonas Reservadas, en aquellas áreas que reuniendo las condiciones para ser consideradas como Areas Naturales Protegidas, requieren la realización de estudios complementarios para determinar, entre otras, la extensión y categoría que les corresponderá como tales.

Las Zonas Reservadas forman parte del SINANPE, y por lo tanto quedan sujetas a las disposiciones que corresponden a las Areas Naturales Protegidas de acuerdo a la presente Ley y sus reglamentos, con excepción de lo dispuesto en el Artículo 3.

Artículo 14.- Cada Area Natural Protegida tiene un Jefe de Area, designado por el INRENA para las Areas Naturales Protegidas de carácter nacional, o por los Gobiernos Descentralizados de nivel regional en caso de Areas de Conservación Regional. La gestión de las Areas de Conservación Privada se sujeta a su respectivo plan maestro.

Artículo 15.- Cada Area Natural Protegida excepto las Areas de Conservación Privada, contará con el apoyo de un Comité de Gestión integrado por representantes del Sector Público y Privado que a nivel local, tengan interés o injerencia en el área protegida, aprobado por el INRENA o los gobiernos regionales, según sea el caso.

CONCORDANCIA: R.D. Nº 001-2001-INRENA-DGANPFS

Artículo 16.- Los Comités de Gestión son competentes para:

a. Proponer las políticas de desarrollo y Planes del ANP para su aprobación por la Autoridad Nacional Competente, dentro del marco de la política nacional sobre Areas Naturales Protegidas.

b. Velar por el buen funcionamiento del área, la ejecución de los Planes aprobados y el cumplimiento de la normatividad vigente.

c. Proponer medidas que armonicen el uso de los recursos con los objetivos de conservación del Area Natural Protegida.

d. Supervisar y controlar el cumplimiento de los contratos y/o convenios relacionados con la administración y manejo del área.

e. Facilitar la coordinación intersectorial para apoyar la gestión de la administración del ANP.

f. Proponer iniciativas para la captación de recursos financieros.

Artículo 17.- El Estado reconoce y promueve la participación privada en la gestión de las Areas Naturales Protegidas. Para ello, se podrá suscribir u otorgar, sea por el INRENA o por las autoridades competentes a nivel nacional, regional o municipal, según sea el caso:

a. Contratos de Administración del área.

b. Concesiones para la prestación de servicios económicos dentro del área.

c. Contratos para el aprovechamiento de recursos del Sector.

d. Convenios para la ejecución de proyectos o programas de investigación y/o conservación.

e. Autorizaciones y permisos para el desarrollo de actividades menores.

f. Otras modalidades que se establezcan en la legislación.

El otorgamiento de derechos a particulares obliga a éstos a cumplir con las políticas, planes y normas que la Autoridad Nacional Competente determine para las áreas protegidas.

TITULO III
DE LOS INSTRUMENTOS DE MANEJO

Articulo 18.- Las Areas Naturales Protegidas y el SINANPE contarán con documentos de planificación de carácter general y específicos por tipo de recurso y actividad, aprobados por el INRENA con participación de los sectores competentes correspondientes.

Los Planes, una vez aprobados por la Autoridad Nacional Competente, constituyen normas de observancia obligatoria para cualquier actividad que se desarrolle dentro de las áreas.

Artículo 19.- Los lineamientos de política y planeación estratégica de las Areas Naturales Protegidas en su conjunto, serán definidos en un documento denominado "Plan Director de las Areas Naturales Protegidas". El Plan Director será elaborado y revisado bajo un amplio proceso participativo y deberá contener, cuando menos, el marco conceptual para la constitución y operación a largo plazo de las Areas Naturales Protegidas del SINANPE, Areas de Conservación Regionales y Areas de Conservación Privadas; así como analizar los tipos de hábitat del Sistema y las medidas para conservar y completar la cobertura ecológica requerida.

CONCORDANCIAS: D.S.Nº 010-99-AG

Artículo 20.- La Autoridad Nacional aprobará un Plan Maestro para cada Area Natural Protegida. El Plan Maestro constituye el documento de planificación de más alto nivel con que cuenta un Area Natural Protegida. Serán elaborados bajo procesos participativos, revisados cada 5 años y definirán, por lo menos:

a. La zonificación, estrategias y políticas generales para la gestión del área.

b. La organización, objetivos, planes específicos requeridos y programas de manejo.

c. Los marcos de cooperación, coordinación y participación relacionados al área y sus zonas de amortiguamiento.

CONCORDANCIA. R.J. Nº 134-2001-INRENA
R.J. Nº 135-2001-INRENA
R.J. Nº 136-2001-INRENA

Artículo 21.- De acuerdo a la naturaleza y objetivos de cada Area Natural Protegida, se asignará una categoría que determine su condición legal, finalidad y usos permitidos. Las Areas Naturales Protegidas contemplan una gradualidad de opciones que incluyen:

a. Áreas de uso indirecto. Son aquellas que permiten la investigación científica no manipulativa, la recreación y el turismo, en zonas apropiadamente designadas y manejadas para ello. En estas áreas no se permite la extracción de recursos naturales, así como modificaciones y transformaciones del ambiente natural. Son áreas de uso indirecto los Parques Nacionales, Santuarios Nacionales y los Santuarios Históricos.

b. Áreas de uso directo. Son aquellas que permiten el aprovechamiento o extracción de recursos, prioritariamente por las poblaciones locales, en aquellas zonas y lugares y para aquellos recursos, definidos por el plan de manejo del área. Otros usos y actividades que se desarrollen deberán ser compatibles con los objetivos del área. Son áreas de uso directo las Reservas Nacionales, Reservas Paisajísticas, Refugios de Vida Silvestre, Reservas Comunales, Bosques de Protección, Cotos de Caza y Areas de Conservación Regionales.

Artículo 22.- Son categorías del Sistema Nacional de Areas Naturales Protegidas:

a. Parques Nacionales: áreas que constituyen muestras representativas de la diversidad natural del país y de sus grandes unidades ecológicas. En ellos se protege con carácter intangible la integridad ecológica de uno o más ecosistemas, las asociaciones de la flora y fauna silvestre y los procesos sucesionales y evolutivos, así como otras características, paisajísticas y culturales que resulten asociadas.

b. Santuarios Nacionales: 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.

c. Santuarios Históricos: 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.

d. Reservas Paisajísticas: 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.

e. Refugios de Vida Silvestre: 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.

f. Reservas Nacionales: 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.

g. Reservas Comunales: 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.

h. Bosques de Protección: 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.

i. Cotos de Caza: áreas destinadas al aprovechamiento de la fauna silvestre a través de la práctica regulada de la caza deportiva.

Artículo 23.- Independientemente de la categoría asignada, cada área deberá ser zonificada de acuerdo a sus requerimientos y objetivos, pudiendo tener zonas de protección estricta y acceso limitado, cuando así se requiera.

Las Áreas Naturales Protegidas pueden contar con:

a. 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.

En estas Zonas sólo se permiten actividades propias del manejo del área y de monitoreo del ambiente, y excepcionalmente, la investigación científica.

b. 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. En estas zonas es posible, además de las actividades de administración y control, la investigación científica, educación y la recreación sin infraestructura permanente ni vehículos motorizados.

c. 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. En estas zonas se permite el desarrollo de 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.

d. 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. Se permiten actividades para la educación, investigación y recreación. Las Zonas de Aprovechamiento Directo sólo podrán ser establecidas en áreas clasificadas como de uso directo, de acuerdo al Art. 21 de la presente Ley.

e. Zona de uso Especial (UE): Espacios ocupados por asentamientos humanos preexistentes al establecimiento del Area Natural Protegida, o en los que por situaciones especiales, ocurre algún tipo de uso agrícola, pecuario, agrosilvopastoril u otras actividades que implican la transformación del ecosistema original.

f. 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.

g. Zona Histórico-Cultural (HC): Define ámbitos que cuentan con valores históricos o arqueológicos importantes y cuyo manejo debe orientarse a su mantenimiento, integrándolos al entorno natural. Es posible implementar facilidades de interpretación para los visitantes y población local. Se

promoverán en dichas áreas la investigación, actividades educativas y uso recreativo, en relación a sus valores culturales.

Artículo 24.- La infraestructura y facilidades necesarias para la administración del Area Natural Protegida podrán ubicarse en cualquiera de las zonas señaladas con excepción de las Zonas de Protección Estricta y las Zonas Silvestres. La habilitación de infraestructura, centros de interpretación y, eventualmente, otros servicios para visitantes, buscará un equilibrio entre los requerimientos de la administración y el impacto mínimo en la calidad natural del área.

Artículo 25.- Son Zonas de Amortiguamiento aquellas zonas adyacentes a las Areas Naturales Protegidas del Sistema, que por su naturaleza y ubicación requieren un tratamiento especial para garantizar la conservación del área protegida. El Plan Maestro de cada área definirá la extensión que corresponda a su Zona de Amortiguamiento. Las actividades que se realicen en las Zonas de Amortiguamiento no deben poner en riesgo el cumplimiento de los fines del Area Natural Protegida.

Artículo 26.- El incumplimiento del Plan Maestro en las Areas de Conservación Privada determina la pérdida del reconocimiento otorgado al predio. El Estado promoverá un régimen de incentivos a fin de favorecer el establecimiento y protección de las Areas de Conservación Privadas.

TITULO IV

DE LA UTILIZACION SOSTENIBLE DE LAS AREAS NATURALES PROTEGIDAS

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

Artículo 28.- Las solicitudes para aprovechar recursos naturales al interior de las Areas Naturales Protegidas del SINANPE y de las Areas de Conservación Regionales, se tramitarán ante la autoridad sectorial competente y sólo podrán ser resueltas favorablemente si se cumplen las condiciones del artículo anterior. La autorización otorgada requiere la opinión previa favorable de la autoridad del SINANPE.

Artículo 29.- El Estado reconoce la importancia de las Areas Naturales Protegidas para el desarrollo de actividades de investigación científica básica y aplicada, así como para la educación, el turismo y la recreación en la naturaleza. Estas actividades sólo serán autorizadas si su desarrollo no afecta los objetivos primarios de conservación del área en la cual se lleven a cabo y se respete la zonificación y condiciones establecidas en el Plan Maestro del área.

Artículo 30.- El desarrollo de actividades recreativas y turísticas deberá realizarse sobre la base de los correspondientes planes y reglamentos de uso turístico y recreativo, así como del Plan Maestro del Area Natural Protegida.

CONCORDANCIA. R.D. Nº 016-2001-INRENA-DGANPFSS

Artículo 31.- La administración del área protegida dará una atención prioritaria a asegurar los usos tradicionales y los sistemas de vida de las comunidades nativas y campesinas ancestrales que habitan las Areas Naturales Protegidas y su entorno, respetando su libre determinación, en la medida que dichos usos resulten compatibles con los fines de las mismas. El Estado promueve la participación de dichas comunidades en el establecimiento y la consecución de los fines y objetivos de las Areas Naturales Protegidas.

DISPOSICION COMPLEMENTARIA

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

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- El Reglamento de la presente Ley se aprobará mediante Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Agricultura y Pesquería en un plazo máximo de 90 días calendario.

Segunda.- En tanto no se apruebe el Reglamento de la presente Ley, seguirá vigente el Decreto Supremo N° 160-77-AG, Reglamento de Unidades de Conservación, en cuanto sea pertinente. Los Contratos de Administración de áreas protegidas a que se refiere el Artículo 17º Inc. a) de la presente ley sólo podrán ser suscritos una vez que se apruebe dicho Reglamento.

Quedan derogadas todas aquellas disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Tercera.- El INRENA evaluará la situación actual de las áreas que componen el SINANPE, adecuando su régimen legal y administrativo a las disposiciones de la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los diecisiete días del mes de junio de mil novecientos noventa y siete.

VICTOR JOY WAY ROJAS
Presidente del Congreso de la República

CARLOS TORRES Y TORRES LARA
Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los treinta días del mes de junio de mil novecientos noventa y siete.

CONGRESO DE LA REPUBLICA

Ley General de Residuos Sólidos

LEY Nº 27314

CONCORDANCIA: ORDENANZA Nº 295
Decreto de Alcaldía Nº 147

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY GENERAL DE RESIDUOS SÓLIDOS

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Objeto

La presente Ley establece derechos, obligaciones, atribuciones y responsabilidades de la sociedad en su conjunto, para asegurar una gestión y manejo de los residuos sólidos, sanitaria y ambientalmente adecuada, con sujeción a los principios de minimización, prevención de riesgos ambientales y protección de la salud y el bienestar de la persona humana.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

2.1 La presente Ley se aplica a las actividades, procesos y operaciones de la gestión y manejo de residuos sólidos, desde la generación hasta su disposición final, incluyendo las distintas fuentes de generación de dichos residuos, en los sectores económicos, sociales y de la población. Asimismo, comprende las actividades de internamiento y tránsito por el territorio nacional de residuos sólidos.

2.2 No están comprendidos en el ámbito de esta Ley los residuos sólidos de naturaleza radiactiva, cuyo control es de competencia del Instituto Peruano de Energía Nuclear, salvo en lo relativo a su internamiento al país, el cual se rige por lo dispuesto en esta Ley.

TÍTULO II

GESTIÓN AMBIENTAL DE RESIDUOS SÓLIDOS

CAPÍTULO I

LINEAMIENTOS DE GESTIÓN

Artículo 3.- Finalidad

La gestión de los residuos sólidos en el país tiene como finalidad su manejo integral y sostenible, mediante la articulación, integración y compatibilización de las políticas, planes, programas estrategias y acciones de quienes intervienen en la gestión y el manejo de los residuos sólidos, aplicando los lineamientos de política que se establecen en el siguiente artículo.

Artículo 4.- Lineamientos de política

La presente Ley se enmarca dentro de la política nacional ambiental y los principios establecidos en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, aprobado mediante Decreto Legislativo Nº 613. La gestión y manejo de los residuos sólidos se rige especialmente por los siguientes lineamientos de política, que podrán ser exigibles programáticamente, en función de las posibilidades técnicas y económicas para alcanzar su cumplimiento:

1. Desarrollar acciones de educación y capacitación para una gestión de los residuos sólidos eficiente, eficaz y sostenible.

2. Adoptar medidas de minimización de residuos sólidos, a través de la máxima reducción de sus volúmenes de generación y características de peligrosidad.

3. Establecer un sistema de responsabilidad compartida y de manejo integral de los residuos sólidos, desde la generación hasta su disposición final, a fin de evitar situaciones de riesgo e impactos negativos a la salud humana y el ambiente, sin perjuicio de las medidas técnicamente necesarias para el mejor manejo de los residuos sólidos peligrosos.

4. Adoptar medidas para que la contabilidad de las entidades que generan o manejan residuos sólidos refleje adecuadamente el costo real total de la prevención, control, fiscalización, recuperación y compensación que se derive del manejo de residuos sólidos.

5. Desarrollar y usar tecnologías, métodos, prácticas y procesos de producción y comercialización que favorezcan la minimización o reaprovechamiento de los residuos sólidos y su manejo adecuado.

6. Fomentar el reaprovechamiento de los residuos sólidos y la adopción complementaria de prácticas de tratamiento y adecuada disposición final.

7. Promover el manejo selectivo de los residuos sólidos y admitir su manejo conjunto, cuando no se generen riesgos sanitarios o ambientales significativos.

8. Establecer acciones orientadas a recuperar las áreas degradadas por la descarga inapropiada e incontrolada de los residuos sólidos.

9. Promover la iniciativa y participación activa de la población, la sociedad civil organizada, y el sector privado en el manejo de los residuos sólidos.

10. Fomentar la formalización de las personas o entidades que intervienen en el manejo de los residuos sólidos.

11. Armonizar las políticas de ordenamiento territorial y las de gestión de residuos sólidos, con el objeto de favorecer su manejo adecuado, así como la identificación de áreas apropiadas para la localización de instalaciones de tratamiento, transferencia y disposición final.

12. Fomentar la generación, sistematización y difusión de información para la toma de decisiones y el mejoramiento del manejo de los residuos sólidos.

13. Definir planes, programas, estrategias y acciones transectoriales para la gestión de residuos sólidos, conjugando las variables económicas, sociales, culturales, técnicas, sanitarias y ambientales.

14. Priorizar la prestación privada de los servicios de residuos sólidos, bajo criterios empresariales y de sostenibilidad.

15. Asegurar que las tasas o tarifas que se cobren por la prestación de servicios de residuos sólidos se fijan, en función de su costo real, calidad y eficiencia.

16. Establecer acciones destinadas a evitar la contaminación del medio acuático, eliminando el arrojo de residuos sólidos en cuerpos o cursos de agua.

Artículo 5.- Competencias del CONAM
El Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) debe:

1. Coordinar con las autoridades sectoriales y municipales la debida aplicación de la presente Ley.

2. Promover la aplicación de planes integrales de gestión ambiental de residuos sólidos en las distintas ciudades del país, de conformidad con lo establecido en esta ley.

3. Incluir en el Informe Nacional sobre el Estado del Ambiente en el Perú, el análisis referido a la gestión y el manejo de los residuos sólidos.

4. Incorporar en el Sistema Nacional de Información Ambiental, información referida a la gestión y manejo de los residuos sólidos.

5. Armonizar los criterios de evaluación de impacto ambiental con los lineamientos de política establecida en la presente Ley.

6. Resolver, en última instancia administrativa, los recursos impugnativos interpuestos con relación a conflictos entre resoluciones o actos administrativos emitidos por distintas autoridades, relacionados con el manejo de los residuos sólidos.

CONCORDANCIA: R. N° 047-2002-CONAM-PCD

7. Resolver, en última instancia administrativa, a pedido de parte, sobre la inaplicación de resoluciones o actos administrativos que contravengan los lineamientos de política y demás disposiciones establecidas en la presente Ley.

8. Promover la adecuada gestión de residuos sólidos, mediante el Marco Estructural de Gestión Ambiental, establecido por el Decreto del Consejo Directivo del CONAM Nº 01-97-CD/CONAM, y la aprobación de políticas, planes y programas de gestión transectorial de residuos sólidos, a través de la Comisión Técnica Multisectorial.

CAPÍTULO II

AUTORIDADES SECTORIALES

Artículo 6.- Competencia de las autoridades sectoriales

La gestión y el manejo de los residuos sólidos de origen industrial, agropecuario, agroindustrial o de instalaciones especiales, que se realicen dentro del ámbito de las áreas productivas e instalaciones industriales o especiales utilizadas para el desarrollo de dichas actividades, son regulados, fiscalizados y sancionados por los ministerios u organismos regulatorios o de fiscalización correspondientes.

Artículo 7.- Competencia del Sector Salud

El Ministerio de Salud está obligado a:

1. Regular a través de la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), lo siguiente:

a) Los aspectos técnico-sanitarios del manejo de residuos sólidos, incluyendo los correspondientes a las actividades de reciclaje, reutilización y recuperación.

b) El manejo de los residuos sólidos de establecimientos de atención de salud, así como de los generados en campañas sanitarias.

2. Aprobar el Estudio de Impacto Ambiental y emitir opinión técnica favorable, previamente a la aprobación de los proyectos de plantas de transferencia, tratamiento y rellenos sanitarios.

3. Declarar zonas en estado de emergencia sanitaria por el manejo inadecuado de los residuos sólidos.

4. Administrar y mantener actualizado el registro de las empresas prestadoras de servicios de residuos sólidos y de las empresas comercializadoras señaladas en el Artículo 19.

5. Vigilar el manejo de los residuos sólidos debiendo adoptar, según corresponda, las siguientes medidas:

a) Inspeccionar y comunicar a la autoridad sectorial competente las infracciones detectadas al interior de las áreas e instalaciones indicadas en el artículo anterior, en caso que se generen impactos sanitarios negativos al exterior de ellas.

b) Disponer la eliminación o control de los riesgos sanitarios generados por el manejo inadecuado de residuos sólidos.

c) Requerir con la debida fundamentación el cumplimiento de la presente Ley a la autoridad municipal, bajo responsabilidad.

Artículo 8.- Competencia del Sector Transportes y Construcción

El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción regula la gestión de los residuos sólidos de la actividad de la construcción y el transporte de los residuos peligrosos. Asimismo, autoriza y fiscaliza el transporte de los residuos peligrosos, en las vías nacionales y regionales.

CAPÍTULO III

AUTORIDADES MUNICIPALES

Artículo 9.- Municipalidades Provinciales

Las municipalidades provinciales son responsables por la gestión de los residuos sólidos de origen domiciliario, comercial y de aquellas actividades que generen residuos similares a éstos, en todo el ámbito de su jurisdicción.

Están obligadas a:

1. Planificar la gestión integral de los residuos sólidos en el ámbito de su jurisdicción, compatibilizando los planes de manejo de residuos sólidos de sus distritos y centros poblados menores, con las políticas de desarrollo local y regional.

2. Regular y fiscalizar el manejo y la prestación de los servicios de residuos sólidos de su jurisdicción.

3. Emitir opinión fundamentada sobre los proyectos de ordenanza distritales referidas al manejo de residuos sólidos, incluyendo la cobranza de arbitrios correspondientes.

4. Asegurar la adecuada limpieza de vías, espacios y monumentos públicos, la recolección y transporte de residuos sólidos en el distrito del Cercado de las ciudades capitales correspondientes.

5. Aprobar los proyectos de infraestructura de transferencia, tratamiento y disposición final de residuos sólidos, así como autorizar su funcionamiento.

6. Autorizar el funcionamiento de la infraestructura de transferencia, tratamiento y disposición final de residuos sólidos.

7. Asumir, en coordinación con la autoridad de salud de su jurisdicción, o a pedido de ésta, la prestación de los servicios de residuos sólidos para complementar o suplir la acción de aquellos distritos que hayan sido declarados en emergencia sanitaria o que no puedan hacerse cargo de los mismos en forma adecuada. El costo de los servicios prestados deberá ser sufragado por la municipalidad distrital correspondiente.

8. Adoptar medidas conducentes a promover la constitución de empresas prestadoras de servicios de residuos sólidos indicadas en el Artículo 27 de la presente Ley, así como incentivar y priorizar la prestación privada de los servicios de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

9. Promover y garantizar servicios de residuos sólidos administrados bajo principios, criterios y contabilidad de costos de carácter empresarial.

10. Suscribir contratos de prestación de servicios de residuos sólidos con las empresas registradas en el Ministerio de Salud.

11. Autorizar y fiscalizar el transporte de residuos peligrosos en su jurisdicción, con excepción del que se realiza en las vías nacionales y regionales.

Artículo 10.- Municipalidades Distritales

10.1 Las municipalidades distritales son responsables por la prestación de los servicios de recolección y transporte de los residuos sólidos indicados en el artículo anterior y de la limpieza de vías, espacios y monumentos públicos en su jurisdicción. Los residuos sólidos en su totalidad deberán ser conducidos directamente a la planta de tratamiento, transferencia o al lugar de disposición final autorizado por la Municipalidad Provincial, estando obligados los municipios distritales al pago de los derechos correspondientes.

10.2 Las municipalidades distritales son competentes para suscribir contratos de prestación de servicios de residuos sólidos con las empresas indicadas en el inciso 9) del artículo anterior.

Artículo 11.- Pequeñas ciudades y centros poblados menores

Las ciudades con menos de 5,000 habitantes o los centros poblados menores que cuenten con un municipio propio establecido de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica de Municipalidades y sus normas reglamentarias y complementarias, podrán exceptuarse del cumplimiento de aquellas disposiciones de la presente Ley que resulten incompatibles con sus condiciones económicas e infraestructura y equipamiento urbano, o por su condición socioeconómica rural.

Artículo 12.- Coordinación y concertación

La gestión de los residuos sólidos de responsabilidad municipal en el país debe ser coordinada y concertada, especialmente en las zonas conurbadas, en armonía con las acciones de las autoridades sectoriales y las políticas de desarrollo regional. Las municipalidades provinciales están obligadas a realizar las acciones que correspondan para la debida implementación de esta disposición.

TÍTULO III

MANEJO DE RESIDUOS SÓLIDOS

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES PARA EL MANEJO

Artículo 13.- Disposiciones generales de manejo

El manejo de residuos sólidos realizado por toda persona natural o jurídica deberá ser sanitaria y ambientalmente adecuado, con sujeción a los principios de prevención de impactos negativos y protección de la salud, así como a los lineamientos de política establecidos en el Artículo 4.

Artículo 14.- Definición de residuos sólidos

Son residuos sólidos aquellas sustancias, productos o subproductos en estado sólido o semisólido de los que su generador dispone, o está obligado a disponer, en virtud de lo establecido en la normatividad nacional o de los riesgos que causan a la salud y el ambiente, para ser manejados a través de un sistema que incluya, según corresponda, las siguientes operaciones o procesos:

1. Minimización de residuos
2. Segregación en la fuente
3. Reaprovechamiento
4. Almacenamiento
5. Recolección
6. Comercialización
7. Transporte
S. Tratamiento
9. Transferencia
10. Disposición final

Esta definición incluye a los residuos generados por eventos naturales.

Artículo 15.- Clasificación

15.1 Para los efectos de esta Ley y sus reglamentos, los residuos sólidos se clasifican según su origen en:

1. Residuo domiciliario
2. Residuo comercial
3. Residuo de limpieza de espacios públicos
4. Residuo de establecimiento de atención de salud
5. Residuo industrial
6. Residuo de las actividades de construcción
7. Residuo agropecuario
8. Residuo de instalaciones o actividades especiales

15.2 Al establecer normas reglamentarias y disposiciones técnicas específicas relativas a los residuos sólidos se podrán establecer subclasificaciones en función de su peligrosidad o de sus características específicas, como su naturaleza orgánica o inorgánica, física, química, o su potencial reaprovechamiento.

Artículo 16.- Residuos del ámbito no municipal

El generador, empresa prestadora de servicios, operador y cualquier persona que intervenga en el manejo de residuos sólidos no comprendidos en el ámbito de la gestión municipal será responsable por su manejo seguro, sanitario y ambientalmente adecuado, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley, sus reglamentos y las normas técnicas correspondientes.

Artículo 17.- Internamiento de residuos

17.1 Está prohibido el internamiento de residuos sólidos al territorio nacional. Sólo por excepción se podrá admitir el internamiento de residuos sólidos destinados exclusivamente a actividades de reciclaje, reutilización o recuperación, previa autorización fundamentada expedida

a través de resolución de la DIGESA del Ministerio de Salud. Esta autorización se otorgará para sucesivos internamientos en un período determinado, cuando se demuestre que se va internar un mismo tipo de residuo, proveniente de una misma fuente de suministro.

17.2 No se concederá autorización de internamiento ni de tránsito por el territorio nacional a aquellos residuos que por ser de naturaleza radiactiva o que por su manejo resultaren peligrosos para la salud humana y el ambiente. La Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Ministerio de Defensa, podrá prohibir el ingreso a aguas y puertos nacionales a aquellas naves que transporten residuos como carga en tránsito, cuando no estén cumpliendo con las normas de seguridad para el transporte y formalidades para el ingreso legal en tránsito por el territorio nacional, establecidas en los convenios internacionales suscritos por el Perú y otras normas legales vigentes.

Artículo 18.- Adquisiciones estatales

Las entidades y dependencias del Estado a cargo de procesos de adquisiciones y contrataciones optarán preferentemente por productos y servicios de reducido impacto ambiental negativo que sean durables, no peligrosos y susceptibles de reaprovechamiento. Estas características deben ser incluidas en las especificaciones técnicas y administrativas de los concursos o licitaciones correspondientes.

Artículo 19.- Comercialización de residuos sólidos

La comercialización de residuos sólidos que van a ser objeto de reindustrialización para la obtención de productos de consumo humano directo o indirecto será efectuada exclusivamente por empresas debidamente registradas ante el Ministerio de Salud.

Artículo 20.- Salud ocupacional

Los generadores y operadores de los sistemas de manejo de residuos sólidos deberán contar con las condiciones de trabajo necesarias para salvaguardar su salud y la de terceros, durante el desarrollo de las actividades que realizan, debiendo entre otros, contar con los equipos, vestimenta, instalaciones sanitarias y capacitación que fueren necesarios.

Artículo 21.- Guías de manejo

Las autoridades señaladas en la presente Ley promoverán, a través de Guías, la adopción de los sistemas de manejo de residuos sólidos que mejor respondan a las características técnicas de cada tipo de residuo, a la localidad geográfica en la que sean generados, la salud pública, la seguridad del medio ambiente, la factibilidad técnico-económica, y que conduzcan al establecimiento de un sistema de manejo integral de residuos sólidos.

CAPÍTULO II

DISPOSICIONES PARA EL MANEJO DE RESIDUOS SOLIDOS PELIGROSOS

Artículo 22.- Definición de residuos sólidos peligrosos

22.1 Son residuos sólidos peligrosos aquéllos que por sus características o el manejo al que son o van a ser sometidos representan un riesgo significativo para la salud o el ambiente.

22.2 Sin perjuicio de lo establecido en las normas internacionales vigentes para el país o las reglamentaciones nacionales específicas, se considerarán peligrosos los que presenten por

lo menos una de las siguientes características: autocombustibilidad, explosividad, corrosividad, reactividad, toxicidad, radiactividad o patogenicidad.

Artículo 23.- Responsabilidad por residuos sólidos peligrosos frente a daños

23.1 El que causa un daño durante el manejo de residuos sólidos peligrosos está obligado a repararlo, de conformidad con el Artículo 1970 del Código Civil.

23.2 Los generadores de residuos sólidos peligrosos podrán contratar una empresa prestadora de servicios de residuos sólidos debidamente registrada ante el Ministerio de Salud, la misma que, a partir del recojo, asumirá la responsabilidad por las consecuencias derivadas del manejo de dichos residuos.

23.3 El generador será considerado responsable cuando se demuestre que su negligencia o dolo contribuyó a la generación del daño. Esta responsabilidad se extiende durante la operación de todo el sistema de manejo de los residuos sólidos peligrosos hasta por un plazo de veinte años, contados a partir de la disposición final.

Artículo 24.- Envases de sustancias o productos peligrosos

Los envases que han sido utilizados para el almacenamiento o comercialización de sustancias o productos peligrosos y los productos usados o vencidos que puedan causar daños a la salud o al ambiente son considerados residuos peligrosos y deben ser manejados como tales, salvo que sean sometidos a un tratamiento que elimine sus características de peligrosidad, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 22 de la presente Ley y sus normas reglamentarias. Los fabricantes, o en su defecto, los importadores o distribuidores de los mismos son responsables de su recuperación cuando sea técnica y económicamente factible o de su manejo directo o indirecto, con observación de las exigencias sanitarias y ambientales establecidas en esta Ley y las normas reglamentarias vigentes o que se expidan para este efecto.

Artículo 25.- Seguro contra riesgos

Las autoridades sectoriales competentes podrán disponer que las entidades generadoras o responsables del manejo de residuos sólidos peligrosos contraten una póliza de seguro que cubra las operaciones de manejo de los mismos, desde la generación hasta su disposición final, incluyendo, de ser necesario, los residuos que son almacenados para su posterior reaprovechamiento, cuando prevean riesgos significativos que pongan en peligro la salud de la población o la calidad ambiental.

TÍTULO IV

PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE RESIDUOS SÓLIDOS

Artículo 26.- Fomento de la participación privada

El Estado prioriza la prestación privada de los servicios de residuos sólidos, del ámbito de la gestión municipal y no municipal, bajo criterios empresariales y de sostenibilidad de la prestación, eficiencia, calidad, continuidad y la mayor cobertura de los servicios, así como de prevención de impactos sanitarios y ambientales negativos. La prestación de estos servicios de residuos sólidos se rige por los lineamientos de política establecidos en el Artículo 4.

Artículo 27.- Empresas Prestadoras de Servicios de Residuos Sólidos

27.1 La prestación de servicios de residuos sólidos se realiza a través de las Empresas Prestadoras de Servicios de Residuos Sólidos (EPS-RS), constituidas prioritariamente como empresa privada o mixta con mayoría de capital privado. Para hacerse cargo de la prestación de servicios de residuos sólidos, las EPS-RS deberán estar debidamente registradas en el Ministerio de Salud y deberán contar con un ingeniero sanitario colegiado calificado para hacerse cargo de la dirección técnica de las prestaciones. Las EPS-RS deberán contar con equipos e infraestructura idónea para la actividad que realizan.

27.2 La prestación de servicios de residuos sólidos por pequeñas y microempresas estará restringida a los residuos del ámbito de la gestión municipal, conforme a las disposiciones reglamentarias que al efecto se dicten para promover su participación.

Artículo 28.- Obligaciones de las EPS-RS
Son obligaciones de las EPS-RS las siguientes:

1. Inscribirse en el Registro de Empresas Prestadoras de Servicios de Residuos Sólidos del Ministerio de Salud.

2. Brindar a las autoridades competentes y a los auditores correspondientes las facilidades que requieran para el ejercicio de sus funciones de fiscalización.

3. Ejercer permanentemente el aseguramiento de la calidad de los servicios que presta.

4. Contar con un sistema de contabilidad de costos, regido por principios y criterios de carácter empresarial.

5. Contar con un plan operativo en el que se detalle el manejo específico de los residuos sólidos, según tipo y características particulares.

6. Suscribir y entregar los documentos señalados en los Artículos 37, 38 y 39 de esta Ley.

7. Manejar los residuos sólidos de acuerdo a las disposiciones establecidas en esta Ley y sus normas reglamentarias.

Artículo 29.- De los contratos
Los contratos de prestación de servicios de residuos sólidos estarán sujetos a criterios técnico-sanitarios y ambientales.

Los contratos de prestación de servicios de residuos sólidos deberán contener los siguientes aspectos:

1. El derecho de prestación total o parcial que se otorga.

2. El ámbito de la prestación.

3. El plazo de duración del contrato de los residuos del ámbito de la gestión municipal, el cual en ningún caso será menor de dos años, con excepción de las situaciones de emergencia sanitaria o desastres oficialmente declarados, en los que se podrá suscribir contratos por un plazo menor.

4. Los parámetros de calidad técnica, sanitaria y ambiental del servicio objeto del contrato.

5. Las condiciones de prestación del servicio en caso de contingencia, emergencia sanitaria o desastre.

6. Las penalidades por incumplimiento del contrato.

7. Las garantías que ofrecen las partes para el cumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 30.- Cobros diferenciados por prestaciones municipales

Las municipalidades podrán cobrar derechos adicionales por la prestación de los servicios de los residuos sólidos indicados en el Artículo 9, cuando su volumen exceda el equivalente a 50 litros de generación diaria aproximada, por domicilio o comercio. Las municipalidades provinciales podrán dictar normas específicas para regular la aplicación de esta disposición.

Artículo 31.- EIA y PAMA

El manejo de residuos sólidos es parte integrante de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA). A partir de la vigencia de esta norma, los referidos instrumentos serán formulados con observancia de las disposiciones reglamentarias de la presente Ley y, en particular, de los siguientes aspectos:

1. Prevención y control de riesgos sanitarios y ambientales.

2. Criterios adoptados y características de las operaciones o procesos de manejo, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 14.

Artículo 32.- Construcción de infraestructura

32.1 Los proyectos de infraestructura de tratamiento, transferencia y relleno sanitario de residuos sólidos deben ser aprobados por la Comisión Técnica Municipal de Calificación de Proyectos de la Municipalidad Provincial correspondiente, o la instancia que cumpla las funciones de ésta, con la debida presentación del EIA respectivo, previamente aprobado por la Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Salud y la opinión técnica favorable del proyecto, emitida por este organismo y por la Dirección General de Medio Ambiente del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

32.2 La construcción y operación de infraestructura para el manejo de residuos sólidos industriales al interior de las concesiones de extracción o aprovechamiento de recursos naturales serán autorizadas por las autoridades sectoriales competentes, informando lo actuado a la DIGESA.

Artículo 33.- Barrera sanitaria

33.1 Destinar en todo relleno sanitario un área perimetral que actúe exclusivamente como barrera sanitaria. En dicha área se implantarán barreras naturales o artificiales que contribuyan a reducir los impactos negativos y proteger a la población de posibles riesgos sanitarios y ambientales.

33.2 El uso de las áreas ocupadas por rellenos sanitarios después de su cierre deberá ser previamente autorizado por la DIGESA del Ministerio de Salud.

Artículo 34.- Auditorías

El manejo de residuos sólidos e infraestructura de transferencia, tratamiento y disposición final de residuos sólidos serán auditados de conformidad con las normas de fiscalización establecidas por los sectores y municipalidades provinciales correspondientes. Los generadores, operadores y EPS-RS deberán facilitar el ingreso a sus instalaciones y el acceso a sus documentos técnicos y administrativos pertinentes a los auditores autorizados.

TÍTULO V

INFORMACIÓN SOBRE EL MANEJO DE RESIDUOS SÓLIDOS

Artículo 35.- Informe de las autoridades

Las autoridades sectoriales y municipales sistematizarán y pondrán a disposición del público la información obtenida en el ejercicio de sus funciones vinculadas a la gestión de los residuos sólidos, sin perjuicio de la debida reserva de aquella información protegida por leyes especiales.

Asimismo, remitirán al CONAM un informe anual sobre el manejo de los residuos sólidos generados por las actividades comprendidas en su ámbito de competencia, considerando todas las operaciones o procesos adoptados de acuerdo a lo establecido en el Artículo 14.

Artículo 36.- Consolidación de información

La información proporcionada por las autoridades sectoriales al CONAM formará parte del Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA) y podrá ser solicitada libremente por cualquier autoridad competente para la toma de decisiones en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 37.- Declaración y Manifiesto de Manejo

37.1 Los generadores de residuos sólidos no comprendidos en el ámbito de la gestión municipal remitirán anualmente a la autoridad de su Sector una Declaración de Manejo de Residuos Sólidos en la que detallarán el volumen de generación y las características del manejo efectuado, así como el plan de manejo de los residuos sólidos que estiman que van a ejecutar en el siguiente período.

37.2 El generador y la EPS-RS responsable del transporte, tratamiento y disposición final de residuos sólidos peligrosos están obligados a suscribir un Manifiesto de Manejo de Residuos Sólidos Peligrosos por cada operación de traslado hacia el lugar de disposición final, de acuerdo a los criterios establecidos por reglamento. Una copia de los mismos deberá ser adjuntada a la Declaración indicada en el párrafo anterior. Esta disposición no es aplicable a las operaciones de transporte por medios convencionales o no convencionales que se realiza al interior de las concesiones de extracción o aprovechamiento de recursos naturales.

37.3 Las autoridades competentes deberán remitir copia de la información recibida a la DIGESA del Ministerio de Salud.

Artículo 38.- Informe de operadores

Los responsables del transporte, plantas de transferencia, tratamiento o de disposición final de residuos sólidos deberán presentar mensualmente a las unidades técnicas especializadas en salud ambiental del Ministerio de Salud, de la jurisdicción correspondiente, un informe sobre los servicios prestados. Copia de la información recibida deberá ser remitida a la DIGESA del Ministerio de Salud.

Artículo 39.- Notificaciones a la autoridad

Los generadores de residuos sólidos peligrosos y las EPS-RS notificarán sobre las enfermedades ocupacionales, accidentes y emergencias presentadas durante el manejo de los residuos sólidos y sobre la desaparición de éstos a la autoridad de salud de la jurisdicción correspondiente, la que a su vez informará a la DIGESA del Ministerio de Salud, sin perjuicio de las otras notificaciones que deban efectuar conforme a ley.

TÍTULO VI

POBLACIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Artículo 40.- De los derechos

Son derechos frente al manejo de residuos sólidos los siguientes:

1. Acceder a servicios de residuos sólidos estructurados conforme a lo previsto en esta Ley y sus normas reglamentarias.

2. Acceder a la información pública sobre residuos sólidos.

3. La protección de su salud y entorno ambiental frente a los riesgos o daños que se puedan producir durante todas las operaciones de manejo de residuos sólidos, incluyendo los del ámbito de la gestión no municipal.

4. Participar en el proceso de aprobación de los planes, programas y proyectos de manejo de residuos sólidos del ámbito provincial.

Artículo 41.- De las obligaciones

Son obligaciones frente al manejo de los residuos sólidos los siguientes:

1. Pagar oportunamente por los servicios de residuos sólidos recibidos y por las multas y demás cargas impuestas por la comisión de infracciones a la presente Ley.

2. Cumplir con las disposiciones específicas, normas y recomendaciones técnicas difundidas por la EPS-RS correspondiente o las autoridades competentes.

3. Almacenar los residuos sólidos con sujeción a las normas sanitarias y ambientales, para evitar daños a terceros y facilitar su recolección.

4. Poner en conocimiento de las autoridades competentes las infracciones que se estimen se hubieran cometido contra la normatividad de residuos sólidos.

Artículo 42.- Resolución del contrato de la EPS-RS

El reclamo fundamentado de por lo menos la tercera parte de la población, que es servida por una EPS-RS, es causal de resolución del contrato de prestación de servicios suscrito

entre la EPS-RS correspondiente y el municipio, en cuyo caso, las municipalidades adoptarán las medidas necesarias a fin de mantener la continuidad del servicio.

Esta disposición no afecta la aplicación de las disposiciones del Código Civil sobre resolución de contratos.

TÍTULO VII

INSTRUMENTOS ECONÓMICOS

Artículo 43.- Establecimiento de incentivos

Las autoridades sectoriales y municipales establecerán condiciones favorables que directa o indirectamente generen un beneficio económico, en favor de aquellas personas o entidades que desarrollen acciones de minimización, segregación de materiales en la fuente para su reaprovechamiento, o de inversión en tecnología y utilización de prácticas, métodos o procesos que coadyuven a mejorar el manejo de los residuos sólidos en los sectores económicos y actividades vinculadas con su generación.

Artículo 44.- Inversión privada

El Estado promueve la participación del sector privado en la investigación, desarrollo tecnológico, adquisición de equipos, así como en la construcción de infraestructura de tratamiento, transferencia o disposición final de residuos sólidos. Es obligación de las autoridades competentes adoptar medidas y disposiciones que incentiven la inversión privada en estas actividades.

Artículo 45.- Recuperación de envases y embalajes

En aquellos casos en que sea técnica y económicamente factible, el Estado, a través de sus órganos competentes, promoverá la creación de mercados de subproductos y que los fabricantes nacionales y distribuidores de productos importados establezcan mecanismos que involucren la participación de los consumidores en la recuperación de envases y embalajes reaprovechables o peligrosos, así como de materiales reaprovechables en general, los que pueden incluir incentivos económicos u otras modalidades. Los establecimientos comerciales donde se expenden productos de consumo o utilización masiva están obligados a facilitar sus instalaciones para dicha actividad de recuperación.

Artículo 46.- Tasas intangibles

Los montos recaudados por los municipios por concepto del manejo de residuos sólidos deben ser depositados en una cuenta especial intangible que sólo podrá ser utilizada para la gestión municipal de residuos sólidos.

TÍTULO VIII

MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SANCIONES

Artículo 47.- Medidas de seguridad

Las medidas de seguridad que podrán imponerse cuando las operaciones y procesos empleados durante el manejo de residuos sólidos representen riesgos significativos para la salud de las personas o el ambiente son las siguientes:

1. Aislamiento de áreas o instalaciones.

2. Suspensión parcial o total de actividades o procedimientos.
3. Decomiso.
4. Alerta a través de medios de difusión masiva.

Estas medidas son de ejecución inmediata y se aplican sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

Las autoridades sectoriales y municipales competentes podrán imponer las medidas de seguridad antes indicadas, en el ámbito de sus competencias establecidas en los Capítulos II y III del Título II de la presente Ley.

Artículo 48.- Sanciones

Sin perjuicio de las acciones constitucionales, civiles o penales a que hubiere lugar, las infracciones a las disposiciones contenidas en la presente Ley y sus correspondientes reglamentaciones darán lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Capítulo XX del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, así como en las normas sectoriales y municipales vigentes.

Artículo 49.- Competencias para sancionar

49.1 Son competentes para imponer sanciones:

1. El Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (MITINCI) y otras autoridades de los sectores productivos y de servicios u organismos regulatorios o de fiscalización, por las infracciones cometidas al interior de las áreas productivas e instalaciones industriales o especiales, según sus respectivas competencias.

2. El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, respecto a las infracciones por incumplimiento u omisiones de las normas de transporte de residuos peligrosos, en concordancia con lo establecido en el Artículo 8.

3. El Ministerio de Salud, por las infracciones cometidas al interior de los establecimientos de atención de salud, e instalaciones de transferencia, tratamiento o disposición final de residuos sólidos.

4. El Ministerio de Salud, las municipalidades provinciales y distritales, por las infracciones cometidas en las operaciones, instalaciones y procesos de manejo de residuos sólidos, con exclusión de las competencias exclusivas indicadas en los incisos anteriores.

5. La Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI), por las infracciones cometidas en los buques e instalaciones acuáticas, así como por arrojar residuos o desechos sólidos en el ámbito acuático de su competencia.

49.2 Ninguna persona podrá ser sancionada por más de una autoridad por el mismo hecho. Frente a la sanción impuesta por una de las autoridades indicadas en el presente artículo, las otras deberán abstenerse de imponer otras sanciones por el mismo hecho.

Artículo 50.- Apoyo de la Policía Nacional

La Policía Nacional del Perú pondrá en conocimiento de las autoridades competentes las infracciones a esta Ley y sus normas reglamentarias detectadas en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 51.- Publicación por cuenta del infractor

Las autoridades competentes publicarán en medios de difusión escrita, por cuenta del infractor, las medidas de seguridad y sanciones que éstas impongan.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- Coordinación transectorial

El Presidente del Consejo Nacional del Ambiente convocará por lo menos una vez al año a las autoridades sectoriales competentes y a autoridades municipales representativas para conocer del estado actual de la gestión de los residuos sólidos, coordinar la debida aplicación de la presente Ley y promover planes integrales de gestión ambiental de residuos sólidos en las distintas ciudades del país, de conformidad con lo establecido en esta Ley.

La primera reunión deberá ser convocada en un plazo no mayor de 90 (noventa) días calendario contados a partir de la publicación de la presente Ley.

Segunda.- Propuestas de reglamento y procedimientos técnicos administrativos

La Presidencia del Consejo de Ministros aprobará, en un plazo no mayor de 1 (un) año contado a partir de la publicación de la presente Ley, el Reglamento de Manejo de Residuos Sólidos, así como el de los procedimientos técnicos administrativos e instrumentos de aplicación indicados en los Artículos 37 y 38, con la opinión favorable previa de los Ministros de Salud; Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales; Pesquería; Agricultura; Defensa, y Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

Para este efecto, el Ministerio de Salud, a través de la DIGESA, propondrá el proyecto de Reglamento y los procedimientos e instrumentos señalados en el párrafo anterior, en un plazo no mayor de 6 (seis) meses contados a partir de la publicación de la presente Ley.

Tercera.- Adecuación de las empresas o instituciones generadoras de residuos sólidos

Las empresas o instituciones generadoras de residuos sólidos que no estén comprendidas en el ámbito de la gestión municipal, deberán presentar a las autoridades sectoriales competentes una Declaración de Manejo de Residuos Sólidos en un plazo no mayor de 180 (ciento ochenta) días calendario contados a partir de la aprobación de los procedimientos e instrumentos indicados en la disposición anterior.

Los operadores del transporte, transferencia, tratamiento o disposición final, deberán presentar el informe indicado en el Artículo 38, en el plazo señalado en el párrafo anterior.

Cuarta.- Plan de recuperación

Para la aplicación de los Artículos 24 y 45 de esta Ley, las empresas indicadas están obligadas a presentar ante la autoridad de su Sector un Plan de Recuperación en un plazo no mayor de 3 (tres) años, contados a partir de la publicación de la presente Ley. Para este efecto, cada Sector competente considerando los impactos negativos generados en la salud pública y el ambiente, así como la factibilidad técnico-económica, publicará previamente una relación de los productos o materiales señalados en dichos artículos, mediante resolución ministerial.

Quinta.- Creación de registros

Créase el Registro de Auditores de Residuos Sólidos, el Registro de Empresas Prestadoras de Servicios de Residuos Sólidos (EPS-RS) y el Registro de Empresas Comercializadoras de Residuos Sólidos, que serán reglamentados y administrados por la DIGESA del Ministerio de Salud, en un plazo no mayor de 180 (ciento ochenta) días calendario contados a partir de la publicación de esta Ley.

Los auditores y empresas que en la actualidad realizan actividades que requieran la habilitación a través de los registros indicados en el párrafo anterior, deberán inscribirse en un plazo no mayor de 90 (noventa) días calendario contados a partir de la implementación de los registros correspondientes.

Sexta.- Planes provinciales de gestión integral de residuos sólidos

Las municipalidades provinciales aprobarán y publicarán en un plazo no mayor de un año contado a partir de la publicación de la presente Ley, sus Planes de Gestión Integral de Residuos Sólidos, en los cuales deben incluirse la erradicación de los botaderos existentes o su adecuación establecida en la presente Ley. Los períodos de vigencia y la consecuente revisión de estos planes serán determinados por cada autoridad municipal, según corresponda.

Sétima.- Establecimiento de áreas para instalaciones

Las municipalidades provinciales evaluarán e identificarán, en coordinación con el Ministerio de Salud y las otras autoridades sectoriales competentes, espacios geográficos en su jurisdicción que puedan ser utilizados para la instalación de plantas de tratamiento, transferencia o disposición final. En un plazo no mayor de un año, contado a partir de la publicación de la presente Ley, publicarán una lista que deberá mantenerse actualizada de las áreas disponibles para la construcción y operación de dichas instalaciones otorgándoles la calificación de áreas específicas para el manejo de residuos sólidos. Durante los seis meses posteriores, publicarán las bases para la construcción y operación de dichas instalaciones, según lo establecido en sus respectivos planes de gestión integral de residuos sólidos.

Las áreas disponibles identificadas por las autoridades competentes a ser utilizadas para los fines antes descritos no podrán establecerse sobre propiedad privada, concesiones u otros derechos adquiridos previamente, a menos que haya una declaración expresa de necesidad pública, conforme a ley, o medie consentimiento expreso del titular del predio.

Octava.- Fondo de Compensación Municipal

Hasta el 31 de diciembre del año 2005, las municipalidades provinciales y distritales destinarán no menos de un 30% (treinta por ciento) de los recursos que reciben del Fondo de Compensación Municipal para gastos de emergencia o de inversión asociados al diseño de sus planes municipales de gestión de residuos sólidos, la identificación de áreas para la instalación de infraestructura de residuos sólidos y la adquisición de equipos, materiales y sistemas de información necesarios para el cumplimiento de sus funciones normativas, de planificación y de fiscalización de la gestión de residuos sólidos. La Ley de Presupuesto tomará en cuenta el mencionado porcentaje para cada ejercicio anual. Esta disposición entrará en vigencia a partir de enero del 2001. (*)

(*) Disposición derogada por el Artículo Unico de la Ley Nº 27353, publicada el 12-10-2000.

Novena.- Reinscripción

Todas las Empresas Prestadoras de Servicios de Residuos Sólidos que administran plantas de transferencia, rellenos sanitarios u otro método de disposición final de residuos

sólidos, deberán reinscribirse ante la DIGESA, a fin de renovar o regularizar su autorización de funcionamiento en un plazo no mayor de seis meses contados a partir de la publicación de la presente Ley. Para tal efecto, la DIGESA podrá exigir el cumplimiento inmediato o gradual de las disposiciones de esta Ley y sus normas reglamentarias.

Décima.- Definición de términos

Las siguientes definiciones son aplicables en el ámbito de la presente Ley:

1. BOTADERO

Acumulación inapropiada de residuos sólidos en vías y espacios públicos, así como en áreas urbanas, rurales o baldías que generan riesgos sanitarios o ambientales. Carecen de autorización sanitaria.

2. DECLARACIÓN DE MANEJO DE RESIDUOS SÓLIDOS

Documento técnico administrativo con carácter de declaración jurada, suscrito por el generador, mediante el cual declara cómo ha manejado y va a manejar durante el siguiente período los residuos sólidos que están bajo u responsabilidad. Dicha declaración describe el sistema de manejo de los residuos sólidos de la empresa o institución generadora y comprende las características de los residuos en términos de cantidad y peligrosidad; operaciones y procesos ejecutados y por ejecutar; modalidad de ejecución de los mismos y los aspectos administrativos determinados en los formularios correspondientes.

3. DISPOSICIÓN FINAL

Procesos u operaciones para tratar o disponer en un lugar los residuos sólidos como última etapa de su manejo en forma permanente, sanitaria y ambientalmente segura.

4. EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS DE RESIDUOS SÓLIDOS

Persona jurídica que presta servicios de residuos sólidos mediante una o varias de las siguientes actividades: limpieza de vías y espacios públicos, recolección y transporte, transferencia, tratamiento o disposición final de residuos sólidos.

5. GENERADOR

Persona natural o jurídica que en razón de sus actividades genera residuos sólidos, sea como productor, importador, distribuidor, comerciante o usuario. También se considerará como generador al poseedor de residuos sólidos peligrosos, cuando no se pueda identificar al generador real y a los gobiernos municipales a partir de las actividades de recolección.

6. GESTIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS

Toda actividad técnica administrativa de planificación, coordinación, concertación, diseño, aplicación y evaluación de políticas, estrategias, planes y programas de acción de manejo apropiado de los residuos sólidos de ámbito nacional, regional y local.

7. MANEJO DE RESIDUOS SÓLIDOS

Toda actividad técnica operativa de residuos sólidos que involucre manipuleo, acondicionamiento, transporte, transferencia, tratamiento, disposición final o cualquier otro procedimiento técnico operativo utilizado desde la generación hasta la disposición final.

8. MANEJO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS

Es un conjunto de acciones normativas, financieras y de planeamiento que se aplica a todas las etapas del manejo de residuos sólidos desde su generación, basándose en criterios

sanitarios ambientales y de viabilidad técnica y económica para la reducción en la fuente, el aprovechamiento, tratamiento y la disposición final de los residuos sólidos.

9. MANIFIESTO DE MANEJO DE RESIDUOS SÓLIDOS PELIGROSOS

Documento técnico administrativo que facilita el seguimiento de todos los residuos sólidos peligrosos transportados desde el lugar de generación hasta su disposición final. El Manifiesto de Manejo de Residuos Sólidos Peligrosos deberá contener información relativa a la fuente de generación, las características de los residuos generados, transporte y disposición final, consignados en formularios especiales que son suscritos por el generador y todos los operadores que participan hasta la disposición final de dichos residuos.

10. MINIMIZACIÓN

Acción de reducir al mínimo posible el volumen y peligrosidad de los residuos sólidos, a través de cualquier estrategia preventiva, procedimiento, método o técnica utilizada en la actividad generadora.

11. OPERADOR

Persona natural que realiza cualquiera de las operaciones o procesos que componen el manejo de los residuos sólidos, pudiendo ser o no el generador de los mismos.

12. PLANTA DE TRANSFERENCIA

Instalación en la cual se descargan y almacenan temporalmente los residuos sólidos de los camiones o contenedores de recolección, para luego continuar con su transporte en unidades de mayor capacidad.

13. REAPROVECHAR

Volver a obtener un beneficio del bien, artículo, elemento o parte del mismo que constituye residuo sólido. Se reconoce como técnica de reaprovechamiento el reciclaje, recuperación o reutilización.

14. RECICLAJE

Toda actividad que permite reaprovechar un residuo sólido mediante un proceso de transformación para cumplir su fin inicial u otros fines.

15. RECUPERACIÓN

Toda actividad que permita reaprovechar partes de sustancias o componentes que constituyen residuo sólido.

16. RELLENO SANITARIO

Instalación destinada a la disposición sanitaria y ambientalmente segura de los residuos sólidos en la superficie o bajo tierra, basados en los principios y métodos de la ingeniería sanitaria y ambiental.

17. RESIDUOS AGROPECUARIOS

Son aquellos residuos generados en el desarrollo de las actividades agrícolas y pecuarias. Estos residuos incluyen los envases de fertilizantes, plaguicidas, agroquímicos diversos, entre otros.

18. RESIDUOS COMERCIALES

Son aquellos generados en los establecimientos comerciales de bienes y servicios, tales como: centros de abastos de alimentos, restaurantes, supermercados, tiendas, bares, bancos, centros de convenciones o espectáculos, oficinas de trabajo en general, entre otras actividades comerciales y laborales análogas. Estos residuos están constituidos mayormente por papel, plásticos, embalajes diversos, restos de aseo personal, latas, entre otros similares.

19. RESIDUOS DOMICILIARIOS

Son aquellos residuos generados en las actividades domésticas realizadas en los domicilios, constituidos por restos de alimentos, periódicos, revistas, botellas, embalajes en general, latas, cartón, pañales descartables, restos de aseo personal y otros similares.

20. RESIDUOS DE LAS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN

Son aquellos residuos fundamentalmente inertes que son generados en las actividades de construcción y demolición de obras, tales como: edificios, puentes, carreteras, represas, canales y otras afines a éstas.

21. RESIDUOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE ATENCIÓN DE SALUD

Son aquellos residuos generados en los procesos y en las actividades para la atención e investigación médica en establecimientos como: hospitales, clínicas, centros y puestos de salud, laboratorios clínicos, consultorios, entre otros afines.

Estos residuos se caracterizan por estar contaminados con agentes infecciosos o que pueden contener altas concentraciones de microorganismos que son de potencial peligro, tales como: agujas hipodérmicas, gasas, algodones, medios de cultivo, órganos patológicos, restos de comida, papeles, embalajes, material de laboratorio, entre otros.

22. RESIDUOS DE INSTALACIONES O ACTIVIDADES ESPECIALES

Son aquellos residuos sólidos generados en infraestructuras, normalmente de gran dimensión, complejidad y de riesgo en su operación, con el objeto de prestar ciertos servicios públicos o privados, tales como: plantas de tratamiento de agua para consumo humano o de aguas residuales, puertos, aeropuertos, terminales terrestres, instalaciones navieras y militares, entre otras; o de aquellas actividades públicas o privadas que movilizan recursos humanos, equipos o infraestructuras, en forma eventual, como conciertos musicales, campañas sanitarias u otras similares.

23. RESIDUOS DE LIMPIEZA DE ESPACIOS PÚBLICOS

Son aquellos residuos generados por los servicios de barrido y limpieza de pistas, veredas, plazas, parques y otras áreas públicas.

24. RESIDUOS INDUSTRIALES

Son aquellos residuos generados en las actividades de las diversas ramas industriales, tales como: manufacturera minera, química, energética, pesquera y otras similares.

Estos residuos se presentan como: lodos, cenizas, escorias metálicas, vidrios, plásticos, papel, cartón, madera, fibras, que generalmente se encuentran mezclados con sustancias alcalinas o ácidas, aceites pesados, entre otros, incluyendo en general los residuos considerados peligrosos.

25. RESPONSABILIDAD COMPARTIDA

Es un sistema en el que se atribuye a cada persona la responsabilidad por los residuos que genera o maneja en las distintas etapas de la vida de un producto o del desarrollo de una actividad en las que ella interviene.

26. REUTILIZACIÓN

Toda actividad que permita reaprovechar directamente el bien, artículo o elemento que constituye el residuo sólido, con el objeto de que cumpla el mismo fin para el que fue elaborado originalmente.

27. RIESGO SIGNIFICATIVO

Alta probabilidad de ocurrencia de un evento con consecuencias indeseables para la salud y el ambiente.

28. SEGREGACIÓN

Acción de agrupar determinados componentes o elementos físicos de los residuos sólidos para ser manejados en forma especial.

29. SEMISÓLIDO

Material o elemento que normalmente se asemeja a un lodo y que no posee suficiente líquido para fluir libremente.

30. SUBPRODUCTO

Producto secundario obtenido en toda actividad económica o proceso industrial.

31. TRATAMIENTO

Cualquier proceso, método o técnica que permita modificar la característica física, química o biológica del residuo sólido, a fin de reducir o eliminar su potencial peligro de causar daños a la salud y el ambiente.

Decimoprimera.- Otra denominación de residuos sólidos

Los productos y subproductos que son denominados entre otras normas nacionales e internacionales, como basuras, desechos, restos, desperdicios, entre otros, están comprendidos en el ámbito de esta Ley.

Decimosegunda.- Sobre las normas vigentes

En tanto no se aprueben las disposiciones reglamentarias de la presente Ley, regirán las normas reglamentarias específicas sobre manejo de residuos sólidos vigentes, siempre que no se opongan a esta Ley.

CONCORDANCIA:. 201-2000-CDSB-C

Decimotercera.- Derogatoria

Deróguense y modifíquense, en su caso, todas las normas que se opongan a la presente Ley.

Decimocuarta.- Vigencia de la Ley

Esta Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los diez días del mes de julio del dos mil.

MARTHA HILDEBRANDT PÉREZ TREVIÑO
Presidenta del Congreso de la República

RICARDO MARCENARO FRERS
Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veinte días del mes de julio del año dos mil.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI
Presidente Constitucional de la República

ALBERTO BUSTAMANTE BELAUNDE
Presidente del Consejo de Ministros

ALEJANDRO AGUINAGA RECUENCO
Ministro de Salud

ALBERTO PANDOLFI ARBULU
Ministro de Transportes, Comunicaciones,
Vivienda y Construcción

MUNICIPALIDAD
DE CIENEGUILLA

Ordenanza Nº 146-2011-MDC.- Modifican el Reglamento del Servicio de Transporte Público Especial de Pasajeros en Vehículos Motorizados y No Motorizados **454682**

MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO

Ordenanza Nº 338-MSI.- Aprueban la constitución y el Estatuto de la Mancomunidad Municipal Lima Centro **454684**

MUNICIPALIDAD DE
VILLA MARÍA DEL TRIUNFO

Ordenanza Nº 142/MVMT.- Incorporan en la Agenda del Gobierno Local del Distrito de Villa María del Triunfo el Plan de Prevención Integral de la violencia familiar y sexual del PNCVFS del MIMDES **454685**
Ordenanza Nº 143-2011/MVMT.- Regulan el Régimen Especial de Regularización de Licencias de Edificación y Declaratoria de Edificación en el distrito **454687**

PROVINCIAS

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAJES

Acuerdo Nº 233-2011-MDM.- Aprueban listado de postulantes aptos para ser beneficiados con la venta directa en lotes identificados para vivienda del Módulo A de Ciudad Majes **454689**

SEPARATAS ESPECIALES

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA
INVERSION EN INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE DE USO PUBLICO

Res.Nº 060-2011-CD-OSITRAN.- Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de Ferrovias Central Andina S.A. **454585**
Res.Nº 061-2011-CD-OSITRAN.- Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de la Empresa Nacional de Puerto **454593**

PODER LEGISLATIVO

CONGRESO DE LA REPUBLICA

LEY Nº 29811

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE ESTABLECE LA MORATORIA AL INGRESO Y PRODUCCIÓN DE ORGANISMOS VIVOS MODIFICADOS AL TERRITORIO NACIONAL POR UN PERÍODO DE 10 AÑOS

Artículo 1. Objeto de la Ley
Establécese la moratoria de diez (10) años que impida el ingreso y producción en el territorio nacional de organismos vivos modificados (OVM) con fines de cultivo o crianza, incluidos los acuáticos, a ser liberados en el ambiente.

Artículo 2. Finalidad de la Ley
La presente Ley tiene por finalidad fortalecer las capacidades nacionales, desarrollar la infraestructura y generar las líneas de base respecto de la biodiversidad nativa, que permita una adecuada evaluación de las actividades de liberación al ambiente de OVM.

Artículo 3. Exclusión de la Ley
Se excluyen de la aplicación de esta Ley:

1. Los organismos vivos modificados (OVM) destinados al uso en espacio confinado para fines de investigación.
2. Los organismos vivos modificados (OVM) usados como productos farmacéuticos y veterinarios que se rigen por los tratados internacionales de los cuales el país es parte y normas especiales.
3. Los organismos vivos modificados (OVM) y/o sus productos derivados importados, para fines de alimentación directa humana y animal o para su procesamiento.

Los organismos vivos modificados (OVM) excluidos de la moratoria, están sujetos al análisis de riesgos previo a la autorización de su uso y a la aplicación de medidas para la evaluación, gestión y comunicación de riesgo, de conformidad con el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del CDB (Convenio sobre la Diversidad Biológica), el Codex Alimentarius relacionados a los "Alimentos obtenidos por medios biotecnológicos modernos", la Ley 27104, Ley de Prevención de Riesgos Derivados del Uso de la Biotecnología, su Reglamento y demás reglamentos sectoriales correspondientes.

Artículo 4. Acreditación
Todo material genético que ingrese al territorio nacional, salvo lo exceptuado en el artículo 3 de la presente Ley, debe acreditar su condición de no ser organismo vivo modificado (OVM). De comprobarse que el material analizado es OVM, la Autoridad Nacional Competente procede a su decomiso y destrucción y a la aplicación de la sanción correspondiente.

Artículo 5. Centro Focal Nacional
El Ministerio del Ambiente es el Centro Focal Nacional, conforme lo dispone el artículo 19 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, cuya finalidad, además, es la de generar las capacidades que permitan cumplir con los requerimientos de bioseguridad en forma eficaz y transparente y con los mecanismos de protección y fomento a la biodiversidad nativa, en el período de diez años.

Artículo 6. Autoridad Nacional Competente
El Ministerio del Ambiente es la Autoridad Nacional Competente y se encarga de proponer y aprobar las medidas necesarias para el cumplimiento del objetivo señalado en el artículo 1 de la presente Ley.
El Ministerio del Ambiente establece el ordenamiento territorial ambiental que garantice la conservación de los centros de origen y la biodiversidad.

Artículo 7. Vigilancia y ejecución de las políticas de conservación
Corresponde a los ministerios de Agricultura, de Salud y de la Producción y a los organismos públicos adscritos al

Ministerio del Ambiente, en coordinación con el Ministerio Público y con los gobiernos regionales y locales, vigilar y ejecutar las políticas de conservación de los centros de origen y la biodiversidad, así como controlar el comercio transfronterizo, para lo cual adecuan sus normas y procedimientos sectoriales, regionales y locales respectivos.

Artículo 8. Promoción de la investigación científica

El Ministerio del Ambiente, en coordinación con el Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (Concytec), promueve el fortalecimiento de las capacidades científicas y tecnológicas de las instituciones nacionales encargadas de difundir las técnicas que aplica la biotecnología moderna y la bioseguridad, con la finalidad de contribuir a la toma de decisión de los proveedores y consumidores, en relación a los organismos vivos modificados (OVM) y fomenta la biotecnología con base a los recursos genéticos nativos, para lograr su conservación y desarrollo competitivo en lo económico, social y científico.

Artículo 9. Comisión Multisectorial de Asesoramiento

Créase la Comisión Multisectorial de Asesoramiento para el desarrollo de las capacidades e instrumentos que permitan una adecuada gestión de la biotecnología moderna, la bioseguridad y la bioética.

La dependencia institucional, composición, nombramiento de sus representantes, designación de la Secretaría Técnica y otras vinculadas al funcionamiento de la Comisión se establecen en el reglamento de la presente Ley.

Artículo 10. Reglamentación de la Ley

El Poder Ejecutivo, en el plazo de sesenta (60) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley, promulga el Reglamento de la presente Ley, el mismo que comprende, entre otros, el establecimiento de las infracciones y sanciones.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA Y FINAL

ÚNICA.- Informe al Congreso de la República

El Ministerio del Ambiente informa anualmente al Congreso de la República sobre los avances y resultados de la labor encomendada a dicho sector, como Centro Focal Nacional y Autoridad Nacional Competente.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

ÚNICA.- Deroga y deja sin efecto las normas

Deróganse las leyes que se opongan a la presente Ley y déjase sin efecto el Decreto Supremo 003-2011-AG.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los diecisiete días del mes de noviembre de dos mil once.

DANIEL ABUGATTÁS MAJLUF
Presidente del Congreso de la República

YEHUDE SIMON MUNARO
Segundo Vicepresidente del
Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los ocho días del mes de diciembre del año dos mil once.

OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República

SALOMÓN LERNER GHITIS
Presidente del Consejo de Ministros

726670-1

LEY Nº 29812

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República;
Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO PARA EL AÑO FISCAL 2012

CAPÍTULO I

APROBACIÓN DEL PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO

Artículo 1. Presupuesto Anual de Gastos para el Año Fiscal 2012

1.1 Apruébase el Presupuesto Anual de Gastos para el Año Fiscal 2012 por el monto de S/. 95 534 635 146,00 (NOVENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS Y 00/100 NUEVOS SOLES) que comprende los créditos presupuestarios máximos correspondientes a los pliegos presupuestarios del Gobierno Nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales, agrupados en Gobierno Central e instancias descentralizadas, conforme a la Constitución Política del Perú y de acuerdo con el detalle siguiente:

GOBIERNO CENTRAL	nuevos soles
Correspondiente al Gobierno Nacional	64 972 875 130,00
Gastos corrientes	41 131 263 269,00
Gastos de capital	15 110 572 271,00
Servicio de la deuda	8 731 039 590,00

INSTANCIAS DESCENTRALIZADAS	nuevos soles
Correspondiente a los gobiernos regionales	14 789 300 997,00
Gastos corrientes	11 272 491 969,00
Gastos de capital	3 513 703 074,00
Servicio de la deuda	3 105 954,00
Correspondiente a los gobiernos locales	15 772 459 019,00
Gastos corrientes	8 302 300 732,00
Gastos de capital	7 211 415 392,00
Servicio de la deuda	258 742 895,00
TOTAL	**S/. 95 534 635 146,00**

1.2 Los créditos presupuestarios correspondientes al Gobierno Nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales se detallan en los anexos que forman parte de la presente Ley de acuerdo con lo siguiente:

Descripción	Anexo
- Distribución del gasto del presupuesto del sector público por categoría y genérica del gasto.	1
- Distribución del gasto del presupuesto del sector público por nivel de gobierno y genérica del gasto.	2
- Distribución del gasto del presupuesto del sector público por nivel de gobierno y funciones.	3
- Distribución del gasto del presupuesto del sector público por niveles de gobierno, pliegos y fuentes de financiamiento.	4
- Distribución del gasto del presupuesto del sector público por pliegos del Gobierno Nacional a Nivel de productos, proyectos y actividades.	5

LEY Nº 29763

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;
Ha dado la Ley siguiente:

LEY FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I. Derechos y deberes fundamentales relacionados con el patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación

Toda persona tiene el derecho de acceder al uso, aprovechamiento y disfrute del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación de acuerdo a los procedimientos establecidos por la autoridad nacional y regional y a los instrumentos de planificación y gestión del territorio; además de participar en su gestión.

Toda persona tiene el deber de contribuir con la conservación de este patrimonio y de sus componentes respetando la legislación aplicable.

Artículo II. Principios generales

Son principios generales aplicables a la gestión forestal y de fauna silvestre —además de los principios, derechos, deberes y disposiciones aprobados en la Constitución Política del Perú, el Acuerdo Nacional, el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los demás tratados internacionales— los siguientes:

1. **Gobernanza forestal y de fauna silvestre**
   El principio de gobernanza forestal y de fauna silvestre conduce a la armonización de las políticas y al fortalecimiento de la institucionalidad, normas, procedimientos, herramientas e información del sector forestal y de fauna silvestre, de manera que sea posible la participación efectiva, descentralizada, integrada, informada y equitativa de los diversos actores públicos y privados en la toma de decisiones, acceso a beneficios, manejo de conflictos, construcción de consensos y responsabilidades claramente definidas en la gestión, seguridad jurídica y transparencia.
   Es deber del Estado impulsar y fomentar esta gobernanza.

2. **Participación en la gestión forestal**
   Este principio otorga a toda persona el derecho y el deber de participar responsablemente en los procesos para la toma de decisiones respecto a la definición, aplicación y seguimiento de las políticas, gestión y medidas relativas a los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno.
   Se busca garantizar la participación efectiva de todos los actores interesados, incluyendo a las comunidades nativas y campesinas, tanto a nivel individual como colectivo.

3. **Consulta previa libre e informada**
   La aplicación de la presente Ley respeta el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa libre e informada con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de la medida propuesta de acuerdo al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, otras normas vigentes, la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional sobre la materia.

4. **Equidad e inclusión social**
   Por este principio, el Estado garantiza condiciones equitativas de acceso a los recursos, las oportunidades de desarrollo y la distribución de beneficios para todos los actores, con enfoque de género, a través del diseño y aplicación de las políticas públicas forestales que contribuyan a erradicar la pobreza, reducir las inequidades sociales y económicas y al desarrollo humano sostenible de las poblaciones menos favorecidas.

5. **Interculturalidad, conocimientos tradicionales y cosmovisión**
   La gestión sobre el bosque y sus recursos se desarrolla en el marco del reconocimiento, respeto y valoración de la presencia e interacción de las diversas culturas, dentro de su cosmovisión, así como la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo.
   Se reconocen los conocimientos tradicionales en el manejo y uso de los recursos forestales y de fauna silvestre y de la biodiversidad.

6. **Enfoque ecosistémico**
   La gestión del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación se rige por el enfoque ecosistémico en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, entendido como una estrategia para el manejo integrado de las tierras, aguas y recursos vivos que promueve la conservación y uso sostenible en un modo equitativo. Busca comprender y gestionar los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, considerando los factores ambientales, ecológicos, económicos, socioculturales, la cosmovisión indígena y el ordenamiento territorial y la zonificación ecológica y económica.
   Se reconoce la importancia de los ecosistemas silvestres como espacio de vida, hábitat de la fauna y fuente de agua, así como por su contribución a la seguridad alimentaria.

7. **Sostenibilidad de la gestión del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación**
   La gestión del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación se orienta al desarrollo que armoniza las dimensiones económica, social y ambiental para satisfacer las necesidades de la población.

8. **Dominio eminencial del Estado**
   El Estado ejerce el dominio eminencial sobre los recursos del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación, así como sobre sus frutos y productos en tanto no hayan sido legalmente obtenidos.

9. **Valoración integral**
   El Estado prioriza la evaluación y valoración del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación y la inclusión de la valoración en las cuentas nacionales, la promoción de esquemas de pago o compensación por los bienes y servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, así como otros instrumentos económicos y financieros en beneficio de la gestión del patrimonio.

10. **Origen legal**
    Es deber de las personas naturales o jurídicas que tengan en su poder o administren bienes, servicios, productos y subproductos del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación demostrar el origen legal de estos.

11. **Eficiencia y mejoramiento continuo**
    La gestión forestal y de fauna silvestre se rige por un enfoque de gestión adaptativa y mejoramiento

continuo para asegurar la eficaz y eficiente conservación de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, la flora y fauna silvestre y los servicios derivados de ellos, de manera que contribuyan al desarrollo del país y al bienestar de la población.
El Estado fomenta y promueve el desarrollo integral e integrado de las actividades de conservación, manejo, aprovechamiento, transformación industrial (primaria y de manufactura) y comercio para elevar los niveles de producción, productividad y competitividad de los productos forestales y de fauna silvestre para la gestión sostenible de los bosques y contribuir al desarrollo regional y nacional.

12. Integración con otros marcos normativos
Las normas relativas a otros recursos naturales o actividades económicas o de cualquier índole que pudiesen afectar directa o indirectamente la integridad, conservación y seguridad del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación se rigen y concuerdan con la legislación vigente en esta materia, incluyendo el reconocimiento y respeto a los derechos de los pueblos indígenas conforme al Convenio 169 de la OIT.
La implementación de la presente Ley, su reglamento y cualquier otra medida relacionada cumplen con las obligaciones estipuladas en los tratados internacionales de los que el país es parte y están en vigor.

13. Transparencia y rendición de cuentas
El Estado tiene el deber de poner a disposición toda información de carácter público relacionada a la gestión forestal y de fauna silvestre, respetando el derecho de toda persona de acceder adecuada y oportunamente a dicha información sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento. El Estado rinde cuentas de su gestión con arreglo a las normas sobre la materia e investiga toda actividad ilegal, publicando sus resultados, salvo las excepciones que establece la ley de la materia.

SECCIÓN PRIMERA

CONCEPTOS, ÓRGANOS ESPECIALIZADOS Y DE SUPERVISIÓN, PLANIFICACIÓN Y ZONIFICACIÓN FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE

TÍTULO I

Aspectos generales

Artículo 1. Finalidad y objeto de la Ley
La presente Ley tiene la finalidad de promover la conservación, la protección, el incremento y el uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre dentro del territorio nacional, integrando su manejo con el mantenimiento y mejora de los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, en armonía con el interés social, económico y ambiental de la Nación; así como impulsar el desarrollo forestal, mejorar su competitividad, generar y acrecentar los recursos forestales y de fauna silvestre y su valor para la sociedad.
El objeto de la presente Ley es establecer el marco legal para regular, promover y supervisar la actividad forestal y de fauna silvestre para lograr su finalidad.

Artículo 2. Ámbito de aplicación
La presente Ley se aplica a las diferentes personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, vinculadas a la gestión del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación, a los recursos forestales y de fauna silvestre, a los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre y a las actividades forestales y de fauna silvestre y conexas, en todo el territorio nacional.

Artículo 3. Actividades forestales y de fauna silvestre, y conexas
Para los efectos de la presente Ley, se consideran actividades forestales y de fauna silvestre, las siguientes:

a. La administración, investigación, conservación, protección, monitoreo, restauración, evaluación, manejo, aprovechamiento, poblamiento, repoblamiento y mejoramiento del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación.
b. La forestación y reforestación.
c. El manejo de la flora y fauna silvestre in situ y ex situ.
d. Las actividades agroforestales y silvopastoriles en tierras de capacidad de uso mayor forestal o de protección.
e. Coadyuvar a la provisión de los servicios de los ecosistemas forestales y otros sistemas de vegetación silvestre.
f. El aprovechamiento económico no consuntivo de los paisajes de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.

Son actividades conexas de las actividades forestales y de fauna silvestre las siguientes:

a. La educación y fortalecimiento de capacidades.
b. Las derivadas del uso, disfrute, conocimiento, aprovechamiento comercial, transformación, almacenamiento, transporte y distribución de los recursos forestales y de fauna silvestre.

Artículo 4. Patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación
El patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación está constituido por lo siguiente:

a. Los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.
b. Los recursos forestales y de fauna silvestre mantenidos en su fuente.
c. La diversidad biológica forestal y de fauna silvestre, incluyendo sus recursos genéticos asociados.
d. Los bosques plantados en tierras del Estado.
e. Los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.
f. Las tierras de capacidad de uso mayor forestal y tierras de capacidad de uso mayor para protección, con bosques o sin ellos.
g. Los paisajes de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre en tanto sean objeto de aprovechamiento económico.

Las plantaciones forestales en predios privados y comunales y sus productos se consideran recursos forestales pero no son parte del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación.

Artículo 5. Recursos forestales
Son recursos forestales, cualquiera sea su ubicación en el territorio nacional, los siguientes:

a. Los bosques naturales.
b. Las plantaciones forestales.
c. Las tierras cuya capacidad de uso mayor sea forestal y para protección, con o sin cobertura arbórea.
d. Los demás componentes silvestres de la flora terrestre y acuática emergente, incluyendo su diversidad genética.

Artículo 6. Recursos de fauna silvestre
Para los efectos de la presente Ley, son recursos de fauna silvestre las especies animales no domesticadas, nativas o exóticas, incluyendo su diversidad genética, que viven libremente en el territorio nacional, así como los ejemplares de especies domesticadas que, por abandono u otras causas, se asimilen en sus hábitos a la vida silvestre, excepto las especies diferentes a los anfibios que nacen en las aguas marinas y continentales, que se rigen por sus propias leyes.

Se incluyen en los alcances de esta Ley los especímenes de fauna silvestre (ejemplares vivos o muertos, huevos y cualquier parte o derivado), los individuos mantenidos en cautiverio así como sus productos y servicios.

Artículo 7. Servicios de los ecosistemas forestales, de otros ecosistemas de vegetación silvestre y de la fauna silvestre

Los servicios de los ecosistemas forestales, de otros ecosistemas de vegetación silvestre y de la fauna silvestre son aquellos derivados de las funciones ecológicas y evolutivas de dichos ecosistemas y de los flujos de materia, energía e información provenientes del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación que producen beneficios e incrementan el bienestar para las personas y la sociedad.

Artículo 8. Tierras de capacidad de uso mayor forestal

Son aquellas que, por su valor intrínseco, características ecológicas y edáficas, tienen capacidad para la producción permanente y sostenible de bienes y servicios forestales, o potencial para la forestación o reforestación.

Artículo 9. Tierras de capacidad de uso mayor para protección

Son aquellas que, por sus condiciones biológicas de fragilidad ecosistémica y edáfica, no son aptas para el aprovechamiento maderable u otros usos que alteren la cobertura vegetal o remuevan el suelo.

Las tierras de protección se destinan a la conservación de las fuentes de agua, nacientes o cabeceras de cuencas, riberas de ríos hasta del tercer orden, y a la protección contra la erosión.

En ellas es posible la recolección y aprovechamiento de productos forestales no maderables, el manejo y aprovechamiento de la fauna silvestre, así como usos recreativos y actividades educativas o de investigación científica, en la medida en que no se afecte su existencia ni sus funciones protectoras.

Artículo 10. Tierras para la forestación o reforestación

Son aquellas que carecen de cobertura forestal o cuya cobertura forestal arbórea original ha sido eliminada en más del setenta por ciento y que por sus características edáficas, fisiográficas e interés social son susceptibles de forestación o reforestación con fines de producción o protección.

Artículo 11. Plantaciones forestales

Son ecosistemas forestales constituidos a partir de la intervención humana mediante la instalación de una o más especies forestales, nativas o introducidas, con fines de producción de madera o productos forestales diferentes a la madera, de protección, de restauración ecológica, de recreación, de provisión de servicios ambientales o cualquier combinación de los anteriores.

No son plantaciones forestales los cultivos agroindustriales ni los cultivos agroenergéticos.

TÍTULO II

Órganos especializados

Capítulo I

Sistema Nacional de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre

Artículo 12. Sistema Nacional de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (Sinafor)

Créase el Sistema Nacional de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (Sinafor) como sistema funcional integrado por los ministerios y los organismos e instituciones públicas de los niveles nacional, regional y local que ejercen competencias y funciones en la gestión forestal y de fauna silvestre; por los gobiernos regionales y gobiernos locales; y por los comités de gestión de bosques reconocidos.

El Sinafor integra funcional y territorialmente la política, las normas y los instrumentos de gestión; las funciones públicas y relaciones de coordinación de las instituciones del Estado en todos sus sectores y niveles de gobierno, el sector privado y la sociedad civil, en materia de gestión forestal y de fauna silvestre.

Artículo 13. Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre

Créase el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor) como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, como pliego presupuestal adscrito al Ministerio de Agricultura.

El Serfor es la autoridad nacional forestal y de fauna silvestre.

El Serfor es el ente rector del Sistema Nacional de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (Sinafor) y se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional, encargada de dictar las normas y establecer los procedimientos relacionados a su ámbito. Coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento.

Artículo 14. Funciones del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor)

Son funciones del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor) las siguientes:

a. Planificar, supervisar, ejecutar, apoyar y controlar la política nacional forestal y de fauna silvestre.
b. Formular, proponer, conducir y evaluar las estrategias, planes y programas para la gestión sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación.
c. Emitir y proponer normas y lineamientos de aplicación nacional, relacionados con la gestión, administración y uso sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre.
d. Gestionar y promover el uso sostenible, la conservación y la protección de los recursos forestales y de fauna silvestre.
e. Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de los derechos otorgados bajo su competencia y sancionar las infracciones derivadas de su incumplimiento, respetando las competencias del Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (Osinfor), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), los gobiernos regionales y gobiernos locales y otros organismos públicos.
f. Supervisar y evaluar el funcionamiento del Sistema Nacional de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (Sinafor).
g. Ejercer la función de Autoridad de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) en Perú para los especímenes de las especies de flora y fauna silvestre que se reproducen en tierra, incluyendo toda clase anfibia y flora acuática emergente.
h. Conducir, en el ámbito de su competencia, planes, programas, proyectos y actividades para implementar los compromisos internacionales asumidos por el Perú.
i. Coordinar y promover el fortalecimiento de capacidades en el sector forestal y de fauna silvestre público y privado.
j. Gestionar, promover y administrar el régimen común sobre acceso a los recursos genéticos de los recursos forestales y de fauna silvestre en el marco de la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena y demás normas nacionales vinculadas.
k. Disponer la adopción de medidas de control y fiscalización, directamente o a través de terceros, de las actividades de manejo y aprovechamiento de los productos forestales y de fauna silvestre protegidos por tratados internacionales y normas nacionales.
l. Promover el acceso de los productos forestales a servicios financieros, a mercados nacionales

e internacionales y mejorar las condiciones de competitividad del sector.
m. Las demás establecidas en la presente Ley.

Artículo 15. Consejo Directivo del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor)

El Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor) está dirigido por un consejo directivo integrado por los siguientes doce representantes:

— Uno del Ministerio de Agricultura, quien lo preside.
— Tres de los gobiernos nacional, regional y local.
— Cuatro de las comunidades, necesariamente, uno de las comunidades campesinas de la costa, uno de las comunidades campesinas de la sierra y dos de las comunidades nativas de la selva.
— Cuatro de otras organizaciones de la sociedad civil.

Estos miembros son propuestos por sus representados y reconocidos por resolución ministerial del sector para un período de hasta cinco años prorrogables y perciben dieta.

El Serfor tiene un director ejecutivo seleccionado mediante concurso de méritos, nombrado por un período de cinco años renovables, mediante resolución suprema refrendada por el Ministro de Agricultura a propuesta del consejo directivo.

El reglamento del Serfor define los mecanismos que resulten pertinentes para esta representación.

Artículo 16. Recursos del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor)

Constituyen recursos del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor) los siguientes:

a. Los que le asigne la ley anual de presupuesto para el sector público.
b. Las donaciones, legados, transferencias y otros aportes por cualquier título provenientes de personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, incluyendo las que provengan de la cooperación internacional.
c. Los montos por concepto de multas que imponga en ejercicio de sus funciones.
d. Los recursos propios que genere.
e. Los demás establecidos por ley expresa.

Artículo 17. Comisión Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Conafor)

La Comisión Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Conafor) es la entidad consultiva del Serfor de alto nivel en materia de participación, consulta e intercambio de información sobre la política nacional forestal y de fauna silvestre.

Asesora al Consejo Directivo del Serfor y mantiene coordinación con las instituciones integrantes del Sinafor y los espacios de consulta a nivel regional.

Emite opinión previa sobre el Plan Nacional Forestal y de Fauna Silvestre y sus planes constituyentes.

La Conafor está integrada por especialistas procedentes de entidades del Estado y de la sociedad civil vinculados a la actividad forestal y de fauna silvestre. Incluye a representantes de los gobiernos regionales; de las municipalidades provinciales, distritales y las ubicadas en zonas rurales; de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas; de instituciones empresariales; de instituciones académicas; y de organizaciones no gubernamentales. No perciben remuneración de ningún tipo.

El reglamento de la presente Ley especifica su composición y funcionamiento.

Capítulo II

Organismo de supervisión

Artículo 18. Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (Osinfor)

El Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (Osinfor) se encarga de supervisar y fiscalizar el aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, y de los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, otorgados por el Estado a través de títulos habilitantes regulados por la presente Ley.

Sus funciones las regula su ley de creación y su reglamento.

El Serfor y los gobiernos regionales y gobiernos locales, a través de sus funcionarios correspondientes, informan obligatoriamente al Osinfor sobre la gestión forestal y de fauna silvestre, los alcances y el estado de los títulos habilitantes otorgados, bajo responsabilidad administrativa y sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales.

El Osinfor alcanza en forma oportuna toda información que pueda ser de utilidad para labores de administración y control de los recursos forestales y de fauna silvestre a la entidad que corresponda.

Capítulo III

Competencia regional y local en materia forestal y de fauna silvestre

Artículo 19. Competencia regional forestal y de fauna silvestre

El gobierno regional es la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

Tiene las siguientes funciones en materia forestal y de fauna silvestre, dentro de su jurisdicción y en concordancia con la política nacional forestal y de fauna silvestre, la presente Ley, su reglamento y los lineamientos nacionales aprobados por el Serfor:

a. Planificar, promover, administrar, controlar y fiscalizar el uso sostenible, conservación y protección de la flora y la fauna silvestre.
b. Diseñar, ejecutar, supervisar y evaluar los planes y políticas forestales y de fauna silvestre regionales.
c. Promover y establecer mecanismos permanentes de participación ciudadana para la gestión forestal y de fauna silvestre a nivel regional, en coordinación con los gobiernos locales.
d. Promover la competitividad de los productores forestales en términos de asociatividad, producción, acceso al financiamiento, transformación y comercialización.
e. Promover y coordinar el desarrollo de capacidades de los actores del sector forestal en su jurisdicción para elevar los niveles de competitividad de la producción nacional y el uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación.
f. Diseñar y ejecutar un plan de asistencia técnica y asesoramiento a los pequeños productores y comunidades nativas y campesinas en su jurisdicción.

Artículo 20. Competencia en materia forestal y de fauna silvestre de los gobiernos locales ubicados en zonas rurales

En el marco de lo dispuesto en la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, y respetando las competencias de los gobiernos regionales y demás entidades públicas, las municipalidades ubicadas en zonas rurales promueven el uso sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre a través de la administración y el uso de los bosques locales establecidos por el Serfor a su solicitud, entre otros mecanismos previstos en dicha ley orgánica.

Los gobiernos locales apoyan en el control y vigilancia forestal y de fauna silvestre. Asimismo, promueven y establecen mecanismos permanentes de participación ciudadana para la gestión forestal y de fauna silvestre a nivel local, en el marco de los planes y políticas forestales y de fauna silvestre nacional y regional.

Capítulo IV

Unidades de gestión forestal y de fauna silvestre

Artículo 21. Unidad de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (UGFFS)

La Unidad de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (UGFFS) es la organización territorial regional de

gestión, administración y control público de los recursos forestales y de fauna silvestre, bajo la administración de cada gobierno regional en el marco de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Corresponde a cada gobierno regional la aprobación del ámbito geográfico que corresponde a cada UGFFS en coordinación con los gobiernos locales, teniendo en cuenta como criterios mínimos: la relación con cuencas hidrográficas; la continuidad física; la accesibilidad para administración, control y vigilancia; la densidad poblacional; el número de áreas de producción forestal o de títulos habilitantes y las propuestas de los actores forestales locales.

Cada gobierno regional designa a los jefes de las UGFFS de su jurisdicción mediante un proceso de selección.

El gobierno regional remite al Serfor el expediente que da origen a la creación de la UGFFS.

La UGFFS puede contar con unidades técnicas de manejo forestal comunitario, en las comunidades que así lo soliciten, con participación de las organizaciones de los pueblos indígenas en su administración.

El reglamento de la presente Ley establece los criterios, herramientas, procedimientos de carácter general y mecanismos de coordinación para la creación de las UGFFS.

Artículo 22. Comité de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (CGFFS)

El Comité de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (CGFFS) es un espacio de participación ciudadana de los usuarios del bosque, comunidades locales, productores, gobiernos locales, representantes de la sociedad civil y otras instituciones públicas o privadas que desarrollen actividades dentro de una determinada Unidad de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (UGFFS).

El CGFFS es reconocido por la Autoridad Regional Forestal y de Fauna Silvestre (ARFFS) sobre la base de la propuesta de sus representantes y teniendo en cuenta, como mínimo, los actores involucrados y las características geográficas del área. Las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre brindan las condiciones necesarias para el adecuado funcionamiento de los CGFFS.

Los CGFFS ejercen las siguientes acciones:

a. Participar ante los gobiernos locales, gobiernos regionales y Gobierno Nacional en la elaboración y ejecución de propuestas o políticas públicas que incidan sobre los recursos forestales y de fauna silvestre.
b. Contribuir con las actividades de administración, control y supervisión que desarrollen los organismos o entidades competentes.
c. Propiciar la prevención y resolución de conflictos entre los actores que tengan incidencia sobre los recursos forestales y de fauna silvestre.
d. Establecer alianzas estratégicas con entidades públicas o privadas para el cumplimiento de sus funciones.
e. Participar en los procesos de planificación que convoque la UGFFS.
f. Otras que señale el reglamento de la presente Ley.

TÍTULO III

Regencia forestal y de fauna silvestre

Artículo 23. Regente forestal y de fauna silvestre

El regente forestal y de fauna silvestre es la persona natural con formación y experiencia profesional en el área que requiere ser regentada e inscrita en el Registro Nacional de Regentes Forestales y de Fauna Silvestre, que formula y suscribe los planes de manejo forestal o de fauna silvestre. Es responsable de dirigir las actividades en aplicación del plan de manejo aprobado, para garantizar la sostenibilidad del recurso forestal.

Es responsable solidario con el titular o poseedor del título habilitante de la veracidad del contenido del plan de manejo y de su implementación, así como de la correcta emisión de las guías de transporte forestal.

El Serfor, en coordinación con las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre, administra y conduce el Registro Nacional de Regentes Forestales y de Fauna Silvestre. Los requisitos específicos para la incorporación de los profesionales a este registro lo establece el reglamento de la presente Ley.

El reglamento de la presente Ley establece los deberes, derechos y responsabilidades del regente forestal y de fauna silvestre, así como los requisitos y procedimientos a desarrollar según las actividades forestales y de fauna silvestre de las que se trate y los niveles de estas actividades.

TÍTULO IV

Planificación forestal y de fauna silvestre

Artículo 24. Instrumentos de planificación para la gestión forestal y de fauna silvestre

La planificación forestal y de fauna silvestre se enmarca en la política nacional forestal y de fauna silvestre, que constituye el documento guía del accionar forestal para asegurar el aprovechamiento sostenible y la conservación del recurso forestal y de fauna silvestre.

El Serfor aprueba, de acuerdo al procedimiento y metodología desarrollada en el reglamento de la presente Ley, el Plan Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, de cumplimiento en el ámbito nacional, regional y local. Dicho plan se elabora de manera participativa y prioriza las acciones de gobernanza y gobernabilidad forestal, la gestión efectiva del recurso forestal y de fauna silvestre, las estrategias para el acceso a financiamiento, el posicionamiento del sector forestal en el ámbito nacional e internacional, así como la mejora de la distribución de los beneficios y responsabilidades respecto de dichos recursos.

El Plan Nacional Forestal y de Fauna Silvestre toma en cuenta las diferentes realidades sociales y ambientales y comprende los aspectos de forestación y reforestación; de prevención y control de la deforestación; de prevención y control de incendios forestales; de investigación forestal y de fauna silvestre; de prevención y lucha contra la tala ilegal y la captura, caza y comercio ilegal de fauna silvestre; de prevención y control de plagas forestales y especies invasoras; de promoción del sector forestal; de desarrollo de la industria maderera, entre otros.

Cada gobierno regional, solo o integrado con otro u otros gobiernos regionales, aprueba planes y políticas regionales forestales y de fauna silvestre en el marco de la política nacional forestal y de fauna silvestre, de acuerdo a cada realidad socioeconómica y ambiental.

Cada gobierno local o mancomunidad municipal de zonas rurales, solo o integrado con otro u otros gobiernos locales, aprueba planes locales forestales y de fauna silvestre en el marco de la política regional y nacional.

TÍTULO V

Zonificación y ordenamiento forestal

Artículo 25. Objetivo de la zonificación y del ordenamiento forestal nacional

Por la zonificación forestal se delimitan obligatoria, técnica y participativamente las tierras forestales. Los resultados de la zonificación forestal definen las alternativas de uso del recurso forestal y de fauna silvestre y se aplican con carácter obligatorio.

El ordenamiento forestal es el proceso de determinación de unidades forestales y de títulos habilitantes. Forma parte del ordenamiento territorial.

El reglamento de esta Ley establece la metodología, tiempo, condiciones y aspectos sociales, económicos, culturales y ambientales para la zonificación y el ordenamiento forestal, asegurando el respeto de los derechos de las poblaciones locales.

Artículo 26. Zonificación y ordenamiento forestal nacional

La zonificación forestal constituye un proceso obligatorio técnico y participativo de delimitación de tierras forestales, que se realiza en el marco del

enfoque ecosistémico y siguiendo la normativa sobre la zonificación ecológico-económica, en lo que corresponda, considerando los procesos en marcha, los instrumentos de planificación y gestión territorial regional con los que se cuente y respetando los usos y costumbres tradicionales de las tierras comunales, conforme a la Constitución Política del Perú y la ley.

La zonificación en áreas utilizadas, ocupadas, posesionadas, tituladas o solicitadas por las comunidades y la que abarque otras áreas que las comunidades usan de alguna manera y en las que esta pueda afectarlas directamente, se rige por el derecho a la consulta previa establecido por el Convenio 169 de la OIT.

La zonificación forestal busca integrar aspectos ecológicos incorporados en la capacidad de uso mayor de la tierra, la clasificación de tipos de bosque (mapa forestal), la cobertura vegetal actual, las condiciones de fragilidad relativa de los ecosistemas, la distribución de la biodiversidad forestal y de fauna silvestre y su estado de conservación, con los aspectos económicos, sociales y culturales vinculados a la ocupación del territorio y los dispositivos legales, incluyendo los distintos escenarios socioambientales y ecológicos referidos a la intensidad de ocupación y actividad humana en los ecosistemas naturales y las diferentes condiciones o estado de naturalidad o de transformación de los paisajes forestales. Igualmente, toma en consideración los diversos usos posibles para estos ecosistemas y sus recursos, así como de diversos tipos de usuarios y distintas intensidades de uso vinculadas a la magnitud de las intervenciones y a su impacto o efecto sobre la provisión permanente de bienes y servicios de los ecosistemas.

La zonificación forestal determina las potencialidades y limitaciones para el uso directo e indirecto de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, incluyendo el mantenimiento de su capacidad para brindar bienes y servicios ecosistémicos, definiendo las alternativas de uso de los recursos forestales y de fauna silvestre.

El ordenamiento forestal es el proceso de determinación de unidades de ordenamiento forestal y el otorgamiento de derecho de aprovechamiento. Forma parte del ordenamiento territorial.

El reglamento de la presente Ley precisa la metodología y procedimiento a seguir para esta zonificación y ordenamiento forestal, que son de carácter vinculante para la gestión forestal.

Artículo 27. Categorías de zonificación forestal

La zonificación forestal considera las siguientes categorías:

a. Zonas de producción permanente

Son las que, por su naturaleza, tienen mayor aptitud para uso forestal.

Están constituidas por bosques de las siguientes categorías:

1. Bosques de categoría I. Son áreas de bosque natural primario o secundario cuyas condiciones bióticas y abióticas permiten el aprovechamiento sostenible de recursos forestales y de fauna silvestre, donde es posible la extracción de madera bajo sistemas intensivos o mecanizados, la extracción de productos no maderables y de fauna silvestre y el aprovechamiento económico de servicios de los ecosistemas.
2. Bosques de categoría II. Son áreas de bosque natural primario o secundario cuyas condiciones bióticas y abióticas permiten el aprovechamiento sostenible de recursos forestales y de fauna silvestre, donde es posible la extracción de madera solo bajo sistemas de baja intensidad, la extracción de productos no maderables y de fauna silvestre y el aprovechamiento económico de servicios de los ecosistemas.
3. Bosques de categoría III. Son áreas de bosque natural primario o secundario, cuyas condiciones bióticas y abióticas le confieren valor especial para la provisión de servicios de los ecosistemas y que permiten el aprovechamiento sostenible de recursos forestales diferentes a la madera sin reducir la cobertura vegetal, así como de la fauna silvestre y de los servicios de los ecosistemas.
4. Bosques plantados. Son áreas de ecosistemas forestales, producto de la forestación o reforestación con fines de producción sostenible de madera y otros productos forestales, así como el aprovechamiento económico de servicios de los ecosistemas de acuerdo a sus condiciones bióticas y abióticas.

b. Zonas de protección y conservación ecológica

Son ecosistemas frágiles que, por su baja resiliencia o capacidad de retorno a sus condiciones originales, resultan inestables ante eventos de naturaleza antropogénica. Constituyen áreas prioritarias para la conservación de la biodiversidad en las que se restringen o limitan los usos extractivos.

Cuando en esta categoría de zonificación forestal haya áreas naturales protegidas, la gestión del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación se rige por la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, y su reglamento; los decretos legislativos 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; 1039, Decreto Legislativo que modifica disposiciones del Decreto Legislativo 1013; y 1079, Decreto Legislativo que establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas, y sus reglamentos y normas complementarias.

c. Zonas de recuperación

Son áreas que requieren de una estrategia especial para reponer ecosistemas forestales.

Están constituidas por las siguientes zonas:

1. Zonas de recuperación de la cobertura forestal con fines de producción forestal maderera. Son tierras que no tienen cobertura de bosques primarios o bosques secundarios maduros mayor o igual al treinta por ciento del área, cuyas condiciones bióticas y abióticas favorecen la instalación de plantaciones forestales con fines de producción de madera y otros productos forestales y de fauna silvestre. Sus plantaciones se incorporan como bosques plantados a la categoría de zonas de producción permanente.
2. Zonas de recuperación de la cobertura forestal con fines de restauración y conservación. Son tierras de aptitud forestal o de protección que no tienen cobertura de bosques primarios o secundarios maduros mayor o igual al treinta por ciento del área, cuyas condiciones bióticas y abióticas favorecen la reforestación con especies nativas destinadas a la restauración ecológica, a la provisión de servicios de los ecosistemas y al aprovechamiento de fauna silvestre y de productos forestales diferentes a la madera que no afecten la cobertura vegetal, según los casos.

d. Zonas de tratamiento especial

Son las áreas que, por su naturaleza biofísica, socioeconómica, cultural y geopolítica, requieren de una estrategia especial para su asignación de uso.

Son categorías de estas zonas:

1. Reservas de tierras para pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial. Estas reservas se rigen por la Ley 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u

Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, su reglamento y normas complementarias. En ellas no se otorga títulos habilitantes.

2. Zonas de producción agroforestal y silvopastoriles. Son ecosistemas transformados, ubicados sobre tierras forestales o de protección que fueron objeto en el pasado de retiro de la cobertura boscosa, en los que se ha instalado y desarrollado sistemas sostenibles de producción permanente, compatibles con la zonificación ecológico-económica. En ellos se combinan vegetación forestal o leñosa y plantas domesticadas con fines de producción forestal, agrícola o pecuaria en forma sostenible, contribuyendo a la provisión de servicios ecosistémicos.
   Comprenden el uso silvopastoril en los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre en tierras bajo dominio del Estado.
3. Bosques residuales o remanentes. Son bosques naturales primarios aislados producto de la fragmentación del hábitat por procesos de ocupación y transformación de paisajes anteriormente forestales. Por sus condiciones de relativo aislamiento y tamaño limitado y por la presión antrópica sobre ellos, sus valores de biodiversidad son generalmente menores a los bosques primarios, a pesar de lo cual contribuyen a la salud ambiental de su entorno y proveen servicios ecosistémicos y bienes, principalmente a la población local. De acuerdo a sus condiciones bióticas y abióticas, pueden destinarse a funciones de protección, aprovechamiento de productos no maderables y los servicios de los ecosistemas forestales y otros tipos de vegetación silvestre. Se permite la extracción de madera con regulaciones estrictas y el aprovechamiento económico de servicios de los ecosistemas en las condiciones que establezca el reglamento de la presente Ley.
4. Asociaciones vegetales no boscosas. Son ecosistemas de vegetación silvestre constituida por especies herbáceas y arbustivas principalmente.
   De acuerdo a sus condiciones bióticas y abióticas, pueden destinarse a funciones de protección, aprovechamiento de productos no maderables y al aprovechamiento económico de servicios de los ecosistemas en las condiciones que establezca el reglamento.

Artículo 28. Unidades de ordenamiento forestal

Las unidades de ordenamiento forestal son instrumentos de gestión territorial para el acceso ordenado a los recursos forestales, que establece el Serfor en coordinación con los gobiernos regionales y gobiernos locales, teniendo en cuenta las políticas de ordenamiento territorial y la zonificación regional y local. Las áreas naturales protegidas son parte del ordenamiento forestal; sin perjuicio de ello, su establecimiento y gestión se rige por sus propias normas.

Tanto las unidades de ordenamiento forestal como los títulos habilitantes se inscriben en el catastro nacional forestal y, en lo que corresponda, ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp), de acuerdo a lo que establece el reglamento de la presente Ley.

Las unidades de ordenamiento forestal son las siguientes:

a. Bosques de producción permanente, que se establecen mediante resolución ministerial del Ministerio de Agricultura.
b. Bosques locales, que se establecen mediante resolución ejecutiva del Serfor.
c. Bosques en reserva, que se declaran mediante resolución ejecutiva del Serfor.
d. Bosques protectores, que se declaran mediante resolución ejecutiva del Serfor.
e. Bosques en tierras de comunidades campesinas y nativas, que se reconocen por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.
f. Bosques en predios privados, que se reconocen por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

Forman también parte del ordenamiento forestal los derechos de aprovechamiento otorgados por la autoridad competente, en el interior o fuera de las citadas unidades de ordenamiento forestal.

Artículo 29. Bosques de producción permanente

Los bosques de producción permanente se establecen por resolución ministerial del Ministerio del Ambiente, a propuesta del Serfor, en bosques de las categorías I y II, con fines de producción permanente de madera y otros productos forestales diferentes a la madera, así como de fauna silvestre y la provisión de servicios de los ecosistemas

El Estado promueve la gestión integral de estos bosques. Para ello, la autoridad regional forestal y de fauna silvestre elabora, directamente o a través de terceros, y aprueba el Plan Maestro de Gestión que contiene, como mínimo, la identificación de sitios que requieran tratamiento especial para asegurar la sostenibilidad del aprovechamiento, las rutas de acceso, las vías comunes y los puntos de control. Previo a su establecimiento, el Estado realiza la evaluación de impacto ambiental y la consulta a la población que pueda verse afectada por su establecimiento.

Son supervisados por el jefe de la correspondiente Unidad de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (UGFFS).

Artículo 30. Bosques locales

Los bosques locales son los destinados a posibilitar el acceso legal y ordenado de los pobladores locales al aprovechamiento sostenible con fines comerciales de bienes y servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre. Pueden, de acuerdo a la categoría del sitio, destinarse al aprovechamiento maderable, de productos no maderables y de fauna silvestre, o a sistemas silvopastoriles, bajo planes de manejo aprobados por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, cuya aplicación la supervisa el Osinfor. Su superficie se adecua a los objetivos de manejo del sitio y a la demanda de los usuarios para asegurar su sostenibilidad, y se determina mediante estudio técnico aprobado por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

El Serfor establece bosques locales a requerimiento de las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre o de gobiernos locales, en cualquier categoría de zonificación u ordenamiento forestal en tierras bajo dominio público, incluyendo los bosques de producción permanente.

Este artículo se aplica sin perjuicio de lo establecido por el numeral 2.9 del artículo 73 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

El procedimiento y las condiciones para la gestión de los bosques locales, en sus diversos objetivos de manejo, lo establece el reglamento de la presente Ley.

Artículo 31. Bosques protectores

Los bosques protectores se establecen sobre bosques de categoría III en zonas de producción permanente o bosques residuales o permanentes en zonas de tratamiento especial, para la conservación de cuencas y fuentes de agua, suelos y hábitats críticos, en los que se permite actividades productivas forestales y de fauna silvestre que no conlleven la pérdida de las funciones de protección.

Para su establecimiento, el Estado realiza la evaluación de impacto ambiental y la consulta a la población que se pueda afectar con dicho establecimiento.

Procede en ellos el otorgamiento de concesiones de conservación, de ecoturismo, de aprovechamiento de productos forestales diferentes a la madera, y de manejo de fauna silvestre, así como la extracción para consumo local o de subsistencia.

Artículo 32. Bosques de producción permanente en reserva

Son los bosques de producción permanente que el Estado mantiene en reserva para su futuro uso.

Artículo 33. Aprobación de la zonificación forestal

La zonificación forestal es aprobada mediante resolución ministerial del Ministerio del Ambiente a propuesta del Serfor en coordinación con la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

Artículo 34. Catastro Forestal

Créase el Catastro Forestal en el que se incorpora la información cartográfica y documental de las categorías, zonificación, unidades de ordenamiento forestal, títulos habilitantes, plantaciones y tierras de dominio público con aptitud para plantaciones forestales de producción o de protección, así como tierras de las comunidades campesinas y nativas. Esta información es de dominio público.

Este catastro está a cargo del Serfor y se integra al Sistema Nacional Integrado de Información Catastral Predial de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) y al Registro Nacional de Ordenamiento Territorial y Zonificación Ecológica Económica del Ministerio del Ambiente.

El Catastro Forestal es de observancia obligatoria para todos los sectores y niveles de gobierno para el otorgamiento de cualquier derecho sobre el recurso forestal y de fauna silvestre.

Artículo 35. Inventario nacional y valoración de la diversidad forestal y de fauna silvestre

El Serfor es la autoridad encargada de elaborar de forma permanente y actualizar de forma periódica el inventario nacional y la valoración de la diversidad forestal y de fauna silvestre en coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras instituciones públicas y privadas. Este inventario pueden realizarlo terceros, según lo establezca el reglamento. El Serfor es responsable de que la información esté disponible para los usuarios.

La valoración de la diversidad forestal y de fauna silvestre se realiza en el marco de los lineamientos establecidos por el Ministerio del Ambiente. El Serfor aprueba los criterios técnicos para la elaboración de inventarios forestales y de fauna silvestre en cada uno de sus niveles, así como para la integración de la base de datos de inventarios forestales y de fauna silvestre al Sinafor.

La Autoridad Científica CITES realiza evaluaciones poblacionales de las especies forestales y de fauna silvestre consideradas en los apéndices de la Convención. En tales evaluaciones se incluye, como mínimo, información de distribución geográfica, densidad, tamaño, estructura, edad, clase y dinámica de regeneración, así como amenazas para su supervivencia. Los resultados del inventario y de las evaluaciones poblacionales están a disposición del público a través de los portales electrónicos de la Autoridad Administrativa y de la Autoridad Científica CITES y se retroalimentan de manera periódica.

Artículo 36. Autorización de desbosque

El desbosque consiste en el retiro de la cobertura forestal mediante cualquier método que conlleve la pérdida del estado natural del recurso forestal, en áreas comprendidas en cualquier categoría del patrimonio nacional forestal, para el desarrollo de actividades productivas que no tengan como fines su manejo forestal sostenible, tales como la instalación de infraestructura, la apertura de vías de comunicación, incluyendo caminos de acceso a áreas de producción forestal, la producción o transporte de energía, así como operaciones energéticas, hidrocarburíferas y mineras.

Requiere la autorización previa del Serfor o de la autoridad regional forestal y de fauna silvestre correspondiente, de acuerdo al nivel de evaluación ambiental exigible en cada caso, según lo dispuesto en el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y conforme a lo que se establezca en el reglamento de la presente Ley.

Si estos desbosques pudiesen afectar a las comunidades campesinas y nativas, rige el derecho a la consulta previa del Convenio 169 de la OIT.

Junto con la presentación de la solicitud, el titular de la actividad adjunta la evaluación de impacto ambiental, aprobada por la autoridad competente según la actividad a desarrollarse. Dicha evaluación demuestra que la actividad propuesta no puede llevarse a cabo en otro lugar y que la alternativa técnica propuesta garantiza el cumplimiento de los estándares ambientales legalmente requeridos. Asimismo, asegura que el área materia de desbosque es la mínima posible y que se llevará a cabo con la mejor tecnología, prácticas y métodos existentes para reducir al mínimo posible los impactos ambientales y sociales, incluyendo evitar las áreas de alto valor de conservación. Se indica igualmente el destino de los productos forestales extraídos.

No se autoriza desbosque en reservas de tierras para pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial.

En caso de proceder la autorización, se paga por el valor de los recursos forestales a ser retirados sobre la base de una valorización integral y de plazo adecuado, y, en el caso de las actividades mencionadas en el primer párrafo, se habilitará un área de compensación ecosistémica de dimensiones equivalentes a las áreas afectadas, en la forma que indique la autoridad forestal correspondiente. En caso de que estos productos forestales sean materia de comercialización, se paga adicionalmente el derecho de aprovechamiento. El reglamento establece las condiciones aplicables.

Artículo 37. Prohibición de cambio de uso actual de tierras de capacidad de uso mayor forestal y de protección

En tierras de capacidad de uso mayor forestal y de capacidad de uso mayor para protección, con o sin cobertura vegetal, se prohíbe el cambio de uso actual a fines agropecuarios.

Se prohíbe el otorgamiento de títulos de propiedad, certificados o constancias de posesión en tierras de dominio público con capacidad de uso mayor forestal o de protección con o sin cobertura forestal, así como cualquier tipo de reconocimiento o instalación de infraestructura pública de servicios, bajo responsabilidad de los funcionarios involucrados.

Ello no impide el otorgamiento de derechos reales mediante contratos de cesión en uso, en forma excepcional y sujetos a los más rigurosos requisitos de sostenibilidad ambiental, en áreas zonificadas como de tratamiento especial, en el marco de la presente Ley y su reglamento. Esta disposición se establece sin perjuicio de los derechos y tierras de las comunidades nativas y campesinas.

Artículo 38. Uso de tierras de capacidad de uso mayor para cultivo en limpio o cultivos permanentes con cobertura forestal actual

Cuando exista cobertura boscosa en tierras de dominio público técnicamente clasificadas como de capacidad de uso mayor para cultivo en limpio o cultivos permanentes, según el Reglamento de Clasificación de Tierras por su Capacidad de Uso Mayor, el Serfor puede autorizar su cambio de uso actual a fines agropecuarios, respetando la zonificación ecológico-económica, de nivel medio o superior, aprobada por el gobierno regional o gobierno local correspondiente, y previa opinión vinculante del Ministerio del Ambiente de acuerdo al procedimiento administrativo que aprueben ambas autoridades para tal fin.

Autorizado el cambio de uso actual para realizar el retiro de la cobertura boscosa, se procede según lo establecido en el artículo referido a desbosque en lo que corresponda.

En los casos de predios privados cuya cobertura vegetal actual contenga masa boscosa, el cambio de uso requiere autorización de la autoridad regional forestal y de fauna silvestre sustentado en un estudio técnico de microzonificación.

En todos los casos, en cada predio o unidad productiva se reserva un mínimo del treinta por ciento de la masa boscosa existente en tierras de aptitud agrícola, además de la obligación de mantener la vegetación ribereña o de protección.

Artículo 39. Conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre

El Serfor, en coordinación con las autoridades forestales regionales, establece, promueve y aplica medidas para asegurar el aprovechamiento sostenible, conservación y protección de los recursos forestales y de la flora y fauna silvestre a través del ordenamiento, la delimitación de áreas para protección, la identificación de hábitats críticos, la elaboración de listados de categorías de especies por su estado de conservación, la elaboración de planes de conservación de especies y de hábitats frágiles, la declaración de vedas y restricciones o regulaciones de uso, la adopción de criterios e indicadores de sostenibilidad del manejo, la promoción de la recuperación de ecosistemas y la ampliación de cobertura forestal a través de plantaciones y sistemas agroforestales, entre otras.

Las vedas y la categorización de especies de flora y fauna silvestre amenazadas se establecen por decreto supremo refrendado por el Ministro del Ambiente y sobre la base de estudios técnicos y científicos. Los hábitats críticos se establecen mediante resolución ejecutiva del Serfor para asegurar la sostenibilidad de las actividades forestales y de fauna silvestre, y conexas. Los plazos para la definición de estos lineamientos son establecidos en el reglamento de la presente Ley.

Artículo 40. Introducción de especies exóticas de flora y fauna

La introducción de especies exóticas de flora y fauna silvestre tiene carácter excepcional, requiere estudios previos sobre el comportamiento de la especie y de inferencia filogenética, que permitan esperar un comportamiento no negativo a nivel genético y ecológico de las especies introducidas. Los autoriza el Serfor, sin perjuicio de las autorizaciones sanitarias emitidas por el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa), considerando la legislación en materia de bioseguridad.

Artículo 41. Especies exóticas invasoras

El Serfor, en coordinación con los gobiernos regionales, elabora planes de control o erradicación definitiva de las especies exóticas que, por las características biológicas y ausencia de predadores o controladores naturales, se hayan convertido en invasores de los ecosistemas naturales desplazando a las especies nativas, compitiendo con ellas por alimento y hábitat, poniendo de esta manera en peligro la supervivencia de las especies nativas.

Artículo 42. Vedas de especies de flora y fauna

El Serfor, a iniciativa propia o a solicitud de la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, propone la declaratoria de vedas por plazo determinado, por especies, por ámbitos geográficos definidos o por una combinación de ambos, a la extracción de especies nativas de flora y fauna silvestre, cuyo aprovechamiento no sea sostenible o en casos en que otras medidas de regulación y control no resulten eficaces.

El reglamento establece las condiciones y criterios para el establecimiento y aplicación de las vedas.

Artículo 43. Parientes silvestres de cultivares

El Ministerio de Agricultura y los gobiernos regionales promueven la conservación y manejo sostenible de las especies de flora consideradas como parientes silvestres de cultivares de importancia para el mantenimiento de la agrobiodiversidad y para la seguridad alimentaria. El Ministerio de Agricultura, a propuesta del Serfor, define las cuencas prioritarias para la conservación de estos parientes silvestres a nivel nacional sobre las cuales se establecen políticas agrarias y otras medidas para garantizar su conservación.

SECCIÓN SEGUNDA

GESTIÓN DE ECOSISTEMAS FORESTALES Y OTROS ECOSISTEMAS DE VEGETACIÓN SILVESTRE

TÍTULO I

Manejo forestal

Artículo 44. Lineamientos generales de manejo forestal

Se entiende por manejo forestal las actividades de caracterización, evaluación, investigación, planificación, aprovechamiento, regeneración, reposición, enriquecimiento, protección y control del bosque y otros ecosistemas de vegetación silvestre, conducentes a asegurar la producción sostenible de bienes, la provisión sostenible de servicios y la conservación de la diversidad biológica y el ambiente.

El manejo forestal se caracteriza por una gestión por ecosistemas, siendo necesario que todo aprovechamiento comercial o industrial de recursos forestales y servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre cuente con un plan de manejo aprobado por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre. El plan de manejo forestal contiene el nivel de estudio de impacto ambiental acorde con la escala e intensidad de las operaciones.

El Serfor dicta los lineamientos específicos del manejo forestal atendiendo a la intensidad de aprovechamiento y los requerimientos técnicos de modo tal que consideren la realidad de cada región y especificidades de cada ecosistema, siendo su aplicación gradual y adaptativa, entre otras consideraciones que precisa el reglamento. Estos lineamientos orientan la elaboración de planes de manejo de corto y largo plazo, incorporando en cada caso las prácticas silviculturales correspondientes.

Las plantaciones forestales en predios comunales y privados no requieren la aprobación por la autoridad forestal y de fauna silvestre de sus planes de manejo.

Artículo 45. Formulación de planes de manejo forestal

Los planes de manejo consideran la descripción de las características y estado actual del recurso o recursos a aprovechar; los objetivos de corto, mediano y largo plazo; la descripción y sustento del sistema de regeneración elegido, basado en evaluaciones poblacionales de los recursos sujetos a aprovechamiento; la intensidad y tipos de sistemas de aprovechamiento; las prácticas necesarias para garantizar la reposición de los recursos aprovechados; los impactos sobre el ecosistema y las correspondientes medidas de prevención y mitigación. Se incluye información que permita ubicar con precisión las áreas y recursos objeto de manejo, empleando instrumentos como sistemas de posicionamiento global u otros, entre otros aspectos que establezca el reglamento.

Los lineamentos técnicos y la ejecución de los planes de manejo forestal tienen en consideración las características específicas de los diferentes tipos de bosque en cada región natural del país y la intensidad de aprovechamiento. Pueden incluir medidas diferenciadas por especie, en particular para especies bajo algún nivel de amenaza y especies naturalmente poco abundantes, por categoría de bosque y por intensidad del aprovechamiento.

La autoridad forestal y de fauna silvestre que aprueba el plan de manejo publica en su portal electrónico institucional un resumen ejecutivo de los planes de manejo aprobados, elaborados por los administrados. En el reglamento, se precisa el mecanismo para la aprobación del componente ambiental del referido plan.

Artículo 46. Aprobación y supervisión de planes de manejo con especímenes CITES

Para la aprobación de todo instrumento de planificación operativa a corto plazo, en los que se declare el aprovechamiento de especies forestales listadas en los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), la Autoridad Administrativa CITES, en coordinación con la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, verifica previamente lo declarado en el correspondiente instrumento de planificación mediante inspecciones oculares directamente o a través de terceros, a fin de determinar la existencia de los especímenes y volúmenes declarados. En el caso de especies listadas en el Apéndice II, dicha verificación será necesariamente al cien por ciento.

Asimismo, el Osinfor supervisa las actividades de extracción de dichas especies al cien por ciento, sin perjuicio de las facultades asignadas por su ley de creación. Los resultados de las mencionadas verificaciones previas y posteriores son puestos a disposición del público.

Adicionalmente, el Ministerio del Ambiente, como Autoridad Científica CITES Perú, recoge en cualquier

momento información in situ para el monitoreo y elaboración de dictámenes de extracción no perjudicial.

A fin de garantizar la conservación de las especies forestales listadas en los apéndices de la CITES, la Autoridad Administrativa CITES evalúa periódicamente la aplicación del plan silvicultural de los planes de manejo.

Artículo 47. Planes de manejo para modalidades de extracción de escala reducida en tierras de comunidades, predios privados y bosques locales

En el caso de actividades de extracción comercial a escala e intensidad reducidas, en tierras de comunidades nativas o campesinas, predios privados y bosques locales, la autoridad nacional forestal aprueba términos de referencia específicos para la formulación de los planes de manejo simplificados para cada caso.

Artículo 48. Planes de contingencia para encuentros con poblaciones indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial

Los títulos habilitantes ubicados en zonas cercanas a las reservas establecidas por el Estado a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial, o donde existan reportes sobre su proximidad, requieren planes de contingencia ante un eventual avistamiento o encuentro con dichas poblaciones. El Ministerio de Cultura elabora los lineamientos específicos para este fin y aprueba dichos planes de contingencia, los cuales son requisito previo para la aprobación del plan de manejo según lo establecido en el reglamento de la presente Ley.

Es obligación de los titulares de los títulos habilitantes reportar al Ministerio de Cultura los avistamientos, vestigios, rastros, objetos o cualquier indicio que denote la presencia de indígenas en aislamiento o contacto inicial a fin de que tome las medidas necesarias, pudiendo incluir recortes y compensaciones de áreas de los títulos habilitantes.

TÍTULO II

Acceso al aprovechamiento en ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre

Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 49. Pago por derecho de aprovechamiento de recursos forestales

Para el aprovechamiento en los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, incluyendo bienes y servicios, se paga una retribución económica a favor del Estado por derecho de aprovechamiento, salvo las excepciones establecidas en la presente Ley. Los montos recaudados, diferentes al canon forestal, solo se destinan a la investigación científica y a la conservación de los recursos.

Cada modalidad de acceso contiene la metodología para establecer su derecho de aprovechamiento sobre la base de la valoración económica del recurso que se otorga, según lo establezca el reglamento.

Los pagos por derecho de aprovechamiento en concesiones forestales se establecen de la siguiente manera:

a. Para extracción forestal de productos maderables y ecoturismo, por superficie, de acuerdo al recurso otorgado.
b. Para productos del bosque diferentes a la madera, en razón al valor en estado natural del producto o en razón a la superficie otorgada.
c. En permisos y autorizaciones, en función al volumen extraído y al valor de la especie.
d. En cesiones en uso con fines de agroforestería o cesiones de uso en bosques residuales o remanentes, por superficie.
e. Para autorizaciones para pastoreo en ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre en tierras de dominio público, por número de animales.
f. En servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, la retribución económica a favor del Estado se considera dentro del pago por derecho de aprovechamiento.

El reglamento de la presente Ley establece los mecanismos para este pago en el marco de la legislación específica.

Artículo 50. Excepciones al pago por derecho de aprovechamiento de recursos forestales

No están sujetos al pago por derecho de aprovechamiento:

a. Las concesiones para conservación, salvo cuando como parte del plan de manejo aprobado se desarrollen actividades de recreación y turismo, de extracción o colecta de especies de flora diferentes a la madera con fines comerciales y venta de servicios ambientales. En estos casos, el derecho de aprovechamiento se paga en la forma que establezca el reglamento.
b. El aprovechamiento para uso doméstico, autoconsumo o subsistencia de las comunidades campesinas y nativas y otros usuarios tradicionales de los bosques, en cantidad adecuada, según lo establezca el reglamento.

Capítulo II

Otorgamiento de títulos habilitantes en tierras de dominio público

Artículo 51. Concesión forestal

La concesión forestal es un bien incorporal registrable. Puede ser objeto de hipoteca, así como de disposición a través de la figura de cesión de posición contractual u otros actos acordes a la naturaleza del título. La concesión forestal, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella se inscriben en el registro público respectivo.

En caso de afectación por parte de terceros de los derechos otorgados a través de la concesión, su titular puede recurrir a las vías correspondientes al amparo de dichos derechos.

Mediante la concesión forestal, el Estado, a través de los gobiernos regionales, otorga, en áreas de dominio público, derecho para el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre y derecho de uso y disfrute de dichos recursos naturales, y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos extraídos legalmente, así como para todo tipo de actividad forestal, incluyendo, según los casos, la producción de madera, de productos forestales diferentes a la madera, el desarrollo de actividades de ecoturismo o con fines de conservación; así como derecho a los beneficios procedentes de los servicios de los ecosistemas que se desprendan de su manejo.

Este tipo de título habilitante se otorga mediante procedimientos transparentes y competitivos y con carácter irrevocable en tanto el titular cumpla las obligaciones que el contrato, la presente Ley y su reglamento exijan.

No se permite el otorgamiento de otros títulos habilitantes en materia forestal en áreas otorgadas en concesión forestal dentro del marco de la presente Ley.

El reglamento establece las condiciones de uso de cada tipo de concesión y en cada categoría del ordenamiento forestal.

El solicitante de concesión forestal acredita fehacientemente su capacidad técnica y financiera para manejar sosteniblemente la unidad concesionada. Su renovación se sujeta a las condiciones que establezca el reglamento de la presente Ley.

Artículo 52. Manejo integral de los bienes y servicios del ecosistema forestal en las unidades de aprovechamiento concesionadas

Se promueve el manejo y aprovechamiento integral de las unidades de aprovechamiento concesionadas, sin perjuicio de las restricciones que en cuanto a capacidad de uso tienen las diversas categorías de zonificación forestal, según lo que establece el artículo

27 sobre categorías de zonificación forestal. Los titulares de concesiones forestales incluyen, en sus planes de manejo o en planes complementarios, la realización de cualquier actividad forestal y de fauna silvestre compatible con la categoría de zonificación u ordenamiento correspondiente; asimismo, se constituyen en titulares de los derechos por provisión de servicios ecosistémicos, en el marco de la normativa específica sobre la materia y de la presente Ley, siempre que cumpla los compromisos y condiciones del plan de manejo aprobado por la autoridad forestal.

Artículo 53. Responsabilidad de los concesionarios por la integridad de la concesión

Los concesionarios son los responsables directos por la integridad de la concesión en la superficie otorgada, asegurando su aprovechamiento sostenible de acuerdo a lo estipulado en el plan de manejo y en el contrato respectivo, constituyéndose en custodios forestales y de fauna silvestre. Para ello, adoptan las medidas pertinentes a fin de evitar la extracción ilegal de los recursos naturales y otras acciones que afecten la integridad de su concesión, y denuncian oportunamente estos hechos ante el punto focal de denuncias, la autoridad regional forestal y de fauna silvestre o la autoridad policial o militar más cercana.

Artículo 54. Cesión de posición contractual

Los titulares de concesiones forestales pueden ceder a terceros su posición contractual. Esta cesión procede en tanto el título habilitante esté vigente y la autorice la autoridad regional forestal y de fauna silvestre considerando el estado de las obligaciones, según informe del Osinfor, y si el cesionario cumple con los requisitos técnicos y económicos exigidos en el concurso en el cual la concesión fue otorgada.

Antes de autorizarse la cesión de posición contractual, el cedente asegura el pago de las obligaciones pendientes, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales correspondientes. El cesionario asume todas las obligaciones y derechos establecidos en el título habilitante.

Artículo 55. Garantías de fiel cumplimiento

El aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre que se realice bajo concesiones forestales está debidamente respaldado por una garantía de fiel cumplimiento durante toda su vigencia y ejecución, tanto por el titular del título habilitante como por el tercero responsable.

Las características y demás requisitos de las garantías las define el reglamento de la presente Ley.

Artículo 56. Concesiones forestales con fines maderables

Procede el otorgamiento de concesiones forestales con fines maderables en bosques de producción permanente establecidos en bosques primarios o secundarios, categoría I y categoría II, de acuerdo a la zonificación forestal, en tierras de dominio público, a través de concurso público:

a. Sobre la base de unidades de aprovechamiento de cinco mil hectáreas hasta diez mil hectáreas de extensión, por el plazo de hasta cuarenta años renovables, de acuerdo a las condiciones que establece el reglamento.
b. Sobre la base de unidades de aprovechamiento de más de diez mil hectáreas hasta cuarenta mil hectáreas de extensión, por el plazo de hasta cuarenta años renovables, de acuerdo a las condiciones que establece el reglamento.

   El procedimiento para la promoción y determinación del tamaño de la unidad de aprovechamiento para cada bosque de producción permanente a ser concesionado, es determinado por estudios técnicos realizados por el Serfor en coordinación con el gobierno regional correspondiente, los cuales son aprobados mediante resolución ministerial del Ministerio de Agricultura.

El reglamento establece los mecanismos para otorgar las concesiones de manera competitiva, equitativa y transparente, evitando prácticas monopólicas

Artículo 57. Concesiones para productos forestales diferentes a la madera

Estas concesiones son orientadas al aprovechamiento de otros productos del bosque diferentes a la madera como son frutos, yemas, látex, resinas, gomas, flores, plantas medicinales y ornamentales, fibras, entre otros, cuya extracción no conlleva el retiro de la cobertura boscosa. Puede incluir el aprovechamiento de múltiples recursos forestales y de fauna silvestre, así como el manejo de ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre para actividades de pastoreo.

En estas concesiones, la extracción de recursos forestales maderables procede excepcionalmente siempre que no desnaturalice el objeto de la concesión, no ponga en riesgo el manejo del recurso forestal no maderable concedido y haya sido prevista en el plan de manejo aprobado.

Procede su otorgamiento en bosques y otros ecosistemas de vegetación silvestre de cualquier categoría de zonificación forestal, incluyendo los bosques de categoría III.

Tienen vigencia de hasta cuarenta años renovables en una superficie máxima de diez mil hectáreas.

Artículo 58. Concesiones para ecoturismo

Son concesiones para el desarrollo de actividades vinculadas a la recreación y el turismo de naturaleza ecológicamente responsables en zonas donde es posible apreciar y disfrutar de la naturaleza, de la fauna silvestre y de valores culturales asociados al sitio, contribuyendo de este modo a su conservación, generando un escaso impacto al ambiente natural y dando cabida a una activa participación socioeconómica beneficiosa para las poblaciones locales.

Constituyen una forma de uso indirecto y no consuntivo de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre y de la flora y fauna silvestre en ellos contenidos.

En estas concesiones, se puede desarrollar actividades educativas o de investigación y se permite el aprovechamiento de los recursos y servicios de los ecosistemas siempre y cuando no distorsione el fin principal de la concesión. No se permite el aprovechamiento forestal maderable con fines comerciales.

El aprovechamiento está sujeto al pago por derecho de aprovechamiento.

Tienen vigencia hasta de cuarenta años renovables en una superficie máxima de diez mil hectáreas.

El reglamento establece las condiciones y el procedimiento para su otorgamiento.

Artículo 59. Concesiones para conservación

Son concesiones cuyo objetivo es contribuir de manera directa a la conservación de especies de flora y de fauna silvestre a través de la protección efectiva y usos compatibles como la investigación y educación, así como a la restauración ecológica. No se permite el aprovechamiento forestal maderable.

Se otorgan en cualquier categoría de zonificación forestal, con excepción de los bosques de producción permanente.

No se paga derecho de aprovechamiento, por constituir aporte directo a la conservación de la biodiversidad y a la provisión de servicios ambientales, salvo para actividades de recreación y turismo, de extracción o colecta de especies de flora no maderable y fauna silvestre comerciales y esquemas de compensación por servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, cuando se desarrollen como parte del plan de manejo aprobado.

La solicitud para su otorgamiento incluye el compromiso de inversión.

No existe límite de extensión y se sustenta en el estudio técnico y la propuesta presentados a la autoridad forestal y de fauna silvestre.

Tiene vigencia de hasta cuarenta años renovables.

Artículo 60. Naturaleza jurídica, alcances y condiciones de los títulos habilitantes

Son títulos habilitantes las concesiones, permisos y autorizaciones forestales o de fauna silvestre.

Los títulos habilitantes son actos de naturaleza administrativa mediante los cuales el Estado otorga a particulares el derecho de aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre y derecho a los beneficios económicos procedentes de los servicios de los ecosistemas que se desprendan de su manejo.

No otorgan derechos sobre los recursos genéticos, que se gestionan conforme a la ley de la materia.

Para cada tipo de título habilitante, la presente Ley y su reglamento establecen las condiciones y limitaciones para ejercer el derecho de uso y disfrute y para obtener la propiedad de frutos y productos.

Artículo 61. Deberes y responsabilidades generales aplicables a los titulares de títulos habilitantes

Los titulares de títulos habilitantes tienen las siguientes obligaciones y deberes:

a. Utilizar el recurso forestal y de fauna silvestre para los fines que le fue otorgado, garantizando el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales.
b. Cumplir con las obligaciones establecidas en la presente Ley, su reglamento y el correspondiente contrato.
c. Cumplir con el plan de manejo sujeto a verificación en el área del título habilitante.
d. Cumplir con el pago por derechos de aprovechamiento en los plazos establecidos.
e. Mantener durante la vigencia del título habilitante, incluido el período para el plan de cierre y reversión del área, una garantía de fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Artículo 62. Coordinaciones intersectoriales para el otorgamiento de títulos habilitantes

Las autoridades competentes, para otorgar derechos sobre otros recursos naturales renovables y no renovables, solicitan opinión previa al Serfor siempre que las superficies a otorgar puedan afectar los recursos forestales y de fauna silvestre.

En caso de que existan concesiones forestales, el Serfor emite opinión favorable previamente a su otorgamiento.

Para tales efectos, la autoridad competente realiza las siguientes coordinaciones:

a. Con la Autoridad Nacional del Agua. Cuando existan humedales u otros espejos o cuerpos de agua ubicados dentro del área solicitada y la propuesta técnica contemple el uso de los recursos hídricos, la autoridad regional forestal solicita opinión previa de la Autoridad Nacional del Agua, la que, de ser favorable, conlleva a que en dicha área no se otorgue derecho de uso de recursos hídricos que afecte negativamente los objetivos expuestos en la propuesta técnica. El título habilitante no otorga derecho de uso consuntivo del recurso hídrico, el cual debe solicitarse a la autoridad competente.

b. Con la autoridad nacional de turismo para las concesiones de ecoturismo. Las disposiciones complementarias para el desarrollo de ecoturismo en el marco de esta Ley son aprobadas por el Serfor con opinión previa del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo sobre los aspectos de su competencia.

c. Con la autoridad en materia de recursos hidrobiológicos. Cuando existan humedales u otros espejos o cuerpos de agua dentro del área solicitada y la propuesta técnica contemple el uso de los recursos hidrobiológicos, la autoridad regional forestal y de fauna silvestre solicita opinión previa a la autoridad competente, la que, de ser favorable, conlleva a que en dicha área no se otorguen permisos de pesca ni autorizaciones o concesiones para el desarrollo de actividades de acuicultura que afecten negativamente los objetivos expuestos en la propuesta técnica. El título habilitante no otorga derecho de aprovechamiento del recurso hidrobiológico, el cual debe solicitarse a la autoridad correspondiente.

La autoridad competente solicita opinión previa favorable para que otorgue permisos de pesca y autorizaciones o concesiones para el desarrollo de actividades de acuicultura en el área de un título habilitante otorgado por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

d. Con la autoridad en materia de energía y minas. La autoridad competente del otorgamiento de concesiones mineras, contratos o concesiones en materia energética o convenios para la exploración o explotación de hidrocarburos que se superpongan con concesiones forestales, solicita, además de los requisitos establecidos en su texto único ordenado y sus normas complementarias, la opinión técnica favorable del Serfor y del gobierno regional respectivo para que entregue la certificación ambiental, con la finalidad de evitar la degradación de los recursos naturales diferentes al mineral, la afectación a la cobertura vegetal, el uso sostenible y la conservación de los recursos forestales y la biodiversidad.

e. Con el Ministerio de Cultura. En caso de que el Ministerio de Cultura requiera realizar o autorice labores que impliquen remoción de la cobertura forestal, coordina con la autoridad regional forestal y de fauna silvestre o el Serfor, según corresponda.

f. Con el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado. El Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sernanp) coordina con el Serfor las políticas, planes y normas respecto a las actividades de repoblamiento o traslado de especies de fauna silvestre desde y hacia áreas naturales protegidas.

Artículo 63. Cesión en uso para sistemas agroforestales

Procede el otorgamiento de cesión en uso en el caso de sistemas agroforestales en las zonas de producción agroforestal, silvopecuaria o recuperación. En estos casos, la autoridad regional forestal y de fauna silvestre suscribe contratos de cesión en uso en tierras de dominio público, en superficies no mayores a cien hectáreas, con las condiciones y salvaguardas establecidas por el Serfor y en el marco de la presente Ley y su reglamento, respetando los derechos adquiridos.

Artículo 64. Cesión en uso en bosques residuales o remanentes

En zonas determinadas como bosques residuales o remanentes, procede el otorgamiento, por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, de cesiones en uso a favor de pobladores locales asentados que cuentan con título o posesión sobre las zonas adyacentes a dichos bosques, de acuerdo a las condiciones establecidas en el reglamento de la presente Ley. Dicha cesión en uso tiene la finalidad de conservar la cobertura forestal y aprovechar los bienes y servicios en tales áreas sobre la base de contratos de cesión en uso por cuarenta años renovables, en superficies no mayores a cien hectáreas. En caso de que se busque aprovechamiento comercial de los bienes o servicios ambientales, contará con el correspondiente plan de manejo.

Capítulo III

Otorgamiento de títulos habilitantes en tierras de comunidades campesinas y nativas

Artículo 65. Exclusividad en el uso y aprovechamiento de los bienes y servicios de

los ecosistemas forestales por parte de las comunidades

Se reconoce la exclusividad sobre el uso y aprovechamiento de los bienes y servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre por parte de las comunidades campesinas y nativas dentro de sus tierras tituladas o cedidas en uso.

Artículo 66. Permisos de aprovechamiento forestal en tierras de comunidades nativas y campesinas

Para el acceso a los recursos forestales y de fauna silvestre en tierras de comunidades nativas y campesinas, sean tituladas, posesionadas o bajo cesión en uso, la comunidad solicita permiso de aprovechamiento a la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, acompañando el acta de la asamblea comunal y el plan de manejo. Dicha acta acredita la representatividad del solicitante y el acuerdo del plan de manejo.

Para el aprovechamiento de recursos forestales maderables, el plan de manejo se basa en la zonificación interna aprobada por la asamblea comunal. En esta zonificación se determina el área destinada a producción permanente de madera o bosque comunal de producción.

No requiere ningún permiso el aprovechamiento para uso doméstico, autoconsumo o fines de subsistencia ni para actividades de ecoturismo.

El reglamento establece las condiciones para el otorgamiento de permisos de acuerdo a la intensidad de uso, así como la escala apropiada que no requiere permiso de aprovechamiento.

Capítulo IV

Recursos forestales y de fauna silvestre en áreas naturales protegidas por el Estado y sus zonas de amortiguamiento

Artículo 67. Protección y administración de los recursos forestales y de fauna silvestre en áreas naturales protegidas por el Estado

La protección y administración de los recursos forestales y de fauna silvestre dentro de las áreas naturales protegidas del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sinanpe) son competencia del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sernanp) conforme a la legislación de la materia.

En el caso de las áreas de conservación regional, la protección y administración de los recursos forestales y de fauna silvestre es competencia de los gobiernos regionales.

Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos precedentes, la gestión de los recursos forestales y de fauna silvestre dentro de estas áreas responde a la política y a la normativa nacional forestal y de fauna silvestre.

El reglamento de la presente Ley establece mecanismos de coordinación para autorizaciones de exportación o para el aprovechamiento dentro de áreas naturales protegidas de especies reguladas nacional o internacionalmente.

Artículo 68. Actividades forestales en zonas de amortiguamiento

Las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre y el Sernanp coordinan e implementan las actividades de control y vigilancia en las zonas de amortiguamiento de áreas naturales protegidas por el Estado, a fin de asegurar que no generen impactos negativos sobre dichas áreas.

El otorgamiento de títulos habilitantes en áreas que se encuentren incluidas total o parcialmente en zonas de amortiguamiento requiere de la opinión previa favorable del Sernanp.

Los planes de manejo forestal y de fauna silvestre en concesiones u otras áreas de manejo ubicadas en zonas de amortiguamiento incluyen consideraciones especiales definidas en coordinación con el Sernanp.

Capítulo V

Permisos de aprovechamiento forestal en predios privados

Artículo 69. Otorgamiento de permisos forestales en predios privados

La autoridad regional forestal y de fauna silvestre otorga permisos de aprovechamiento forestal con fines comerciales a propietarios de predios privados que cuenten con bosques naturales de cualquier categoría o bosques secundarios, previa aprobación del plan de manejo forestal cuya información será sujeta a verificación. Dos o más predios vecinos pueden presentar un plan de manejo forestal consolidado.

Las actividades de ecoturismo en estos predios no requieren permiso forestal.

El reglamento de la presente Ley define los términos de referencia para la elaboración de los planes de manejo para estos permisos.

Capítulo VI

Autorizaciones para extracción de plantas ornamentales, plantas medicinales y vegetación acuática emergente y ribereña

Artículo 70. Autorizaciones para extracción de plantas medicinales y vegetación acuática emergente y ribereña

La autoridad regional forestal y de fauna silvestre otorga autorización, hasta por cinco años renovables, para la extracción con fines comerciales de plantas medicinales y vegetación acuática emergente en bosques y otros ecosistemas de vegetación silvestre, fuera de áreas con títulos habilitantes vigentes.

La autoridad regional forestal y de fauna silvestre establece el volumen de extracción máxima permisible por Unidad de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre, sobre la base de estudios técnicos que aseguren la sostenibilidad del aprovechamiento, en función a ello distribuye la cuota a cada titular.

En tierras privadas, solo se autoriza la extracción al titular o al tercero acreditado por aquel.

En tierras de comunidades nativas o campesinas, se requiere el acuerdo de la asamblea comunal conforme a su estatuto, de manera previa a la emisión de la autorización.

Cuando se trate de especies categorizadas como amenazadas, corresponde al Serfor emitir la autorización.

Artículo 71. Autorización para extracción de especies ornamentales

La autoridad regional forestal y de fauna silvestre entrega autorizaciones para colecta de especies ornamentales.

En el caso de la extracción de especies ornamentales consideradas en los apéndices de la CITES, esta autorización la emite el Serfor y es únicamente para la implementación y ampliación del plantel genético o reproductor de centros de propagación, como viveros y laboratorios de cultivo in vitro, debidamente registrados.

TÍTULO III

Conservación de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre y cambio climático

Artículo 72. Reconocimiento por el Estado y acciones de mitigación

El Estado reconoce la importancia y necesidad de la conservación y manejo responsable y sostenible de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre para contrarrestar los efectos negativos del cambio climático.

En este sentido, elabora planes, desarrolla acciones de prevención y educación y presupuesta recursos económicos para su ejecución.

Paralelamente, el Serfor, en coordinación con los gobiernos regionales y los institutos de investigación, promueven la investigación y las prácticas y actividades de mitigación y adaptación al cambio climático en los ecosistemas forestales y otros tipos de vegetación silvestre, reconociendo su valor intrínseco en relación a los servicios que brindan, incluyendo prioritariamente las actividades de reducción de deforestación y degradación de ecosistemas forestales y otros tipos de vegetación silvestre, el mantenimiento de su capacidad de proveer servicios, el manejo sostenible, la reforestación y el enriquecimiento de los bosques.

Artículo 73. Manejo de bosques andinos
El Estado reconoce la vulnerabilidad de los ecosistemas de bosques andinos frente a los efectos del cambio climático, por lo que propicia su protección y recuperación como medio de mitigación y adaptación a estos cambios. Promueve actividades de investigación y reforestación con fines de restauración ecológica, o forestación en dichas zonas, así como su aprovechamiento sostenible, según lo establece el reglamento de la presente Ley.

Artículo 74. Manejo en bosques secos
El Estado reconoce los efectos del cambio climático y la alta presión antrópica sobre los bosques secos, por lo que prioriza, en sus tres niveles de gobierno, el desarrollo de proyectos y programas de restauración, de enriquecimiento y de aprovechamiento sostenible multipropósito de dichos ecosistemas, así como de adaptación y mitigación a los efectos del cambio climático.

TÍTULO IV

Bosques en tierras de comunidades nativas

Artículo 75. Bosques en comunidades nativas
Son los bosques que se encuentran en el interior de las tierras de las comunidades nativas, cualquiera sea su categoría de capacidad de uso mayor o tipo de bosque o ecosistema, de conformidad con el artículo 89 de la Constitución Política del Perú.

El aprovechamiento por parte de estas comunidades de los recursos forestales y de fauna silvestre requiere permiso otorgado por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, a excepción de las actividades consideradas en el artículo 81 referido al uso de los recursos forestales y de fauna silvestre con fines domésticos, de autoconsumo o subsistencia.

El manejo forestal de los bosques comunales que realizan las comunidades nativas se efectúa con autonomía, conforme a su cosmovisión y con planes de manejo, de acuerdo a lineamientos aprobados por el Serfor que incorporen sus valores culturales, espirituales, cosmovisión y otros usos tradicionales del bosque, así como el control de la actividad por la propia comunidad y por el sector correspondiente.

Artículo 76. Características de la cesión en uso de tierras forestales y de protección en comunidades nativas
Por la cesión en uso, el Estado reconoce el derecho real exclusivo, indefinido y no transferible de las comunidades nativas sobre las tierras comunales no agrícolas con el fin de asegurar los usos tradicionales y sus sistemas de vida.

Les reconoce, en exclusividad, la posesión, acceso, uso, disfrute y aprovechamiento de las tierras de producción forestal y de protección, de sus recursos forestales y de fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas que en ellas se encuentran.

El gobierno regional emite la resolución demarcando las tierras de aptitud forestal adjudicadas en cesión en uso, incluyendo las tierras de capacidad de uso mayor para la producción forestal y las de capacidad de uso mayor para protección, en forma simultánea a la adjudicación en propiedad de las tierras agropecuarias.

Artículo 77. Fortalecimiento de capacidades
Es obligación del Estado para con los pueblos indígenas, de manera directa o a través de sus organizaciones representativas, lo siguiente:

a. Promover prioritariamente el fortalecimiento de sus capacidades en el desarrollo e implementación de la gestión directa e integral del bosque a fin de ampliar y diversificar las oportunidades de manejo de los recursos forestales y de fauna silvestre, y la generación de productos con valor agregado.
b. Promover el manejo forestal comunitario como parte de las políticas de inclusión social, mediante el apoyo técnico, la capacitación y la implementación de mecanismos que faciliten el financiamiento forestal y su articulación a mercados nacionales e internacionales.
c. Brindar capacitación a las comunidades nativas y campesinas para el monitoreo, control y vigilancia de la flora y fauna silvestre.
d. Promover el fortalecimiento de sus capacidades de negociación con terceros.
e. Ofrecer asistencia en la elaboración de planes de manejo forestal y de fauna silvestre.

El reglamento desarrolla mecanismos para la debida implementación de este artículo.

Artículo 78. Respeto a conocimientos tradicionales
El Serfor y la autoridad regional forestal y de fauna silvestre reconocen la concepción del bosque de los pueblos indígenas y respetan sus conocimientos tradicionales sobre el uso y manejo forestal y de fauna silvestre.

Estos conocimientos son incorporados, en coordinación con la entidad competente en la materia, en las normas técnicas que regulan el manejo forestal comunitario.

Las autoridades forestales promueven la sistematización de los conocimientos tradicionales vinculados a los recursos forestales y de fauna silvestre.

Artículo 79. Ordenamiento interno de tierras comunales según el conocimiento y prácticas tradicionales
Las comunidades nativas determinan, mediante acuerdo de su asamblea comunal, el ordenamiento interno y gestión de sus tierras comunales de acuerdo a sus usos, costumbres, normas y estructura organizacional.

Para el aprovechamiento forestal, la comunidad establece expresamente, dentro del ordenamiento, el área destinada a producción permanente de madera o del bosque comunal de producción.

Artículo 80. Forestería comunitaria
Es la actividad orientada al aprovechamiento sostenible y la conservación de bienes y servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre que realizan los integrantes de la comunidad, en su totalidad o por grupos de interés en el interior de esta, a fin de contribuir al bienestar comunitario tomando en cuenta su cosmovisión, conocimientos, aspectos socioculturales y prácticas tradicionales.

Artículo 81. Uso de los recursos forestales y de fauna silvestre con fines domésticos, de autoconsumo o subsistencia
Es el aprovechamiento de los recursos de la flora y fauna silvestre necesario para la supervivencia individual o familiar de los integrantes de una comunidad nativa. No requiere título habilitante forestal o de fauna silvestre ni planes de manejo. Se regula por los acuerdos de la asamblea comunal.

El reglamento de la presente Ley regula el alcance de su aprovechamiento y el transporte de productos forestales con estos fines.

Artículo 82. Uso comercial o industrial de recursos forestales en tierras de comunidades nativas
Es facultad de la asamblea comunal establecer la forma de aprovechamiento comercial o industrial de los recursos forestales de sus tierras bajo diversas formas de organización, incluida la participación de terceros.

El aprovechamiento comercial en bosques comunales puede ser de pequeña, mediana o gran escala y está sujeto a la aprobación de un plan de manejo y al pago de derecho de aprovechamiento respectivo.

La aprobación del plan de manejo requiere la delimitación del bosque destinado para este fin de manera permanente, previa aprobación de la asamblea comunal según su ordenamiento interno. Las exigencias del plan de manejo dependen de la escala e intensidad de aprovechamiento según lo establece el reglamento de la presente Ley.

Artículo 83. Asistencia del Estado a las comunidades en contratos con terceros y responsabilidad solidaria de las partes

A solicitud de la comunidad, el Estado, a través de la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, asiste a la comunidad en la negociación de contratos con terceros, a través de lo siguiente:

a. Provisión de información para que evalúe las condiciones del contrato.
b. Verificación de que el contrato ha sido aprobado por la asamblea comunal.

Si la comunidad lo estima conveniente, la autoridad regional forestal y de fauna silvestre remite copia del contrato al Serfor y a la correspondiente organización regional indígena.

Los terceros que realicen aprovechamiento forestal en tierras comunales son responsables solidarios con las comunidades por el debido cumplimiento de la legislación forestal y de fauna silvestre

Artículo 84. Destino de los productos forestales decomisados o intervenidos en tierras de comunidades nativas

Los productos forestales decomisados que se compruebe que provienen de los bosques en tierras de las comunidades campesinas o nativas o cualquier producto forestal ilegal intervenido en dichas tierras se ponen a disposición de las autoridades locales para que, en coordinación con las autoridades comunales u organizaciones representativas, desarrollen acciones u obras con fines sociales para las mismas comunidades (infraestructura educativa, salud, atención por emergencia frente a desastres naturales, etcétera). En ningún caso esta madera se vende.

La autoridad local, conjuntamente con la comunidad, informa el resultado de estas acciones u obras a la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

En el reglamento, se consideran el plazo y el procedimiento para el proceso de transferencia de los productos forestales decomisados.

SECCIÓN TERCERA

GESTIÓN DE FAUNA SILVESTRE

TÍTULO I

Aspectos generales

Artículo 85. Enfoque de gestión de la fauna silvestre

La gestión de la fauna silvestre conlleva el reconocimiento de su valor para la salud de los ecosistemas y su contribución al bienestar humano. Tiene el enfoque de conservación productiva y participativa orientada al aprovechamiento sostenible de la fauna silvestre y al trato adecuado.

El Serfor establece los lineamientos para la gestión de la fauna silvestre a nivel nacional sin perjuicio de las demás normas aplicables.

Todo repoblamiento o reintroducción de fauna silvestre lo aprueba el Serfor considerando medidas que procuren la conservación de la especie y no afecten su diversidad genética.

Artículo 86. Planes e instrumentos de gestión de fauna silvestre

La autoridad regional forestal y de fauna silvestre aprueba planes e instrumentos de gestión. Estos planes e instrumentos pueden ser de manejo para áreas e instalaciones, de manejo de fauna, de conservación y aprovechamiento sostenible de especies clave, de reintroducción, de repoblamiento, de captura o colecta para plantel reproductor, de caza comercial, de monitoreo y evaluación poblacional y de protocolo de liberación al medio silvestre. Asimismo, calendarios regionales de caza comercial, calendarios regionales de caza deportiva, lista de especies amenazadas y de especies no susceptibles al aprovechamiento de subsistencia, entre otros.

Todo aprovechamiento de fauna silvestre, con excepción del uso para autoconsumo de comunidades y pobladores rurales, cuenta con un plan de manejo aprobado por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre correspondiente o estar comprendido en el respectivo calendario de caza, según lo establezca el reglamento. Se requiere evaluaciones de impacto ambiental en los casos que así lo establezca el reglamento.

Se prohíbe el aprovechamiento del recurso fauna silvestre sin la debida autorización, salvo con fines de subsistencia de las comunidades campesinas y nativas y otras poblaciones rurales, para las cuales sea fuente tradicional de alimentación, según lo establezca el reglamento.

La asamblea comunal aprueba los calendarios de caza comunales como instrumentos de gestión que son reconocidos automáticamente por la autoridad competente.

Artículo 87. Pago por derecho de aprovechamiento de fauna silvestre

Para el aprovechamiento de recursos de fauna silvestre, se paga una retribución económica a favor del Estado por derecho de aprovechamiento, salvo las excepciones establecidas en la presente Ley. Los montos recaudados solo se destinan a la conservación, investigación y mejoramiento de los recursos de fauna silvestre.

Cada modalidad de acceso contiene la metodología para establecer su derecho de aprovechamiento, según el recurso que se otorga y usos comparables con los instrumentos económicos según lo establezca el reglamento.

Los pagos por derecho de aprovechamiento de fauna silvestre se establecen de la siguiente manera:

a. En las concesiones para áreas de manejo de fauna silvestre, por superficie.
b. En permisos y autorizaciones, en función al volumen extraído y el valor de la especie.
c. En autorizaciones de caza deportiva, por el conjunto de especies y número de presas que comprenda, según el calendario regional de caza deportiva.

Las comunidades campesinas y nativas y otras poblaciones rurales, para las cuales la fauna silvestre es fuente tradicional de alimentación, de uso doméstico o de autoconsumo, no pagan derecho de aprovechamiento.

TÍTULO II

Manejo de fauna silvestre

Artículo 88. Concepto de manejo de fauna silvestre

Entiéndese por manejo de fauna silvestre las actividades de caracterización, evaluación, investigación, planificación, aprovechamiento, reintroducción, repoblamiento, enriquecimiento, protección y control del hábitat de las poblaciones de fauna silvestre conducentes a asegurar la producción sostenible de bienes, la provisión sostenible de servicios y la conservación de la diversidad biológica.

El manejo de la fauna silvestre se da en libertad, en semicautiverio y en cautiverio. El reglamento establece las condiciones y requisitos para su autorización en cada caso.

TÍTULO III

Áreas de manejo de fauna silvestre

Artículo 89. Áreas de manejo de fauna silvestre en libertad

Las áreas de manejo de fauna silvestre son los espacios naturales en los cuales se realiza el aprovechamiento sostenible de determinadas especies de fauna silvestre, bajo planes de manejo. El Estado reconoce e incentiva las actividades que promuevan el uso de la fauna silvestre en libertad y el manejo integral del ecosistema del que dependen. Cuando sea requerido, puede complementarse el área de manejo de fauna con centros de cría en cautividad, con fines de repoblamiento.

En caso de que estas áreas se destinen para caza deportiva se denominan cotos de caza. Los cotos de caza que constituyen parte del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (Sinanpe) se rigen por la ley de la materia.

Artículo 90. Áreas de manejo de fauna silvestre en tierras de dominio público

En tierras de dominio público, la autoridad regional forestal y de fauna silvestre otorga concesiones de áreas de manejo de fauna silvestre destinadas al aprovechamiento sostenible de poblaciones de especies autorizadas, dentro de su rango de distribución natural, en superficies definidas de acuerdo a los requerimientos de la especie, por períodos de hasta veinticinco años renovables, de acuerdo al procedimiento establecido en el reglamento de la presente Ley.

Artículo 91. Áreas de manejo de fauna silvestre en predios privados y en predios de comunidades nativas o campesinas

En territorios de comunidades nativas o campesinas, sea en tierras tituladas, posesionadas o cedidas en uso, así como en predios privados, a solicitud del titular, la autoridad regional forestal y de fauna silvestre otorga permisos para áreas de manejo de fauna silvestre. En el caso de estas comunidades, esta solicitud es aprobada de manera previa por la asamblea de la comunidad de acuerdo a la ley de la materia, su estatuto y sus usos y costumbres.

TÍTULO IV

Fauna silvestre en cautividad

Artículo 92. Centros de cría en cautividad de fauna silvestre

Los centros de cría en cautividad de fauna silvestre son instalaciones de propiedad pública o privada que se destinan para la zoocría de especímenes de la fauna silvestre fuera de su hábitat natural, en un medio controlado y en condiciones adecuadas para el bienestar animal, con fines científicos, de difusión cultural, de educación, de conservación, de rescate, de rehabilitación o comerciales. Su funcionamiento lo autoriza la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, salvo en el caso de la cría de especies categorizadas como amenazadas, que lo autoriza el Serfor.

Artículo 93. Plantel reproductor

La captura de los especímenes de fauna silvestre a ser empleados como plantel reproductor requiere autorización expresa de la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, salvo el caso de las especies amenazadas, cuya autorización la otorga el Serfor.

Estos especímenes se entregan en custodia o usufructo a los zoocriaderos y zoológicos.

La captura es autorizada únicamente luego de comprobar que dichos especímenes no se encuentran disponibles como productos de decomisos provenientes del tráfico ilegal, exceptuándose los provenientes de hallazgos.

La extracción o recolección de especímenes de especies de fauna silvestre incluidas en los apéndices de la CITES destinados a la exportación requiere, además, de la opinión previa favorable de la Autoridad Científica CITES.

Artículo 94. Zoocriaderos

Los zoocriaderos son establecimientos para el manejo ex situ de fauna silvestre con fines comerciales y producción de bienes y servicios. Cuentan con ambientes adecuados para el bienestar animal que se destinan a la zoocría, reproducción y mantenimiento de especímenes de fauna silvestre en un medio controlado.

En estos establecimientos, no se autoriza la cría de especies amenazadas.

Los autoriza la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

Las crías y productos obtenidos en zoocriaderos autorizados son propiedad de su titular a partir de la primera generación.

Artículo 95. Zoológicos

Los zoológicos son establecimientos para el manejo ex situ de fauna silvestre con ambientes especialmente acondicionados para el mantenimiento y exhibición de especímenes de fauna silvestre en un medio controlado, con fines de educación, de difusión cultural, de reproducción y conservación o de investigación. Son autorizados por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, según lo establece el reglamento de la presente Ley.

Los zoológicos pueden solicitar autorización para el intercambio de especímenes con otros zoológicos nacionales o extranjeros debidamente registrados en su país.

Para la comercialización de especímenes, diferentes de intercambios con instituciones similares, el zoológico debe tener autorización adicional como zoocriadero.

Artículo 96. Centros de conservación de fauna silvestre

Los centros de conservación de fauna silvestre son instalaciones, públicas o privadas, para el mantenimiento en cautividad de especies de fauna silvestre amenazadas con fines de protección, conservación, reintroducción, reinserción, repoblamiento o reubicación. Los autoriza el Serfor, según lo establece el reglamento de la presente Ley.

La reintroducción, reinserción, repoblamiento o reubicación de especies procedentes de estos centros requieren de planes de manejo aprobados por el Serfor.

Su conducción no genera derechos de propiedad sobre los especímenes obtenidos.

Artículo 97. Centros de rescate de fauna silvestre

Los centros de rescate son instalaciones para el mantenimiento de especímenes de fauna silvestre provenientes de decomisos y hallazgos, para la recuperación de sus condiciones de salud y bienestar, procurando su reintroducción en su hábitat natural o su entrega en custodia a centros de conservación, zoológicos o zoocriaderos.

La autoridad regional forestal y de fauna silvestre establece centros de rescate de acuerdo a las necesidades de cada jurisdicción, bajo administración directa o a través de terceros autorizados. Para recibir especies CITES el centro de rescate debe contar con la autorización del Serfor.

Artículo 98. Exhibiciones de fauna silvestre

Las exhibiciones de especímenes de fauna silvestre de procedencia legal en ambientes fuera de su hábitat natural para fines de difusión cultural y educación requieren autorización expresa de la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

Se realizan en ambientes que cuenten con instalaciones y condiciones adecuadas para el mantenimiento en cautividad, de acuerdo a las especies y a lo que establece el Serfor.

Para las especies categorizadas como amenazadas, la autorización la otorga el Serfor.

Artículo 99. Tenencia de fauna silvestre por personas naturales

La tenencia por personas naturales de ejemplares de especies de fauna silvestre se rige por lo que establece el reglamento. Estos solo pueden provenir de zoocriaderos o áreas de manejo autorizadas y deben estar debidamente marcados y registrados ante la autoridad regional forestal y de fauna silvestre y por el titular interesado, quien es legalmente responsable del bienestar de dichos ejemplares.

TÍTULO V

Medidas sanitarias y de control biológico

Artículo 100. Medidas sanitarias

La autoridad regional forestal y de fauna silvestre realiza o autoriza la aplicación de medidas sanitarias, incluyendo la extracción de ejemplares de fauna silvestre por razones de sanidad o de seguridad, con el objeto de evitar daños que ejemplares de especies de la fauna silvestre puedan ocasionar en forma permanente o eventual, directamente al hombre, a la agricultura, a la ganadería, a la vegetación y a la propia fauna silvestre.

La autoridad regional forestal y de fauna silvestre coordina su ejecución con el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa) y con la autoridad competente del Ministerio de Salud cuando se trate de aspectos sanitarios.

Artículo 101. Uso de aves de presa para el control biológico

La autoridad regional forestal y de fauna silvestre autoriza el uso de aves de presa para el control biológico, las cuales solo provienen de zoocriaderos autorizados, asegurándose su adecuado manejo y bienestar.

TÍTULO VI

Caza

Artículo 102. Caza de subsistencia

La caza de subsistencia es la que se practica exclusivamente para la subsistencia del cazador y de su familia. Está permitida solo a los integrantes de las comunidades campesinas y nativas. En el caso de los pobladores rurales, se realiza en ámbitos autorizados por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

Las autoridades comunales, mediante acuerdos internos, regulan y administran el aprovechamiento de las especies de fauna silvestre en el ámbito de sus tierras en función al número de habitantes, área de la comunidad y situación de la conservación de la fauna silvestre, respetando las regulaciones sobre especies amenazadas y asegurando la conservación del recurso, estableciendo un listado de especies susceptibles de ser empleadas para la caza para consumo doméstico fijando temporadas y cuotas, siendo este el instrumento de gestión reconocido por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

Artículo 103. Caza o captura con fines comerciales

La caza o captura con fines comerciales es la que se practica en áreas autorizadas para obtener un beneficio económico. Debe tener la respectiva licencia, autorización o contrato y está sujeta al pago de los derechos correspondientes.

Cada autoridad regional forestal y de fauna silvestre elabora y aprueba el calendario regional de caza comercial de acuerdo a la especie, distribución, cantidad y valor comercial.

Este calendario se basa en la información científica obtenida de los estudios poblacionales de las especies que consigna, realizados por el Serfor o las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre o por terceros, considerando su impacto en las poblaciones de las especies y en los ecosistemas que sustentan dichas poblaciones. Fija las temporadas de caza y los volúmenes totales autorizados a extraer.

La comercialización de carne de especies de fauna silvestre solo procede en caso de que provenga de zoocriaderos o áreas de manejo. Con este fin, para las áreas de manejo, la autoridad regional forestal y de fauna silvestre establece las especies y el volumen máximo permitido para comercializar por temporadas a cada cazador comercial registrado y a la comunidad en su conjunto.

Artículo 104. Caza deportiva

La caza deportiva es la que el cazador practica únicamente con fines deportivos y sin fines de lucro, contando con la licencia y la autorización correspondiente otorgadas por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, de acuerdo a los tipos y modalidades especificados en el reglamento.

La licencia tiene alcance nacional, la autorización es de alcance regional.

La autoridad regional forestal y de fauna silvestre elabora y aprueba los calendarios regionales de caza deportiva, considerando las unidades de gestión forestal y de fauna silvestre dentro de su jurisdicción, de acuerdo a la especie, distribución, abundancia e interés cinegético, fijando las temporadas de caza y las cuotas de extracción totales y por autorización.

El reglamento regula la práctica de la caza deportiva y de las actividades económicas y servicios vinculados a esta actividad a fin de optimizar sus beneficios ecológicos y socioeconómicos.

Artículo 105. Cetrería

La cetrería es la caza de animales silvestres en su medio natural mediante el empleo de aves de presa adiestradas por el hombre y con fines deportivos. Solo se permite el uso de aves de presa reproducidas en zoocriaderos o cuya captura haya sido autorizada por el Serfor.

Está sujeta a los calendarios regionales de caza deportiva en los aspectos que corresponda.

Su práctica requiere contar con licencia y autorización para la tenencia de cada ave de presa, otorgada por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, salvo que se trate de especímenes extraídos del medio natural, en cuyo caso corresponde al Serfor otorgar la autorización.

TÍTULO VII

Conservación de la fauna silvestre

Artículo 106. Rol del Estado en la conservación de la fauna silvestre

El Estado promueve, norma y supervisa la conservación y el uso sostenible de la fauna silvestre, bajo cualquier modalidad establecida en esta Ley. Para ello, asigna el presupuesto correspondiente.

Promueve la participación privada y comunal en el manejo para la conservación y aprovechamiento de la fauna silvestre.

Fomenta la conciencia nacional sobre el manejo de la fauna silvestre y de los ecosistemas que sustentan sus poblaciones y su capacidad de renovación natural.

Artículo 107. Lista de ecosistemas frágiles

El Serfor, en coordinación con las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre, aprueba la lista de ecosistemas frágiles en concordancia con la Ley 28611, Ley General del Ambiente, con base en estudios técnicos e información científica disponible, en el ámbito de su competencia. Esta lista se actualiza cada cinco años, caso contrario queda automáticamente ratificada.

El Serfor establece las condiciones para el uso de los recursos forestales y de fauna silvestre en estos ecosistemas.

Artículo 108. Planes nacionales de conservación y aprovechamiento sostenible de especies clave

El Serfor elabora los planes nacionales de conservación y aprovechamiento sostenible de especies clave de fauna silvestre que, por su importancia económica y su grado de amenaza, requieren medidas especiales para su conservación a fin de continuar brindando beneficios a la sociedad sin poner en riesgo su supervivencia.

En el caso de especies de interés cinegético con poblaciones de baja densidad, se incorporan en los planes respectivos criterios de precaución y gradualidad.

SECCIÓN CUARTA

ECOSISTEMAS FORESTALES

TÍTULO I

Modalidades de acceso a los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre

Artículo 109. Servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre

Los beneficios provenientes del aprovechamiento económico de los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre forman parte de los títulos habilitantes.

Los titulares de predios privados y las comunidades campesinas y nativas que no tengan título habilitante para tal aprovechamiento acceden a los beneficios de estos servicios a través de un permiso aprobado por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

Para el acceso a los beneficios de los servicios de los ecosistemas provenientes de plantaciones forestales en predios privados o comunales, no se requiere permiso.

Artículo 110. Comunicación del aprovechamiento económico de los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre

Todas las operaciones de aprovechamiento económico de los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre se comunican a la autoridad ambiental para los fines correspondientes.

SECCIÓN QUINTA

PLANTACIONES FORESTALES Y SISTEMAS AGROFORESTALES

TÍTULO I

Gestión de plantaciones forestales

Artículo 111. Promoción de plantaciones forestales

El Estado promueve las plantaciones con especies forestales sobre tierras que no cuenten con cobertura de bosques primarios ni bosques secundarios, debido a que contribuyen a la producción de madera y productos no maderables, y al mejoramiento del suelo y la aceleración de la sucesión vegetal; permiten la recuperación de áreas degradadas, la estabilización de laderas, la recuperación de ecosistemas, el mantenimiento del régimen hídrico, el mejoramiento de hábitats para la fauna silvestre, la mitigación y la adaptación al cambio climático, la provisión de energía de biomasa forestal, entre otros.

El Estado facilita las condiciones necesarias para promover la instalación y manejo de plantaciones forestales con fines productivos, de protección y de recuperación de ecosistemas forestales en costa, sierra y selva preferentemente con especies nativas de cada zona.

Artículo 112. Concesiones para plantaciones en tierras bajo dominio del Estado

Las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre otorgan concesiones para la instalación de plantaciones forestales en tierras bajo dominio del Estado que no cuenten con cobertura de bosques primarios ni bosques secundarios de acuerdo a la zonificación forestal, mediante procedimientos transparentes y competitivos, por períodos de cincuenta años renovables.

Estas concesiones están sujetas al pago de derecho de aprovechamiento por superficie, pudiendo establecerse un régimen promocional.

Artículo 113. Plantaciones en tierras privadas o comunales

Las plantaciones forestales en tierras privadas o comunales no requieren autorización de ninguna autoridad.

Sus frutos, productos o subproductos, sean madera u otros, son de propiedad de los titulares de dichas plantaciones y no están sujetos a pago por derecho de aprovechamiento ni requieren plan de manejo.

Las plantaciones se inscriben consignando información de ubicación, superficie, especies, número de árboles y demostrando el derecho sobre el área de la plantación.

La inscripción se realiza en el Registro Nacional de Plantaciones, conducido por el Serfor en forma descentralizada, a través de las unidades de gestión forestal y de fauna silvestre, mediante un procedimiento simple, gratuito y automático.

En tierras con aptitud forestal y de protección, los propietarios privados y las comunidades campesinas o nativas están prohibidos de deforestar para instalar plantaciones.

Artículo 114. Base de datos e información sobre plantaciones

El Serfor conduce una base de datos sobre plantaciones inscritas por sus titulares.

TÍTULO II

Finalidad de las plantaciones

Artículo 115. Plantaciones de producción de madera y otros productos forestales

Las plantaciones de producción se instalan en suelos que permitan actividades de extracción y se orientan predominantemente al suministro de madera, fibra y productos forestales no maderables, incluyendo fauna silvestre y servicios ambientales. Pueden desempeñar también funciones protectoras, recreativas, paisajísticas y otras, no excluidas por la extracción de productos.

Artículo 116. Plantaciones de protección

Las plantaciones de protección se orientan a la protección de suelos frente a la erosión y al mantenimiento de las fuentes y cursos de agua, privilegiando el empleo de especies nativas y pudiendo incorporar especies exóticas dependiendo de las características ecológicas de cada zona.

Permiten la recolección de frutos y otros productos diferentes a la madera, así como el manejo de la fauna silvestre.

Artículo 117. Plantaciones de recuperación o restauración

Las plantaciones de recuperación o restauración se orientan a restaurar el ecosistema natural empleando especies nativas del lugar.

Permiten la recolección de frutos y otros productos diferentes a la madera y el manejo de la fauna silvestre.

Artículo 118. Criterios técnicos y evaluación del impacto ambiental

El Serfor define los criterios técnicos para el establecimiento, manejo y aprovechamiento de plantaciones forestales en tierras del Estado.

Para el establecimiento de plantaciones forestales en tierras públicas, comunales o privadas, se requiere la aprobación de una evaluación de impacto ambiental en los casos que corresponda, según lo establece el reglamento de la presente Ley en concordancia con el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

TÍTULO III

Sistemas agroforestales

Artículo 119. Requisitos y condiciones para la gestión de sistemas agroforestales

La gestión de sistemas agroforestales en tierras forestales o de protección transformadas tiene por objeto mantener o recuperar la provisión de bienes y servicios de los ecosistemas ubicados en las zonas de tratamiento especial para producción agroforestal o silvopastoril, en el marco de la zonificación forestal.

La suscripción de un contrato de cesión en uso conlleva el compromiso del titular de cumplir las condiciones

establecidas, respetar los bosques remanentes, instalar especies forestales maderables o no maderables en el sistema productivo y llevar a cabo prácticas de conservación de suelos y de fuentes y cursos de agua.

SECCIÓN SEXTA

GESTIÓN DE PRODUCTOS FORESTALES Y DE FAUNA SILVESTRE. RÉGIMEN DE CONTROL

TÍTULO I

Transporte, transformación, comercialización y exportación de productos forestales y de fauna silvestre

Artículo 120. Autorización de centros de transformación

El Serfor, con opinión previa del Ministerio de la Producción, establece mecanismos de coordinación e implementación para asegurar la trazabilidad del recurso forestal desde su extracción hasta su comercialización, incluyendo la exportación.

La autoridad regional forestal y de fauna silvestre otorga la autorización para establecer plantas de transformación primaria y supervisa y fiscaliza su funcionamiento.

El Ministerio de la Producción establece una base de datos para la inscripción de las plantas de transformación secundaria.

Los gobiernos locales, previamente al otorgamiento de la licencia de funcionamiento, exigen a las plantas de transformación primaria la respectiva autorización de la autoridad forestal.

Las empresas que se dedican a la transformación de la madera entregan la información de sus actividades forestales según lo establece el reglamento de la presente Ley.

Artículo 121. Transporte, transformación y comercialización de productos forestales y de fauna silvestre

Solo procede el transporte, transformación y comercialización de productos forestales y de fauna silvestre por cualquier persona, natural o jurídica, que provengan de cualquiera de las modalidades de aprovechamiento reguladas por la presente Ley y obtenidos en cumplimiento de los documentos de gestión forestal y de fauna silvestre previamente aprobados, así como los productos importados que acrediten su origen legal a través de las disposiciones que establece el reglamento de la presente Ley.

En los procesos de adquisiciones del Estado, se toman las medidas necesarias para garantizar el origen legal de los productos forestales y de fauna silvestre, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley y su reglamento, bajo responsabilidad.

El Serfor, en su calidad de Autoridad Administrativa CITES, y las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre están facultados para inspeccionar las plantas de transformación, lugares de acopio o depósitos de madera y otros productos forestales y de fauna silvestre a fin de verificar las existencias, las que son consignadas diariamente en un registro de ingresos y salidas de productos cuyas características las establece el reglamento.

Los titulares o responsables de plantas de transformación de productos forestales y de fauna silvestre están en la obligación de verificar el origen legal de los productos que transforman.

La comercialización de carne de monte de especies de fauna silvestre está prohibida, salvo la procedente de zoocriaderos o áreas de manejo autorizadas.

El presente artículo no afecta los productos forestales o de fauna silvestre provenientes de actividades de uso doméstico, autoconsumo o fines de subsistencia debidamente autorizadas por la autoridad comunal.

Artículo 122. Exportación de productos forestales y de fauna silvestre

La exportación de los productos forestales y de fauna silvestre cuyo comercio está regulado es autorizada por el Serfor con arreglo a las disposiciones sobre la materia.

Está prohibida la exportación con fines comerciales o industriales de madera en troza, excepto los productos de las plantaciones.

Los especímenes de flora no maderable y de fauna silvestre pueden exportarse en estado natural siempre y cuando provengan de áreas de manejo autorizadas, viveros registrados y centros de cría, en el marco de los tratados internacionales vigentes y el régimen común de acceso a los recursos genéticos.

Los especímenes de fauna silvestre producto de la caza deportiva constituyen bienes personales y su exportación en forma de pieles seco-saladas o como producto final, taxidermizado u otro, la autoriza el Serfor según el procedimiento que defina el reglamento.

Artículo 123. Prohibición de la exportación

Está prohibida la exportación de productos forestales y de fauna silvestre respecto de los cuales se haya infringido la presente Ley y su reglamento.

En el reglamento de la presente Ley, se establecen los mecanismos de coordinación entre el Serfor y la Sunat.

Artículo 124. Guía de transporte de productos forestales y de fauna silvestre

La guía de transporte es el documento que ampara la movilización de productos forestales y de fauna silvestre, sean en estado natural o producto de primera transformación, de acuerdo a lo dispuesto en el reglamento. En el caso de fauna silvestre, solo se requiere guía de transporte forestal para productos en estado natural.

Esta guía de transporte tiene carácter de declaración jurada y es emitida y presentada por el titular del derecho o por el regente, siendo los firmantes responsables de la veracidad de la información que contiene. En el caso de las plantaciones en predios privados o tierras comunales, debidamente registradas, el titular emite la guía. El Serfor establece el formato único de guía de transporte.

La autorización de caza deportiva hace las veces de guía de transporte, con excepción de las especies consideradas en los apéndices CITES.

El transporte de especímenes legalmente extraídos con fines científicos no requiere de guía de transporte.

Artículo 125. Transferencia de productos forestales decomisados

La transferencia de productos forestales y de fauna silvestre decomisados o declarados en abandono procede únicamente a título gratuito en favor de las entidades públicas que se precisen en el reglamento, no pueden venderse por ninguna dependencia pública. Asimismo, procede la transferencia en el caso de necesidad pública por motivo de desastres naturales. Únicamente el Serfor o las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre, según corresponda, son responsables de las transferencias mencionadas.

Artículo 126. Acreditación del origen legal de los productos forestales y de fauna silvestre

Toda persona está obligada, ante el requerimiento de la autoridad forestal, a acreditar el origen legal de cualquier producto o espécimen de especie de flora y fauna silvestre.

Toda persona que posea, transporte y comercialice un producto o espécimen de especies de flora o fauna silvestre cuyo origen lícito no pueda ser probado ante el requerimiento de la autoridad es pasible de comiso o incautación de dicho producto o espécimen, así como de la aplicación de las sanciones previstas en la presente Ley y su reglamento, independientemente del conocimiento o no de su origen ilícito.

El reglamento de la presente Ley establece los documentos que acrediten el origen legal señalado en el párrafo anterior. Están exceptuados de esta acreditación los productos provenientes de plantaciones forestales de especies exóticas.

Los propietarios de plantas de transformación de productos forestales y de fauna silvestre que adquieran o procesen estos productos deben verificar a través de documentos que su extracción y aprovechamiento haya

sido autorizada por la autoridad competente y realizada legalmente.

Artículo 127. Cadena de custodia de productos forestales y de fauna silvestre

El Serfor desarrolla mecanismos transparentes para verificar el origen legal y la cadena de custodia de especies maderables, que incluyan los requerimientos para la supervisión del manejo y el mantenimiento de registros, con el fin de rastrear de manera confiable los especímenes desde la extracción hasta su transporte, procesamiento y exportación.

El Serfor promueve la certificación forestal que permita registrar y controlar debidamente todas las etapas del proceso a fin de demostrar la legalidad del producto de exportación.

Artículo 128. Control de las exportaciones, importaciones y re-exportaciones de especies de flora y fauna silvestre incluidas en los apéndices CITES

El Serfor, en su calidad de Autoridad Administrativa CITES, es responsable del control de las exportaciones, importaciones y reexportaciones de especímenes o productos de especies de flora y fauna silvestre, sin perjuicio de las facultades de la administración aduanera.

Aplica las regulaciones de la CITES a las especies incluidas en los apéndices de esta convención. Actúa en coordinación con las otras autoridades vinculadas a estos procesos.

Artículo 129. Rendimientos de especies CITES forestales maderables

La Autoridad Administrativa CITES realiza, directamente o a través de instituciones especializadas, estudios técnicos para determinar los rendimientos de especies forestales maderables a fin de estimar los factores de conversión e informar las decisiones sobre los cupos de exportación de especies CITES.

Estos estudios técnicos se actualizan de manera periódica según disponga el reglamento.

En caso de que se prevea un rendimiento mayor al factor establecido, se comunica a la autoridad administrativa para su evaluación previa a su transformación. Los resultados de estos estudios se ponen a disposición del público a través del portal electrónico del Serfor.

Artículo 130. Cupo de exportación de la caoba (Swietenia macrophylla)

La Autoridad Administrativa CITES aprueba el cupo de exportación anual de caoba (Swietenia macrophylla) incluyendo la exportación de madera aserrada, tableros contrachapados o láminas de chapas en función a la anotación de la especie en la CITES.

El cupo de exportación se establece en tanto esta especie esté considerada en el Apéndice II de la CITES y se define sobre la base de las recomendaciones de un dictamen de extracción no perjudicial realizado por la Autoridad Científica CITES, y toma en cuenta los estudios de rendimiento, entre otra información relevante. Las directrices generales del cupo de exportación se definen mediante decreto supremo con el refrendo de los Ministros de Agricultura y del Ambiente.

TÍTULO II

Promoción, financiamiento, certificación e inversión forestal y de fauna silvestre

Artículo 131. Promoción de las actividades forestales y de fauna silvestre

El Estado promueve el desarrollo de las actividades forestales y de fauna silvestre a nivel nacional procurando su competitividad bajo un enfoque ecosistémico que genere mayores beneficios sociales y económicos.

Las actividades de promoción consideran especialmente lo siguiente:

a. El aprovechamiento diversificado e integral de los recursos forestales y de fauna silvestre, procurando el uso óptimo de un mayor número de especies y su integración en la cadena productiva.
b. La recuperación de la cobertura forestal, principalmente con especies nativas, en cuencas deforestadas u otras áreas degradadas propiciando la participación privada.
c. Las plantaciones forestales y sistemas agroforestales. En comunidades campesinas y nativas, se promueven proyectos de reforestación, restauración, servicios ambientales, bionegocios y manejo forestal comunitario con fines ambientales y comerciales.
d. El acceso a la tecnología, a la capacitación, asistencia técnica e información y a los mercados.
e. La forestación y reforestación en zonas urbanas con especies nativas principalmente.
f. La generación de capacidades.
g. La adopción de buenas prácticas para la competitividad forestal.
h. El manejo sostenible de pastos naturales y otras asociaciones vegetales silvestres.

El Estado implementa mecanismos de estímulos o incentivos de naturaleza no tributaria a las actividades de manejo, conservación, aprovechamiento, transformación de recursos forestales y de fauna silvestre en comunidades campesinas y nativas u otras áreas de títulos habilitantes que generen mayor valor agregado y promuevan la conservación de la diversidad biológica del bosque.

Mediante decreto supremo, se aprueban los mecanismos a que se refiere el presente artículo.

Artículo 132. Forestería urbana

El Estado reconoce los beneficios de la existencia de árboles en las ciudades y promueve la forestería urbana. La autoridad regional forestal y de fauna silvestre brinda asistencia técnica a los gobiernos locales en actividades necesarias para el mantenimiento e incremento de las áreas forestales urbanas.

Artículo 133. Certificación forestal

La certificación forestal es un proceso que acredita un manejo forestal socialmente beneficioso, ambientalmente responsable y económicamente viable que implica una evaluación por parte de un certificador independiente que asegura que un bosque o plantación está manejándose de acuerdo a los criterios ecológicos, sociales y económico-productivos acordados internacionalmente. La decisión de acceder a la certificación es voluntaria.

El Estado promueve la certificación forestal de la siguiente manera:

a. Estableciendo una reducción porcentual en el monto del pago por derecho de aprovechamiento.
b. Brindando facilidades para el aprovechamiento de diversos recursos forestales.
c. Otros que establezca el reglamento.

Artículo 134. Financiamiento de las actividades forestales y de fauna silvestre

Las concesiones, permisos y autorizaciones forestales o de fauna silvestre registrables pueden ser objeto de hipoteca, fideicomisos o de constitución de otros derechos reales que se inscriben en el registro respectivo.

Las plantaciones forestales inscritas en el Registro Nacional de Plantaciones conducido por el Serfor pueden ser objeto de hipoteca u otros derechos reales de garantía siguiendo el procedimiento previsto en la ley de la materia.

En caso de comunidades nativas y campesinas, estas modalidades de financiamiento son aprobadas previamente por la asamblea comunal.

Artículo 135. Inversión pública en materia forestal

Los gobiernos regionales y gobiernos locales pueden implementar planes, programas, proyectos y actividades vinculadas a la forestación, a la reforestación y al manejo forestal y de fauna silvestre como inversión pública, pudiendo considerarlas dentro del Sistema Nacional de Inversión Pública, incluyendo el uso de los recursos determinados.

Artículo 136. Inclusión de las actividades productivas forestales y de fauna silvestre en el Programa de Compensaciones para la Competitividad

Incorpórase a las comunidades campesinas y nativas y a los medianos y pequeños productores que realizan actividades de aprovechamiento forestal y de fauna silvestre, plantaciones forestales y sistemas agroforestales, como beneficiarios del Programa de Compensaciones para la Competitividad establecido por el Decreto Legislativo 1077, Decreto Legislativo que crea el Programa de Compensaciones para la Competitividad, aplicable a todas las modalidades de títulos habilitantes considerados dentro de la presente Ley.

TÍTULO III

Investigación, monitoreo y educación

Artículo 137. Declaración de interés nacional

Declárase de interés nacional la investigación, el desarrollo tecnológico, la mejora del conocimiento y el monitoreo del estado de conservación del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación.

Artículo 138. Investigación y monitoreo del patrimonio forestal y de fauna silvestre

El Estado, a través de entidades educativas de investigación o mediante iniciativas privadas, prioriza, promueve y coordina la investigación básica y aplicada, así como el desarrollo tecnológico en el manejo, aprovechamiento, transformación, conservación, mejoramiento, propagación, forestación, reforestación, cría en cautividad, comercio y mercadeo para el mejor aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre.

De igual modo, promueve la difusión de los resultados de la investigación y de los procesos educativos.

El Serfor, en coordinación con las autoridades regionales y titulares de títulos habilitantes, establece una red ecológicamente representativa de estaciones de investigación forestal y de fauna silvestre, unidades demostrativas de manejo forestal y parcelas permanentes de monitoreo, a fin de consolidar una iniciativa de investigación de largo plazo centrada en asegurar la producción sostenible y monitorear el estado de conservación de dichos recursos. La administración de estas estaciones puede tercerizarse.

Artículo 139. Plan Nacional de Investigación Forestal y de Fauna Silvestre

El Plan Nacional de Investigación Forestal y de Fauna Silvestre considera, entre otros aspectos, la relación de investigaciones prioritarias para la toma de decisiones, el desarrollo forestal y los mecanismos necesarios para promoverlas.

Artículo 140. Extracción y exportación para investigación científica o propósito cultural

La autoridad regional forestal y de fauna silvestre otorga autorizaciones para extracción de recursos forestales y de fauna silvestre con fines de investigación científica.

El Serfor otorga autorización cuando se trata de:

a. Especies categorizadas como amenazadas.
b. Especies consideradas en los Apéndices CITES.
c. Cuando la investigación científica involucre acceso a recursos genéticos.
d. Propósitos culturales.

La colecta o extracción de recursos forestales y de fauna silvestre con fines de investigación orientada a determinación de genotipo, filogenia, sistemática y biogeografía es autorizada siguiendo procedimientos simplificados establecidos por el Serfor. Los requisitos y procedimientos para la colecta o extracción y la exportación de especímenes de flora y fauna silvestre con fines de investigación o propósito cultural lo establece el reglamento de la presente Ley teniendo en cuenta las normas específicas relacionadas.

Artículo 141. Educación y formación forestal y de fauna silvestre

El Estado, ejerciendo su obligación educativa, promueve:

a. La educación forestal y de fauna silvestre con enfoque de género e interculturalidad y la formación de excelencia a nivel profesional y técnico.
b. La creación de conciencia nacional forestal y de fauna silvestre.
c. La formación y capacitación de profesionales y técnicos de la administración pública y de las comunidades campesinas y nativas y de los actores del sector privado vinculados a la materia para asegurar acceso equitativo a las oportunidades de ejercicio técnico y profesional.
d. Programas vivenciales que vinculen las escuelas con la conservación de los bosques y la fauna silvestre.

Para tales efectos, el Estado:

1. A través del Serfor, implementa el Plan de Desarrollo de Capacidades de acuerdo a los lineamientos generales que emita la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir).
2. A través del Serfor, las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre, el Ministerio de Educación y las autoridades regionales de educación, incorpora en los currículos educativos de todos los niveles materias en asuntos forestales y de fauna silvestre acordes a la realidad de las distintas regiones del país.
3. A través de los Ministerios de Agricultura, de Educación, de Defensa y del Interior, establece la participación de estudiantes de las instituciones educativas y del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú en la ejecución de programas oficiales de forestación y reforestación.
4. Promueve y ejecuta, con participación de los pueblos indígenas, al amparo del Convenio 169 de la OIT, a favor de éstos, asistencia técnica, programas y otras iniciativas interculturales de formación profesional y técnica en materia forestal y de fauna silvestre.

TÍTULO IV

Transparencia en la gestión forestal y de fauna silvestre

Artículo 142. Acceso a la información

Todas las entidades que forman parte del Sinafor ponen a disposición pública los planes de manejo operativos y planes generales de manejo forestales que hayan sido aprobados antes de la presente Ley y en el marco de la misma, así como los informes de supervisión y verificación cuyos procedimientos administrativos hayan concluido.

Se clasifican como confidenciales ciertas secciones de los planes, para lo cual se implementan los procedimientos establecidos en la ley de la materia.

No se clasifica como confidencial la información sobre la relación de especies forestales sujetas a aprovechamiento, balance de extracción, deudas respecto a títulos habilitantes, impactos ambientales ocasionados por el desarrollo de la actividad y medidas silviculturales.

Artículo 143. Plan Anticorrupción Forestal y de Fauna Silvestre

El Serfor es responsable de conducir el proceso participativo de elaboración e implementación del Plan Anticorrupción Forestal y de Fauna Silvestre, el que se aprueba mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Agricultura y por los titulares de los sectores involucrados.

Artículo 144. Unidad de atención especializada

El Serfor establece una unidad de atención especializada de transparencia y recepción de aportes de la sociedad civil.

Estos aportes se registran, se sistematizan y se ponen a disposición del público, salvo las excepciones establecidas en el reglamento, y se trasmiten a las instituciones públicas vinculadas a dichos aportes.

TÍTULO V

Régimen de fiscalización, supervisión y control

Artículo 145. Potestad fiscalizadora y sancionadora

Otórgase potestad fiscalizadora y sancionadora a las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre en el ámbito de su competencia territorial y conforme a la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

En los procedimientos administrativos sancionadores, la autoridad regional forestal y de fauna silvestre actúa como primera instancia y la alta dirección del gobierno regional, como segunda y última instancia.

El Serfor fiscaliza y sanciona las infracciones a la legislación forestal y de fauna silvestre vinculadas a los procedimientos administrativos a su cargo, conforme a la presente Ley y su reglamento. El Serfor actúa en primera instancia administrativa, siendo la segunda y última instancia el Ministerio de Agricultura.

Artículo 146. Infracciones

El reglamento de la presente Ley tipifica las conductas que constituyen infracción en materia forestal y de fauna silvestre, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a. Se orienta a desincentivar las conductas que permitan o faciliten la extracción, transformación y comercialización ilícita de recursos forestales y de fauna silvestre.
b. La gravedad de los hechos.
c. Cuando el hecho o acto signifique depredación o exposición al peligro y daño de los recursos forestales y de fauna silvestre, se realice o no en un título habilitante.
d. Que las conductas dificulten, imposibiliten u obstruyan la ejecución de las labores de gestión, administración, control, supervisión y fiscalización de los recursos forestales y de fauna silvestre.
e. La invasión de tierras comprendidas en el patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación.

Artículo 147. Acciones de control y vigilancia forestal y de fauna silvestre

Los gobiernos regionales ejercen sus funciones de control de los recursos forestales y de fauna silvestre en el ámbito de su competencia territorial, en el marco de las regulaciones específicas establecidas por el Serfor y en coordinación con las instituciones que integran el Sinafor.

El Serfor, como ente rector del Sinafor, coordina con las autoridades que toman parte en el control y vigilancia forestal y de fauna silvestre, orienta las actividades y asegura la capacitación en materia forestal y de fauna silvestre de los integrantes del sistema.

Son acciones comprendidas dentro del Sistema Nacional de Control y Vigilancia Forestal y de Fauna Silvestre las desarrolladas por las siguientes instituciones:

a. El Ministerio Público brinda al Serfor, al Osinfor, a las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre y a otros organismos encargados de la conservación y manejo de los recursos de la fauna y flora silvestre, el apoyo y las facilidades necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones de control, supervisión y fiscalización. En coordinación con estas entidades, el Ministerio Público, como titular de la acción penal, actúa junto con la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas en materia de prevención y denuncia de los delitos ambientales vinculados al uso de los recursos forestales y de fauna silvestre.
b. La Policía Nacional del Perú, mediante su dirección especializada, actúa en coordinación con la autoridad nacional forestal y de fauna silvestre y las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre y el Osinfor en la prevención, investigación y atención de las denuncias por las infracciones a la presente Ley según el marco legal vigente.
c. La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) apoya las acciones de control de la autoridad competente según el marco legal, dentro del ámbito de su competencia.
d. Las autoridades de los gobiernos regionales, gobiernos locales y la ciudadanía en general brindan al Serfor y al Osinfor el apoyo y las facilidades necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones de control, supervisión y fiscalización.
e. Dentro de los cincuenta kilómetros de frontera, en zonas de emergencia o en cualquier otro lugar del territorio nacional donde se requiera de conformidad con las normas vigentes, las Fuerzas Armadas actúan en coordinación con las autoridades competentes en la prevención y control de actividades que atentan o contravienen lo dispuesto en la presente Ley.
f. La Dirección General de Capitanías y Guardacostas del Perú (Dicapi) actúa en la prevención y control de actividades que atentan o contravienen lo dispuesto en la presente Ley e informa de lo actuado a la autoridad forestal y de fauna silvestre competente.
g. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) actúa de oficio o por denuncia en el caso de infracciones previstas en la Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Los gobiernos regionales, dentro de su ámbito y en coordinación con los gobiernos locales y la sociedad civil —incluyendo a las comunidades campesinas y nativas—, establecen estrategias para la prevención de la tala y comercio ilegal de la madera.

Artículo 148. Monitoreo, control y vigilancia comunales

En el interior de las comunidades, sus miembros realizan actividades de monitoreo, control y vigilancia de los recursos forestales y de fauna silvestre bajo la supervisión de sus autoridades comunales, en coordinación con la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, otras entidades públicas responsables y las organizaciones campesinas y nativas. Los miembros de la comunidad designados por la asamblea comunal, y registrados ante la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, pueden constituirse como comités de vigilancia y control forestal comunitario, actuando en su ámbito como custodios del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación.

En su calidad de custodios del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación, los comités pueden intervenir los productos forestales y de fauna silvestre hallados o transportados en el interior de su comunidad, para luego informar a la dependencia más cercana de la autoridad regional forestal y de fauna silvestre sobre cualquier eventual incumplimiento de la normativa forestal y de fauna silvestre que hayan detectado, a efectos de que dicha autoridad realice las investigaciones necesarias.

La forma de organización de los comités de vigilancia y control forestal comunitario se rige por el estatuto y reglamentos internos de la comunidad.

Para los fines del presente artículo, los comités de vigilancia y control forestal comunitario pueden solicitar el inmediato auxilio a la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas, según corresponda, sin perjuicio del ejercicio de las competencias de las autoridades competentes del sector forestal.

Fuera de las tierras comunales, las organizaciones indígenas, comunidades y población local participan en el control de los recursos forestales y de fauna silvestre como parte de los comités de gestión forestal y de fauna silvestre.

En atención a las tareas de control que estas desarrollan, el Estado promueve la participación de las comunidades campesinas y nativas en los beneficios

generados a partir de los proyectos sobre conservación de bosques.

Artículo 149. Auditoría de productores y exportadores de productos forestales y de fauna silvestre

El Serfor y las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre tienen las siguientes facultades en sus actividades de supervisión, control y fiscalización:

a. Requerir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de los documentos y registros relacionados a sus actividades forestales y de fauna silvestre.
b. Realizar inspecciones, con o sin notificación previa, en los locales de las personas naturales o jurídicas para comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que se requieran, utilizando cualquier medio disponible para registrarla. Para ingresar, solicitan el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en locales cerrados, se requiere la autorización judicial, cuyo pedido se resuelve en un plazo máximo de veinticuatro horas, bajo responsabilidad.

Artículo 150. Punto focal de denuncias

El Serfor es el punto focal nacional de recepción de denuncias de infracciones y delitos en materia forestal y de fauna silvestre. Las denuncias se canalizan a través del Ministerio Público, el Osinfor, el OEFA o la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, según corresponda.

El Serfor asegura el tratamiento transparente de las denuncias recibidas, desarrolla mecanismos de coordinación para el correcto flujo de información y denuncia la comisión de delitos en materia forestal ante las instancias pertinentes.

Artículo 151. Actos administrativos derivados de la comisión de una infracción a la presente Ley

Las infracciones a la presente Ley y su reglamento generan la imposición de medidas provisionales, correctivas y sancionadoras.

Artículo 152. Sanciones

Las sanciones administrativas se aplican acorde a la gravedad de la infracción y son las siguientes:

a. Amonestación.
b. Multa.
c. Decomiso temporal.
d. Incautación definitiva.
e. Paralización y clausura o inhabilitación temporal o definitiva.

La imposición o pago de la multa no exime del cumplimiento de la obligación.

Las sanciones administrativas se aplican sin perjuicio de la caducidad del derecho de aprovechamiento y de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar.

Artículo 153. Causales de caducidad de los títulos habilitantes

Los derechos o títulos habilitantes para el aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre caducan en los siguientes casos:

a. Por la presentación de información falsa en los planes de manejo de los títulos habilitantes.
b. Por la extracción o movilización de recursos forestales y de fauna silvestre no autorizadas.
c. Por el cambio no autorizado de uso de la tierra.
d. Por causar severos perjuicios que pongan en grave riesgo al ambiente y la biodiversidad, de acuerdo a la normativa vigente.
e. Por el no pago del derecho de aprovechamiento a los cuales se encuentran sujetos, dentro de los plazos establecidos en el Reglamento de la presente Ley o en el título respectivo.
f. Por la realización de actividades distintas a las otorgadas en virtud del título habilitante.
g. Por el incumplimiento de los compromisos de inversión acordados para el otorgamiento del título habilitante, en los casos que corresponda, salvo que se demuestre que fue causado por hechos fortuitos o de fuerza mayor.

Artículo 154. Ejecución coactiva

Facúltase al Serfor y a la autoridad regional forestal y de fauna silvestre a exigir coactivamente el cumplimiento de sus resoluciones, el pago de multas y acreencias o la ejecución de una obligación de hacer o no hacer, conforme lo establece la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

Artículo 155. Medidas correctivas

La imposición de sanciones o la aplicación de causales de caducidad no impiden la aplicación de medidas correctivas a aquellas personas naturales o jurídicas involucradas en actividades que contravengan la presente Ley y su reglamento.

Artículo 156. Gastos para la obtención o presentación de medios probatorios

Los gastos por los peritajes realizados, actuación de pruebas, inspecciones y otros derivados de la tramitación del procedimiento son de cargo de la parte que ofrece la prueba.

Artículo 157. Condiciones laborales

En el ejercicio de las funciones de control, supervisión y fiscalización, las autoridades competentes informan a la dependencia más cercana de la autoridad de trabajo sobre la situación laboral apreciada durante sus actividades de inspección.

La autoridad forestal y de fauna silvestre, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y las demás instancias competentes, colaboran en la ejecución del Plan Nacional para la Lucha contra el Trabajo Forzoso en el ámbito de la actividad forestal, con especial énfasis en la situación de los trabajadores indígenas.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Se prohíbe la exhibición y empleo de especímenes de fauna silvestre, nativas y exóticas en espectáculos circenses itinerantes

SEGUNDA. El Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor) elabora y aprueba en coordinación con los gobiernos regionales y otros sectores vinculados, un plan nacional y todos los planes regionales requeridos para la aplicación gradual y adecuación paulatina de la gestión forestal y de fauna silvestre a esta Ley y su reglamento, incluyendo programas de adecuación de los títulos habilitantes otorgados antes de la entrada en vigencia de la presente Ley.

TERCERA. Aplícase al manejo y aprovechamiento forestal y de fauna silvestre de la presente Ley las disposiciones previstas en la Ley 27360, Ley que Aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario.

CUARTA. El Serfor es el organismo nacional competente para la administración y conservación de los camélidos sudamericanos silvestres de acuerdo a lo establecido en la Ley 26496, Régimen de la Propiedad, Comercialización y Sanciones por la Caza de las Especies de Vicuña, Guanaco y sus Híbridos, y normas complementarias, respetando las competencias transferidas a los gobiernos regionales.

QUINTA. No se otorga títulos habilitantes forestales y de fauna silvestre en áreas en trámite de reconocimiento, de titulación o de ampliación de comunidades campesinas y nativas, así como en las áreas en trámite para el establecimiento de reservas territoriales para los pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial, en concordancia con los tratados internacionales en vigor. En el reglamento, se establecen los plazos necesarios para la aplicación de esta disposición.

SEXTA. La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de la publicación de su reglamento en el diario oficial El Peruano, mientras tanto se aplica la Ley 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, y su reglamento, con

excepción de lo dispuesto en los artículos 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 135; la sexta, sétima y octava disposiciones complementarias transitorias de la presente Ley.

SÉTIMA. La presente Ley se reglamenta mediante decreto supremo refrendado por los Ministros de Agricultura, de la Producción y de Comercio Exterior y Turismo, en el plazo máximo de un año contado desde su publicación en el diario oficial El Peruano.

Para tal fin, el Ministerio de Agricultura implementa un proceso participativo y de consulta previa, libre e informada y prepublica el texto preliminar.

OCTAVA. En el plazo máximo de sesenta días naturales a partir de la entrada en vigencia del reglamento de la presente Ley, el Serfor elabora el reglamento del Sistema Nacional de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (Sinafor), el cual se aprueba mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Agricultura.

NOVENA. Las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre pueden aprobar planes de manejo forestal que incluyan acuerdos entre los titulares del título habilitante y posesionarios, establecidos en dichas áreas antes de la aprobación de la presente Ley y que se encuentren reconocidos como posesionarios calificados por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre. El reglamento precisa las condiciones y requisitos para su aplicación.

DÉCIMA. A solicitud de cualquiera de las partes interesadas y dentro del ámbito de sus competencias, la autoridad regional forestal y de fauna silvestre evalúa los eventuales casos de superposición entre los títulos habilitantes y las tierras de comunidades campesinas y nativas. En estos casos, dicha autoridad determina la solución a la superposición identificada y las compensaciones correspondientes conforme al procedimiento dispuesto en el reglamento de la presente Ley.

UNDÉCIMA. El Poder Ejecutivo elabora un glosario de los términos usados en la presente Ley, que forma parte del reglamento.

DUODÉCIMA. Lo dispuesto en el Título IV de la Sección Segunda de la presente Ley es aplicable, en lo que corresponde, a poblaciones indígenas asentadas en la Amazonía y constituidas como comunidades campesinas.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA. Las unidades de aprovechamiento ubicadas en los bosques de producción permanente, que no hayan sido otorgadas durante los segundos concursos públicos o que hayan sido revertidas al Estado a la fecha de vigencia de la presente Ley, se otorgan a través de un proceso transparente, abreviado y que cuente con las previsiones necesarias de prepublicación y difusión, a fin de permitir la participación de todos los interesados.

En caso de que efectuado el proceso de información pública no se presenten otros postores, continúa el procedimiento abreviado.

El reglamento de la presente Ley establece las condiciones y procedimiento para esta modalidad de otorgamiento.

Los gobiernos regionales que solo hayan realizado un primer proceso de concurso pueden emplear este mecanismo siempre que cuenten con la zonificación ecológico-económica aprobada a nivel regional a la fecha de publicación de la presente Ley.

La presente disposición complementaria transitoria rige durante los siguientes dos años desde la entrada en vigencia de la presente Ley o hasta la aprobación de nuevos concursos públicos a nivel regional, lo que ocurra primero.

SEGUNDA. El Ministerio de Agricultura, mediante decreto supremo a propuesta del Serfor, establece un régimen para la promoción y el fortalecimiento de las actividades de manejo y aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre de los títulos habilitantes otorgados en el marco de la Ley 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Este decreto supremo se promulga como máximo a los ciento ochenta días de vigencia de la presente Ley.

TERCERA. Los órganos creados y reconocidos en el marco de la Ley 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, se adecuan a la presente Ley mediante los mecanismos que apruebe el Serfor.

CUARTA. En las áreas donde no exista la zonificación ecológico-económica aprobada, la zonificación forestal se realiza por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre en base a los lineamientos técnicos que establece el Serfor, en el marco normativo nacional sobre zonificación ecológico-económica aprobado por el Ministerio del Ambiente.

QUINTA. En el plazo de sesenta días, contado a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, el Ministerio de Agricultura, con la participación del Serfor y en coordinación con el Ministerio del Ambiente, adecua el reglamento de clasificación de tierras por su capacidad de uso mayor en concordancia a lo establecido en la presente Ley.

SEXTA. El Poder Ejecutivo dicta las medidas necesarias para el proceso de fusión, bajo la modalidad de absorción, de la Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre (DGFFS) al Serfor, correspondiendo a este último la calidad de ente absorbente.

SÉTIMA. Exonérase al Serfor de las disposiciones establecidas en los artículos 6, 9 y 10 de la Ley 29626, Ley que Aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario.

OCTAVA. Hasta que se apruebe el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Serfor, mantienen su vigencia los procedimientos aprobados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la entidad fusionada, así como aquellas funciones transferidas.

NOVENA. El pliego presupuestario Ministerio de Agricultura propone al Ministerio de Economía y Finanzas la transferencia de las partidas correspondientes a la Fuente de Financiamiento Recursos Ordinarios a favor del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor), en el marco del proceso de fusión por absorción aprobado mediante la sexta disposición complementaria transitoria.

Para dicho fin, la transferencia de partidas se aprueba mediante decreto supremo con el refrendo de los Ministros de Agricultura y de Economía y Finanzas acompañado del respectivo informe sustentatorio.

DÉCIMA. En tanto se apruebe el reglamento de la presente Ley, mantiene su vigencia la Resolución Jefatural 232-2006-INRENA.

UNDÉCIMA. En relación a los artículos 66 y 91 y en concordancia con el derecho a la posesión reconocida en el Convenio 169 de la OIT, las comunidades en trámite de reconocimiento, titulación o ampliación territorial pueden solicitar el otorgamiento de permisos de aprovechamiento forestal y de fauna silvestre de conducción directa. El reglamento especifica las condiciones para este otorgamiento por parte de la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

DUODÉCIMA. En concordancia con el derecho de posesión reconocido en el Convenio 169 de la OIT, la autoridad competente en materia de reconocimiento, titulación y ampliación territorial de tierras comunales elabora y administra la base de datos oficial e integrada de comunidades posesionarias que se encuentren en trámite de reconocimiento, titulación o ampliación territorial.

DECIMOTERCERA. Los gobiernos regionales otorgan el correspondiente título habilitante de cesión en uso a las comunidades que a la vigencia de esta Ley tengan solo título de propiedad sobre las áreas de aptitud agropecuaria.

El Serfor, para tal efecto, establece el procedimiento y elabora un plan nacional para garantizar que el Estado cumpla con otorgar los títulos de cesión en uso de las tierras de capacidad de uso mayor forestal y de capacidad de uso mayor para protección que las comunidades usan u ocupan en el marco de su resolución de reconocimiento

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

ÚNICA. Deróganse la Ley 28852, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Reforestación y Agroforestería, con excepción de los artículos 1 y 3; la Ley 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, sus normas modificatorias,

complementarias y reglamentarias; y las normas que se opongan a la presente Ley, con excepción de la Ley 26496, Régimen de la Propiedad, Comercialización y Sanciones por la Caza de las Especies de Vicuña, Guanaco y sus Híbridos, sus normas complementarias y otra normativa vinculadas a la conservación de los camélidos sudamericanos silvestres.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintiún días del mes de julio de dos mil once.

CÉSAR ZUMAETA FLORES
Presidente del Congreso de la República

ALDA LAZO RÍOS DE HORNUNG
Segunda Vicepresidenta del Congreso
de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiún días del mes de julio del año dos mil once.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

ROSARIO DEL PILAR FERNÁNDEZ FIGUEROA
Presidenta del Consejo de Ministros
y Ministra de Justicia

669135-3

LEY Nº 29764

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

La Comisión Permanente del Congreso
de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LA COMISIÓN PERMANENTE DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE PRORROGA LA VIGENCIA DEL BENEFICIO TRIBUTARIO APROBADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1058, DECRETO LEGISLATIVO QUE PROMUEVE LA INVERSIÓN EN LA ACTIVIDAD DE GENERACIÓN ELÉCTRICA CON RECURSOS HÍDRICOS Y CON OTROS RECURSOS RENOVABLES

Artículo 1. Prórroga del beneficio tributario
Prorrógase hasta el 31 de diciembre de 2020, el beneficio tributario establecido por el Decreto Legislativo 1058, Decreto Legislativo que Promueve la Inversión en la Actividad de Generación Eléctrica con Recursos Hídricos y con Otros Recursos Renovables.

Artículo 2. Vigencia
La presente Ley entra en vigencia el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintiún días del mes de julio de dos mil once.

CÉSAR ZUMAETA FLORES
Presidente del Congreso de la República

ALEJANDRO AGUINAGA RECUENCO
Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiún días del mes de julio del año dos mil once.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

ROSARIO DEL PILAR FERNÁNDEZ FIGUEROA
Presidenta del Consejo de Ministros
y Ministra de Justicia

669135-4

PODER EJECUTIVO

DECRETOS DE URGENCIA

DECRETO DE URGENCIA Nº 040-2011

AUTORIZAN AL MINISTERIO DE DEFENSA Y AL MINISTERIO DEL INTERIOR A OTORGAR UNA ASIGNACIÓN ESPECIAL MENSUAL, A FAVOR DE SU PERSONAL CIVIL ADMINISTRATIVO

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto de Urgencia Nº 020-2011 se aprobó el otorgamiento de una Bonificación Extraordinaria a favor del personal militar y policial en actividad;

Que, el personal civil bajo el régimen del Decreto Legislativo Nº 276 de los Pliegos Ministerio de Defensa y del Interior son los que apoyan en la parte administrativa las labores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, desarrollando responsabilidades desde su ámbito de competencia a fin que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú cumplan adecuadamente sus funciones;

Que, en tal sentido, también resulta necesario otorgar una Asignación Especial Mensual temporal al citado personal civil administrativo del Pliego 026: Ministerio de Defensa y el del Pliego 007: Ministerio del Interior, en reconocimiento y compensación al esfuerzo que realizan en las labores administrativas asignadas;

Que, por tanto, es necesario dictar una medida urgente en materia económica de carácter excepcional y temporal en favor de dicho personal civil administrativo, en función a las reales posibilidades fiscales, autorizando a los Pliegos 026: Ministerio de Defensa y Pliego 007: Ministerio del Interior a otorgar una Asignación Especial Mensual para el referido personal civil administrativo nombrado y contratado bajo el régimen del Decreto Legislativo Nº 276;

Que, la aplicación efectiva de la citada medida extraordinaria, exige reconocer la Asignación Especial Mensual antes mencionada en forma inmediata a partir del mes de julio del presente año fiscal, más aun si se considera la urgencia con que debe atenderse la necesidad del personal beneficiario; asimismo, corresponde

complementarias y reglamentarias; y las normas que se opongan a la presente Ley, con excepción de la Ley 26496, Régimen de la Propiedad, Comercialización y Sanciones por la Caza de las Especies de Vicuña, Guanaco y sus Híbridos, sus normas complementarias y otra normativa vinculadas a la conservación de los camélidos sudamericanos silvestres.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintiún días del mes de julio de dos mil once.

CÉSAR ZUMAETA FLORES
Presidente del Congreso de la República

ALDA LAZO RÍOS DE HORNUNG
Segunda Vicepresidenta del Congreso
de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiún días del mes de julio del año dos mil once.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

ROSARIO DEL PILAR FERNÁNDEZ FIGUEROA
Presidenta del Consejo de Ministros
y Ministra de Justicia

669135-3

LEY Nº 29764

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

La Comisión Permanente del Congreso
de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LA COMISIÓN PERMANENTE DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE PRORROGA LA VIGENCIA DEL BENEFICIO TRIBUTARIO APROBADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1058, DECRETO LEGISLATIVO QUE PROMUEVE LA INVERSIÓN EN LA ACTIVIDAD DE GENERACIÓN ELÉCTRICA CON RECURSOS HÍDRICOS Y CON OTROS RECURSOS RENOVABLES

Artículo 1. Prórroga del beneficio tributario
Prorrógase hasta el 31 de diciembre de 2020, el beneficio tributario establecido por el Decreto Legislativo 1058, Decreto Legislativo que Promueve la Inversión en la Actividad de Generación Eléctrica con Recursos Hídricos y con Otros Recursos Renovables.

Artículo 2. Vigencia
La presente Ley entra en vigencia el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintiún días del mes de julio de dos mil once.

CÉSAR ZUMAETA FLORES
Presidente del Congreso de la República

ALEJANDRO AGUINAGA RECUENCO
Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiún días del mes de julio del año dos mil once.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

ROSARIO DEL PILAR FERNÁNDEZ FIGUEROA
Presidenta del Consejo de Ministros
y Ministra de Justicia

669135-4

PODER EJECUTIVO

DECRETOS DE URGENCIA

DECRETO DE URGENCIA Nº 040-2011

AUTORIZAN AL MINISTERIO DE DEFENSA Y AL MINISTERIO DEL INTERIOR A OTORGAR UNA ASIGNACIÓN ESPECIAL MENSUAL, A FAVOR DE SU PERSONAL CIVIL ADMINISTRATIVO

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto de Urgencia Nº 020-2011 se aprobó el otorgamiento de una Bonificación Extraordinaria a favor del personal militar y policial en actividad;

Que, el personal civil bajo el régimen del Decreto Legislativo Nº 276 de los Pliegos Ministerio de Defensa y del Interior son los que apoyan en la parte administrativa las labores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, desarrollando responsabilidades desde su ámbito de competencia a fin que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú cumplan adecuadamente sus funciones;

Que, en tal sentido, también resulta necesario otorgar una Asignación Especial Mensual temporal al citado personal civil administrativo del Pliego 026: Ministerio de Defensa y el del Pliego 007: Ministerio del Interior, en reconocimiento y compensación al esfuerzo que realizan en las labores administrativas asignadas;

Que, por tanto, es necesario dictar una medida urgente en materia económica de carácter excepcional y temporal en favor de dicho personal civil administrativo, en función a las reales posibilidades fiscales, autorizando a los Pliegos 026: Ministerio de Defensa y Pliego 007: Ministerio del Interior a otorgar una Asignación Especial Mensual para el referido personal civil administrativo nombrado y contratado bajo el régimen del Decreto Legislativo Nº 276;

Que, la aplicación efectiva de la citada medida extraordinaria, exige reconocer la Asignación Especial Mensual antes mencionada en forma inmediata a partir del mes de julio del presente año fiscal, más aun si se considera la urgencia con que debe atenderse la necesidad del personal beneficiario; asimismo, corresponde

LEY Nº 30215

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY DE MECANISMOS DE RETRIBUCIÓN POR SERVICIOS ECOSISTÉMICOS

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto de la Ley
La presente Ley promueve, regula y supervisa los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos que se derivan de acuerdos voluntarios que establecen acciones de conservación, recuperación y uso sostenible para asegurar la permanencia de los ecosistemas.

Artículo 2. Alcance
La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que promuevan, diseñen e implementen mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos.

Artículo 3. Definiciones
Para los efectos de la presente Ley, se entiende por:

a) Ecosistema. Es el sistema natural de organismos vivos que interactúan entre sí y con su entorno físico como una unidad ecológica. Los ecosistemas son la fuente de los servicios ecosistémicos.
También es considerado como ecosistema generador de dichos servicios aquel recuperado o establecido por intervención humana, de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley y su reglamento.

b) Servicios ecosistémicos. Son aquellos beneficios económicos, sociales y ambientales, directos e indirectos, que las personas obtienen del buen funcionamiento de los ecosistemas, tales como la regulación hídrica en cuencas, el mantenimiento de la biodiversidad, el secuestro de carbono, la belleza paisajística, la formación de suelos y la provisión de recursos genéticos, entre otros, señalados en el reglamento de la presente Ley.
Los servicios ecosistémicos constituyen patrimonio de la nación.

c) Mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos. Son los esquemas, herramientas, instrumentos e incentivos para generar, canalizar, transferir e invertir recursos económicos, financieros y no financieros, donde se establece un acuerdo entre contribuyentes y retribuyentes al servicio ecosistémico, orientado a la conservación, recuperación y uso sostenible de las fuentes de los servicios ecosistémicos.

d) Contribuyente al servicio ecosistémico. Es la persona natural o jurídica, pública o privada, que mediante acciones técnicamente viables contribuye a la conservación, recuperación y uso sostenible de las fuentes de los servicios ecosistémicos.
Pueden ser reconocidos como contribuyentes al servicio ecosistémico:

i. Los propietarios, poseedores o titulares de otras formas de uso de tierras, respecto de las fuentes de los servicios ecosistémicos que se encuentran en estas.
ii. Los que cuenten con títulos habilitantes otorgados por el Estado para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables que cumplan con los fines para los cuales les fueron otorgados.
iii. Los titulares de contratos de administración de áreas naturales protegidas y otros mecanismos definidos por el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sernanp), respecto de las fuentes de servicios ecosistémicos que se encuentran en ellas.
iv. Otros que reconozca el Ministerio del Ambiente.

e) Retribuyente por el servicio ecosistémico. Es la persona natural o jurídica, pública o privada, que, obteniendo un beneficio económico, social o ambiental, retribuye a los contribuyentes por el servicio ecosistémico.

CAPÍTULO II
MECANISMOS DE RETRIBUCIÓN POR SERVICIOS ECOSISTÉMICOS

Artículo 4. Finalidad de los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos
Los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos tienen la finalidad de asegurar la permanencia de los beneficios generados por los ecosistemas.

Artículo 5. Retribución por servicios ecosistémicos

5.1 Mediante la retribución por servicios ecosistémicos, los contribuyentes de dicho servicio perciben una retribución condicionada a la realización de acciones de conservación, recuperación y uso sostenible de las fuentes de los servicios ecosistémicos por parte de los retribuyentes.

5.2 Las acciones a que se refiere el párrafo anterior pueden ser las de conservación de espacios naturales, las de recuperación de algún espacio que ha sufrido problemas de deterioración o degradación ambiental y las de cambio hacia un uso sostenible de las fuentes de los servicios ecosistémicos, entre otras acciones que apruebe la autoridad ambiental.

Artículo 6. Elementos para el diseño de los mecanismos de retribución
Para el diseño de los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos, según sea el caso, se tienen en cuenta los siguientes elementos:

a) Caracterización de la estructura y función del ecosistema, del servicio ecosistémico, la fuente, la funcionalidad y la condición actual, promoviendo su articulación, compatibilidad y complementariedad catastral.
b) Identificación y caracterización de los contribuyentes y retribuyentes por el servicio ecosistémico.
c) Estimación del valor económico del servicio ecosistémico, los costos necesarios para mantener el flujo del servicio ecosistémico, la voluntad de pago u otros que contribuyan a los acuerdos.
d) Establecimiento de acuerdos entre los contribuyentes y retribuyentes por el servicio ecosistémico, donde se determinan las actividades de conservación, recuperación y uso sostenible, los beneficios económicos, sociales y ambientales esperados, las modalidades de retribución y sus estrategias de financiamiento.
e) Promoción de una plataforma conformada por diferentes actores públicos y privados vinculados al mecanismo de retribución por servicios ecosistémicos, que monitoreen el cumplimiento de los acuerdos y supervisen la transparencia en la retribución bajo la estrategia de financiamiento que se considere adecuada.

f) Diseño de un sistema de monitoreo que permita evaluar el progreso de las acciones de conservación, recuperación y uso sostenible de los ecosistemas implementados por el mecanismo.

Artículo 7. Modalidades de los mecanismos de retribución

7.1 Los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos pueden adoptar, de común acuerdo entre los contribuyentes y los retribuyentes por el servicio ecosistémico, cualquiera de las siguientes modalidades:

a) Financiamiento de acciones específicas, directas e indirectas, para la conservación, recuperación y uso sostenible de las fuentes de los servicios ecosistémicos.
b) Financiamiento de acciones de desarrollo productivo e infraestructura básica sostenibles en beneficio directo de la población involucrada en el mecanismo.
c) Otras modalidades acordadas libremente entre las partes, dentro de los alcances de la presente Ley.

7.2 La determinación y aplicación de las modalidades de los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos debe tener como fin asegurar la permanencia de los servicios que ofrece, teniendo en cuenta un enfoque intercultural, atendiendo a la diversidad cultural, geográfica, ecológica y sociopolítica de cada región.

7.3 Las modalidades de los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos que decidan adoptar los contribuyentes y los retribuyentes por el servicio ecosistémico son evaluadas y aprobadas por el Ministerio del Ambiente.

Artículo 8. Cumplimiento de obligaciones

La aplicación de los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos no exonera el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas, planes o instrumentos de gestión ambiental, así como las provenientes de sanciones administrativas y penales.

CAPÍTULO III
REGISTRO ÚNICO DE MECANISMOS DE RETRIBUCIÓN POR SERVICIOS ECOSISTÉMICOS

Artículo 9. Creación y publicidad del Registro Único de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos

9.1 Créase el Registro Único de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos, el cual es gestionado por el Ministerio del Ambiente con la finalidad de validar los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos, así como su respectiva regulación y supervisión. Este registro es implementado progresivamente de acuerdo al reglamento de la presente Ley.

9.2 El Registro Único de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos es publicado en el portal institucional del Ministerio del Ambiente, a través del Sistema Nacional de Información Ambiental.

9.3 Los acuerdos entre las partes que desarrollen mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos son inscritos en el registro mencionado en el párrafo anterior.

Artículo 10. Lineamientos y procedimiento para la validación y registro de propuestas de mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos

10.1 Los lineamientos y el procedimiento para la validación y registro de los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos son aprobados por el Ministerio del Ambiente, en coordinación con las instancias públicas competentes. En este procedimiento, el sector ambiente garantiza que se respete la territorialidad y derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, en lo que sea aplicable.

10.2 Los lineamientos referidos en el párrafo anterior consideran prioritariamente los instrumentos existentes de planificación del territorio y que las modalidades de retribución coincidan con la finalidad de la presente Ley.

CAPÍTULO IV
ROL PROMOTOR DEL ESTADO Y DE LAS ENTIDADES COMPETENTES

Artículo 11. Rol promotor del Estado

En el marco de la presente Ley, es responsabilidad del Estado promover:

a) La inversión pública y privada en la conservación, recuperación y uso sostenible de las fuentes de los servicios ecosistémicos.
b) El acceso e intercambio de información generada por diversos actores para determinar el estado de las fuentes de los servicios ecosistémicos.
c) El desarrollo tecnológico y el fortalecimiento de capacidades en la conservación, recuperación y uso sostenible de las fuentes de los servicios ecosistémicos.

Artículo 12. Funciones del Ministerio del Ambiente

En el marco de la presente Ley, son funciones del Ministerio del Ambiente:

a) Ejercer la rectoría del sector ambiental que comprende los servicios ecosistémicos.
b) Diseñar, regular y promover políticas, normas y procedimientos para el desarrollo, implementación y supervisión de los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos, en coordinación con otras autoridades.
c) Fomentar el desarrollo e implementación de mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos en las áreas naturales protegidas, en coordinación con el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sernanp).
d) Brindar asistencia técnica en el diseño e implementación de los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos.
e) Fortalecer las capacidades de los gobiernos regionales y locales para la implementación de la presente Ley y sus normas complementarias.
f) Incentivar la inversión en la investigación de la funcionalidad del ecosistema que integre el conocimiento científico y tradicional.
g) Promover la conformación de estrategias de financiamiento que contribuyan con la sostenibilidad de los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos.
h) Administrar, regular y supervisar el Registro Único de los Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos.

Artículo 13. Rol de los gobiernos regionales y gobiernos locales

13.1 Los gobiernos regionales y gobiernos locales promueven y facilitan la implementación de mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos, en el marco de lo dispuesto en la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, y demás normas complementarias, respetando las competencias de otras entidades públicas.

13.2 Los gobiernos regionales y gobiernos locales pueden considerar dentro de sus presupuestos el financiamiento de actividades de conservación, recuperación y uso sostenible de las fuentes de los servicios ecosistémicos.

13.3 Los gobiernos regionales y gobiernos locales pueden adicionalmente canalizar recursos económicos de donaciones para el

financiamiento de actividades de conservación, recuperación y uso sostenible de las fuentes de los servicios ecosistémicos.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Declaración de interés nacional
Declárase de interés nacional la promoción de la inversión pública y privada en la conservación, recuperación y uso sostenible de las fuentes de los servicios ecosistémicos.

SEGUNDA. Autorización a entidades públicas a recaudar recursos económicos
Autorízase a las entidades públicas a recaudar recursos económicos y a transferirlos a los contribuyentes al servicio ecosistémico, según los arreglos institucionales para cada caso, con la finalidad de destinarlos a la implementación de mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos.

TERCERA. Adecuación a los alcances de la presente Ley
Las entidades públicas que vienen recaudando recursos económicos con la finalidad de destinarlos al financiamiento de actividades de conservación, recuperación y uso sostenible de fuentes de servicios ecosistémicos tienen que adecuarse a los alcances de la presente Ley, en un plazo de ciento ochenta días calendario, contados desde la publicación de su reglamento.

CUARTA. Referencia en las normas legales y administrativas a los servicios ambientales
Toda referencia que se haga en las normas legales y administrativas a los servicios ambientales debe entenderse, cuando corresponda y dentro de los alcances de la presente Ley, a los servicios ecosistémicos.

QUINTA. Financiamiento de la presente Ley
La aplicación de lo establecido en la presente Ley se financia con cargo al presupuesto institucional de las entidades involucradas, según corresponda, sin demandar recursos adicionales al tesoro público.

SEXTA. Límite de la presente Ley
La presente Ley no regula el otorgamiento del aprovechamiento de recursos naturales ni el otorgamiento de títulos habilitantes, los cuales son regulados por leyes especiales.

SÉPTIMA. Consulta previa
Las normas complementarias a la presente Ley que impliquen afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas deben cumplir con el procedimiento de consulta previa establecido en la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y su reglamento, el Decreto Supremo 001-2012-MC.

OCTAVA. Reglamentación de la Ley
El Poder Ejecutivo reglamenta la presente Ley en un plazo de ciento veinte días calendario, contados a partir de su vigencia.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los once días del mes de junio de dos mil catorce.

FREDY OTÁROLA PEÑARANDA
Presidente del Congreso de la República

LUIS IBERICO NÚÑEZ
Segundo Vicepresidente del Congreso
de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL
DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiocho días del mes de junio del año dos mil catorce.

OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República

RENÉ CORNEJO DÍAZ
Presidente del Consejo de Ministros

1103692-2

Decreto Supremo
N° 012-2009-MINAM

APRUEBA LA POLÍTICA NACIONAL DEL AMBIENTE

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 67° de la Constitución Política del Perú establece que el Estado determina la Política Nacional del Ambiente;

Que, el numeral 1 del artículo 4° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece que dicho estamento tiene entre sus competencias exclusivas diseñar y supervisar políticas nacionales, las mismas que se aprueban por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Que, asimismo, conforme con el mismo numeral, para la formulación de las Políticas Nacionales el Poder Ejecutivo debe establecer mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política;

Que, conforme con el numeral 8.1 del artículo 8° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, la Política Nacional del Ambiente constituye el conjunto de lineamientos, objetivos, estrategias e instrumentos de carácter público, que tienen como propósito definir y orientar el accionar de las entidades del Gobierno Nacional, Regional y Local, del sector privado y de la sociedad civil, en materia ambiental;

Que, el literal a) del numeral 6.1 del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente – MINAM, prevé como una de las funciones generales rectoras de esta entidad, formular, planificar, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la Política Nacional del Ambiente;

Que, el MINAM ha elaborado la propuesta de Política Nacional del Ambiente, la cual fue sometida a consulta pública mediante publicación efectuada en su portal institucional el día 06 de marzo del 2009, conforme con la Resolución Ministerial N° 049-2009-MINAM;

Que, asimismo, la propuesta en mención ha sido materia de talleres realizados en las ciudades de Lima, Arequipa, Iquitos, Piura y Huancayo, en los que participaron funcionarios públicos de los niveles nacional, regional y local, representantes de los colegios profesionales, así como diversos agentes e instancias de la sociedad civil y entes de

Cooperación Internacional, habiéndose recibido comentarios y observaciones que han sido debidamente merituados;

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 118º de la Constitución Política del Perú, y el numeral 3 del artículo 11º de la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; y,

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

DECRETA:

Artículo 1º.- Aprobación de la Política Nacional del Ambiente
Aprobar la "Política Nacional del Ambiente" cuyo texto en anexo forma parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2º.- Desarrollo, dirección, supervisión y ejecución
El Ministerio del Ambiente es el encargado de formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la Política Nacional del Ambiente que se aprueba por el artículo precedente, así como de aprobar los planes, programas y normatividad que se requiera para el cumplimiento de la misma.

Artículo 3º.- Publicación
Disponer la publicación del presente Decreto Supremo en el Diario Oficial El Peruano; asimismo, publíquese en la misma fecha en el Portal del Estado Peruano (www.peru.gob.pe) y en el Portal del Ministerio del Ambiente (www.minam.gob.pe), la Política Nacional del Ambiente que se aprueba por el artículo 1º que antecede.

Artículo 4º.- Refrendo
El presente Decreto Supremo será refrendado por el Ministro del Ambiente.

Dado en la Casa de Gobierno, a los .....veintidos..... días del mes de .....mayo..... del año dos mil nueve.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

ANTONIO JOSE BRACK EGG
Ministro del Ambiente

MINISTERIO DEL AMBIENTE – SECRETARIO GENERAL – MINAM

MINISTERIO DEL AMBIENTE – ASESORIA JURIDICA – MINAM

MINISTERIO DEL AMBIENTE – VICEMINISTERIO GESTIÓN AMBIENTAL – MINAM

DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS, NORMAS E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL – VºBº – MINAM

PERÚ | Ministerio del Ambiente

POLÍTICA NACIONAL DEL AMBIENTE

PRESENTACIÓN

La Política Nacional del Ambiente se presenta a la ciudadanía en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 67° de la Constitución Política del Perú y en concordancia con la legislación que norma las políticas públicas ambientales. Esta política es uno de los principales instrumentos de gestión para el logro del desarrollo sostenible en el país y ha sido elaborada tomando en cuenta la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, los Objetivos del Milenio formulados por la Organización de las Naciones Unidas y los demás tratados y declaraciones internacionales suscritos por el Estado Peruano en materia ambiental.

En tal sentido, en base al proceso de integración de los aspectos sociales, ambientales y económicos de las políticas públicas y la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones, la Política Nacional del Ambiente es un instrumento de cumplimiento obligatorio, que orienta las actividades públicas y privadas. Asimismo, esta política sirve de base para la formulación del Plan Nacional de Acción Ambiental, la Agenda Nacional de Acción Ambiental y otros instrumentos de gestión pública ambiental en el marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

La Política Nacional del Ambiente considera los lineamientos de las políticas públicas establecidos por la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y las disposiciones de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente. Define los objetivos prioritarios, lineamientos, contenidos principales y estándares nacionales de obligatorio cumplimiento. Conforma la política general de gobierno en materia ambiental, la cual enmarca las políticas sectoriales, regionales y locales.

La presente política ha sido formulada sobre la base del análisis de la situación ambiental del país, tomando en cuenta las políticas implícitas y lineamientos que sustentaron la elaboración de planes y estrategias nacionales en materias como diversidad biológica, bosques, cambio climático, residuos sólidos, saneamiento, sustancias químicas, entre otros. Asimismo, incluye los resultados del proceso de consulta pública descentralizado efectuado por el Ministerio del Ambiente.

La Política Nacional del Ambiente como herramienta del proceso estratégico de desarrollo del país, constituye la base para la conservación del ambiente, de modo tal que se propicie y asegure el uso sostenible, responsable, racional y ético de los recursos naturales y del medio que lo sustenta, para contribuir al desarrollo integral, social, económico y cultural del ser humano, en permanente armonía con su entorno.

MINISTERIO DEL AMBIENTE VICEMINISTERIO GESTIÓN AMBIENTAL -MINAM-

DIRECCIÓN GENERAL DE POLITICAS, NORMAS E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL VºBº -VMGA - MINAM-

1. BASE LEGAL

La Constitución Política del Perú reconoce que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado y privilegia el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2°, inciso 22). Del mismo modo, los artículos 66° al 69°, disponen que el Estado debe determinar la Política Nacional del Ambiente, y que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Precisa que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas, en el territorio nacional, así como el desarrollo sostenible de la Amazonía.

El Ministerio del Ambiente es el ente rector del Sector Ambiente y la autoridad competente para formular la Política Nacional del Ambiente aplicable a los tres niveles de gobierno, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 1013 que aprueba la Ley de creación, organización y funciones de este organismo.

La Política Nacional del Ambiente se estructura en base a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, que por su jerarquía y su promulgación posterior a la Ley General del Ambiente, Ley Nº 28611, modifica la definición de políticas nacionales estableciendo que éstas incluyen los objetivos prioritarios, lineamientos, contenidos principales y estándares nacionales de obligatorio cumplimiento, para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas.

Teniendo en cuenta que las políticas de Estado deben integrar las políticas ambientales con las demás políticas públicas, la Política Nacional del Ambiente se elabora en concordancia con lo dispuesto en la Ley General del Ambiente y otras normas, tales como la Ley Nº 27783, Ley de Bases de la Descentralización; Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; Ley Nº 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley Nº 26821, Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; así como con los tratados internacionales suscritos por el país.

2. FUNDAMENTOS

El Perú es un país con un importante patrimonio natural y cultural, que ofrece múltiples oportunidades de desarrollo mediante el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, la gestión integral de la calidad ambiental y la realización de actividades socioeconómicas con criterios de competitividad y proyección regional y mundial. En razón a ello, la Política Nacional del Ambiente se sustenta en el análisis situacional que se sintetiza a continuación:

1. El Perú es uno de los 15 países con mayor diversidad biológica del mundo, por su gran variedad genética, especies de flora y fauna y ecosistemas continentales y marítimos. Con alrededor de 25 000 especies de flora, es el quinto país en número de especies (10% del total mundial), de las cuales 30% son endémicas; posee numerosas plantas de propiedades conocidas y utilizadas (4 400 especies); posee numerosas especies domesticadas nativas (182), es el segundo en especies de aves (1 816 especies), y es tercero en especies de anfibios (408 especies) y mamíferos (462 especies). Asimismo, cuenta con cerca de 2 000 especies de peces (10% del total

mundial) y con 36 de las 83 especies de cetáceos del mundo; y es considerado centro de origen por su diversidad genética. Posee 11 ecorregiones, 28 de los 32 tipos de clima y 84 de las 117 zonas de vida del mundo.

2. En el país existen al menos 66 millones de hectáreas de bosques, es el noveno país en bosques, el cuarto en bosques tropicales y posee el 13% de los bosques amazónicos. Tiene 7.6 millones de hectáreas de tierras con aptitud para la agricultura, 17 millones para pastos, 55.2 millones de hectáreas de tierras de protección y más de 18 millones de hectáreas en áreas naturales protegidas. Si bien existen 12 000 lagos y lagunas y 77 600 m^3 de agua/habitante; sin embargo, el recurso hídrico se distribuye de manera muy heterogénea en el territorio nacional, mientras que en la Costa sólo se dispone del 2% del agua, ahí se localiza el 55% de la población; en tanto la Selva dispone el 98% del agua, sólo mantiene el 14% de la población nacional. Se estima que el consumo nacional de aguas superficiales es de 20 mil millones de m^3/año.

3. En tal sentido, existe una importante capacidad y gran potencial para el desarrollo de la agricultura, agroindustria, pesquería, acuicultura, industrias hidrocarburíferas y minero-metalúrgicas, turismo, producción de biocombustibles y energías alternativas; además de otras actividades económicas importantes. Sin embargo, a pesar de la dotación de recursos que dispone el país y los diversos esfuerzos desarrollados para su aprovechamiento sostenible en los últimos años, el deterioro de los recursos naturales, la pérdida de diversidad biológica y la afectación de la calidad ambiental constituyen una importante preocupación. Asimismo, subsisten importantes retos como el control de la deforestación, dado que la tala, extracción y comercio ilegal ya han ocasionado la pérdida de más de 10 millones de hectáreas de bosques.

4. La calidad ambiental ha sido afectada por el desarrollo de actividades extractivas, productivas y de servicios sin medidas adecuadas de manejo ambiental, una limitada ciudadanía ambiental y otras acciones que se reflejan en la contaminación del agua, del aire y del suelo. El deterioro de la calidad del agua es uno de los problemas más graves del país. Entre sus principales causas están los vertimientos industriales y domésticos sin tratamiento (el 70% de los vertimientos domésticos no son tratados y sólo en Lima se vierten al menos 400 millones de m^3/anuales de aguas servidas al mar), así como el uso indiscriminado de agroquímicos, el de insumos químicos en la producción de drogas ilegales y en la minería informal. La contaminación del aire también presenta retos importantes, sobre todo en los lugares con alta concentración del parque automotor e industrias fuertemente impactantes. En las zonas rurales existen serios problemas de contaminación intradomiciliaria, sobre todo por las prácticas inadecuadas en el uso de la leña, la bosta y otros combustibles. Se estima que el 81% de residuos sólidos no son conducidos a rellenos sanitarios. En Lima se cuenta con 5 rellenos sanitarios y 6 en el resto del país, además de numerosos botaderos informales. Otros problemas relevantes, son el inadecuado manejo de los residuos peligrosos industriales y urbanos y la existencia de un gran número de pasivos ambientales.

5. El Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 1990, constituyó un hito a partir del cual se fortaleció el marco normativo e institucional en materia ambiental, contando inicialmente con autoridades ambientales sectoriales y una autoridad coordinadora, el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), establecido en 1994. Posteriormente se crearon Gerencias de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente en los gobiernos regionales, que se sumaron a las unidades ambientales de algunas municipalidades. Luego de promulgada la Ley General del Ambiente en 2005, que derogó el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales, en 2008 se crea el

Ministerio del Ambiente - MINAM, que incorpora al Consejo Nacional del Ambiente, a la Intendencia de Áreas Naturales Protegidas - INRENA, y adscribe al Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú - SENAMHI, al Instituto Geofísico del Perú - IGP, al Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana - IIAP, y al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA y al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas - SERNANP, configurándose de esta forma el Sector Ambiental. Como parte del fortalecimiento de la institucionalidad, se viene actualizando el marco normativo para un mejor desempeño de los organismos ambientales del Estado, en los tres niveles de gobierno, los cuales integran el Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

No obstante, persisten retos relacionados al desarrollo de capacidades y limitados recursos humanos y financieros; así como para el ejercicio de las competencias públicas, la prevención de controversias y el efectivo cumplimiento de los mandatos legales. Esto obliga a un importante esfuerzo de coordinación interinstitucional, a la descentralización y la búsqueda de sinergias entre las autoridades, el sector privado y la sociedad civil; a la gestión de la información, la investigación científica y tecnológica, así como a la consolidación de los instrumentos de gestión ambiental.

6. El ciudadano ejerce un rol central en la gestión ambiental. El crecimiento poblacional anual se estima en 1.6% y la densidad demográfica en 17.6 hab/km^2. Cerca del 70% de la población peruana vive en ambientes urbanos que crecen en forma acelerada y poco planificada. Además de contaminación, hay un alto déficit de áreas verdes y recreativas, desnutrición, debilidad del sistema educativo y pobreza.

7. El Perú es un país pluricultural, con más de 14 familias etnolingüísticas, y 72 grupos étnicos. Las culturas aborígenes son centros importantes de conocimientos tradicionales y forman parte del acervo de ciencia y tecnología del país y del mundo. La legislación peruana reconoce los derechos de acceso a la información, participación ciudadana, justicia ambiental, y la no discriminación por raza, sexo, condición socioeconómica, entre otros; sin embargo, son pocos y dispares los avances en su efectiva implementación.

8. Otra de las causas del deterioro ambiental en el Perú es la pobreza existente en los ámbitos urbanos y rurales, la cual ejerce presión sobre los recursos naturales y el ambiente e impacta sobre la salud y la calidad de vida. El acelerado y desorganizado crecimiento urbano está relacionado con los problemas vinculados a la pobreza rural, y que se manifiesta en severos problemas ambientales en las zonas urbanas, donde vive el 76% de la población peruana. Una adecuada gestión ambiental deberá tener entre sus objetivos contribuir a la superación de la pobreza y a mejorar las condiciones de vida de los más pobres.

9. Tomando en cuenta las potencialidades y la situación ambiental del país, el Estado Peruano ha ratificado tratados internacionales multilaterales, regionales y bilaterales que establecen importantes compromisos y oportunidades para la gestión ambiental y la competitividad del país. Asimismo, participa en diversos foros para la definición de políticas públicas ambientales internacionales y, como parte de una estrategia de integración, viene negociando una serie de tratados de libre comercio que deben contribuir a impulsar el desarrollo económico.

10. El Perú dispone de un importante capital natural para la provisión de servicios ambientales incluyendo el patrimonio forestal y los recursos marinos, que albergan importantes fuentes de diversidad biológica (más del 50% de la biodiversidad del

planeta) y recursos genéticos, que también constituyen importantes sumideros de carbono. Por otra parte la Amazonía posee un importante patrimonio forestal y una altísima diversidad biológica, y es el hábitat de pueblos indígenas con importantes conocimientos tradicionales en el manejo de la biodiversidad.

11. El cambio climático, la disminución de bosques, la pérdida de diversidad biológica, la creciente escasez de agua y la gestión limitada de las sustancias químicas y materiales peligrosos, son algunos de los problemas globales que se encuentran bajo normas y tratados internacionales cuyo cumplimiento nacional es necesario impulsar desde el Estado. Asimismo, es importante afianzar la integración comercial, homogenizando criterios y estándares para lograr una gestión ambiental sostenible y mejorar la competitividad comercial, aprovechando las oportunidades ambientales internacionales.

3. PRINCIPIOS

La Política Nacional del Ambiente se sustenta en los principios contenidos en la Ley General del Ambiente y adicionalmente en los siguientes principios:

1. ***Transectorialidad.*** El carácter transectorial de la gestión ambiental implica que la actuación de las autoridades públicas con competencias ambientales debe ser coordinada y articulada a nivel nacional, sectorial, regional y local, con el objetivo de asegurar el desarrollo de acciones integradas, armónicas y sinérgicas, para optimizar sus resultados.

2. ***Análisis costo - beneficio.*** Las acciones públicas deben considerar el análisis entre los recursos a invertir y los retornos sociales, ambientales y económicos esperados.

3. ***Competitividad.*** Las acciones públicas en materia ambiental deben contribuir a mejorar la competitividad del país en el marco del desarrollo socioeconómico y la protección del interés público.

4. ***Gestión por resultados.*** Las acciones públicas deben orientarse a una gestión por resultados e incluir mecanismos de incentivo y sanción para asegurar el adecuado cumplimiento de los resultados esperados.

5. ***Seguridad jurídica.*** Las acciones públicas deben sustentarse en normas y criterios claros, coherentes y consistentes en el tiempo, a fin de asegurar la predictibilidad, confianza y gradualismo de la gestión pública en materia ambiental.

6. ***Mejora continua.*** La sostenibilidad ambiental es un objetivo de largo plazo que debe alcanzarse a través de esfuerzos progresivos, dinámicos y permanentes, que generen mejoras incrementales.

7. ***Cooperación público-privada.*** Debe propiciarse la conjunción de esfuerzos entre las acciones públicas y las del sector privado, incluyendo a la sociedad civil, a fin de consolidar objetivos comunes y compartir responsabilidades en la gestión ambiental.

MINISTERIO DEL AMBIENTE - MINAM - VICEMINISTERIO GESTIÓN AMBIENTAL
DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS, NORMAS E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL - V°B° - DGPNIGA - MINAM

4. OBJETIVOS

Objetivo general

De acuerdo al artículo 9º de la Ley Nº 28611, Ley General del Ambiente, el objetivo de la Política Nacional del Ambiente es mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Objetivos específicos

1. Lograr la conservación y aprovechamiento sostenible del patrimonio natural del país, con eficiencia, equidad y bienestar social, priorizando la gestión integral de los recursos naturales.

2. Asegurar una calidad ambiental adecuada para la salud y el desarrollo integral de las personas, previniendo la afectación de ecosistemas, recuperando ambientes degradados y promoviendo una gestión integrada de los riesgos ambientales, así como una producción limpia y ecoeficiente.

3. Consolidar la gobernanza ambiental y el Sistema Nacional de Gestión Ambiental a nivel nacional, regional y local, bajo la rectoría del Ministerio del Ambiente, articulando e integrando las acciones transectoriales en materia ambiental.

4. Alcanzar un alto grado de conciencia y cultura ambiental en el país, con la activa participación ciudadana de manera informada y consciente en los procesos de toma de decisiones para el desarrollo sostenible.

5. Lograr el desarrollo ecoeficiente y competitivo de los sectores público y privado, promoviendo las potencialidades y oportunidades económicas y ambientales nacionales e internacionales.

5. EJES DE POLÍTICA

La Política Nacional del Ambiente es de cumplimiento obligatorio en los niveles del gobierno nacional, regional y local y de carácter orientador para el sector privado y la sociedad civil. Se estructura en base a cuatro ejes temáticos esenciales de la gestión ambiental, respecto de los cuales se establecen lineamientos de política orientados a alcanzar el desarrollo sostenible del país:

Eje de Política 1 - Conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y de la diversidad biológica

Eje de Política 2 - Gestión Integral de la calidad ambiental

Eje de Política 3 - Gobernanza ambiental

Eje de Política 4 - Compromisos y oportunidades ambientales internacionales

EJE DE POLÍTICA 1. CONSERVACIÓN Y APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES Y DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Objetivos

1. Conservar y aprovechar sostenibleme nte la diversidad biológica, los recursos naturales renovables y no renovables del país.

2. Establecer condiciones de acceso controlado y aprovechamiento de los recursos genéticos, así como la distribución justa y equitativa de sus beneficios.

3. Lograr la gestión integrada de los recursos hídricos del país.

4. Asegurar mecanismos para el uso responsable y seguro de la biotecnología y sus productos derivados.

5. Alcanzar el ordenamiento del uso y ocupación del territorio nacional, mediante la Zonificación Ecológica Económica, en un marco de seguridad jurídica y prevención de conflictos.
6. Lograr la gestión integrada y sostenible de los ecosistemas frágiles, incluyendo los bosques húmedos tropicales.

7. Lograr la adaptación de la población frente al cambio climático y establecer medidas de mitigación, orientadas al desarrollo sostenible.

8. Lograr la conservación, utilización sostenible y la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven del uso comercial y puesta en valor de los recursos genéticos.

9. Lograr la implementación de instrumentos de evaluación, valoración y financiamiento para la conservación de los recursos naturales, diversidad biológica y servicios ambientales en el país.

10. Garantizar la protección de la salud humana, el ambiente y, la diversidad biológica durante el desarrollo, uso y aplicación de bienes y servicios de la biotecnología moderna en el Perú.

1. DIVERSIDAD BIOLÓGICA



Lineamientos de política

a) Impulsar la conservación de la diversidad de ecosistemas, especies y recursos genéticos, y el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales de los que depende la supervivencia de las especies.

b) Impulsar el enfoque ecosistémico y la gestión sostenible de la diversidad biológica como elemento transversal en los planes integrados de gestión de recursos naturales, de manejo de cuencas y de ordenamiento territorial.





c) Incentivar el manejo integrado y sostenible de los ecosistemas acuáticos, marino-costeros, con el fin de prevenir la sobreexplotación de los recursos hidrobiológicos, asegurando su conservación.

d) Impulsar el diseño e implementación de estrategias para la gestión sostenible de la diversidad biológica, incluyendo el desarrollo de alianzas público-privadas, bajo criterios de conectividad y complementariedad.

e) Impulsar mecanismos para la evaluación y gestión de riesgos asociados a las actividades extractivas, productivas y de servicios sobre la diversidad biológica.

f) Fomentar el respeto, la recuperación y conservación de los conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica, así como la distribución equitativa de los beneficios que se deriven de su aprovechamiento.

g) Promover las prácticas del biocomercio, impulsando el establecimiento de cadenas productivas sostenibles.

h) Impulsar la investigación de la diversidad biológica con el fin de monitorear su conservación y gestión sostenible.

2. RECURSOS GENÉTICOS

Lineamientos de política

a) Impulsar la conservación de los recursos genéticos nativos y naturalizados y fomentar la investigación, desarrollo y su utilización sostenible, para el incremento de la competitividad de los sectores y actividades productivas.

b) Incentivar la conservación in-situ de los recursos genéticos y desarrollar, promover y alentar diferentes formas de conservación ex-situ.

c) Impulsar la identificación y protección de las zonas del territorio nacional de elevada diversificación genética, declarándolas libres de transgénicos.

d) Fomentar el desarrollo de la biotecnología priorizando el uso de los recursos genéticos nativos y naturalizados.

e) Fomentar de manera estratégica la obtención y uso de recursos genéticos no nativos de importancia económica para el país.

f) Promover la participación pública y privada, nacional y extranjera, así como las alianzas estratégicas, en la investigación, conservación y utilización de los recursos genéticos en el marco de la normatividad nacional vigente.

g) Impulsar el uso de mecanismos para la protección de los conocimientos tradicionales y el conocimiento científico, relacionados con los recursos genéticos, mediante la propiedad intelectual.

MINISTERIO DEL AMBIENTE - MINAM - VICEMINISTERIO GESTIÓN AMBIENTAL
DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS, NORMAS E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL - VMGA - MINAM - V°B°

3. BIOSEGURIDAD

Lineamientos de Política

a) Establecer mecanismos para regular, bajo parámetros científicos, toda actividad que involucre el uso de organismos vivos modificados, así como el uso seguro y responsable de la biotecnología moderna y de sus productos derivados.

b) Identificar las aplicaciones de la biotecnología moderna y evaluar su pertinencia y oportunidad en la solución de problemas específicos en los procesos productivos nacionales o en la generación de servicios, de forma inocua, competitiva y sostenible.

c) Promover la utilización responsable de la biotecnología moderna sin que perjudique procesos productivos que ya son competitivos y sostenibles, y cuyos bienes y productos sean apropiados y apropiables.

d) Construir y desarrollar un sistema regulatorio basado en la aplicación de análisis de riesgos transparentes y científicos; capaces de garantizar la inocuidad y trazabilidad de los bienes y/o servicios obtenidos a través de la aplicación de la biotecnología moderna, respondiendo a las demandas de los consumidores, a nuestra condición de país megadiverso y al contexto de continuos desarrollos tecnológicos.

e) Establecer criterios científicos, ambientales, socioeconómicos y políticos, para un sistema de bioseguridad y uso responsable de la biotecnología, con niveles de seguridad compatibles con la política nacional de comercio exterior y de promoción de la innovación local y nacional.

f) Generar, usar y difundir información de calidad sobre bioseguridad, para contribuir a la toma responsable de decisiones entre proveedores y usuarios y en aras de la construcción de una opinión pública adecuadamente informada.

g) Generar y fortalecer las capacidades científicas y tecnológicas de gestión y de infraestructura de las instituciones que tengan como ámbito de acción la regulación de la biotecnología moderna, necesarias para la implementación de los marcos legales nacionales e internacionales de bioseguridad.

4. APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

Lineamientos de Política

a) Promover la adopción de códigos de conducta, formulación de estándares ambientales y sociales, normas voluntarias por los titulares de derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y el uso racional y responsable de los no renovables, bajo criterios de mejora continua.

b) Impulsar la formalización de las actividades informales de aprovechamiento de recursos naturales.

c) Promover la innovación tecnológica, la investigación aplicada y el uso de tecnologías limpias para el aprovechamiento de los recursos naturales.

d) Promover la adopción de buenas prácticas e iniciativas de responsabilidad social de las empresas y titulares de derechos sobre los recursos naturales.

e) Establecer mecanismos de coordinación interinstitucional para la asignación compatible de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales.

f) Promover la agricultura orgánica, la agricultura ecológica, la agroforestería y la acuicultura, bajo criterios de biocomercio, articulando cadenas productivas y con una activa participación de las poblaciones locales.

g) Fomentar la valoración económica de los servicios ambientales que proporciona la diversidad biológica y en particular, los ecosistemas frágiles incluyendo los bosques húmedos tropicales, para la prevención y recuperación del ambiente.

h) Impulsar el diseño e implementación de instrumentos económicos y financieros, sistemas de compensación, retribución económica y distribución del pago por servicios ambientales.

i) Fomentar la aplicación de metodologías apropiadas en la valoración de los recursos naturales, la diversidad biológica y sus servicios ambientales, y articular e incorporar sus resultados en el Sistema de Cuentas Nacionales.

j) Fomentar la articulación de las entidades del Estado con competencias para la autorización del uso de los recursos, a fin de armonizar sus decisiones con relación al patrimonio natural y cultural, las comprendidas en el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado y áreas complementarias, así como los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas.

5. MINERÍA Y ENERGÍA

Lineamientos de Política

a) Mejorar los estándares ambientales y sociales de las actividades minero-energéticas, con códigos y normas de conducta concertadas y transparentes, y verificar su cumplimiento.

b) Impulsar la formalización de la minería informal como medio para mejorar su gestión ambiental y facilitar su control efectivo.

c) Promover la responsabilidad social empresarial de las actividades minero-energéticas, con el fin de mejorar sus relaciones con las comunidades locales y reducir los conflictos socioambientales.

d) Fomentar el uso de tecnologías limpias en la actividad minero-energética para minimizar los riesgos e impactos ambientales.

e) Asegurar los procesos de consulta pública, de manera oportuna y transparente, antes del otorgamiento de derechos para la exploración y explotación.

f) Promover la inversión, desarrollo y uso de biocombustibles, energías renovables y gas metano derivado de rellenos sanitarios, como una oportunidad para la

sustitución de petróleo y gas y la reducción de las emisiones de carbono, en el marco del diseño de una nueva matriz energética.

g) Fomentar la eficiencia energética, mediante el uso de tecnologías modernas, incentivos económicos y sistemas transparentes de información.

6. BOSQUES

Lineamientos de política

a) Impulsar la gestión sostenible e integrada de los bosques, considerando las características ecosistémicas de cada una de las regiones naturales del país.

b) Prevenir la reducción y degradación de bosques y sus recursos, por prácticas ilegales como tala, quema, comercio y cambio de uso de la tierra.

c) Conservar e incrementar la cobertura boscosa y por ende, la biodiversidad y los servicios ambientales, mejorando la capacidad productiva del ecosistema.

d) Privilegiar el aprovechamiento integral de los recursos del bosque, apoyando iniciativas respecto de los recursos maderables y no maderables, fauna silvestre y servicios ambientales.

e) Impulsar la reforestación de las áreas degradadas con especies nativas maderables, aquellas que tienen mayor potencial de brindar servicios ambientales y otras con potencial económico que contribuyan al desarrollo, promoviendo la inversión pública y privada.

f) Fortalecer e incorporar mecanismos de vigilancia comunitaria y ciudadana en las estrategias de seguimiento y control de los derechos forestales.

g) Realizar acciones para evitar la deforestación de los bosques naturales y la utilización de especies exóticas invasoras para reforestar dichas áreas, promoviendo la reforestación con el uso de especies nativas.

7. ECOSISTEMAS MARINO - COSTEROS

Lineamientos de política

a) Fortalecer la gestión integrada de las zonas marino-costeras y sus recursos con un enfoque ecosistémico.

b) Promover el aprovechamiento sostenible y conservación de la diversidad biológica de los ecosistemas marino-costeros, con especial énfasis en los recursos pesqueros.

c) Proteger ecosistemas frágiles como los humedales y cuencas de la región costera.

d) Promover la investigación de los ecosistemas marino-costeros con tecnologías adecuadas.

MINISTERIO DEL AMBIENTE - MINAM - VICEMINISTERIO GESTIÓN AMBIENTAL
DIRECCIÓN GENERAL DE POLITICAS, NORMAS E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL - V°B° - VMGA - MINAM

e) Promover el ordenamiento de las zonas marino-costeras para un aprovechamiento sostenible de sus recursos, a través de la zonificación ecológica y económica.

f) Promover el uso sostenible de los recursos marinos, el monitoreo y vigilancia de los vertimientos contaminantes en el mar territorial nacional, con prioridad en las zonas más cercanas a la costa.

8. CUENCAS, AGUA Y SUELOS

Lineamientos de política

a) Impulsar la gestión integrada de cuencas, con enfoque ecosistémico para el manejo sostenible de los recursos hídricos y en concordancia con la política de ordenamiento territorial y zonificación ecológica y económica.

b) Impulsar la formulación de estándares de evaluación y monitoreo del uso de los recursos hídricos, considerando las características particulares de las distintas regiones del territorio.

c) Consolidar los derechos de uso de los recursos hídricos mediante criterios de eficiencia y adecuada retribución por su aprovechamiento en concordancia con la normativa nacional vigente.

d) Impulsar la caracterización, evaluación y registro de los suelos y tierras a nivel nacional.

e) Fortalecer los conocimientos y tecnologías tradicionales compatibles con el manejo sostenible de los suelos y agua.

f) Impulsar acciones para prevenir los procesos de desertificación, degradación y pérdida de suelos mitigando sus efectos y/o recuperándolos.

9. MITIGACIÓN Y ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO

Lineamientos de política

a) Incentivar la aplicación de medidas para la mitigación y adaptación al cambio climático con un enfoque preventivo, considerando las particularidades de las diversas regiones del país, con énfasis en la situación y accionar espontáneo de adaptación de las comunidades campesinas y pueblos indígenas..

b) Establecer sistemas de monitoreo, alerta temprana y respuesta oportuna frente a los desastres naturales asociados al cambio climático, privilegiando a las poblaciones más vulnerables.

c) Fomentar el desarrollo de proyectos forestales, manejo de residuos sólidos, saneamiento, usos de energías renovables y otros, para contribuir en la mitigación de los efectos del cambio climático.

MINISTERIO DEL AMBIENTE - MINAM - VICEMINISTERIO GESTIÓN AMBIENTAL
DIRECCIÓN GENERAL DE POLITICAS, NORMAS E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL V°B° - VMGA - MINAM

d) Conducir los procesos de adaptación y mitigación al cambio climático difundiendo sus consecuencias, así como capacitar a los diversos actores sociales para organizarse.

e) Promover el uso de tecnologías adecuadas y apropiadas para la adaptación al cambio climático y mitigación de gases de efecto invernadero y de la contaminación atmosférica.

10. DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA AMAZONÍA

Lineamientos de política

a) Impulsar la gestión integrada de las cuencas hidrográficas mejorando la tecnología y productividad de sus recursos, rescatando técnicas de uso eficiente y sostenible.

b) Promover la investigación y el uso de tecnologías limpias en las actividades minero-energéticas en la Amazonia.

c) Impulsar la conservación y aprovechamiento sostenible de la Amazonía teniendo en cuenta su variabilidad, complejidad, fragilidad y ubicación geoestratégica.

d) Recuperar las zonas degradadas por la minería informal; los pasivos ambientales mineros; y el cultivo de la coca, el uso de insumos para la elaboración ilícita de drogas y las actividades propias del narcotráfico.

e) Proteger los bosques primarios amazónicos y reducir gradualmente la tala, roza y quema para fines agropecuarios, desarrollando alternativas productivas de uso del bosque en pie, como el ecoturismo, manejo de bosques y otras actividades.

f) Impulsar el manejo de los bosques secundarios con potencialidades para los programas de cultivo de especies con potencial económico.

g) Impulsar actividades rentables a partir del bosque en áreas con escasa o ninguna intervención, dando valor al ecosistema y sus servicios.

h) Establecer el sistema de cuentas del patrimonio natural de la Amazonía y metodologías de valoración económica a efectos de reconocer sus aportes a la economía nacional por la provisión de servicios ecosistémicos y productos diferentes a la madera.

i) Promover el rescate y valoración de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y asegurar la distribución equitativa de los beneficios derivados de su aprovechamiento.

j) Promover la implementación de políticas binacionales y regionales con los países amazónicos para la gestión integral de los recursos y de los asuntos transfronterizos.

k) Fortalecer el Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana (IIAP) como institución rectora para la investigación y la evaluación continua de los recursos naturales de la Amazonía y como soporte para el desarrollo sostenible de la región.

MINISTERIO DEL AMBIENTE VICEMINISTERIO GESTIÓN AMBIENTAL -MINAM-

DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS, NORMAS E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL VºBº -DGPNIGA - MINAM-

11. ORDENAMIENTO TERRITORIAL

Lineamientos de política

a) Impulsar el Ordenamiento Territorial nacional y la Zonificación Ecológica Económica, como soporte para la conservación, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y de la diversidad biológica, así como la ocupación ordenada del territorio.

b) Incorporar en los procesos de Ordenamiento Territorial el análisis del riesgo natural y antrópico, así como las medidas de adaptación al cambio climático.

c) Impulsar mecanismos para prevenir el asentamiento de poblaciones y el desarrollo de actividades socioeconómicas en zonas con alto potencial de riesgos ante peligros naturales y antrópicos.

d) Impulsar el ordenamiento territorial como base de los planes de desarrollo concertados y de desarrollo de fronteras, en la gestión de cuencas hidrográficas y las zonas marino costera.

EJE DE POLÍTICA 2. GESTIÓN INTEGRAL DE LA CALIDAD AMBIENTAL

Objetivos

1. Lograr una gestión sostenible de las actividades productivas, extractivas, de transformación, comerciales y de servicios, para asegurar una adecuada calidad ambiental en el país.

2. Desarrollar y consolidar mecanismos de carácter técnico, normativo, económico y financiero, para la prevención y control de los impactos ambientales negativos significativos de las actividades de origen natural y antrópico.

3. Rehabilitar las áreas ambientalmente degradadas articulando las acciones de los sectores público y privado involucrados, de acuerdo a sus competencias y responsabilidades.

4. Incorporar criterios de ecoeficiencia y control de riesgos ambientales y de la salud en las acciones de los sectores público y privado.

5. Lograr el control eficaz de las fuentes de contaminación y a los responsables de su generación, estableciendo instrumentos y mecanismos para la vigilancia, supervisión, evaluación y fiscalización ambiental.

1. CONTROL INTEGRADO DE LA CONTAMINACIÓN

Lineamientos de política

a) Integrar los mecanismos e instrumentos para el control de la contaminación, bajo criterios intersectoriales, de simplificación administrativa y mejora continua.

b) Contar con parámetros de contaminación para el control y mantenimiento de la calidad del agua, aire y suelo, considerando el aporte de las fuentes fijas y móviles.

c) Realizar acciones para recuperar la calidad del agua, aire y suelos en áreas afectadas por pasivos ambientales.

d) Establecer indicadores, parámetros y procedimientos para evaluar la eficacia de los instrumentos de control de la calidad ambiental e introducir las correcciones necesarias.

e) Consolidar la implementación y articulación del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y promover la aplicación de la Evaluación Ambiental Estratégica.

f) Promover la inversión privada en procesos productivos que utilicen tecnologías e insumos limpios y el desarrollo de procesos de reconversión de las industrias contaminantes.

g) Promover la ecoeficiencia en la gestión ambiental de las entidades públicas y privadas, en todos los niveles de la administración pública (nacional, regional y local).

h) Impulsar la adopción de medidas idóneas de manejo ambiental en el desarrollo de las actividades de la pequeña empresa, promoviendo la formalización de los agentes que realizan actividades no autorizadas.

i) Incorporar criterios de salud ambiental y control de riesgos en los procesos de toma de decisiones y el manejo operativo, vinculados al control de la contaminación en sus distintas manifestaciones.

j) Desalentar la importación de bienes usados y de tecnologías que puedan incidir en la generación de impactos ambientales negativos y riesgos a la salud de las personas.

2. CALIDAD DEL AGUA

Lineamientos de política

a) Impulsar una adecuada calidad ambiental de los cuerpos de agua del país de acuerdo a estándares que permitan evitar riesgos a la salud y al ambiente.

b) Identificar, vigilar y controlar las principales fuentes emisoras de efluentes contaminantes, privilegiando las cuencas que abastecen de agua a los centros urbanos y articular para tal fin, la actuación de las autoridades en los tres niveles de gobierno.

c) Promover el conocimiento científico y tecnológico de las medidas de prevención y los efectos de la contaminación del agua, sobre la salud de las personas, los ecosistemas y los recursos naturales.

d) Ampliar la cobertura y mejorar la calidad de los servicios de saneamiento básico.

e) Promover la inversión en infraestructura de saneamiento básico y de tratamiento y reuso de aguas residuales de origen doméstico y otras actividades generadoras de efluentes.

f) Difundir prácticas sanitarias para el manejo doméstico del agua y la prevención de enfermedades, privilegiando medidas específicas para las áreas rurales.

g) Impulsar la rehabilitación de los cuerpos de agua afectados por contaminación.

h) Aplicar instrumentos e incentivos económicos para evitar la contaminación de las fuentes de agua.

i) Fomentar el ahorro y la eficiencia en el uso del agua y establecer fondos para el manejo de cuencas y fuentes de este recurso como pago por servicios ambientales.

3. CALIDAD DEL AIRE

Lineamientos de política

a) Establecer medidas para prevenir y mitigar los efectos de los contaminantes del aire sobre la salud de las personas.

b) Implementar sistemas de alerta y prevención de emergencias por contaminación del aire, privilegiando las zonas con mayor población expuesta a contaminantes críticos.

c) Incentivar la modernización del parque automotor promoviendo instrumentos, uso de medios de transporte y combustibles que contribuyan a reducir los niveles de contaminación atmosférica.

d) Identificar y modificar prácticas operativas y consuetudinarias inadecuadas que afectan la calidad del aire.

e) Impulsar mecanismos técnico-normativos para la vigilancia y control de la contaminación sonora y de las radiaciones no ionizantes.

4. RESIDUOS SÓLIDOS

Lineamientos de política

a) Fortalecer la gestión de los gobiernos regionales y locales en materia de residuos sólidos de ámbito municipal, priorizando su aprovechamiento.

b) Impulsar medidas para mejorar la recaudación de los arbitrios de limpieza y la sostenibilidad financiera de los servicios de residuos sólidos municipales.

c) Impulsar campañas nacionales de educación y sensibilización ambiental para mejorar las conductas respecto del arrojo de basura y fomentar la reducción, segregación, reuso, y reciclaje; así como el reconocimiento de la importancia de contar con rellenos sanitarios para la disposición final de los residuos sólidos.

d) Promover la inversión pública y privada en proyectos para mejorar los sistemas de recolección, operaciones de reciclaje, disposición final de residuos sólidos y el desarrollo de infraestructura a nivel nacional; asegurando el cierre o clausura de botaderos y otras instalaciones ilegales.

e) Desarrollar y promover la adopción de modelos de gestión apropiada de residuos sólidos adaptadas a las condiciones de los centros poblados.

f) Promover la formalización de los segregadores y recicladores y otros actores que participan en el manejo de los residuos sólidos.

g) Promover el manejo adecuado de los residuos sólidos peligrosos por las municipalidades en el ámbito de su competencia, coordinando acciones con las autoridades sectoriales correspondientes.

h) Asegurar el uso adecuado de infraestructura, instalaciones y prácticas de manejo de los residuos sólidos no municipales, por sus generadores.

i) Promover la minimización en la generación de residuos y el efectivo manejo y disposición final segregada de los residuos sólidos peligrosos, mediante instalaciones y sistemas adecuados a sus características particulares de peligrosidad.

5. SUSTANCIAS QUÍMICAS Y MATERIALES PELIGROSOS

Lineamientos de política

a) Establecer y/o fortalecer mecanismos de autorización, vigilancia y control en el ciclo de vida de las sustancias químicas y materiales peligrosos, y contar con información sistematizada y actualizada sobre las actividades que se realizan con ellas.

b) Promover la prevención y control de los riesgos ambientales asociados al uso, manejo y disposición final de sustancias químicas y materiales peligrosos.

c) Asegurar que las sustancias y materiales peligrosos, que por distintas razones deben ser conducidos a disposición final, sean manejadas de manera ambientalmente segura y adecuada.

d) Difundir las buenas prácticas en el manejo de sustancias químicas y materiales peligrosos y promover la adopción de criterios de control de riesgos durante su uso y disposición final.

e) Asegurar la incorporación de criterios de salud y de protección de ecosistemas frágiles, en el establecimiento, seguimiento y control de los planes de contingencia en el uso y manejo de sustancias químicas y

materiales peligrosos.

f) Gestionar los riesgos para la salud y el ambiente del uso de sustancias químicas y materiales peligrosos, especialmente entre las personas potencialmente expuestas.

6. CALIDAD DE VIDA EN AMBIENTES URBANOS

Lineamientos de política

a) Promover el desarrollo sostenible de las ciudades y centros poblados en general, mediante acciones de sensibilización, control y conservación de la calidad ambiental, planificación urbana y gestión de entornos ambientales saludables.

b) Fortalecer la gestión ambiental regional y local bajo el enfoque de la ecoeficiencia para orientar y ordenar el crecimiento de las ciudades, garantizando una adecuada calidad ambiental en los centros poblados.

c) Promover acciones de saneamiento básico y gestión de residuos sólidos, que aseguren una adecuada calidad ambiental en los centros urbanos y principalmente en los destinos turísticos.

d) Establecer regulaciones para controlar efectivamente la contaminación sonora.

e) Conservar y ampliar las áreas verdes urbanas para el mejoramiento de la calidad del aire y la generación de espacios culturales y de esparcimiento.

f) Promover el adecuado ordenamiento territorial para evitar usos inapropiados de las tierras, en procesos de expansión urbana.

EJE DE POLÍTICA 3. GOBERNANZA AMBIENTAL

Objetivos

1. Posicionar el tema ambiental en las decisiones de Estado articulando las capacidades nacionales, creando sinergias y promoviendo una activa participación ciudadana.
2. Lograr que el Sistema Nacional de Gestión Ambiental ejerza, de manera eficiente y eficaz, sus funciones en los tres niveles de gobierno, bajo la rectoría del Ministerio del Ambiente.
3. Construir nuevos modos de producción y vida basados en los principios de la sostenibilidad, la ética, la inclusión social y la justicia ambiental.

MINISTERIO DEL AMBIENTE – MINAM – VICEMINISTERIO GESTIÓN AMBIENTAL
DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS, NORMAS E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL – VºBº – VMGA - MINAM

1. INSTITUCIONALIDAD

Lineamientos de política

a) Consolidar el ejercicio de la autoridad ambiental para contribuir al desarrollo sostenible del país.

b) Afianzar el Sistema Nacional de Gestión Ambiental y de sus instancias de coordinación y concertación.

c) Promover un marco normativo ambiental armonizado y coherente con la realidad del país, las prioridades de Estado y su visión de desarrollo.

d) Impulsar la diferenciación y la complementariedad de las competencias ambientales institucionales en los tres niveles de gobierno.

e) Fortalecer las capacidades para la gestión ambiental y para el diseño y aplicación de sus instrumentos, tales como los de planificación, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, y fiscalización, entre otros.

f) Fomentar la creatividad, investigación e innovación tecnológica ambiental comprometidos con el desarrollo y estilo de vida sostenibles en los diferentes actores de la sociedad.

g) Establecer e implementar mecanismos adecuados para la gestión de conflictos socioambientales, promoviendo el diálogo y la concertación.

h) Promover acciones de vigilancia, monitoreo, supervisión, fiscalización y otorgamiento de incentivos, que coadyuven al cumplimiento de la normativa y objetivos de la gestión ambiental.

i) Fomentar alianzas y acuerdos de cooperación público-privada, así como la inversión privada para la ejecución de programas, proyectos y actividades orientadas a mejorar la gestión ambiental.

2. CULTURA, EDUCACIÓN Y CIUDADANÍA AMBIENTAL

Lineamientos de política

a) Fomentar una cultura y modos de vida compatibles con los principios de la sostenibilidad, los valores humanistas y andino-amazónicos, desplegando las capacidades creativas de los peruanos hacia el aprovechamiento sostenible y responsable de la diversidad natural y cultural.

b) Incluir en el sistema educativo nacional el desarrollo de competencias en investigación e innovación, emprendimientos, participación, ecoeficiencia y buenas prácticas ciudadanas para valorar y gestionar sostenible y responsablemente nuestro patrimonio natural.

c) Fomentar la responsabilidad socio-ambiental y la ecoeficiencia por parte de personas, familias, empresas e instituciones, así como la participación ciudadana en las decisiones públicas sobre la protección ambiental.

3. INCLUSIÓN SOCIAL EN LA GESTIÓN AMBIENTAL

Lineamientos de política

a) Fomentar la participación activa y pluricultural de la población en la gestión ambiental, y en particular, la intervención directa de grupos minoritarios o vulnerables, sin discriminación alguna.

b) Promover la adopción de mecanismos para evaluar y valorar el enfoque de género e intercultural, y los intereses de los grupos minoritarios o vulnerables en los procesos de gestión ambiental.

c) Fomentar la generación de espacios y el uso de herramientas y otros medios, que faciliten efectivamente la participación de la población con capacidades especiales o diferentes en la gestión ambiental.

d) Incentivar la participación de las mujeres y los jóvenes en los diversos procesos para que ejerzan una efectiva ciudadanía ambiental.

EJE DE POLÍTICA 4. COMPROMISOS Y OPORTUNIDADES AMBIENTALES INTERNACIONALES

Objetivos

1. Asegurar que las posiciones nacionales en materia ambiental presentadas en los foros internacionales, acuerdos multilaterales y bilaterales, estén articuladas y reflejen los intereses nacionales, contribuyendo a orientar las decisiones de dichos foros y acuerdos.

2. Lograr que el cumplimiento de los acuerdos internacionales suscritos y ratificados por el Perú contribuyan eficientemente al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables, y el uso racional y responsable de los no renovables.

3. Lograr que en los procesos de integración comercial, se homogenicen criterios y estándares ambientales con las políticas nacionales en materia de comercio exterior, para mejorar la gestión ambiental, la competitividad, la protección de los recursos naturales y la calidad de vida de la población.

1. COMPROMISOS INTERNACIONALES

Lineamientos de política

a) Promover que los compromisos internacionales suscritos y que suscriba el Perú, se articulen al accionar del Estado en sus tres niveles de gobierno.

b) Fortalecer la capacidad negociadora del país para garantizar que su participación en el ámbito internacional tenga un liderazgo reconocido y resguarde los intereses nacionales en materia de gestión ambiental y de los recursos naturales.

c) Impulsar el acceso a los mecanismos de asistencia técnica, transferencia tecnológica y recursos financieros para el fortalecimiento de las capacidades nacionales en el marco de los Acuerdos y Convenios Internacionales en materia ambiental.

d) Contribuir al establecimiento, desarrollo y promoción del derecho internacional ambiental.

e) Consolidar los procesos de negociación, cooperación e integración a nivel internacional asociados a la posición geoestratégica y las ventajas comparativas ambientales del país en el ámbito global, en concordancia con la política exterior del país y la de comercio exterior.

2. AMBIENTE, COMERCIO Y COMPETITIVIDAD

Lineamientos de política

a) Incentivar la competitividad ambiental del país y promover la inversión privada para el desarrollo de bionegocios, con inclusión de los principios y criterios del biocomercio, etiquetado verde y certificación ambiental de la producción exportable.

b) Promover iniciativas y mecanismos orientados a garantizar una distribución justa y equitativa de los beneficios generados por el biocomercio.

c) Propiciar la ecoeficiencia, la calidad ambiental y la responsabilidad social en la gestión empresarial.

6. ESTÁNDARES DE CUMPLIMIENTO

Para el debido seguimiento de la Política Nacional del Ambiente las autoridades de los gobiernos nacional, regionales y municipales, deben establecer metas concretas e indicadores de desempeño los mismos que deben ser concordantes con sus programas multianuales, sus estrategias de inversión y gasto social asociados, así como con los siguientes estándares nacionales de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio de los estándares particulares que puedan establecer de acuerdo a sus objetivos institucionales:

1. Instrumentos de Gestión Ambiental

Registrar y difundir periódicamente información sobre los instrumentos de gestión ambiental que aprueban en el ejercicio de las funciones a su cargo.

2. Infraestructura para el control de la calidad ambiental

Dar cuenta del número de instalaciones que se establecen en los sectores, regiones y municipios, para el control de la calidad del ambiente.

3. Acciones de incentivo y fiscalización

Dar cuenta del número y resultado de las acciones de incentivo, promoción, supervisión, monitoreo, evaluación, fiscalización y sanción que se realizan para el mejoramiento, recuperación y protección de la calidad ambiental y de los recursos naturales.

4. Participación ciudadana

Dar cuenta de los procesos de participación ciudadana impulsados por la respectiva autoridad gubernamental y de los mecanismos empleados.

Establecen Límites Máximos Permisibles de emisiones contaminantes para vehículos automotores que circulen en la red vial

DECRETO SUPREMO Nº 047-2001-MTC

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el inadecuado mantenimiento de los vehículos automotores por una falta de control y crecimiento del parque automotor, en los últimos años, ha generado un incremento sustantivo en los niveles de contaminación ambiental producidos por el funcionamiento de los motores de dichos vehículos, en especial en las zonas urbanas, derivando de esta situación efectos nocivos para la salud de las personas;

Que, de conformidad con el Artículo 3 de la Ley Nº 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, la acción estatal en materia de transporte y tránsito terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud; así como a la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto;

Que, el inciso i) del Artículo 23, del Decreto Ley Nº 25862, Ley Orgánica del Sector Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, señala que la Dirección General de Medio Ambiente es la encargada de proponer la política referida al mejoramiento y control de la calidad del medio ambiente, así como de supervisar, controlar y evaluar su ejecución, proponiendo la normatividad subsectorial correspondiente;

Que, mediante Decreto Supremo Nº 044-98-PCM, se aprobó el Reglamento Nacional para la Aprobación de Estándares de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles, el cual establece el procedimiento de formulación y aprobación de Límites Máximos Permisibles;

Que, siguiendo el procedimiento establecido en dicho Reglamento, el 10 de abril de 2001, la Comisión Ambiental Transectorial, aprobó la prepublicación de los Límites Máximos Permisibles de Emisiones Contaminantes para vehículos en circulación, vehículos nuevos o producidos para el Perú, usados a ser importados y vehículos menores, la misma que se prepublicó el 12 de mayo del presente año;

Que, el Artículo 237 del Reglamento Nacional de Tránsito, aprobado por Decreto Supremo Nº 033-2001-MTC, dispone que está prohibida la circulación de vehículos que descarguen o emitan gases, humos o cualquier otra sustancia contaminante que provoque la alteración de la calidad del medio ambiente, en un índice superior a los Límites Máximos establecidos en el Reglamento Nacional de Vehículos;

Que, el Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo Nº 034-2001-MTC, establece en los Artículos 35 al 38, que los Límites Máximos Permisibles para vehículos en circulación a nivel nacional, vehículos nuevos importados o producidos y vehículos usados importados, que se incorporen al parque automotor nacional, se adecuarán a la norma que emitirá el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción;

Que, es necesario precisar que los Límites Máximos Permisibles a que se refiere el Reglamento Nacional de Vehículos, son los que aprueba la Presidencia del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Reglamento Nacional para la Aprobación de Estándares de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles;

Que, en consecuencia es necesario fijar los Límites Máximos Permisibles de emisiones contaminantes producidas por vehículos automotores que circulen en la red vial nacional; así como de aquellos que van a incorporarse al parque automotor nacional;

Que, asimismo, a fin de efectuar las mediciones de control de las emisiones adecuadamente, es necesario homologar los equipos a utilizar en el control de dichas mediciones;

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 8), del Artículo 118 de la Constitución Política del Perú, en la Ley Nº 27181, en el Decreto Ley Nº 25862 y en los Decretos Supremos Nºs. 044-98-PCM y 034-2001-MTC;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

DECRETA:

Artículo 1.- Establézcase en el ámbito nacional, los valores de los Límites Máximos Permisibles (LMPs) de Emisiones Contaminantes para vehículos automotores en circulación, vehículos automotores nuevos a ser importados o ensamblados en el país, y vehículos automotores usados a ser importados, que como Anexo Nº 1, forman parte del presente Decreto Supremo.

Artículo 2.- Precísese que los Límites Máximos Permisibles (LMPs) de Emisiones Contaminantes para vehículos automotores en circulación, vehículos automotores nuevos a ser importados o ensamblados en el país, y vehículos automotores usados a ser importados, a que se refiere el Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo Nº 034-2001-MTC, son los establecidos en el presente Decreto Supremo.

Artículo 3.- Los procedimientos de prueba y análisis de resultados para el control de las emisiones de los vehículos automotores se establecen en el Anexo Nº 2, el mismo que forma parte del presente Decreto Supremo.

Artículo 4.- Los equipos a utilizarse para el control oficial de los Límites Máximos Permisibles (LMPs), deberán ser homologados y autorizados por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a través de la Dirección General de Medio Ambiente, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el Anexo Nº 3, el mismo que forma parte del presente Decreto Supremo.

Artículo 5.- Los vehículos automotores cuyas emisiones superen los Límites Máximos Permisibles (LMPs), serán sancionados conforme lo establece el Reglamento Nacional de Tránsito.

Artículo 6.- Los vehículos que tengan el tubo de escape deteriorado no podrán ser sometidos al control de emisiones, considerándose que no cumplen con los Límites Máximos Permisibles (LMPs.) y se procederá a aplicar la sanción correspondiente por emisión de contaminantes, según lo dispuesto en la norma vigente.

Artículo 7.- Autorícese al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción a través de la Dirección General de Medio Ambiente, a revisar y ajustar los Límites Máximos Permisibles (LMPs) establecidos en el Anexo Nº 1 del presente Decreto Supremo antes de los cinco años establecidos en la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo Nº 044-98-PCM, exonerándose para este caso específico del cumplimiento de las etapas y procedimientos establecidos en dicha norma.

Artículo 8.- Para la aplicación de las disposiciones contenidas en el presente Decreto Supremo se tendrá en cuenta las definiciones que se consignan en el Anexo Nº 4, el mismo que forma parte del presente Decreto Supremo.

Artículo 9.- Facúltase al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, para que mediante Resolución Ministerial pueda complementar y modificar, en caso necesario, los Anexos Nºs. 2, 3 y 4 del presente Decreto Supremo.

Artículo 10.- El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, expedirá las disposiciones complementarias necesarias para la mejor aplicación del presente Decreto Supremo.

Artículo 11.- Derógase el Artículo 1 del Decreto Supremo Nº 007-2001-MTC, así como las demás disposiciones que se opongan a lo dispuesto en el presente Decreto Supremo.

Artículo 12.- El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por el Ministro de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los treinta días del mes de octubre del año dos mil uno.

ALEJANDRO TOLEDO

Presidente Constitucional de la República

ROBERTO DAÑINO ZAPATA

Presidente del Consejo de Ministros

LUIS CHANG REYES

Ministro de Transportes, Comunicaciones,

Vivienda y Construcción

ANEXO Nº 1

VALORES DE LIMITES MAXIMOS PERMISIBLES

I. LIMITES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA VEHICULOS EN CIRCULACION A NIVEL NACIONAL

a) PARA SU APLICACIÓN INMEDIATA

VEHÍCULOS MAYORES A GASOLINA, GAS LICUADO DE PETRÓLEO Y GAS NATURAL (livianos, medianos y pesados)			
AÑO DE FABRICACION	**CO % de Volumen**	**HC (ppm) (1)**	**CO + CO_2 % (mínimo) (1)**
Hasta 1995	**4,5**	**600**	**10**

1996 en adelante	**3,5**	**400**	**10**

(1) Para vehículos a Gasolina : Unicamente para controles en carretera o vía pública, que se realicen a más de 1800 m.s.n.m., se aceptarán los siguientes valores, para Hidrocarburos (HC): modelos hasta 1995; **HC** 650 ppm y 8% CO + CO_2, modelos 1996 en adelante; **HC** 450 ppm y 8% CO + CO_2

VEHÍCULOS MAYORES A DIESEL (Livianos, medianos y pesados)		
AÑO DE FABRICACION	**Opacidad : k(m^{-1}) (2)**	**Opacidad en %**
Antes de 1995	**3,4**	**77**
1996 en adelante	**2,8**	**70**

(2) Para Vehículos a Diesel: Unicamente para controles en carretera o vía pública, que se realicen a más de 1000 m.s.n.m., se aceptará una corrección por altura de 0.25 k(m^{-1}) por cada 1000 m.s.n.m. adicionales, hasta un máximo de 0.75 k(m^{-1})

VEHICULOS MENORES CON MOTORES DE DOS TIEMPOS QUE USAN MEZCLA DE GASOLINA - ACEITE COMO COMBUSTIBLE		
Volumen desplazamiento nominal cc	**CO % de volumen**	**HC ppm**
Mayores de 50 cc (3)	**2,5**	**8000**

VEHICULOS MENORES CON MOTORES DE CUATRO TIEMPOS QUE USAN GASOLINA COMO COMBUSTIBLE		
Volumen desplazamiento nominal cc	**CO % de volumen**	**HC ppm**
Mayores de 50 cc (3)	**4,5**	**600**

VEHICULOS MENORES CON MOTORES DE CUATRO TIEMPOS QUE USAN DIESEL COMO COMBUSTIBLE		
Volumen desplazamiento nominal cc	**Opacidad : k(m^{-1})**	**Opacidad en %**
Mayores de 50 cc (3)	**2,1**	**60**

(3) Vehículos menores de 50 cc no requieren prueba de emisiones.

b) PRIMER REAJUSTE: A LOS DIECIOCHO MESES DE LA PUBLICACION DEL PRESENTE DECRETO SUPREMO

VEHÍCULOS MAYORES A GASOLINA, GAS LICUADO DE PETRÓLEO Y GAS NATURAL

(livianos, medianos y pesados)

AÑO DE FABRICACION	CO % de Volumen	HC (ppm) (4)	CO + CO_2 % (mínimo)
Hasta 1995	3,0	400	10
1996 en adelante	3,5	300	10
2003 en adelante	0,5	100	12

(4) **Para Vehículos a Gasolina:** Unicamente para controles en carretera o vía pública, que se realicen a más de 1800 m.s.n.m., se aceptarán los siguientes valores sólo para HC: modelos hasta 1995, HC 450 ppm y 8% CO + CO_2, modelos 1996 en adelante, HC 350 ppm y 8% CO + CO_2

VEHICULOS MAYORES A DIESEL (livianos, medianos y pesados)		
AÑO DE FABRICACION	Opacidad : k(m^{-1}) (5)	Opacidad en %
Antes de 1995	3,0	72
1996 en adelante	2,5	65
2003 en adelante	2,1	60

(5) Unicamente para controles en carretera o vía pública, que se realicen a más de 1000 m.s.n.m., se aceptará una corrección por altura de 0,25 k(m^{-1}) por cada 1000 m.s.n.m. adicionales, hasta un máximo de 0,75 k(m^{-1})

II. LIMITES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA VEHICULOS NUEVOS QUE SE INCORPOREN (IMPORTADOS O PRODUCIDOS) A NUESTRO PARQUE AUTOMOTOR

VEHÍCULOS MAYORES AUTOMOTORES

VEHÍCULOS LIVIANOS								
Alternativa 1: VEHICULOS DE PASAJEROS PBV ≤ 2.5 Ton o ≤ 6 asientos								
Año aplicación	Norma	Directiva	Tipo de motor	CO g/km	HC + NOx g/km	HC g/km	NOx g/km	PM g/km

2003	EURO II	94/12/EC 94/12/EC 94/12/EC	Gasolina Diesel IDI Diesel DI	2,20 1,00 1,00	0,50 0,70 0,90	**--------** **--------** **--------**	-------- -------- --------	-------- 0,08 0,10
2007	EURO III	98/69/EC (A) 98/69/EC (A)	Gasolina Diesel	2,30 0,64	----- 0,56	0,20 -----	0,15 0,50	----- 0,05
Alternativa 2: VEHICULOS DE PASAJEROS (LDV) ≤ 12 asientos								
Año aplicación	**Norma**	**Regulación**	**Tipo de motor**	**CO g/ml**	**HC + NOx g/ml**	**HC g/ml**	**NOx g/ml**	**PM g/ml**
2003	Tier 0	US83LDV US87LDV	Gasolina Diesel	3,40 3,40	---- ----	0,41 0,41	1,00 1,00	---- ----

Nota: Para la primera etapa (años 2003 a 2006), los importadores, fabricantes o ensambladores, podrán optar por la Alternativa 1 o la Alternativa 2 o ambas para homologar sus vehículos.

VEHICULOS MEDIANOS									
Alternativa 1: VEHICULOS DE PASAJEROS > 2,5 Ton PBV o > 6 asientos / VEHÍCULOS DE CARGA < 3,5 Ton PBV									
CLASE Peso de Referencia (*)	**Año aplicación**	**Norma**	**Directiva**	**Tipo de Motor**	**CO g/km**	**HC + NOx g/km**	**HC g/km**	**NOx g/km**	**PM g/km**
I ≤ 1250 kg.	2003	EURO II	96/69/EC 96/69/EC 96/69/EC	Gasolina Diesel IDI Diesel DI	2,20 1,00 1,00	0,50 0,70 0,90	------ ------ ------	------ ------ ------	------- 0,08 0,10
≤ 1305 kg.	2007	EURO II	98/69/EC (A) 98/69/EC (A)	Gasolina Diesel	2,30 0,64	------- 0,56	0,20 ------	0,15 0,50	------ 0,05
II ≤ 1700 kg.	2003	EURO II	96/69/EC 96/69/EC 96/69/EC	Gasolina Diesel IDI Diesel DI	4,00 1,25 1,25	0,60 1,00 1,30	------ ------- ------	-------- ------ ------	---- 0,12 0,14
≤ 1760 kg.	2007	EURO III	98/69/EC (A) 98/69/EC (A)	Gasolina Diesel	4,17 0,80	----- 0,72	0,25 ------	0,18 0,65	------ 0,07
III > 1700 kg.	2003	EURO III	96/69/EC 96/69/EC	Gasolina Diesel IDI	5,00 1,50	0,70 1,20	------- -------	------- -------	------- 0,17

			96/69/EC	Diesel DI	1,50	1,60	-------	-------	0,20
> 1760 Kg.	2007	EURO III	98/69/EC (A)	Gasolina	5,22	------	0,29	0,21	------
			98/69/EC (A)	Diesel	0,95	0,86	------	0,78	0,10
Alternativa 2: VEHICULOS DE PASAJEROS (LTD) < 3864 kg. PBV y > 12 asientos / VEHÍCULOS DE CARGA (LTD) < 3864 kg. PBV									
CLASE Peso Bruto Vehicular	**Año aplicación**	**Norma**	**Regulación**	**Tipo de Motor**	**CO g/mi**	**HC + NOx g/mi**	**HC Grmi**	**NOx g/mi**	**PM g/mi**
LTD1	2003	Tier 0	US87LDT US87LDT	Gasolina	10,00	------	0,80	1,20	------
≤ 1704 kg.				Diesel	10,00	------	0,80	1,20	0,26
LTD2	2003	Tier 0	US87LDT US87LDT	Gasolina	10,00	------	0,80	1,70	------
> 1704 kg. < 3864 kg.				Diesel	10,00	------	0,80	1,70	0,13

Nota: Para la primera etapa (años 2003 a 2006) los importadores, fabricantes o ensambladores, podrán optar por la Alternativa 1 o la Alternativa 2 o ambas para homologar sus vehículos.

- El peso de Referencia será establecido de acuerdo a la Norma Internacional aplicada o escogida.

CLASE
Peso de Referencia

VEHICULOS PESADOS								
VEHICULOS DE PASAJEROS o DE CARGA > 3,5 Ton PBV								
Año aplicación	**Norma**	**Ciclo**	**Directiva**	**CO g/kw-h**	**HC g/kw-h**	**NOx G/kw-h**	**PM g/kw-h**	**Humo (m^{-1})**
2003	EURO II	13 pasos	96/1/EC	4,00 ------	1,10 -------	7,00 ------	0,15 0,25*	------- -------
2007	EURO III	ESC + ELR	88/77/EEC	2,10 -------	0,66 -------	5,00 -------	0,10 0,13*	0,8 ------

* para motores con cilindradas de menos de 750 cc por cilindro y una potencia máxima a más de 3000 RPM

III. LIMITES MAXIMOS PERMISIBLES PARA VEHICULOS USADOS QUE SE INCORPOREN (IMPORTADOS) A NUESTRO PARQUE AUTOMOTOR

VEHÍCULOS A GASOLINA, GAS LICUADO DE PETROLEO Y GAS NATURAL			
Año de aplicación	**C0% de Volumen**	**HC (ppm)**	**CO + CO_2 % (mínimo)**
2001 (segundo semestre)	0,50	100	12

VEHICULOS A DIESEL		
Año de aplicación	**CLASE DE MOTOR**	**OPACIDAD k(m^{-1})**
2001 (segundo semestre)	Sin turbo PBV < 3,0 Ton.	1,6
2001 (segundo semestre)	Con turbo PBV < 3,0 Ton.	2,1
2001 (segundo semestre)	Con o sin turbo PBV $\geq$ 3,0 Ton.	2,1

ANEXO Nº 2

PROCEDIMIENTOS DE PRUEBA Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

* Los procedimientos de prueba descritos en el presente Anexo, son aplicables para controlar los gases de los vehículos en circulación a nivel nacional (Numeral I del Anexo Nº 1) y para vehículos usados que se incorporen (importados) a nuestro parque automotor (Numeral III del Anexo Nº 1).

* Los procedimientos de prueba para vehículos nuevos que se incorporen a nuestro parque automotor (Numeral II del Anexo Nº 1) se rigen por las Normas EURO, para el caso de vehículos livianos y medianos excepcionalmente, en la primera etapa (años 2003 a 2006), se rigen adicionalmente por las Normas Tier. El cumplimiento se acreditará mediante los Certificados de Emisiones proporcionados por la entidad competente de homologación por cada modelo a importar o producir.

* Si un modelo de vehículo ingresado antes del 2003, fue certificado nuevo en fábrica con valores más altos que los indicados en el Numeral I del Anexo Nº 1, se podrá solicitar al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción que lo certifique con los valores originales del fabricante.

* Para el caso de vehículos menores, los Límites Máximos Permisibles para los vehículos nuevos y usados a ser importados, así como el primer reajuste para los vehículos en circulación, serán establecidos al primer año de vigencia del presente Decreto Supremo.

I. MEDICIÓN DE GASES PARA VEHICULOS DE ENCENDIDO POR CHISPA QUE USAN GASOLINA, GAS LICUADO DE PETROLEO, GAS NATURAL U OTROS COMBUSTIBLES ALTERNOS

Control estático

El control estático es un procedimiento de medición de las emisiones de los gases, a la salida del tubo de escape de los vehículos automotores equipados con motores de encendido por chispa que usan gasolina, gas licuado de petróleo, gas natural u otros combustibles alternos. En el caso de vehículos con sistemas duales que permita el uso de dos combustibles, se realizarán dos pruebas, una con el vehículo funcionando a gasolina y otra con el vehículo funcionando a gas. El control constará de una inspección visual, una prueba en marcha de crucero a revoluciones elevadas y una prueba en ralentí a revoluciones mínimas; las tres etapas del control deben tomar un tiempo aproximado de 3 minutos.

Procedimientos de medición

a) Inspección visual

Al iniciar el procedimiento de control de emisiones, se deberá realizar una inspección visual del vehículo para verificar la existencia y/o adecuado funcionamiento de los componentes directamente involucrados con el sistema de control de emisiones. Esta inspección visual comprobará que:

***** El aceite del motor del vehículo se encuentre a temperatura normal de operación (70-80ºC) y que esté en su nivel normal de acuerdo a la varilla o bayoneta de control de nivel de aceite.

***** El selector de transmisiones automáticas se encuentre en posición de estacionamiento (P) o neutral y en transmisiones manuales o semiautomáticas, esté en neutral y con el embrague sin accionar.

***** El escape del vehículo se encuentre en perfectas condiciones de funcionamiento y que no tenga ningún agujero que pudiera provocar una dilución de los gases del escape o una fuga de los mismos.

***** No exista presencia abundante de humo por el escape.

***** Los dispositivos del vehículo listados a continuación se encuentren en buen estado y operando adecuadamente: Filtro de aire, tapones de depósito de aceite y del tanque de combustible, bayoneta del nivel del aceite del cárter y sistema de ventilación del cárter.

b) Prueba en marcha de crucero a revoluciones elevadas

Se deberá conectar el tacómetro del equipo de medición al sistema de ignición del motor del vehículo y efectuar una aceleración a 2,500 ± 250 revoluciones por minuto, manteniendo ésta durante un mínimo de 30 segundos. Si se observa emisión de humo negro (exceso de combustible no quemado) o azul (presencia de aceite en el sistema de combustión) y éste se presenta de manera constante por más de 10 segundos, no se debe continuar con el procedimiento de medición y se deberán dar por rebasados los Límites Máximos Permisibles. De no observarse emisión de humo negro o azul, se procederá a insertar la sonda del equipo al tubo de escape y bajo estas condiciones de operación, se procederá a determinar las lecturas e imprimir las valores obtenidos, para luego proceder a su registro.

c) Prueba en ralentí a revoluciones mínimas

Se procede a desacelerar el motor del vehículo a las revoluciones mínimas especificadas por su fabricante (no mayor a 1000 revoluciones por minuto), manteniendo éstas durante un mínimo de 30 segundos. Una vez estabilizada la lectura, se procederá a imprimir los valores obtenidos, para luego proceder a su registro.

Análisis de resultados

Se considera que un vehículo pasa el control cuando todos los valores registrados en las lecturas de las pruebas descritas en los literales b) y c) están dentro de los Límites Máximos Permisibles señalados en el Anexo Nº 1 de la presente norma.

Si él vehículo cuenta con un sistema de inyección de aire funcionando, no se deberá tomar en cuenta el valor de la suma para CO_2 + CO por entregar un valor errado por el aire adiciona inyectado.

En el caso de que un vehículo cuente con más de una salida de escape, la medición debe efectuarse en cada uno de ellas, registrando como valor de emisión el promedio de lecturas obtenidas entre las diferentes salidas de escape.

II.- MEDICIÓN DE EMISIONES PARTICULADOS PARA VEHICULOS DE ENCENDIDO POR COMPRESION QUE USAN COMBUSTIBLE DIESEL

Control estático

Es el método para medir los niveles máximos permisibles de opacidad del humo proveniente del escape de los vehículos automotores que usan diesel como combustible. Consiste en un control estático del vehículo acelerando el motor, desde su régimen de velocidad de ralentí hasta su velocidad máxima sin carga. La medición de las emisiones de humo se realizará durante el periodo de aceleración del motor.

El control constará de una inspección visual y pruebas en aceleración libre.

Procedimientos de medición

a) Inspección visual

Al iniciar el procedimiento de control de emisiones, se deberá realizar una inspección visual del vehículo para verificar la existencia y/o adecuado funcionamiento de los componentes directamente involucrados con el sistema de control de emisiones. Esta inspección visual comprobará que:

* El aceite del motor del vehículo debe encontrarse a su temperatura normal de operación (70-80°C) y en su nivel normal de acuerdo a la varilla de control de nivel de aceite.

* El selector de transmisiones automáticas debe encontrarse en posición de estacionamiento (P) o neutral y en transmisiones manuales o semiautomáticas, esté en neutral y con el embrague sin accionar.

* El escape del vehículo debe encontrarse en perfectas condiciones de funcionamiento y que no debe tener ningún agujero que pudiera provocar una dilución de los gases del escape o una fuga de los mismos.

* Que los dispositivos del vehículo listados a continuación se encuentren en buen estado y operando adecuadamente: Filtro de aire, tapones de depósito de aceite y del tanque de combustible, bayoneta del nivel del aceite del cárter y sistema de ventilación del cárter.

b) Prueba en aceleración libre

El motor no deberá someterse a un período prolongado en ralentí que preceda a la prueba, ya que esto alterará el resultado final.

Con el motor operando en ralentí y sin carga, se inserta la sonda en el tubo de escape y luego se acciona el acelerador a fondo por 2 a 3 segundos, hasta obtener la intervención del gobernador y se suelta el pedal del acelerador hasta que el motor regrese a la velocidad de ralentí y el opacímetro se estabilice en condiciones mínimas de lectura.

La operación descrita en el párrafo anterior deberá efectuarse seis veces como mínimo. El

equipo registrará los valores máximos obtenidos en cada una de las aceleraciones sucesivas, hasta obtener cuatro valores consecutivos que se sitúen en una banda, cuya diferencia entre mediciones sea igual o menor a k= 0,25 m^{-1}. El coeficiente de absorción a registrar será el promedio aritmético de estas cuatro lecturas.

Análisis de resultados

Deberá registrarse cada valor de coeficiente de absorción observado, así como el promedio de estos valores, de acuerdo con los puntos anteriores.

Para considerar que el vehículo pasa la prueba satisfactoriamente, el nivel máximo permisible de opacidad del humo promedio registrado en la serie de prueba debe ser igual o inferior al establecido en el Anexo Nº 1 de la presente norma.

Si el vehículo cuenta con múltiples salidas de los gases de escape, el coeficiente de absorción a registrar, es el promedio aritmético de las lecturas obtenidas en cada salida; en el caso que las lecturas obtenidas difieran en más de k = 0,15 m^{-1}, se tomará la lectura más alta en lugar del promedio.

III. MEDICIÓN DE GASES PARA VEHICULOS MENORES

La emisión de contaminantes por el tubo de escape de los vehículos motorizados menores de dos, tres o cuatro ruedas y con motores de encendido por chispa (ciclo Otto) de dos y cuatro tiempos considerará el Monóxido de Carbono (CO) y los Hidrocarburos (HC). La verificación se realizará con medidor de emisiones infrarrojo no dispersivo en ralentí y marcha de crucero a revoluciones elevadas en igual forma que la realizada en el Título I del presente Anexo. La verificación de humo se hará en una forma visual, permitiéndose solamente la emisión de humo blanco (vapor de agua). Solamente en caso necesario, y a partir del año de entrar en vigencia el presente Decreto Supremo, se considerará la verificación de humo a través de un opacímetro.

ANEXO Nº 3

HOMOLOGACION DE EQUIPOS PARA LA MEDICION DE EMISIONES

I. EQUIPOS ANALIZADORES DE GASES PARA VEHICULOS DE ENCENDIDO POR CHISPA QUE USAN GASOLINA, GAS LICUADO DE PETROLEO, GAS NATURAL U OTROS COMBUSTIBLES ALTERNOS

Gases a ser medidos y unidades de medición

CO = monóxido de carbono (% volumen)

HC = hidrocarburos (ppm)

CO_2 = dióxido de carbono (% volumen)

O_2 = oxígeno (% volumen)

Equipo

Medidor de emisiones infrarrojo no dispersivo (NDIR), capaz de medir CO, HC, CO_2, y O_2, así como de registrar las revoluciones del motor y o/a temperatura del aceite de motor, como mínimo. El equipo debe estar fabricado para uso automotriz y ser autorizado por el Ministerio de

Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

Normas de referencia

La evaluación y homologación de los equipos deberá tomar como referencia una de las siguientes normas:

* International Recommendation OIML R 99 (Edition 1998) Título: Instruments for measuring vehicle exhaust emissions.

* Norma Americana Bar 97.

Sistema de comunicación

Salida de comunicaciones para PC (RS-232) - Mínimo 1 (uno) para los equipos a ser utilizados en las plantas de revisiones técnicas.

Sistema de calibración

Sistema de autocalibración interno así como dispositivos de autodiagnóstico que limiten el uso del equipo en caso de presentar fallas.

La calibración del analizador de gases deberá realizarse, por un laboratorio de calibración acreditado ante el INDECOPI, cada seis meses o cada vez que se sustituya alguna de sus partes internas o haya sido sometido a reparación. El Certificado de Calibración deberá estar disponible para la revisión de los usuarios de los vehículos.

Para comprobar si el analizador de gases se encuentra perfectamente calibrado se deberán realizar mediciones con gases patrón certificados. En el caso de equipos instalados en las plantas de revisiones técnicas, esta operación deberá realizarse cada vez que el programa de cómputo lo pide y será registrado en el disco duro de la computadora, según la tecnología del equipo.

Tipo de uso

La homologación de los equipos deberá precisar el tipo de uso para el cual está habilitado.

1. Revisión en vía pública: equipo homologado oficial, puede ser de tipo portátil y con funcionamiento a batería. Con capacidad operativa buena.

2. Línea de Revisión Técnica: equipo homologado oficial, de tipo fijo, con salida de comunicación PC(RS-232).

Emisión de comprobantes

Los comprobantes a ser emitidos por el equipo serán los siguientes por uso de equipo:

1. Revisión en vía pública: impresora interna para comprobante con copia, o impresión doble original para ser firmada por el responsable o conductor del vehículo, quien retiene la copia. El comprobante debe contener la siguiente información: porcentajes de CO, CO_2 y O_2, y ppm de HC, tipo y número de serie del equipo de medición, fecha, hora y nombre de la dependencia que está realizando la inspección. Así como un espacio para consignar la placa de rodaje.

2. Línea de Revisión Técnica: comunicación directa con el sistema de informática de la planta, con la siguiente información: porcentajes de CO, CO_2 y O_2, y ppm de HC, tipo y número de serie del equipo de medición, nombre y dirección de la planta de Revisiones Técnicas donde se ha realizado la inspección, y fecha y hora de la medición.

Otras consideraciones

1. Para la medición de emisiones de vehículos que usan Gas Licuado de Petróleo (GLP), los equipos deben contar con el selector correspondiente, para dicha medición.

2. Los equipos que medirán las emisiones a una altura mayor de 1800 m.s.n.m, deberán estar adecuados para realizar las correcciones por altitud.

II. EQUIPOS ANALIZADORES DE PARTICULADOS PARA VEHICULOS DE ENCENDIDO POR COMPRESION QUE USAN COMBUSTIBLE DIESEL

Particulados (humos) a ser medidos y unidades de medición

Opacidad en: coeficiente de absorción k (m^{-1}) o porcentaje (%).

Equipo

Se utilizará un opacímetro de flujo parcial. El equipo debe ser fabricado para uso automotriz y autorizado por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

Normas de referencia

La evaluación y homologación de los equipos deberá tomar como referencia la siguiente norma:

***** International Standard ISO 11614 (first edition 1999-09-01) Título: Reciprocating internal combustion compression ignition engines - Apparatus for measurement of opacity and for determination of the light absorption coefficient of exhaust gas.

Sistema de comunicación

Salida de comunicaciones para PC (RS-232) - Mínimo 1 (uno) para los equipos a ser utilizados en las plantas de Revisiones Técnicas.

Sistema de Calibración

Sistema de autocalibración interno así como dispositivos de autodiagnóstico que limiten el uso del equipo en caso de presentar fallas.

La calibración del opacímetro deberá realizarse, por un laboratorio de calibración acreditado ante el INDECOPI, cada seis meses o cada vez que se sustituya alguna de sus partes internas, o haya sido sometido a reparación.

Para comprobar si el opacímetro se encuentra perfectamente calibrado se deberán realizar mediciones con un filtro graduado, el cual deberá colocarse entre la fuente emisora de luz y el receptor (celda fotoeléctrica). En el caso de equipos instalados en las plantas de revisiones

técnicas, esta operación deberá realizarse cada vez que el programa de cómputo lo pide y será registrado en el disco duro de la computadora.

Tipo de uso

La homologación de los equipos deberá precisar el tipo de uso para el cual está habilitado.

1. Revisión en vía pública: equipo homologado oficial, puede ser de tipo portátil y con funcionamiento a batería. Con capacidad de efectuar mediciones precisas a un trabajo intenso.

2. Línea de Revisión Técnica: equipo homologado oficial de tipo fijo, con capacidad de efectuar gran cantidad de mediciones y en forma precisa, con salida de comunicación PC(RS-232).

Emisión de comprobantes

Los comprobantes a ser emitidos por el equipo serán los siguientes por uso de equipo:

1. Revisión en vía pública: impresora interna o externa para comprobante con copia o impresión doble original para ser firmada por el responsable o conductor del vehículo, quien retiene la copia. El comprobante debe contener la siguiente información: porcentajes de opacidad y/o factor k(m^{-1}), tipo y número de serie del equipo de medición, fecha, hora y nombre de la dependencia que está realizando la inspección, así como adecuar un espacio para consignar la placa del rodaje del Vehículo.

2. Línea de Revisión Técnica: comunicación directa con el sistema de informática de la planta, con la siguiente información: porcentajes de opacidad y/o factor k(m^{-1}), tipo y número de serie del equipo de medición, fecha, hora y nombre y dirección de la planta de Revisiones Técnicas donde se ha realizado la inspección.

Otras consideraciones:

Los equipos deben contar con el protocolo automático de realización de prueba, indicando tiempo de aceleración y tiempo de reposo hasta alcanzar el promedio final aritmético.

III. REQUISITOS PARA LA HOMOLOGACION DE EQUIPOS

Requisitos

Solicitud de la empresa interesada dirigida al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, Viceministerio de Vivienda y Construcción, la misma que deberá estar acompañada de los siguientes documentos:

a) Descripción detallada del equipo: marca, modelo y procedencia.

b) Certificación del equipo del lugar de origen.

c) Manual de uso y funcionamiento, en idioma español.

d) Folletos del contenido técnico con fotos a color.

e) Acreditación de los documentos solicitados.

Procedimiento

1. Evaluación de documentos presentados.

2. Verificación del funcionamiento del equipo.

3. Expedición del certificado de homologación, que tendrá una vigencia de dos años renovable si mantiene las condiciones originales de su homologación.

ANEXO Nº 4

GLOSARIO DE TERMINOS

En la aplicación del presente Decreto Supremo se entenderá por:

a) **Aceleración Libre:** Aumento rápido de las revoluciones del motor (en vacío y posición del cambio en neutro) de la condición de ralentí hasta el máximo abastecimiento de la bomba de inyección.

b) **CO:** Monóxido de carbono, gas contaminante emitido por los motores de combustión interna.

c) **CO_2:** Dióxido de carbono, gas contaminante emitido por los motores de combustión interna.

d) **Coeficiente de Absorción (k):** Es el coeficiente de absorción de una columna diferencial de gas en escape a la presión atmosférica y a una temperatura de 70°C, o la medida para cuantificar la capacidad de emisiones de escape para interferir la transmisión de la luz, expresada en unidades de metros a la menos uno (m^{-1}).

e) **Contaminantes Ambientales:** Gases, partículas o ruidos producidos por un vehículo automotor, capaces de modificar los constituyentes naturales de la atmósfera, cuya concentración y permanencia en la misma puede generar efectos nocivos para la salud de las personas y el ambiente en general.

f) **DI:** Inyección directa, definido como la inyección del carburante directamente en la cámara de combustión del motor.

g) **Emisiones de Escape:** Emisiones de hidrocarburos (HC), monóxido de carbono (CO) y óxido de nitrógeno (NOx), así como otros compuestos, partículas y materias específicas liberadas a la atmósfera a través del escape de los motores de combustión interna.

h) **EPA:** Agencia de protección del medio ambiente (USA), entidad que define las normas y protocolos de pruebas para vehículos automotores. Utilizadas en USA y otros países.

i) **EURO (I, II, III):** Conjunto de normas que definen las emisiones y protocolos de pruebas para vehículos automotores. Utilizadas en Europa y otros países.

j) **HC:** Hidrocarburos, gases contaminantes producidos por el motor de combustión interna.

k) **IDI**: Inyección indirecta, definido como la inyección del carburante indirectamente a la cámara de combustión del motor (cámara de precombustión).

l) **Opacidad:** Grado de interferencia en el paso de un rayo de luz a través de las emisiones provenientes del escape de un vehículo. Se expresa en unidades absolutas como coeficiente de absorción o en porcentaje (grado de opacidad del humo).

m) **PM:** Particulados, emisiones en forma de partículas que son generados en el proceso de combustión interna en los motores.

n) **ppm:** Partes por millón, concentración de contaminantes sólidos en los gases de combustión.

o) **Tier (0, 1, 2):** Conjunto de normas que definen las emisiones y protocolos de pruebas para vehículos automotores. Utilizadas en USA y otros países.

p) **Opacímetro:** Dispositivo para medir el grado de opacidad de los gases o humos del escape de un vehículo propulsado por un motor diesel.

q) **Ralentí:** Régimen de revoluciones del motor sin carga, sin presionar el acelerador y el vehículo detenido, cuya especificación es establecida por el fabricante.

Resolución Ministerial
Nº 225-2010-MINAM

Lima, 15 NOV. 2010

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 3º de la Ley General del Ambiente - Ley Nº 28611, dispone que el Estado, a través de sus entidades y órganos correspondientes, diseña y aplica, entre otros, las normas que sean necesarias para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades contenidas en dicha ley;

Que, el artículo 31° de la Ley N° 28611, define el Estándar de Calidad Ambiental - ECA y establece que es obligatorio en el diseño de las normas legales y las políticas públicas, así como referente obligatorio en el diseño y aplicación de todos los instrumentos de gestión ambiental.

Que, asimismo el artículo 32° de la referida Ley, modificada por el Decreto Legislativo N° 1055, define al Límite Máximo Permisible – LMP y señala que su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente, siendo su cumplimiento exigible legalmente por éste y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental;

Que, el literal d) del artículo 7° de la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente – MINAM, dada por el Decreto Legislativo N° 1013, establece como función específica de dicho Ministerio elaborar los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP), de acuerdo con los planes respectivos y contando con la opinión del sector correspondiente;

Que, el literal o) del artículo 39° del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, establece como una de las funciones de la Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental, elaborar el Plan de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP);

Que, en ese sentido se elaboró el mencionado Plan para el período 2010 - 2011, el mismo que fue presentado en un Taller con la participación de los sectores correspondientes, debiendo ser aprobado para su difusión;

De conformidad con lo dispuesto en el numeral d) del artículo 7º de la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, dada por la Ley N° 1013 y el literal a) del numeral 3.2 del artículo 3° del Decreto Supremo N°007-2008-MINAM que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente;

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Aprobación del Plan de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP) 2010-2011

Apruébese el Plan de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP) 2010 - 2011, que en anexo forma parte de la presente Resolución Ministerial.

Regístrese, comuníquese y publíquese

Antonio José Brack Egg
MINISTRO DEL AMBIENTE

ANEXO

PLAN DE ESTÁNDARES DE CALIDAD AMBIENTAL (ECA) Y LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES (LMP) 2010 – 2011

ESTÁNDARES DE CALIDAD AMBIENTAL (ECA)

ECA	PARAMETRO	PLAZO	ACTUALIZAR O ELABORAR
AGUA SUBTERRÁNEA	Varios parámetros físicos químicos, orgánicos, inorgánicos y biológicos entre otros.	PRIMER SEMESTRE (2011)	Elaboración de proyecto de Decreto Supremo que complementa los ECA para Agua.
AGUA PARA REUSO	Varios parámetros físicos químicos, orgánicos, inorgánicos y biológicos de acuerdo al uso.	SEGUNDO SEMESTRE (2011)	Elaboración de proyecto de Decreto Supremo que complementa los ECA para Agua.
RUIDO	Decibelios.	SEGUNDO SEMESTRE (2011)	Revisión del Estándar de Calidad Ambiental (ECA) para Ruido.

LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES (LMP)

EMISIONES	
LMP de Emisiones de la Industria ladrillera.	SEGUNDO SEMESTRE (2011)
LMP de Emisiones de las actividades de establecimientos de preparación de expendio de alimentos.	SEGUNDO SEMESTRE (2011)
RUIDO	
LMP de Ruido para las actividades bajo la competencia de los gobiernos municipales.	PRIMER SEMESTRE (2011)
EFLUENTES	
LMP de efluentes de Plantas desalinizadoras.	SEGUNDO SEMESTRE (2011)

NOTA: El MINAM continuará con los procedimientos y el seguimiento para la aprobación de los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP) de acuerdo al Plan de ECA y LMP 2009, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 121-2009-MINAM.

DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS, NORMAS E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL
V°B°
VMGA - MINAM

sus funciones en concordancia con el artículo 27° del Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, aprobado por Decreto Supremo N° 074-2001-PCM.

Artículo 6º.- Encargar a la Dirección General de Calidad Ambiental del Viceministerio de Gestión Ambiental, el seguimiento y la supervisión del cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución Ministerial.

Artículo 7º.- La presente Resolución Ministerial será publicada en el Diario Oficial El Peruano, así como en el Portal Web Institucional del Ministerio del Ambiente, del Gobierno Regional del Cusco y de la Municipalidad Provincial del Cusco.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

MANUEL PULGAR-VIDAL OTÁLORA
Ministro del Ambiente

1255603-1

Disponen publicación en el Portal Web institucional del Ministerio de la propuesta de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley Nº 30215, Ley de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos

RESOLUCIÓN MINISTERIAL
N° 165-2015-MINAM

Lima, 24 de junio de 2015

Visto, el Memorando N° 307-2015-MINAM/DVMDERN del Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales; así como el Informe N° 049-2015-MINAM/DVMDERN/DGEVFPN de la Dirección General de Evaluación, Valoración y Financiamiento del Patrimonio Natural, y demás antecedentes; y,

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 67 de la Constitución Política del Perú establece que el Estado determina la Política Nacional del Ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales;

Que, de conformidad con el artículo 94 de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, los recursos naturales y demás componentes del ambiente cumplen funciones que permiten mantener las condiciones de los ecosistemas y del ambiente, generando beneficios que se aprovechan sin que medie retribución o compensación, por lo que el Estado establece mecanismos para valorizar, retribuir y mantener la provisión de dichos servicios ambientales; procurando lograr la conservación de los ecosistemas, la diversidad biológica y los demás recursos naturales;

Que, el Eje de Política 1 - Conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y de la diversidad biológica – de la Política Nacional del Ambiente, aprobada por Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM, tiene como uno de sus objetivos lograr la implementación de instrumentos de evaluación, valoración y financiamiento para la conservación de los recursos naturales, diversidad biológica y servicios ambientales en el país;

Que, el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, delimita su ámbito de competencia como el organismo del Poder Ejecutivo rector del sector ambiental, que desarrolla, dirige, supervisa y ejecuta la política nacional del ambiente. Cumple la función de promover la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas;

Que, la Ley N° 30215, Ley de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos, tiene como objetivo promover, regular y supervisar los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos que se derivan de acuerdos voluntarios que establecen acciones de conservación, recuperación y uso sostenible para asegurar la permanencia de los ecosistemas; asimismo, su Octava Disposición Complementaria Final dispone que el Poder Ejecutivo aprobará su Reglamento;

Que, la Dirección General de Evaluación, Valoración y Financiamiento del Patrimonio Natural del Ministerio del Ambiente tiene como una de sus funciones establecer y proponer los lineamientos para la gestión, uso sostenible y compensación de los servicios ambientales promoviendo el diseño e implementación de mecanismos de financiamiento, compensación y supervisión de los servicios ambientales, conforme lo dispone el literal j) artículo 38 del Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM;

Que, a través del informe del visto, el citado órgano de línea propone el reglamento de la Ley N° 30215, Ley de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos, cuya elaboración ha requerido de la participación de diversos actores vinculados a la materia;

Que, previa a su formal aprobación, la citada propuesta requiere ser sometida a consulta para recibir opiniones y sugerencias de los interesados, conforme a lo establecido en el artículo 39° del Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM; por lo que, corresponde emitir la presente resolución;

Con el visado del Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales, de la Secretaría General, de la Dirección General de Evaluación, Valoración y Financiamiento del Patrimonio Natural y de la Oficina de Asesoría Jurídica; y,

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo Nº 007-2008-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; y, el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, aprobado por Decreto Supremo Nº 002-2009-MINAM.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Disponer la publicación de la propuesta de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30215, Ley de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos, que como Anexo forma parte integrante de la presente resolución.

Dicha publicación se realizará en el Portal Web institucional del Ministerio del Ambiente (http://www.minam.gob.pe/consultaspublicas), a fin de conocer las sugerencias y/o comentarios de los interesados, por un plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la publicación de la presente Resolución Ministerial en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 2.- Las sugerencias y/o comentarios sobre el proyecto normativo señalado en el artículo 1 de la presente resolución, deberán ser remitidas, por escrito, al Ministerio del Ambiente, cuya sede se encuentra ubicada en la Avenida Javier Prado Oeste N° 1440, San Isidro – Lima, y/o a la dirección electrónica serviciosecosistemicos@minam.gob.pe.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

MANUEL PULGAR-VIDAL OTÁLORA
Ministro del Ambiente

1255603-2

Conforman el Grupo Técnico denominado Grupo de Estudio Técnico Ambiental de la Calidad del Aire (GT - GESTA Zonal de Aire) de Huancayo

RESOLUCIÓN MINISTERIAL
N° 166-2015-MINAM

Lima, 24 de junio de 2015

Visto, el Memorando N° 203-2015-MINAM/MINAM del Viceministerio de Gestión Ambiental; así como el Informe Técnico N° 301-2015-MINAM/VMGA/DGCA de la Dirección General de Calidad Ambiental, y demás antecedentes; y,

HAY BENEFICIOS DE LITIGAR SIN GASTOS

Letra M Nº 1569 Legajo XL

2004

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

JUICIOS ORIGINARIOS

MENDOZA, BEATRIZ SILVIA Y OTROS

CONTRA

ESTADO NACIONAL Y OTROS

SOBRE

DAÑOS Y PERJUICIOS (DAÑOS DERIVADOS DE LA CONTAMINACION AMBIENTAL DEL RIO MATANZA-RIACHUELO)

ANEXO 1

DANIEL H. FALLABRINO
ABOGADO C.S.J.N.
T° 24 F° 809 C.A.L.P.
T° XXXV F° 52

ACTUACION NOTARIAL

GAA07464173

PROTOCOLO

ESCRITURA NUMERO SETENTA Y NUEVE.- PODER GENERAL JUDICIAL.- ALBARRACIN, Norma Beatriz y otros a MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros.- En la ciudad y partido de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el doce de Abril de dos mil cuatro, ante mí, **Roxana Beatriz LOPEZ DEL VALLE**, Notaria titular del Registro número 58, de Avellaneda, **COMPARECEN**: doña **Norma Beatriz ALBARRACIN**, argentina, nacida el 2 de Marzo de 1967, casada en primeras nupcias con don Raúl Ibarra, titular del Documento Nacional de Identidad número 18.494.780, domiciliada en la calle Larroque número 1928, Dock Sud, partido de Avellaneda; doña **Angélica Cristina BUSLEM**, argentina, nacida el 19 de Septiembre de 1973, casada en primeras nupcias con don Cristian Hernán Martinez, titular del Documento Nacional de Identidad número 23.357.766, domiciliada en la calle Larroque número 1932, Dock Sud, partido de Avellaneda; don **Pedro Jorge BAEZ FERNANDEZ**, paraguayo, nacido el 29 de Junio de 1960, casado en primeras núpcias con Rumilda Benitez, titular del Documento Nacional de Identidad número 93.750.369, domiciliado en la calle Génova número 2769, Dock Sud, partido de Avellaneda; doña **Irma Magdalena IBARRA**, argentina, nacida el 25 de Junio de 1965, soltera, titular del Documento Nacional de Identidad número 17.345.378, con domicilio en la calle Nuñez número 1464, Dock Sud, partido de Avellaneda; doña Olga FIGUEIRA, argentina, nacida el 17 de Febrero de 1940, casada, titular del Documento Nacional de Identidad número 3.949.128, con domicilio en la calle Campana y Larroque, Dock Sud, partido de Avellaneda; doña **Mercedes Beatriz RUIS**, argentina, nacida el 19 de Agosto de 1971, casada en primeras

GAA07464173

nupcias con don Carlos Eduardo Ruiz, titular del Documento Nacional de Identidad número 22.365.961, con domicilio en la calle Manuel Ocanto número 1616, Dock Sud, partido de Avellaneda; doña **María Alejandra SCIARRETTA**, argentina, nacida el 20 de diciembre de 1972, soltera, titular del Documento Nacional de Identidad número 23.037.793, con domicilio en la calle Manuel Ocanto número 6012, del partido de Avellaneda; doña **María del Carmen BRITE**, argentina, nacida el 1 de Diciembre de 1957, quién manifiesta ser divorciada, titular del Documento Nacional de Identidad número 14.774.691, domiciliada en la calle Larroque y Campana, Dock Sud, partido de Avellaneda; y don Víctor Ricardo GONZALEZ, argentino, nacido el 7 de Agosto de 1978, soltero, titular del Documento Nacional de Identidad número 23.248.971, domiciliado en la calle Campana y Larroque, Dock Sud, partido de Avellaneda.- Todos los comparecientes son personas capaces, de cuyo conocimiento, doy fe, así como que concurren a este acto por sus propios derechos, haciéndolo además la señora María Alejandra Sciarretta, en ejercicio de los derechos que le acuerda la patria potestad y en nombre y representación de sus hijos menores de edad, **Lucas Nicolas SCIARRETTA**, argentino, nacido el 29 de Noviembre de 1993, con Documento Nacional de Identidad número 37.864.154; **Facundo Guillermo SCIARRETTA**, argentino, nacido el 29 de Noviembre de 1993, con Documento Nacional de Identidad número 37.864.153 y **Daniel Alejandro SCIARRETTA**, argentino, nacido el 5 de Febrero de 1988, con Documento Nacional de Identidad número 43.472.703, con igual domicilio que su señora madre.- Y los comparecientes, por sí y por la representación

ACTUACION NOTARIAL

GAA074641174

3

que ejercen, **DICEN:** Que otorgan **PODER GENERAL JUDICIAL** a los doctores **Jorge MOSSET ITURRASPE; Miguel ARAYA; Daniel Eduardo SALLABERRY; Santiago Andrés KAPLUN** y/u **Horacio Rodolfo BELOSSI,** para que en sus nombres y representación, ya sea actuando en forma conjunta, separada o alternadamente, intervengan en todos los juicios pendientes o futuros de cualquier naturaleza, fuero o jurisdicción en que sean o fueren parte legítima como actores o demandados, como así también ante las mediaciones civiles regidas por la Ley 24.573, y como particulares damnificados ante la Justicia Correccional y/o Criminal de la Provincia de Buenos Aires o en cualquier otro carácter, con las siguientes facultades: Intervengan en defensa de los intereses de los mandantes en toda clase de juicios que deban sustanciarse en los tribunales de la Nación o de las Provincias, de cualquier fuero y jurisdicción con facultad para promover toda clase de acciones, realizar gestiones, presentar escritos, títulos y documentos de toda índole, declinar o prorrogar jurisdicciones; entablar o desistir demandas, allanarse, desistir del derecho o del proceso; oponer y contestar excepciones de cualquier naturaleza; reconvenir, asistir a juicios orales, al cotejo de documentos y firmas o a exámenes periciales; interpelar; solicitar el nombramiento o remoción de administradores de bienes y auxiliares de justicia; hacer, aceptar o impugnar consignaciones y obligaciones; conceder esperas y acordar términos conciliar extrajudicialmente, iniciar y continuar hasta su total terminación juicios sucesorios, pudiendo aceptar o rechazar herencias y legados, probar el vínculo familiar, aceptar, impugnar testamen-

PROTOCOLO

tos, herederos y legatarios; tramitar, rectificar o suplir partidas con facultad de realizar todos los trámites pertinentes; pedir declaraciones de quiebras o concursos; asistir a juicios de acreedores con voz y voto; aceptar, observar o rechazar concordatos u otros arreglos judiciales o extrajudiciales; designar liquidadores o comisiones de vigilancia; verificar u observar créditos y su graduación; solicitar embargos preventivos o definitivos, inhibiciones y demás medidas precautorias y sus levantamientos; deducir y contestar tercerías; intimar desalojos y lanzamientos; comprometer las causas en árbitros o amigables componedores legales o voluntarios; conciliar, requerir medidas conservatorias y compulsas de libros; hacer cargos por daños y perjuicios, demandar indemnizaciones e intereses, arguir de nulidad y falsedad; pedir u oponerse a la declaración de rebeldía o decaímientos de derechos procesales; solicitar y oponerse a la acumulación de procesos o de acciones; ofrecer, aceptar y exigir juramentos, fianzas y cauciones; asistir a audiencias; citar de evicción; solicitar y diligenciar notificaciones; vistas y traslados por medio de cédulas, oficios, exhortos y mandamientos; reconocer documentos o firmas de la parte poderdante anteriores o posteriores a éste acto, así como reconocer o confesar obligaciones aún anteriores al presente; solicitar la subasta pública o la venta privada de bienes; solicitar, aceptar, impugnar avalúos, tasaciones o inventarios; hacer renuncias de derechos, constituir domicilios; solicitar u oponer caducidad; otorgar renuncias gratuitas, remisiones o quitas de deudas, demandar por daños y perjuicios indemnizaciones e intereses; oponer

ACTUACION NOTARIAL

GAA07464175

PROTOCOLO

o interrumpir o renunciar prescripciones, oponer o absolver posiciones; producir todo otro género de pruebas e informaciones; ofrecer testigos, alegar y probar acerca de la idoneidad de los testigos de las causas e impugnar sus declaraciones; aceptar o rechazar transacciones y novaciones que extingan obligaciones aún anteriores a éste poder; hacer arreglos judiciales o extrajudiciales; solicitar, aceptar o rechazar divisiones de condominio, mensuras, deslindes, amojonamientos; particiones de todo tipo y adjudicaciones de bienes, tomar y dar posesión de bienes litigiosos; ratificar, aclarar, confirmar y registrar actos jurídicos y contratos, otorgar y firmar los instrumentos públicos y privados que fueren menester, con esenciales facultades extrajudiciales para practicar toda clase de intimaciones por cartas documentos, actas notariales, escrituras públicas y privadas, telegramas y cualquier otro medio para responder en igual sentido las que le sean remitidas o formuladas a la parte poderdante; cobrar y percibir, dar recibos y cartas de pago; y en fin realizar cuantos más actos, gestiones y diligencias sean necesarias y conducentes al mejor desempeño del presente mandato, entendiéndose que el presente no se entenderá revocado por la intervención directa de la parte mandante.- **LEO** a los comparecientes, quienes aceptan su contenido y firman ante mi, doy fe.- Testado: ama Olga Figueroa, argentina. Nacida el 7 de Febrero de 1940 casada titular del Documento Nacional de Identidad número 3.949.128, con domicilio en la calle Campana y Darsena Dock Sud partido de Avellaneda y don Javier Ricardo Gonzalez Argentino

CERTIFICO que la atestación correspondiente a esta copia se formaliza en el folio de actuación notarial N°BAA03924553.-Avellaneda, cuatro de junio de dos mil cuatro.-

GAA07464175

nacido el 7 de Agosto de 1973 soltero-titular del documento Nacional de Identidad número 23.246.977 domiciliado en la calle Campana y Samoore Dpto Sur- partido de Avellaneda - No doc.-

ROXANA L. LOPEZ del VALLE
NOTARIA

ACTUACION NOTARIAL

BAA03924553

5

CONCUERDA la fotocopia adjunta con su escritura matríz,que pasó por ante mi notaria **Roxana B.LOPEZ del VALLE**, al folio 173, del protocolo corriente del Registro 58 del Distrito Notarial de Avellaneda, del cual soy titular.**Para los Apoderados**, expido esta primera copia en tres fojas de fotocopias, que -en sus originales- llevan los números GAA07464173 al GAA07464175 y el presente folio de actuación notarial que sello y firmo en la ciudad de Avellaneda, a los cuatro días del mes de junio de dos mil cuatro.

ROXANA B. LOPEZ del VALLE
NOTARIA

BAA03924553

La firma y el sello que anteceden se legalizan en el Valor de legalización N° FAA016572388 que se agrega

Lomas de Zamora, 07 de JUNIO de 2007.-

NOT. RICARDO A. CULLER
DELEGACION LOMAS DE ZAMORA

FAA01657388

Fº

LEGALIZACIONES

Decreto - Ley 9020 (Artículos 117/118)

EL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES República Argentina, en virtud de la facultad que le confiere la Ley Orgánica del Notariado, legaliza la firma y el sello del notario DOÑA: Rotona B. LOPEZ DEL VALLE. - obrantes en el Documento Nº BAA039245553. -

La presente legalización no juzga sobre el contenido y forma del documento.

ESC. Rotona B. LOPEZ DEL VALLE: USO -

LOMAS DE ZAMORA, 07 de JUNIO de 2004 -

NOT. RICARDO [illegible] CHILLER
DELEGACION LOMAS DE ZAMORA

COLEGIO DE ESCRIBANOS · CIUDAD DE BUENOS AIRES · CAPITAL FEDERAL - REPUBLICA ARGENTINA

ACTUACION NOTARIAL
LEY 404

VALERIA SCHVARTZMAN
MAT. 4716
ESCRIBANA

N 002558148

FOLIO 893.- PRIMERA COPIA.- PODER GENERAL JUDICIAL.- MENDOZA, Beatriz Silvia y Otros a favor del Doctor Santiago Andrés KAPLUN y Otros.- ESCRITURA NUMERO: TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO.- En la Ciudad de Buenos Aires, a dos días del mes de setiembre del año dos mil tres, ante mí, Escribana Autorizante, comparecen **Beatriz Silvia MENDOZA**, argentina, divorciada de sus primeras nupcias de Guillermo Valcarce, titular del Documento Nacional de Identidad 11.017.126, domiciliada en Pasaje Merlino 744, Wilde, Provincia de Buenos Aires, **Analía Jorgelina RAFUL**, argentina, soltera, titular del Documento Nacional de Identidad 16.730.004, domiciliada en Perez Galdos 235, Piso Primero, Departamento "A" de Capital Federal, **María Mercedes GONZALEZ**, argentina, casada en primeras nupcias con Osvaldo Enrique Huerga, titular del Documento Nacional de Identidad 5.949.449, domicliada en Marconi 748, Piso Quinto, Departamento "B", Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, **Liliana SERRANO**, argentina, divorciada de sus primeras nupcias de Sergio Omar Torres, titular del Documento Nacional de Identidad 13.437.544, domiciliada en Paunero 984, Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, **Nancy Silvia ARBIZU**, argentina, casada en primeras nupcias con Alberto Daniel Prieto, titular del Documento Nacional de Identidad 12.864.242, domiciliada en Puerto de Palos 172, Villa Dominico, Provincia de Buenos Aires, **Li-**

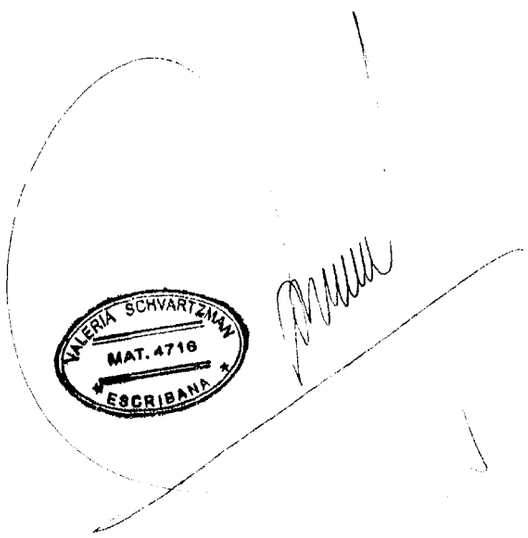
N 002558148

liana Olga **VALEGGIANI**, argentina, soltera, titular del Documento Nacional de Identidad 11.205.826, domiciliada en Arenales 60, Piso Primero, Departamento "A", Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, **Teresita Mabel NEVADO**, argentina, con Documento Nacional de Identidad 13.316.933, casada en primeras nupcias con Emilio Vazquez Lopez, domiciliada en Oyuela 266, Villa Dominico, Provincia de Buenos Aires y **Edgardo Marcelo DIAZ**, argentino, soltero, titular del Documento Nacional de Identidad 22.046.394, domiciliado en Pico y Helguera Torre 10, Planta Baja "C", Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, todos mayores de edad, hábiles y de mi conocimiento, doy fe, y DICEN: que confieren **PODER GENERAL JUDICIAL a los Doctores Santiago Andrés KAPLUN, Guido Ariel SILVESTEIN, Ezequiel Urbino SANTA CRUZ, Norberto KRASNAPOLSKY, Jorge MOSSET ITURRASPE, Daniel Eduardo ZALLABERRY, Horacio Rodolfo BELOSSI y Miguel ARAYA** para que en forma conjunta, alternativa o indistinta cualesquiera de ellos intervengan en todos los juicios pendientes o futuros de cualquier naturaleza fuero o jurisdicción en que los otorgantes sean parte en cualquier carácter.- Al efecto los autorizan para que comparezcan ante las autoridades judiciales y administrativas, con facultad para presentar escritos y documentos, declinar o prorrogar jurisdicciones, entablar o contestar demandas y reconvenciones, asistir a

audiencias, mediaciones, conciliaciones, juicios verbales, al cotejo de documentos y firmas ó a examenes periciales, proponer, tasadores, partidores, rematadores, escribanos y peritos de toda índole, conceder esperas ó quitas, pedir declaratoria de quiebras o concursos especiales a sus deudores y asistir a juntas de acreedores, aceptar, y desaprobar concordatos, adjudicaciones o cesiones de bienes u otros convenios, designar liquidadores o comisiones de vigilancia, verificar u observar créditos, percibir o rechazar dividendos, solicitar medidas cautelares y sus cancelaciones, celebrar transacciones judiciales o extrajudiciales, tramitar desalojos, comprometer las causas en árbitros o arbitradores, requerir medidas conservatorias, oponer prescripciones, poner o absolver posiciones y producir todo otro género de pruebas, interponer o renunciar recursos legales, prestar o deferir juramentos, exigir fianzas, y demás garantías, formular protestos y protestas, hacer manifestaciones de bienes, ratificar, rectificar, aclarar, y registrar actos jurídicos o contratos, cobrar y percibir otorgando recibos y cartas de pago, asistir a audiencias, tomar posesiones y realizar cuantos más actos sean conducentes al mejor desempeño del presente mandato.- LEIDA Y RATIFICADA, así la otorgan y firman de conformidad, por ante mí, doy fe.- Hay ocho firmas.- Está mi Sello.- Ante mí:

N 002558149

Valeria SCHVARTZMAN.- CONCUERDA con su escritura matriz que pasó ante mí al folio 893 del Registro 1052 de mi Adscripción, doy fe.- PARA los MANDATARIOS expido la presente PRIMERA COPIA en el lugar de su otorgamiento a 16 de septiembre del 2003.-



COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

LEY 23.187
DERECHO FIJO (ART. 51,d)

Profesional MOSFET ITURRASTE Jorge.

T. _____ F. _____

Expediente Bmte c/ Estado Nac. y/o s/ Dcho Pco.

Juzgado _____ Secretaría _____

Fecha: _____ de _____ de _____

Nº 06359679

_____
Firma

COPIA PARA EL EXPEDIENTE

GRAFICA SAAVEDRA S.R.L.

COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

10

LEY 23.187
DERECHO FIJO (ART. 51,d)

COPIA PARA EL EXPEDIENTE

Profesional DANIEL E. SALUMBENY

T. _____ F. _____

Expediente BRUTE c/ EST NAC. S/D, PERJ.

Juzgado _____ Secretaría _____

Fecha: _____ de _____ de _____

Nº 06359680

_____
Firma

COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

LEY 23.187
DERECHO FIJO (ART. 51.d)

Profesional KAPLUN SANTIAGO ANDRES

T. _____ F. _____

Expediente Inte c/ Sist. Nac. y/o S/ Ds. Bs.

Juzgado _____ Secretaría _____

Fecha: _____ de _____ de _____

Nº 06359681

_____
Firma

COPIA PARA EL EXPEDIENTE

COPIA PARA EL EXPEDIENTE

JRR S.R.L.

COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

12

LEY 23.187
DERECHO FIJO (ART. 51,d)

Profesional HORACIO R. BELOSSI

T. _____ F. _____

Expediente BRITE C/ EST. NAC Y OTROS S/ D. y P.

Juzgado _____ Secretaría _____

Fecha: _____ de _____ de _____

Nº 06359677

_____
Firma

COPIA PARA EL EXPEDIENTE

COPIA PARA EL EXPEDIENTE

PIEDRA S.R.L.

COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

13

LEY 23.187
DERECHO FIJO (ART. 51,d)

Profesional MIGUEZ ARAYA

T. _____ F. _____

Expediente BRUTE c/ EST. NAC. y OTROS s/ Ds y Rep.

Juzgado _____ Secretaría _____

Fecha: _____ de _____ de _____

Nº 06359678

_____
Firma

COPIA PARA EL EXPEDIENTE

COPIA PARA EL EXPEDIENTE

GRAFICA SAAVEDRA S.R.L.

Iniciamos demanda. Medida cautelar

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Miguel Araya, Daniel Eduardo Sallaberry y Santiago Andrés Kaplun, abogados, constituyendo domicilio conjuntamente con nuestros letrados patrocinantes Dres. **Jorge Mosset Iturraspe** y **Horacio Rodolfo Belossi**, en la calle Tucumán 1429, piso 7° «D», Capital Federal, a V.E. decimos:

1. Personería

Con las copias simples de los poderes generales judiciales que declaramos bajo juramento son fieles a sus originales y se encuentran vigentes, acreditamos ser apoderados de Mendoza, Beatriz Silvia, DNI 11.017.126, con domicilio el pasaje Merlino 744, Wilde, Pcia. de Bs. As.; Raful, Analía Jorgelina, DNI 16.730.004, domiciliada en la calle Pérez Galdós 235, piso 1° «A» B°, La Boca, Capital Federal; González, María Mercedes, DNI 5.949.449, domiciliada en la calle Marconi 748, 5to. «B», Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Serrano, Liliana, DNI 13.437.544, con domicilio en la calle Paunero 984, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Arbizu, Nanci Silvia, DNI 12.864.242, con domicilio en la calle Puerto de Palos 172, Villa Domínico, Pcia. de Bs. As.; Valeggiani, Liliana Olga, DNI 11.205.826, domiciliada en la calle Arenales 60 piso 1° «A», Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Nevado, Teresita Mabel, DNI 13.316.933, domiciliada en la calle Oyuela 266, Villa Domínico, Pcia. de Bs. As.; Díaz, Edgardo Marcelo, DNI 22.046.394, domiciliado en Pico y Helguera, torre 10, PB «C», Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Albarracín, Norma Beatriz, DNI 18.494.780,

por sí y en ejercicio de la patria potestad por su hijo menor, IBARRA, Evelin, DNI 37.760.405, domiciliada en la calle La Roque 1928, Dock Sud, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; BUSLEM, Angélica Cristina, DNI 23.357.766, por sí y en ejercicio de la patria potestad por su hijo menor MARTÍNEZ, Nicolás Hernán DNI 38.321.502, domiciliada en calle La Roque 1932, Dock Sud, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; BÁEZ, Fernández, Pedro Jorge, DNI: 9.375.369, por sí y en representación de sus hijos, BÁEZ, Edgar Oscar, DNI 39.220.761, BÁEZ, Virgilio Javier, DNI 34.149.025, BÁEZ, Noelia Noemí, DNI 38.962.144, BÁEZ, Yanina Elizabeth, DNI 41.582.644, BÁEZ, Cristian Gabriel, DNI 37.460.536; BÁEZ, Facundo Ezequiel, domiciliado en la calle Génova 2769, Dock Sud Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; RUIS, Mercedes Beatriz, DNI 22.365.961, casada con RUIZ, Carlos Eduardo, DNI 22.365.961, por sí y en representación de sus hijos menores RUIZ, Javier Ezequiel, DNI 38.997.124, RUIZ, Carlos Nahuel, DNI 42.828.743; FONSECA, Giselle Soledad, DNI 22.365.961, en representación de sus hijas FONSECA, Claudia Karina, DNI 32.757.015, FONSECA, Milagros Belén, DNI 43.978.792, con domicilio en la calle M. Ocantos 1616, Dock Sud, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; SCIARRETTA, María Alejandra, DNI 23.037.793 por sí y en representación de sus hijos menores, SCIARRETTA, Lucas Nicolás, DNI 37.864.154, BRITEZ, Rodrigo Maximiliano DNI 44.764.642, BRITEZ, Cristian Javier, DNI 41.928.989, BRITEZ, Patricia Micaela, DNI 42.575.967, BRITEZ, Laura Elizabeth, DNI 40.463.003, BRITEZ, Sabrina Noemí DNI 42.575.968, SCIARRETTA, Facundo Guillermo, DNI 37.864.153, SCIARRETTA, Daniel Alejandro, DNI 43.472.703, con domicilio en la calle M. Ocantos 6012, Dock Sud, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; BRITE,

María del Carmen, DNI 14.774.691, por sí y en representación de sus hijos menores, Olivera Brite, Camila Ayelén Milagros, DNI 42.829.532, Olivera Brite, Emir Rubén, DNI 39.549.807, con domicilio en la calle Larroque y Campana, Dock Sud, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Ibarra, Irma Magdalena, DNI 17.345.378, por sí y en representación de sus hijos Moscobi, Alan, DNI 37.558.862, Moscobi, Debora, DNI 35.349.973, con domicilio en la calle Larroque 1928; Martínez, Marcela Beatriz, DNI 26.465.086, por sí y en representación de su hijo Moringo, Ricardo Aarón Erasmo, DNI 22.046.916, Moringo, Agustina Julieta, DNI 42.885.203, Moringo, Noelia Mariel, DNI 38.562.977, Moringo, Antonella Johana, DNI 42.314.524, Moringo, Gabriela Jacqueline, DNI 42.314.523, con domicilio en la calle M. Ocantos 1639, Dock Sud, Avellaneda , Pcia. de Bs. As.

2. Objeto

Que en el carácter invocado y siguiendo precisas instrucciones de nuestros conferentes, venimos a iniciar demanda por daños y perjuicios y condena a no hacer y condena a hacer, en contra de:

1) **Estado nacional (Poder Ejecutivo Nacional),** Balcarce 50, Cdad. de Bs. As.
2) **Provincia de Bs. As.,** calle 6 entre 51/53, La Plata, Pcia. de Bs. As.;
3) **Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As.,** Avda. de Mayo 625, Cdad. de Bs. As.;
4) **Shell Capsa,** Av. R. S. Peña 788, Capital Federal;

5) **Petrobrás Energía S.A. (Ex Pecom),** Maipú 1, Cdad. de Bs. As.;

6) **YPF S.A.,** Av. R.S. Peña 777, Cdad. de Bs. As.;

7) **EG3 S.A.,** Lima 339, Cdad. de Bs. As.;

8) **Antivari S.A.C.I.,** Av. Córdoba 632, piso 13, Cdad. de Bs. As.;

9) **Dapsa,** Sgto. Ponce s/n, Dock Sud, Pcia. de Bs. As.;

10) **Sea Tank Costal Petroleum Argentina S.A.,** Morse, Dock Sud, Pcia. de Bs. As.;

11) **Sol Petrolero S.A.,** Maipú 942, Cdad. de Bs. As.;

12) **Central Dock Sud S.A.,** Solís s/n, Dock Sud Avellaneda, Pcia. de Bs. As.;

13) **Covic S.A.,** Sargento Ponce s/n Dock Sud, Avellaneda, Pcia. de Bs.As

14) **Distribuidora Química S.A.,** Solís s/n Dock Sud, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.;

15) **Indupa,** Morse s/n Lado Este, Dock Sud, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.;

16) **Islington S.A.,** Génova 1990 PB Loc. Dock Sud, Pcia. de Bs. As;

17) **Materia Hermanos SACIF,** Morse s/n PB Prefec. Nac. Marit. Dock Sud, Pcia. de Bs.As.;

18) **Meranol S.A.C.I.,** Génova 1431 Dock Sud, Pcia. de Bs. As.;

19) **Orvol,** Morse s/n, Prefec. Nac. Marítima Acceso Muelle, Dock Sud, Pcia. de Bs. As.;

20) **Pamsa,** Dock Sud s/n, Pcia. de Bs. As.;

21) **Petro Río Sea Tank,** Génova s/n, Dock Sud, Pcia. de Bs. As.,

22) **Sorialco,** Génova 2034, Dock Sud, Pcia. de Bs. As.;

23) **Tagsa (Técnicas y Aplicaciones del Gas S.A.),** Dock Sud, Prov. de Bs. As.;

24) **Tea,** Morse s/n Dock Sud, Pcia. de Bs. As.;

25) **Tenanco,** Morse s/n PB T P. Sección 2ª lado Este s/Ponce Río Manz. Ir. Dock Sud, Bs. As.;

26) **Trieco S.A.,** Camino de la costa s/n PB tp Iriarte Beguerestain campo, Dock Sud, Bs. As.;

27) **Union Carbide (ex Dow Química),** Génova s/n progreso pasaje Génova Larroque Dock Sud, Bs. As.;

28) **V de Bernardi,** Solís S/N 2da. Sección Lado Este Muelles, Dock Sud, Pcia. de Bs. As.;

29) **Sadesa S.A.,**Tronador 4890, Cdad. de Bs. As.;

30) **Coto CISA,** Agüero 660, Cdad. de Bs. As.;

31) **Molinos Rio de la Plata S.A.,** Defensa 143, Cdad. de Bs. As.;

32) **Danone Argentina S.A.,** Moreno 877, Cdad. de Bs. As.;

33) **Curtiembre Francisco Urcivoli e Hijos S.A.,** Itapirú 245, Valentín Alsina, Pcia. de Bs. As.;

34) **Frigorífico Regional Las Heras S.A.,** Tronador 4890, Cdad. de Bs. As.;

35) **S.A. Wppi Hnos. y Cia. Ltda.,** Fray M. Esquiú 1252, Capital Federal;

36) **Curtiembre Ángel Giordano S.R.L.,** M. Maza 3248, Valentín

Alsina, Pcia. de Bs. As.;

37) **Curtiduría A. Gaita S.R.L.,** José I. Rucci 1500 y Rivera Sur Riachuelo, Valentín Alsina, Pcia. de Bs. As.;

38) **Textil Lugano S.A.I.C.F. y A.,** Av. R. S. Ortiz 1001, Capital Federal;

39) **Rasic Hermanos S.A. (Planta Nº 1 y Nº 2),** Ruta 205 km 38, 2, Tristán Suárez, Pcia. de Bs. As.;

40) **Mercedes Benz Argentina S.A.I.C.F. y N.,** Av. del Libertador 2424, Cdad. de Bs. As.;

41) **Buenos Aires Embotelladora S.A.,** Diógenes Taborda 1533, Cdad. de Bs. As.;

42) **Fábrica Justo S.A.I.C.,** Gral. F. Rivera 2964, Cdad. de Bs. As.;

43) **Química True S.A.C.I.F.,** Av. Pedro Dreyer 2678, Monte Grande, Pcia. de Bs. As.;

44) **Cervecería Bieckert S.A.,** Pronsato 121, Lavallol, Pcia. de Bs. As.;

45) **Danone S.A.,** Moreno 877 13, Cdad. de Bs. As.;

46) **Sulfargen S.A.,** Allarias 222, Lomas de Zamora, Pcia. de Bs. As.;

47) **Aguas Argentinas S.A.,** Tucumán 752, Cdad. de Bs. As.;

y contra quien y/o quienes en definitiva resulten responables por los daños y perjuicios sufridos por nuestros mandantes a consecuencia de la contaminación ambiental, o lo que en más o en menos resulte de la prueba por producir.

3. Competencia originaria y jurisdicciones

Sostenemos que corresponde al Máximo Tribunal entender en las presentes actuaciones con competencia originaria y exclusiva, en virtud de la naturaleza de la acción promovida, los sujetos codemandados, la distinta vecindad de algunos de los coactores con la provincia codemandada (art. 24 dec-ley 1258/85), la interjurisdicción de la vía navegable contaminada y las afectaciones que provoca.

Destacamos que la Nación tiene jurisdicción sobre la Cuenta Matanza-Riachuelo, por conformar un río navegable. Al respecto el art. 75 inc. 10 de la Constitución Nacional dice:

- «Corresponde al Congreso (...) reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere conveniente y crear o suprimir aduanas (...).»

El dominio sobre los ríos les pertenece a las provincias, ya se trate de cursos navegables o no navegables, sea que estén exclusivamente situados en una provincia o sean ríos interprovinciales.

El curso del Riachuelo atraviesa varias jurisdicciones. Es decir, constituye una vía navegable que une a más de una jurisdicción. Justamente por tales caracteres —navegabilidad e interjurisdiccionalidad—, hay jurisdicción Nacional en cuanto a su regulación y control (art. 75 inc. 10 CN ya citado).

El artículo 41 de la Constitución Nacional ha impuesto la responsabilidad primaria de las autoridades ante el daño ambiental, por lo tanto y según se explica más abajo, considerando el reclamo impetrado como consecuencia de la contaminación de una vía navegable e interjurisdiccional, la Nación se halla

obligada a intervenir, resultando responsable, sin perjuicio de las responsabilidades y el poder de policía que cabe a otras jurisdicciones.

Existe a su vez jurisdicción de la provincia de Buenos Aires sobre la cuenca, conforme lo estatuido por los artículos 121 y 124 de la Constitución Nacional. En efecto, el art. 121 dispone en su parte pertinente:

- «Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal (...).»;

Y el art. 124 estatuye en su parte pertinente:

- «Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (...).»

De ello se desprende *prima facie*, que las provincias poseen el poder de policía sobre sus recursos naturales. Sin embargo, tratándose de una vía interjurisdiccional y navegable, su navegación, el comercio interprovincial y los presupuestos mínimos de protección ambiental caen bajo la regulación del Congreso Nacional (conforme art. 75 CN, incs. 10 y 13 y art. 41 CN).

Por otro lado, el artículo 28 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, dispone que ésta ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio con el fin de asegurar una gestión ambiental adecuada.

Hasta aquí destacamos la existencia de jurisdicción Nacional y provincial. A ellas, cabe agregar aún la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El art. 8 de la Constitución porteña dice en su parte pertinente:

- «Los límites territoriales de la Ciudad de Buenos Aires son los que his-

tóricamente y por derecho le corresponden conforme a las leyes y decretos Nacionales vigentes a la fecha. Se declara que la Ciudad de Buenos Aires es corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, los cuáles constituyen en el área de su jurisdicción bienes de su dominio público. Tiene el derecho a la utilización equitativa y razonable de sus aguas y de los demás recursos naturales del río, su lecho y subsuelo, sujeto a la obligación de no causar perjuicio sensible a los demás corribereños. Sus derechos no pueden ser turbados por el uso que hagan otros corribereños de los ríos y sus recursos (...) La Ciudad tiene el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales y acuerda con otras jurisdicciones el aprovechamiento racional de todos los que fueran compartidos. En su carácter de corribereña del Río de la Plata y Riachuelo, la Ciudad tiene plena jurisdicción sobre todas las formaciones insulares aledañas a sus costas, con los alcances permitidos por el Tratado del Río de la Plata. Serán consideradas como reservas naturales para preservar la flora y la fauna de sus ecosistemas. Los espacios que forman parte del contorno ribereño de la Ciudad son públicos y de libre acceso y circulación (...).»

Por último, la Cuenca Matanza- Riachuelo, cursa los territorios de los siguientes municipios: Almirante Brown, Avellaneda, Cañuelas, Esteban Echeverría, General Las Heras, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Marcos Paz, Merlo y San Vicente.

Por las razones invocadas, solicitamos, que V.E. declare su competencia originaria y exclusiva para entender en los presentes obrados.

4. Hechos - Consideraciones ambientales y legales

La cuenca del río Matanza-Riachuelo, está ubicada dentro de la llanura Chacopampeana, caracterizada por un paisaje de llanura que se desarrolla por debajo de los 35 metros sobre el nivel del mar.

Su clima es templado húmedo. La media anual de las precipitaciones es de 1.047 mm por año, concentrándose la mayoría en las estaciones de verano y otoño.

El caudal mínimo es aproximadamente de 2,90 m^3/s, mientras que el máximo ronda los 1.000 m^3/s.

La llanura alta ocupa las divisorias de agua de la cuenca y en ella predominan lagunas pequeñas, bañados intermitentes no conectados a la red de drenaje desarrollada. La llanura intermedia es la zona de mayores pendientes, hasta 2 m/km y posee una red de drenaje integrada y densa.

La llanura baja es una superficie plana de escasa pendiente topográfica (0,5 m/km), que constituye la llanura actual de inundaciones y muestra un notable ensanchamiento hacia la desembocadura.

La cuenca tiene una población de 3.000.000 de habitantes. Abarca parte de la Capital Federal y once partidos de la provincia de Buenos Aires. Gran parte de su población es de bajo nivel de vida y vive en condiciones precarias.

Desde el punto de vista ambiental, las zonas más críticas de la cuenca son la zona portuaria del Riachuelo y la zona altamente industrializada a lo largo del río, desde su desembocadura hasta las cercanías de Villa Diamante y Fiorito.

Considerando su calidad, el Río Matanza-Riachuelo, puede dividirse en

Tramo I: Desde sus nacientes hasta la desembocadura del arroyo Chacón, donde el Río Matanza tiene una calidad aceptable.

Tramo II: Entre el arroyo Chacón y el arroyo Ingeniero Rossi, aproximadamente donde comienza su rectificación.

Tramo III: Desde el comienzo de su rectificación, hasta la desembocadura del Riachuelo. En este tramo, el río está completamente contaminado y existe una pronunciada influencia del efecto de las mareas.

El gráfico de la página siguiente nos ilustra acabadamente acerca del comportamiento de la cuenca en relación con su efluente e influente y estacional.

De acuerdo con distintos estudios realizados, los análisis indican las siguientes características de calidad del curso:

Tramo I: El río muestra pocos signos de contaminación. El curso se halla ubicado en un área de población y establecimientos industriales dispersos. Hay una concentración aceptable de oxígeno disuelto y la DBO5 es menor de veinte (20).

Tramo II: A partir de la desembocadura del arroyo Cañuelas y el arroyo Chacón, receptores de importantes efluentes industriales con tratamiento inadecuado o inexistente, desciende bruscamente su calidad.

Esta situación se ve agravada con la desembocadura del arroyo Morales, el tributario de mayor caudal y también receptor de descargas industriales.

Tramo III: Posteriormente, el río presenta una leve recuperación que le permite mantener condiciones aeróbicas.

Esta situación se mantiene en el primer tramo del canal rectificado hasta la desembocadura del arroyo Santa Catalina, donde se transforma práctica-

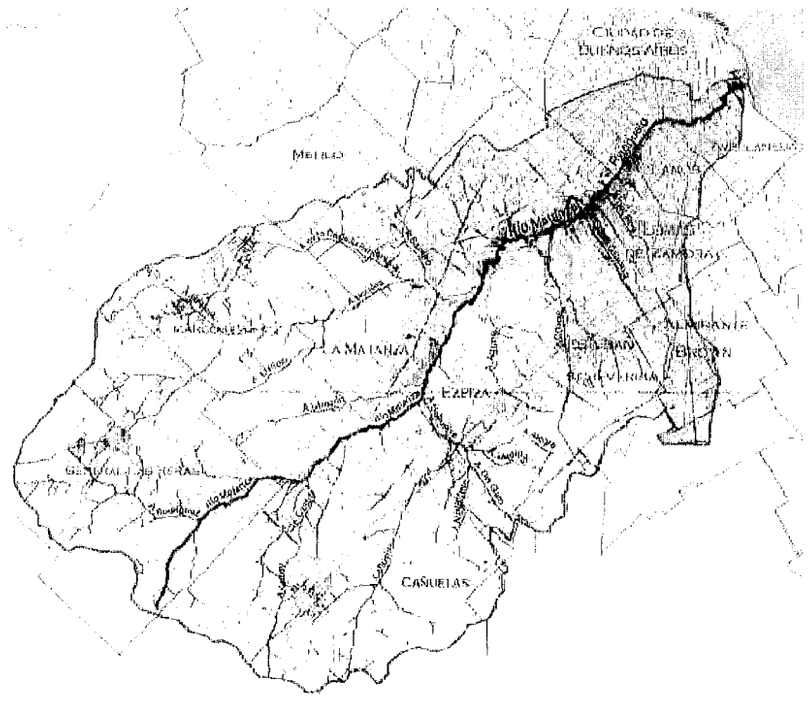
mente en un curso cuya calidad se asemeja a un líquido cloacal en condiciones anaeróbicas.

Entre las fuentes de contaminación se destacan las industrias, las que evidencian un estacionamiento tecnológico y un estado ambiental deficiente.

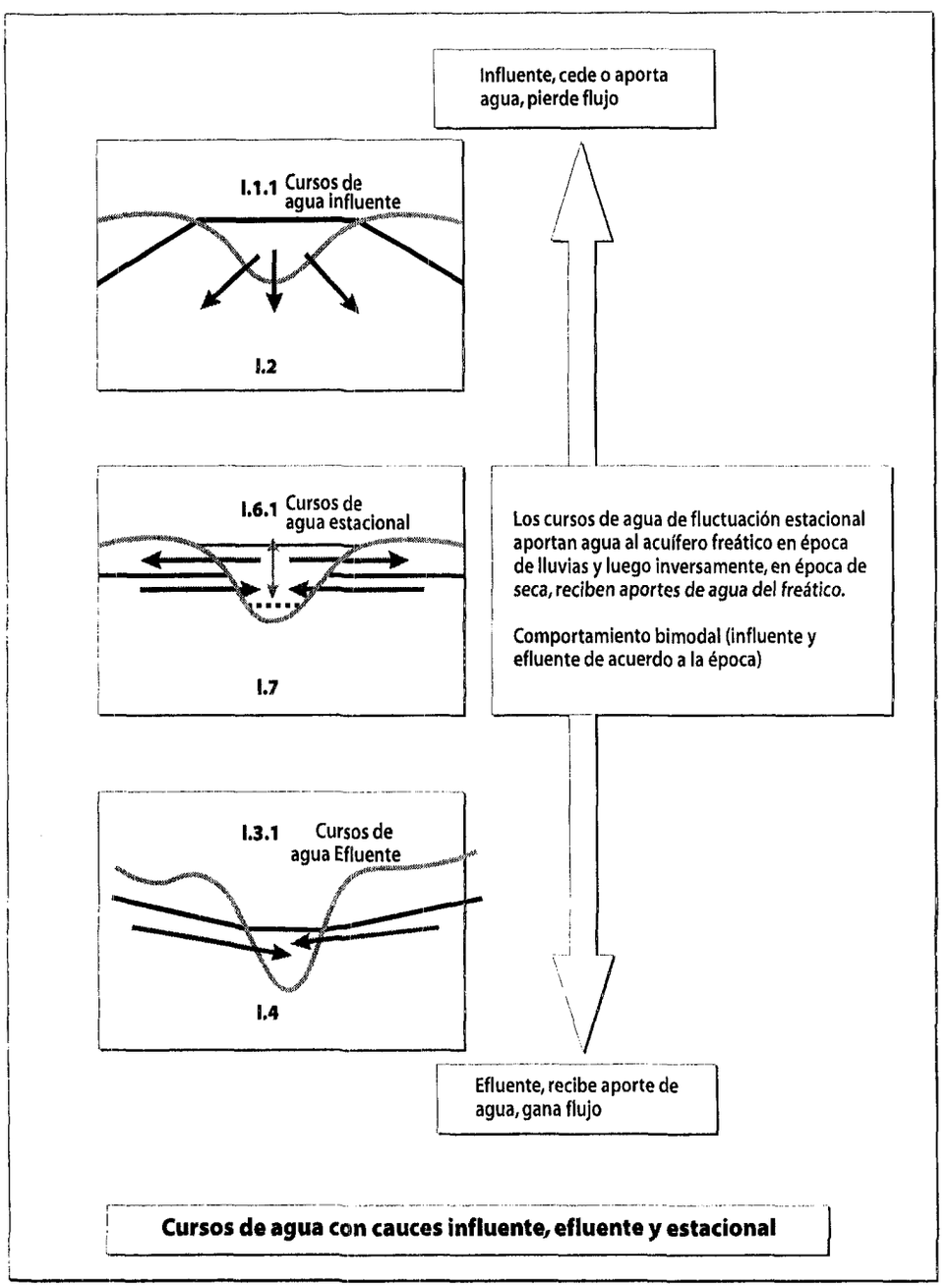
En la mayoría de los casos los líquidos utilizados se vierten sin depuración al río, y al suelo, conjuntamente con residuos sólidos tóxicos y peligrosos.

Es notoria la falta de cumplimiento por parte de las industrias, de la legislación normativa existente.

Las condiciones medio ambientales del río en su parte media y tributarios afectados están fuertemente contaminados, pero en su parte inferior y zona portuaria, el río Matanza-Riachuelo, está altamente contaminado, conteniendo un grado muy elevado de metales pesados y compuestos orgánicos, con fuerte presencia de hidrocarburos totales y pesticidas organoclorados.



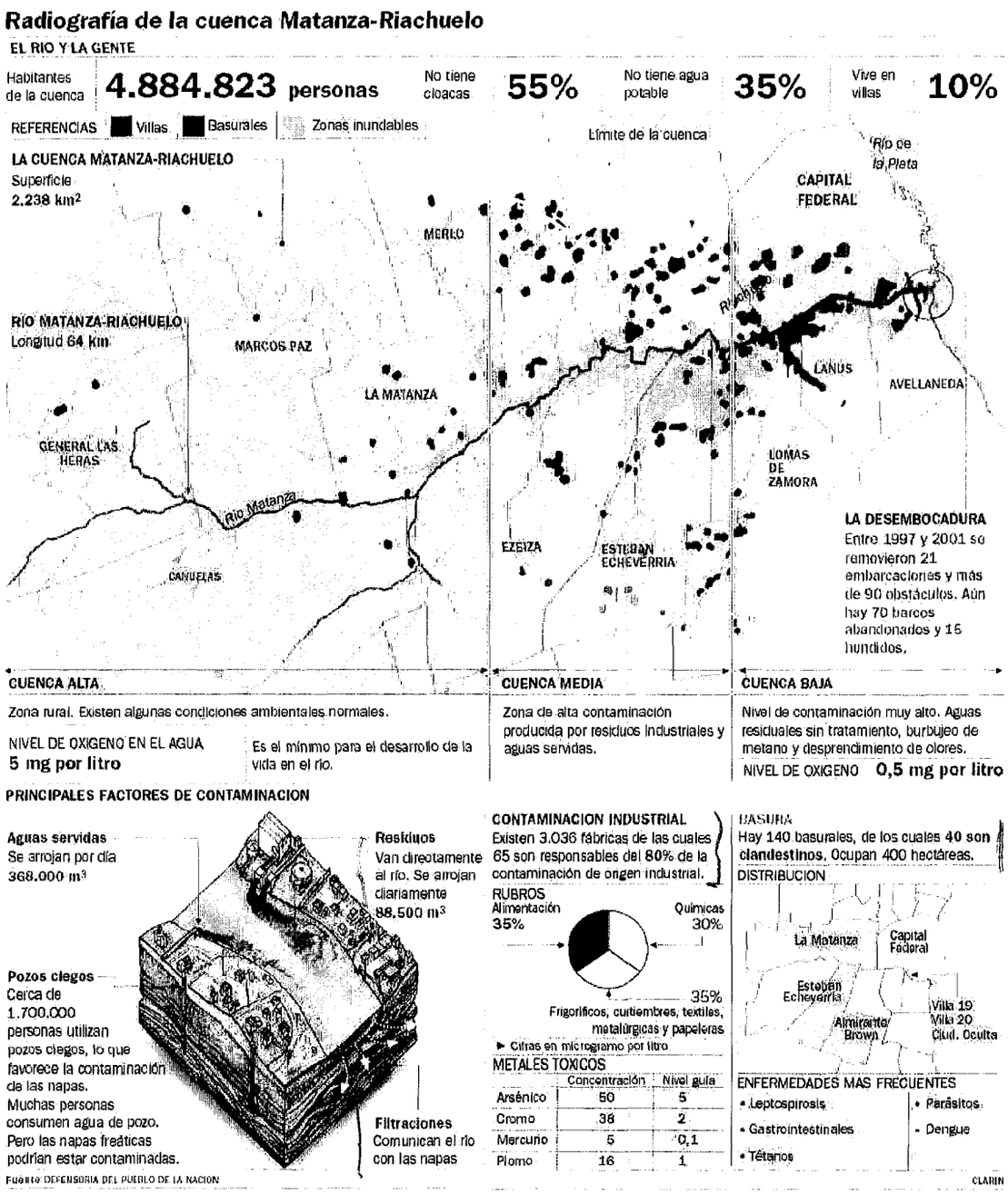
Fuente: Informe del Defensor del Pueblo de La Nación



Fuente: Informe del Defensor del Pueblo de La Nación

Ello ha provocado la existencia de un gran número de terrenos potencialmente contaminados, con impacto en las aguas subterráneas, superficiales y suelos.

El sector industrial se halla fuertemente concentrado. Es de público y notorio conocimiento los caudales diarios de aguas vertidas sin tratamiento adecuado o sin ningún tratamiento; así surge de la siguiente infografía publicada en el diario *Clarín* el 5 de diciembre de 2003, que se acompaña como prueba como ANEXO 4.14.



Estos vertidos industriales son un factor crítico en la contaminación de la cuenca, no sólo por la cantidad de carga orgánica vertida a aguas superficiales, sino además por el vertido de sustancias y compuestos tóxicos respecto de lo cuál nos ilustra la próxima tabla extraída del PGA 1995.

A pedido de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Nación, la Unión Transitorias de Empresas integrada por Engevix S.A., Cowi Consult S.A. e Inconas S.R.L., elaboró el «Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza – Riachuelo, cuyo texto completo abarca varios anexos que desde ya se ofrecemos como prueba y que por obrar en poder de la Secretaría de Recursos Naturales solicitamos su remisión.

Del extenso trabajo, destacamos el Anexo Técnico – F «Manejo y Control de la Contaminación Industrial» (enero 1995), que se acompaña en fotocopia como Anexo 2.1.

4.1. Informe «Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo» (Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Nación, la Unión Transitoria de Empresas integrada por Engevix S.A., Cowi Consult S.A. e Inconas S.R.L.)

Se describen en el informe (capítulo 7.3. «Situación de contaminación industrial» 7.3.1. «Descripción de la industria de la Cuenca Matanza-Riachuelo [Área de Control]») los distintos sectores industriales de la cuenca.

En el capítulo 7.3.2. «Principales fuentes de contaminación», se destaca:

- «a. La problemática de los residuos.

  Los residuos industriales tóxicos y peligrosos, en estado líquido y sóli-

do son vertidos, como práctica habitual conjuntamente con las descargas líquidas. Esta práctica se produce como consecuencia de la falta de instalaciones adecuadas de depósito (rellenos especiales o de seguridad), de tratamiento y de eliminación de estos residuos (...).»

Tabla 1:

Efluentes descargados en porcentaje por los distintos sectores industriales en los principales cursos de la Cuenca

Tipo de Industrias	Porcentaje del total de vertidos
Química, farmacéutica y petroquímica	29,40
Cárnicas y lácteas	21,43
Otras alimenticias y bebidas no alcohólicas	13,46
Papel y textil	11,26
Curtiembres	3,31
Metalúrgica	6,87
Alcohol y bebidas alcohólicas	3
Otras	11,25

Fuente adaptado de (PGA, 1995)

Y continúa:

- «En el área cercana a la Cuenca existe una sola instalación de incineración de residuos peligrosos y no existe ningún relleno especial, ni ninguna planta de tratamiento físico-químico o biológico que permita gestionar adecuadamente los residuos industriales. Es decir existe una carencia casi absoluta de las instalaciones destinadas a la gestión de los re-

siduos industriales en condiciones ambientales adecuadas (...).

Los residuos industriales se mezclan en ocasiones con los residuos de tipo doméstico siendo depositados en rellenos sanitarios o bien vertidos en basurales que carecen de todo tipo de medidas de seguridad ambiental (...).

No existen en la Cuenca procedimientos estandarizados de seguimiento de la gestión de los residuos que se apliquen de forma sistemática y efectiva (...).

b. Las emisiones de contaminantes a la atmósfera (...).

No existen datos relativos a la contaminación atmosférica industrial en ninguno de los documentos consultados (...).

Durante las visitas de inspección a la zona de la Cuenca se ha observado que el control de las fuentes de emisión es muy reducido o nulo (...).

En cualquier caso, se ha identificado como punto central en este aspecto que la temática de la contaminación atmosférica a partir de fuentes industriales y también otros puntos de origen no es tenida en cuenta en los aspectos técnico-ambientales de las industrias (...)»

c. El tratamiento de las aguas residuales (...).»

Y prosigue:

- «Se conoce que la mayoría de las industrias no tratan sus vertidos (...)

  Por lo general, las instalaciones de tratamiento existentes presentan problemas de funcionamiento debido a varias causas:

  - No se operan.

- Se operan, pero incorrectamente.
- Se utilizan únicamente tratamientos previos o primarios.
- No han sido dimensionadas de forma adecuada para los caudales o las cargas contaminantes que se han de tratar. (...).

El destino final de las aguas residuales industriales es múltiple. Se han registrado como puntos de vertido, los cauces naturales, los sistemas de drenaje de aguas pluviales, redes cloacales y finalmente el suelo, de forma directa o a través de fosas sépticas y pozos absorbentes (...).

d. Los suelos contaminados (...).

La mayoría de los casos de contaminación del suelo se han producido como consecuencia de la gestión inadecuada de residuos industriales líquidos y sólidos y sólidos o de materias primas (almacenamiento incorrecto, vertido de aguas residuales al terreno) (...) En algunas industrias se almacenan grandes cantidades de residuos industriales en espera de que se instalen plantas o instalaciones adecuadas para su gestión final. En estas circunstancias, si las condiciones de almacenamiento no son adecuadas, existe alto riesgo de contaminación de suelos (...).»

En el informe referido, se realizan gráficos que muestran la carga contaminante expresada como DBO5 y sólidos de suspensión por tipo de industria, así como los caudales vertidos de aguas servidas.

Advierta V.E. que en el capítulo «7.6 Estrategias», se establece un orden de programas para todas las acciones planificadas, destacándose como «Acciones de máxima urgencia»:

- «Prioridad 1: Revisión y adecuación de la legislación ambiental, en es-

pecial en cuanto a los temas relacionados con el PCCI y, en especial, en lo relativo al acceso a las industrias para el cuerpo de controladores y la obligatoriedad de aportar datos ciertos acerca de las condiciones ambientales de las industrias (...).

Prioridad 2: Organización del sistema ambiental de industrias (...).

Prioridad 3: Conjunto de actuaciones urgentes relacionadas directamente con la reducción de la contaminación hídrica de origen industrial en los cauces de la Cuenca, entre los que cabe destacar los estudios de diagnóstico en las industrias que producen el aporte del mayor porcentaje de la carga orgánica (...).

Prioridad 4: Relevamiento ambiental de todas las industrias de la cuenca (...).

Prioridad 5: Aceleración del proceso de ampliación de redes de colectores cloacales o creación de nuevas redes para que se puedan conectar las industrias con pretratamiento o tratamiento completo de sus aguas.

Prioridad 6: Plan de Residuos Industriales y Fangos (PGRIF) que ha de incluir los datos de cantidades de residuos industriales, dimensionamiento de las necesidades de tratamiento y depósito de los RI, selección de posibles emplazamientos para ubicar las instalaciones, organización de los sistemas de almacenamiento temporal, recogida y transporte, seguimiento y control administrativo, especificaciones básicas de las instalaciones con sus medidas de protección ambiental, evaluación económica y cronograma para su implantación y puesta en marcha. (...)»

En idéntico sentido se pronuncia el Informe Ejecutivo General del Estu-

dio Piloto de Industrias realizado por Sisteval SA Estudio (1997) con la colaboración de COWI, para el Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de manejo de la Cuenca Hídrica Matanza y Riachuelo, titulado «Programa Piloto para la Implementacion de las Acciones de Control de la Contaminación Industrial y del Acondicionamiento de Industrias Preseleccionadas Ubicadas en la Cuenca» en relación con quince empresas testigo que fueron auditadas y que en general representan el estado general y los problemas de la mayoría de las empresas de la cuenca.

4.2. Informe Ejecutivo General del Estudio Piloto de Industrias (Sisteval SA Estudio [1997] - COWI) – Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de manejo de la Cuenca Hídrica Matanza y Riachuelo

Su importancia reside en que su objetivo fue el de informar al Comité Ejecutor las conclusiones derivadas del estudio de evaluación de quince industrias —aquí codemandadas—, testigo de las distintas actividades industriales ubicadas en la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, que luego de haber sido elegidas participaron activamente del proyecto: Mercedes Benz Argentina SAICF y N, Danone SA, Cervecería Biekert SA, Química True SACIF, Curtiembre Ángel Giordano SRL, Caysa SA, Curtiduría A Gaita SRL, Textil Lugano SAICF y A, Rasic Hermanos SA, Buenos Aires Embotelladora SA, Establecimientos Tellier SA, Casema SRL, Fábrica Justo SAIC, Sulfargen SA.

Dice el informe pág. 18 respecto de una de las codemandadas, la empresa automotriz **Mercedes Benz SAICF**:

- «**Estado Ambiental:** En esta empresa se generan importantes emisiones atmosféricas de COVs como consecuencia de las aplicación de pintura a base de disolventes orgánicos. En los análisis se detectaron emisiones elevadas de compuestos orgánicos para los cuales la legislación argentina no contempla ningún límite. Se superan los límites internacionales establecidos para estos parámetros. Se detectó la contaminación del suelo por hidrocarburos y compuestos orgánicos. El riesgo de afección sobre las aguas subterráneas de la napa superficial se evalúa como muy alto. Se genera un volumen importante de residuos tóxicos peligrosos. Estos residuos están almacenados en forma incontrolada y carecen de sistema de contención de derrames. Las aguas residuales aportan una elevada carga de nutrientes. los análisis realizados indican que los valores de nitrógeno total de fósforo superan los limites permitidos (...).

  Aspectos Críticos: Emisiones atmosféricas de COVs; contaminación de suelos; Almacenamiento de residuos industriales; Aguas residuales (...).»

Dice el informe a fs. 16 respecto de otra de las codemandadas CURTIEMBRE ÁNGEL GIORDANO SRL:

- «**Estado Ambiental:** El estado de pavimentación de la fábrica no esta en condiciones adecuadas, no existen medios de contención de líquidos peligrosos o tóxicos y las zonas de tratamiento de aguas residuales se encuentran en mal estado. Producción de aguas residuales con elevadas cargas contaminantes y de contaminantes tóxicos y peligrosos. Las

aguas residuales superan los límites permitidos de pH, sulfuros, DQO, DBO5, SSEE y compuestos fenólicos. (COVs en aplicación de pinturas, COe inquemados en calderas). Se detectaron valores de emisión por tolueno muy elevados. Tanto el almacenamiento de los residuos como su tratamiento se considera incorrecto e incontrolado (...).

Aspectos Críticos: Riesgo de contaminación del suelo y de las aguas subterráneas. Aguas residuales. Emisiones atmosféricas. gestión de residuos industriales (...).»

De idéntico tenor son los informes respecto de las restantes codemandadas, lo que se puede fácilmente corroborar con las restantes conclusiones del informe que a continuación se analizan.

Dice el informe a fs. 26 Punto 5.1. en relación con los residuos peligrosos:

- «La gestión de los residuos generados es deficiente, por desconocimiento de la tipificación como peligroso, por mal almacenamiento y por un manejo final inadecuado (...).»

Sólo algunas empresas están intentando mejorar el manejo de sus residuos peligrosos.

- «**El Punto 5.2. Emisiones atmosféricas.** Las emisiones de contaminantes a la atmósfera son generadas por los sistemas de combustión, generalmente usan gas, por las instalaciones de aplicación de pinturas y por procesos de síntesis. En muchos casos no se cuenta con los equipos de control o bien son poco eficientes. Un inadecuado y a veces inexistente, mantenimiento influye negativamente en la cuantía de las emisiones (...).

El Punto 5.3. Suelos y Aguas subterráneas. (...) Se han identificado algunos casos de contaminación de suelos que tienen origen en las siguientes causas: Antiguos almacenamientos de combustibles (...). Disposición inadecuada de residuos y materias peligrosas (...). Fugas y derrames producidos en operaciones normales de fabricación o en casos de contingencia. (...).

El Punto 5.4 Higiene y Seguridad laboral. (...) Se han identificado deficiencias. En muchos casos los operarios de fabricación están sometidos a riesgos cuya peligrosidad desconocen. No existe concientización para usar las protecciones personales disponibles. Hay bastantes casos en los que no se dispone de estas protecciones o bien no se obliga su uso. Los riesgos más comunes son: respiratorios por disolventes y sustancias corrosivas respirables. Cutáneos por agentes corrosivos irritantes. Ruidos en puestos laborales concretos (...).

El Punto 5.5. Legislación ambiental: grado de cumplimiento. El grado de cumplimiento de la legislación ambiental es de bajo a moderado. Ninguna de las empresas participantes en el estudio cumple la legislación ambiental en su totalidad.

El Punto 7. Conclusiones: Como perfil típico de las empresas estudiadas se enumeran a continuación los aspectos negativos más relevantes. Las empresas participantes se caracterizan, con pocas excepciones, por:

- Desaprovechamiento de recursos.
- Altos consumos de agua.

- Altas pérdidas energéticas.
- Efluentes líquidos que superan los límites permisibles de vuelco.
- Plantas de tratamiento de efluentes líquidos insuficientes, inadecuadas o con rendimientos muy bajos en relación a los necesarios.
- Mal manejo de residuos peligrosos.
- Mal manejo de materias primas peligrosas o toxicas.
- Emisiones de compuestos orgánicos volátiles y gases tóxicos sin control al final de línea mediante captadores o lavadores de gases.
- Exposición de los operarios a riesgos químicos y físicos sin que se utilicen medios adecuados de protección personal.
- Mala distribución del espacio, falta de orden y de limpieza
- Falta de registros ambientales sistemáticos y de aplicación de un sistema de gestión ambiental incorporado a la gestión.
- En algunos casos, contaminación del suelo por metales y compuestos orgánicos del tipo hidrocarburos.
- Incumplimiento de la legislación ambiental en varios aspectos.
- Las causas o motivos por los que se producen estas condiciones son entre otras:
- Equipamientos e infraestructuras deteriorados, debido a su antigüedad (...) las tecnologías de producción existentes no contemplan en origen la variable ambiental
- Falta de un mantenimiento general preventivo de las instalaciones. El mantenimiento correctivo también es en ocasiones deficiente.
- Falta de poder de policía efectivo por parte de las Autoridades Am-

bientales para hacer cumplir la legislación ambiental en vigor.

También reviste significativa importancia el «Informe Especial sobre la Cuenca Matanza-Riachuelo» elaborado durante el año 2003, por el Defensor del Pueblo de la Nación, la Asociación Vecinos La Boca, el Centro de Estudios Legales y Sociales, la defensoría Adjunta de la Ciudad de Buenos Aires, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, la Fundación Ciudad, Poder Ciudadano y la Universidad Tecnológica Nacional (Facultad Regional Buenos Aires) (...).»

4.3. Informe Especial sobre la Cuenca Matanza-Riachuelo 2003. Defensor del Pueblo de la Nación, Asociación Vecinos La Boca, Centro de Estudios Legales y Sociales, Defensoría Adjunta de la Ciudad de Buenos Aires, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Fundación Ciudad, Poder Ciudadano y la Universidad Tecnológica Nacional (Facultad Regional Buenos Aires)

Del extenso y bien fundado informe, destacamos el capítulo «VI.4 Qué no se hizo».

El mismo da cuenta de los flagrantes y gravísimos incumplimientos por parte del Estado Nacional. Por citar algunos de ellos, se mencionan:

- «Los mil días (...)», que vencieron en el mes de septiembre de 1995; la «Calidad de agua necesaria para usos prioritarios».

Para 2003 se debía verificar la calidad del agua para los usos recreativos, con y sin contacto, dependiendo del lugar de la Cuenca; entre otros.

Cita el informe diversas fuentes periodísticas, y señala:

- «El control de vertidos y la fiscalización de las 3078 industrias instala-

das en sus riberas es la etapa que más cuesta concretar del plan de gestión que llevan a cabo la Nación, el gobierno porteño y la provincia de Buenos Aires desde 1998 (...).

En septiembre de 1999, a un año de creado ese Plan, se habían auditado sólo 15 industrias (...) son apenas 30 las que más tóxicos escupen en el curso de agua ¿Será que no hay voluntad política para ejercer los controles sobre las empresas?

El dato más llamativo es que sólo 30 empresas son las responsables del 80 por ciento de la contaminación industrial del Riachuelo. ¿Quiénes son? El comité las tiene identificadas. Pero no las da a conocer porque, según explicó el gerente de Contaminación Industrial de ese ente, Alberto Calamante, «existe un convenio de confidencialidad firmado con la Cámara de la Industria que los obliga a mantener el nombre en reserva (...).

Las más contaminantes son curtiembres, alimenticias y petroquímicas. ¿Por qué no se las sanciona? En el Comité explican que sólo la Secretaría de Desarrollo Sustentable y Política Ambiental tiene poder de policía para hacerlo (...).» Diario *La Nación*, 5/10/01, pág. 16.

Continúa:

- «El PGA está tan empantanado como el propio río. Más allá de la limpieza de la superficie o la remoción de algún barco abandonado, los trabajos están casi parados (...).

  A fines de 1999 se creó el Programa de Control de Contaminación Industrial (PCCI), con el fin de minimizar la generación de residuos in-

dustriales. Se firmaron convenios con 15 industrias para estudiar sus vertidos. Se hicieron los estudios, se les envió el resultado, pero no se firmó ningún compromiso de responsabilidad por parte de las empresas. Ningún pacto que las obligara a revertir la situación (...).»

Prosigue el documento:

- «En una primera conclusión, en lo que compete a la Ciudad de Buenos Aires: I.- Hasta hoy sólo se ha llevado adelante y «en teoría» finalizado una sola de las obras programadas, esta es "Drenajes Pluviales Resto del Área Sur" (...).

  Decimos "en teoría" ya que los vecinos de la Boca nos informan que dicha obra está inconclusa. II.- Se está violando la Constitución de la Ciudad y la Ley N° 123 ya que no se han llevado adelante las Evaluaciones de Impacto Ambiental correspondientes y obligatorias. III. (...).

  A pesar de que la situación es alarmante desde hace años; hoy todo el futuro de la Cuenca y por ende la salud y el ambiente de los vecinos de la misma parece depender del préstamo del BID y no se han llevado adelante otro tipo de obras (...).»

Respecto al Plan de Saneamiento Integral (PSI) se señala en el Informe, que:

- «A marzo de 2003 se había ejecutado sólo un 24% de lo previsto (revista *Coyuntura económica de la Ciudad de Buenos Aires*, N° 8 abril 2003 pág. 136).»

En el capítulo VII «Actos u Omisiones en los que ha incurrido la Administración Pública en Materia de Salud y Medio Ambiente», VII.1 «Informa-

ción Epidemiológica, se señalan los «Pedidos de Informes a los organismos involucrados», así como en el VII.1.2 el «Relevamiento a Hospitales que integran la Cuenca».

En el capítulo VII.1.2.1. «Objetivos», la investigación se refiere a los siguientes puntos:

- «Conocer si existen registros oficiales sobre casos de enfermedades (en especial contraídas por niños) que guarden directa relación con la contaminación ambiental de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo (...).

  Si se trataron casos de niños que presentaban patologías y/o enfermedades donde pudo encontrarse una alta dosis de sustancias químicas (vg. tolueno, benceno) en el cuerpo (...).

  Si se detectaron casos de contaminación en recién nacidos provocada por el suministro de leche materna. Si se conocen las causas (...).

  Para el supuesto de haber asistido casos de contaminación, si tal situación fue puesta en conocimiento de las autoridades locales, provinciales y/o Nacionales (...).

  Si se tiene conocimiento de que en otras instituciones hospitalarias de la zona se registren casos de la naturaleza similar a la examinada (...).

  Si las autoridades Nacionales, provinciales y/u locales solicitaron la asistencia de tales centros a los fines de que sean realizados estudios y/o relevamientos con sustento en alguna denuncia. Para el caso de haberse llevado a cabo, antecedentes y conclusiones arribadas (...).»

También refiere el Defensor del Pueblo de la Nación, en el capítulo VII.1.2.2 las «Visitas llevadas a cabo», destacándose la realizada al Hospital Pedro Fio-

rito, de Avellaneda, en fecha 9/1/03, siendo atendido por el Director Asociado Dr. Enzo Vaccaro Vásquez.

Dice el Informe:

- «En dicha entrevista se pusieron de resalto las siguientes consideraciones:

  a) El funcionario, residente en la zona, se halla contaminado con tolueno (conforme estudios que se efectuara, en alto porcentaje) (...).

  b) Durante el año 2002 fueron atendidas personas del Municipio de Avellaneda que presentaban riesgo por emanaciones (...).

  c) No cuentan con capacidad para determinar las sustancias tóxicas ni para realizar estudios, aunque sabe que el Municipio llevó a cabo diversos estudios, desconociendo sus resultados. (Se refiere al estudio realizado por la JICA en cooperación con el Municipio de Avellaneda relativo al Polo Petroquímico Dock Sud) (...).

  d) Gran promotor de contaminación: es el Polo Petroquímico emplazado en la cuenca. Villa Inflamable (asentamiento de más de 1000 personas es el más contaminado) (...).

  e) Tiene conocimiento de que el Ministerio de Salud de la Pcia. de Buenos Aires estaría llevando a cabo un relevamiento en la zona lindante al cinturón ecológico con motivo del crecimiento de casos de cáncer en sangre —linfoma, leucemia— (...).

  f) Nunca se efectuaron denuncias, ni tampoco recibieron órdenes del Gobierno de la Pcia. de Buenos Aires para realizar algún tipo de relevamiento (...).

g) Asimismo se remarcó que tenía serias discrepancias con el tratamiento brindado a este tema con la Directora Ejecutiva del establecimiento, Dra. Adriana D'Astek (directo 4201-5760), quien estaría vinculada con empresas del Polo Petroquímico (...).»

Además, consta en el Informe las visitas efectuadas al Hospital Materno Infantil «Ana Goitía» y al Hospital «Cosme Argerich». En esta última institución los profesionales médicos a cargo de los distintos Servicios, expusieron a los funcionarios de la Defensoría:

- «Coinciden en que debe hacerse algo en serio ya que los problemas se ven día a día agravados (...) la gran incidencia del Polo Petroquímico en la contaminación de la Cuenca (...) mantienen periódicas reuniones con la Asamblea Catalina Sur y otras de la zona, con motivo de las denuncias que efectuaran vinculadas con la constatación de 12 casos de enfermedades tumorales en el Edif. 11 (...).»

Por la Resolución Nº 31/03, del Defensor del Pueblo de la Nación, éste formuló una recomendación al Ministerio de Salud de la Nación para que en un plazo perentorio proyecte la realización de un relevamiento de impacto actualizado sobre la salud del núcleo poblacional lindante a la ribera de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo (en especial, menores de edad) de tóxicos ambientales, a los fines de determinar por medio de estudios especializados la presencia de casos de enfermedades y/o patologías cuyas causas generadoras guarden directa relación con la contaminación de la Cuenca referida y su área de influencia (capítulo VII.1.3.1 del Informe).

Es trascendente destacar, según también consta en el Informe (capítulo

VII.1.3.2. que:

- «(...) pese a que en el año 1998 el Banco Interamericano de Desarrollo aprobó un préstamo de US$ 250 MILLONES DE DÓLARES ESTADOUNIDENSES, destinado a mejorar la ordenación de los recursos naturales de la Cuenta Matanza-Riachuelo y el financiamiento de cuatro subprogramas circunscripto en lograr: 1) reducción de la contaminación industrial, 2) las obras de control de inundaciones, 3) el manejo de residuos sólidos y 4) la rehabilitación urbana, solamente el 3% de tales recursos han sido directamente afectados (...).»

Da cuenta el documento, del pedido de informes realizado a la DIRECCIÓN NACIONAL DE EPIDEMIOLOGÍA dependiente del MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, respecto a registros de enfermedades o patologías que guarden relación directa con la contaminación de la Cuenca; remisión de antecedentes y documentación respaldatoria, relevamientos, medidas correctivas propuestas y resultados.

También refleja el Informe la respuesta brindada por el organismo Nacional, que no hace más que patentizar la desidia de las autoridades pertinentes, pues informaron:

- «(...) el Departamento de Salud Ambiental y el Programa de Prevención y Control de Intoxicaciones de esta Dirección no cuenta con antecedentes técnicos respecto de la situación sanitario-ambiental del río Matanza-Riachuelo por cuanto no ha intervenido en acción alguna de evaluación del mismo ni de los efectos y/o impactos que produce en su zona de influencia (Conf. fojas 90).»

En la página Nº 252 del Informe, se hace referencia del caso «BRITE» coactora en los presentes obrados y de la queja que formulara la nombrada, caratulada: «BRITE, MARÍA DEL CARMEN, SOBRE SOLICITUD DE INTERVENCIÓN ANTE LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL PROVENIENTE DEL POLO PETROQUÍMICO DOCK SUD» (Actuación Nº 1292/03), sobre el que se tratará más adelante en el presente escrito.

Concluye luego el Informe:

- «(...) el constante incremento del grado de contaminación del agua de la Cuenca y la incidencia directa e inevitable que ello provoca en el núcleo poblacional y, muy especialmente el emplazamiento del Polo Petroquímico en Dock Sud y la zona conocida como «Villa Inflamable», están demostrando que las autoridades estatales en términos perentorios deberían adoptar medidas contundentes destinadas a determinar y, en su caso, erradicar las penosas condiciones sanitarias en que se halla un significativo grupo de individuos que habita el sector (...) las autoridades sanitarias deben dotar a la comunidad de estudios serios, responsables y actualizados que demuestren sin atisbo de dudas si las actividades industriales que se desarrollan en la zona lindera a la Cuenca Hídrica matanza Riachuelo y/o el deplorable estado de las aguas provocado por el constante vertido de efluentes y desechos cloacales, y/o los basurales a cielo abierto existentes y/o las precarias condiciones sanitarias directamente inciden o no en la salud del núcleo habitacional permanente y, en tal caso, en qué grado (...).

> En consecuencia, deviene necesario la realización de acciones concurrentes que conlleven la adopción de medidas directas, concretas y efectivas para una masa sensible de ciudadanos que desde hace muchos años vienen soportando que distintas administraciones de gobierno pongan de resalto su interés en la concreción de soluciones de fondo aunque la realidad viene demostrando que esas decisiones finalmente no se adoptan o que han sido sumamente escasas. Lo apuntado indudablemente conlleva el latente deterioro del derecho a la salud que debiera primar por encima de cualquier interés económico, cultural y/o político (...).»

En el capítulo VII.2, trata el Informe sobre el Polo Petroquímico Dock Sud, al que define como fuente contaminante.

El Polo Petroquímico, se ubica al sur de la Ciudad de Buenos Aires, en jurisdicción del partido de Avellaneda y sus límites son: Norte (arroyo Sarandí), Sur (Riachuelo), Este (Río de la Plata), Oeste (avenida Roca). Su superficie aproximada es de 40 km^2.

En dicho lugar se ubican aproximadamente cincuenta establecimientos industriales. Entre ellos, se destacan: dos refinerías de petróleo, ocho plantas de almacenaje de petróleo, cuatro plantas de acopio de productos químicos y una planta termoeléctrica.

El complejo industrial se sitúa en plena zona urbana, donde habitan aproximadamente cuarenta mil personas. Se calcula entre tres mil y cuatro mil personas las que trabajan en el polo petroquímico.

Sostiene el Informe:

- «Un chequeo a la profusa información periodística, a la inquietud de los habitantes y las ONG, incluso la prudente información oficial, refuerza la convicción de estar ante un latente polvorín y una permanente fuente de contaminación ambiental y riesgos graves a la salud».
  Continúa: «Según el informe B&C (Brown and Caldwell 1996) se identificaron en el área más de 200 sustancias químicas para los procesos. Ingresos al área por barco, camiones, ferrocarril y tuberías. Tanques subterráneos y de superficie. La Prefectura Naval Argentina (PNA) estima la capacidad de almacenamiento de estas sustancias y productos en 1.500.000 metros cúbicos. Todo esto constituye una amenaza a la seguridad pública por cuanto en caso de accidentes químicos, las consecuencias exceden el área pudiendo afectar a instalaciones y viviendas urbanas, como así también a la población local y no local y al medio ambiente. (...)».

En el Informe se menciona las actuaciones N° 2499/95 —por falta de seguridad y manejo de combustibles en la refinería de petróleo— y N° 396/94 y N° 1482/95 —por vertido de efluentes tóxicos—.Los vecinos y las organizaciones no gubernamentales continúan efectuando denuncias, pues «aseguran que el problema se agrava día a día».

Resulta de importancia destacar el «examen integral del asunto», que «no obstante las garantías que aseguran las autoridades», permiten calificar tres tipos de problemas:

- «a. Riesgos de tipo tecnológico por eventuales accidentes químicos ampliados. En principio las empresas y las autoridades aseguran poseer

planes ante estas emergencias. Esta Defensoría carece de los recursos necesarios para evaluar la solidez de dichos planes (...).

b. riesgos permanentes para el medio ambiente y la calidad de vida. En este aspecto, como ya se ha dicho, la documentación presentada cubriría también la legislación en materia de derecho ambiental. No obstante ello, la sola observación *in situ*, la frecuencia de olores nauseabundos y proliferación de gases a la atmósfera, aunque hipotéticamente se probase que no afectan la salud y el medio ambiente, constituyen por sí, de hecho, una agresión a la calidad de vida (...).

c. Riesgos directos para la salud: Este es el aspecto más dudoso de la documentación presentada y da lugar a fundadas reservas en el sentido que tanto autoridades responsables como las propias empresas puedan tener informes serios sobre la gravedad de tales riesgos (...).

Al respecto, este asunto se relaciona con la investigación que originó este informe (actuación N° 9924/02) de gran influencia en la zona que nos ocupa. Además la actuación N° 1292/03, que se refiere al mismo tema en la zona del Polo Petroquímico. En ambos casos se trata de denuncias fehacientes de posibles enfermedades contraídas por la población, particularmente niños, debido a emanaciones provenientes de esas concentraciones industriales (...).

En la investigación llevada a cabo se hicieron las indagaciones de rigor, se visitaron distintos hospitales de la región, se conversó con afectados y los médicos que los atienden, y de todo lo cual se desprende a *prima facie* la posibilidad real de dichas contaminaciones (...).»

Por consiguiente, el Defensor del Pueblo de la Nación dictó la Resolución Nº 31/03 sobre la cuál ya nos referimos, con la consiguiente respuesta del Ministerio de Salud de la Nación, también ya comentada.

Afirma el Defensor en su Informe que:

- «(...) es evidente la contradicción entre los informes sobre las medidas

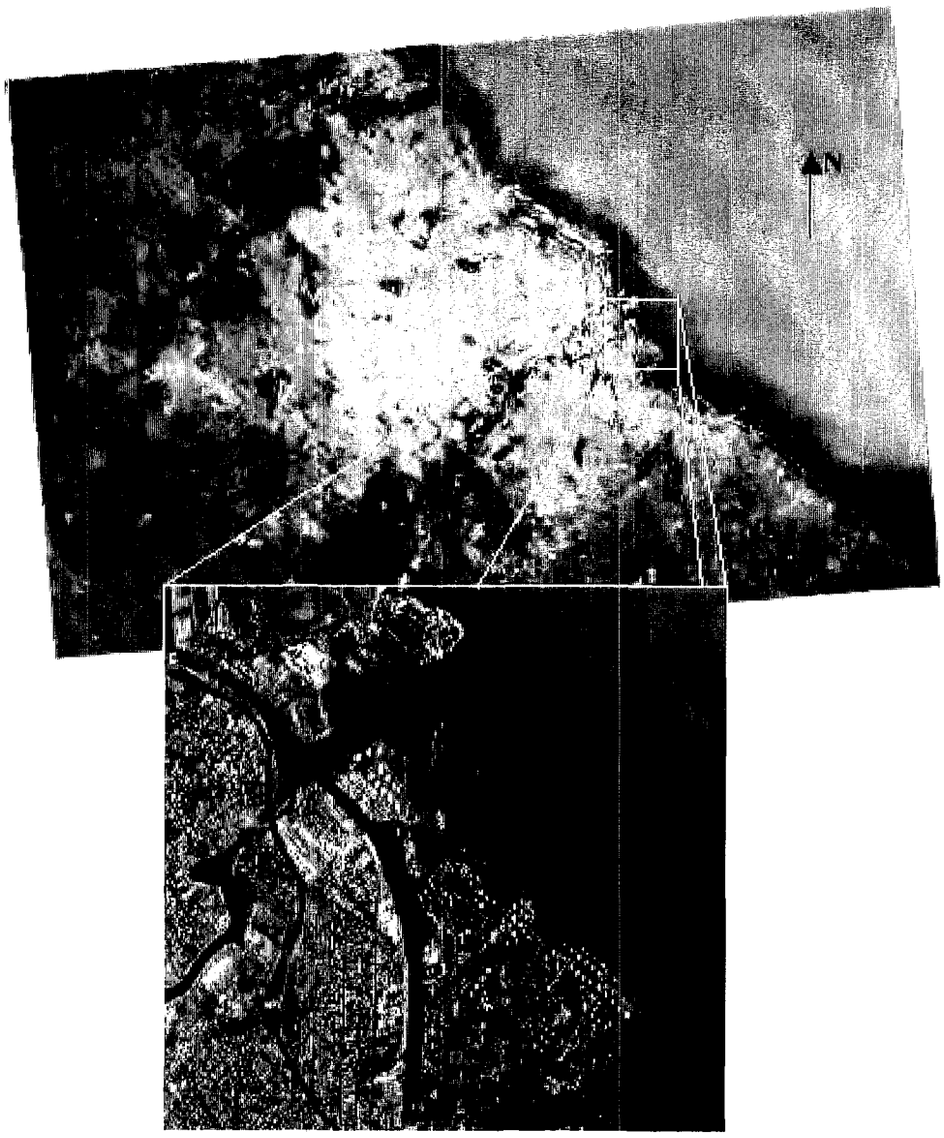


Figura 1.1.1 – Imagen satelital del AMBA (arriba) y detalle de la zona de estudio (DS, abajo).

de seguridad tomadas por las autoridades y permanencia de la queja de vecinos, confirmada por la realidad, que surge de las investigaciones en las otras actuaciones (...) en cuanto a los riesgos directos para la salud, particularmente los niños, no pueden aceptarse simples atenuantes. Deberán tomarse las decisiones que aseguren su eliminación (...).»

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la Salud Ambiental como «la parte de la Salud Pública que se ocupa de las formas de vida, sustancias, las fuerzas y las condiciones del entorno del hombre, que pueden ejercer una influencia sobre su salud y bienestar».

Dice el Informe:

- «Hoy diversos estudios han determinado el alto grado de contaminantes como ser Arsénico, Cianuro, Plomo, Cromo y Fenoles en el curso de Agua del Riachuelo (...) la contaminación atmosférica es alarmante, sobretodo en la zona cercana a centros industriales como el caso del

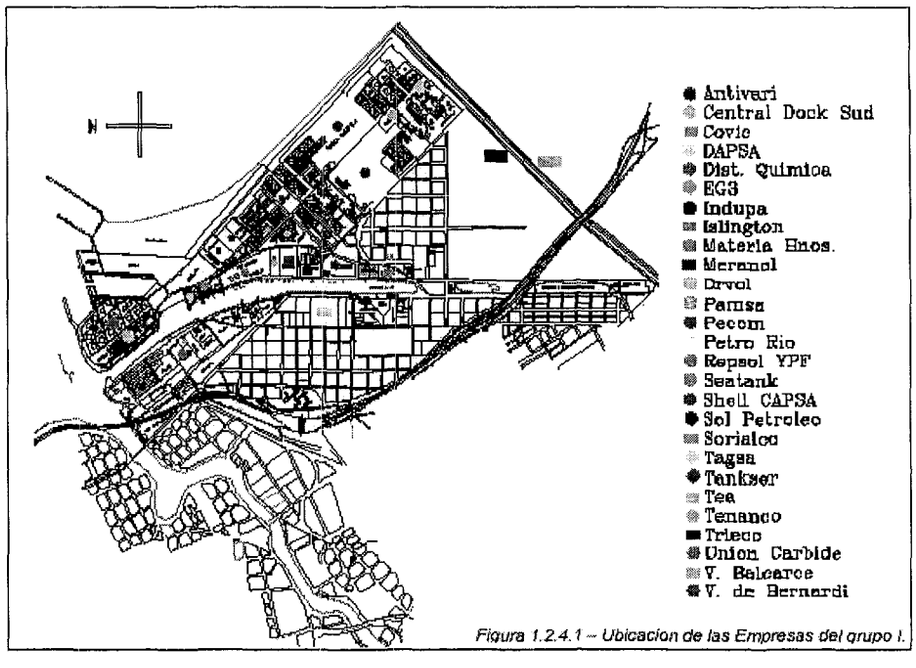


Figura 1.2.4.1 – Ubicación de las Empresas del grupo I.

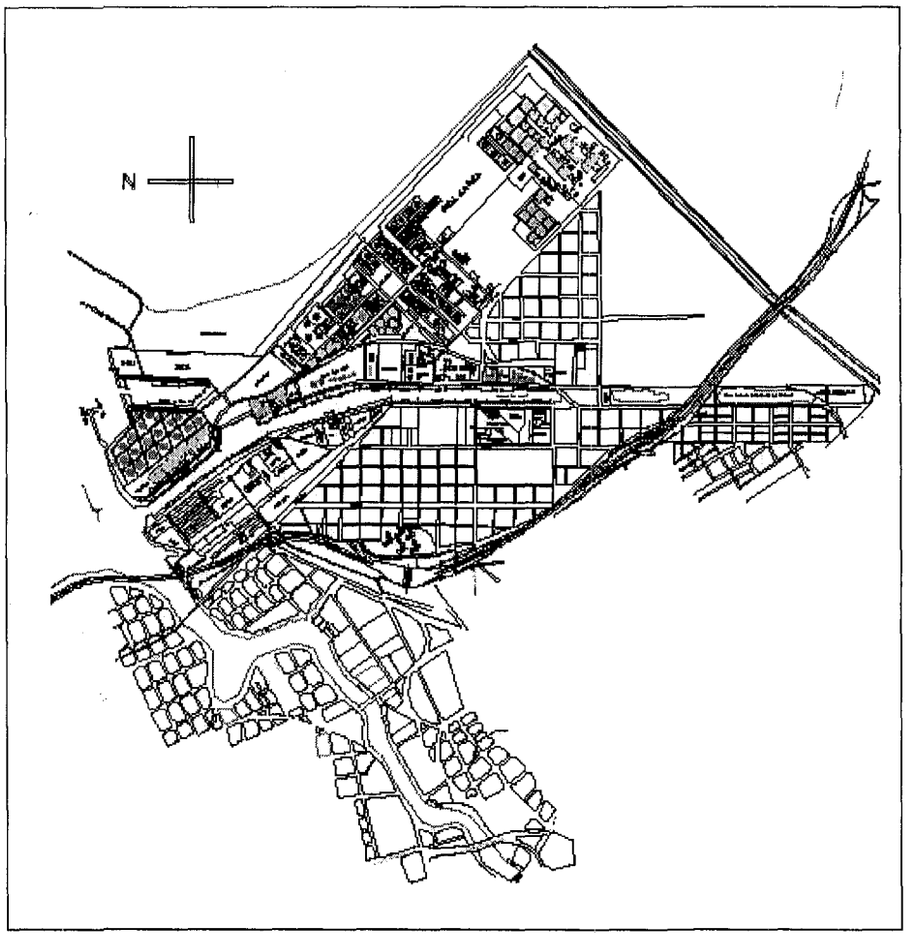


Figura 1.2.3.1 – Tanques identificados por Empresa.

Parque Industrial del Dock Sud» (capítulo IV - Salud) (...).»

El siguiente gráfico, extraído del Informe, muestra que **todos los metales señalados están por encima del valor guía.** Sólo el cadmio para esta referencia se encuentra justo en el nivel límite.

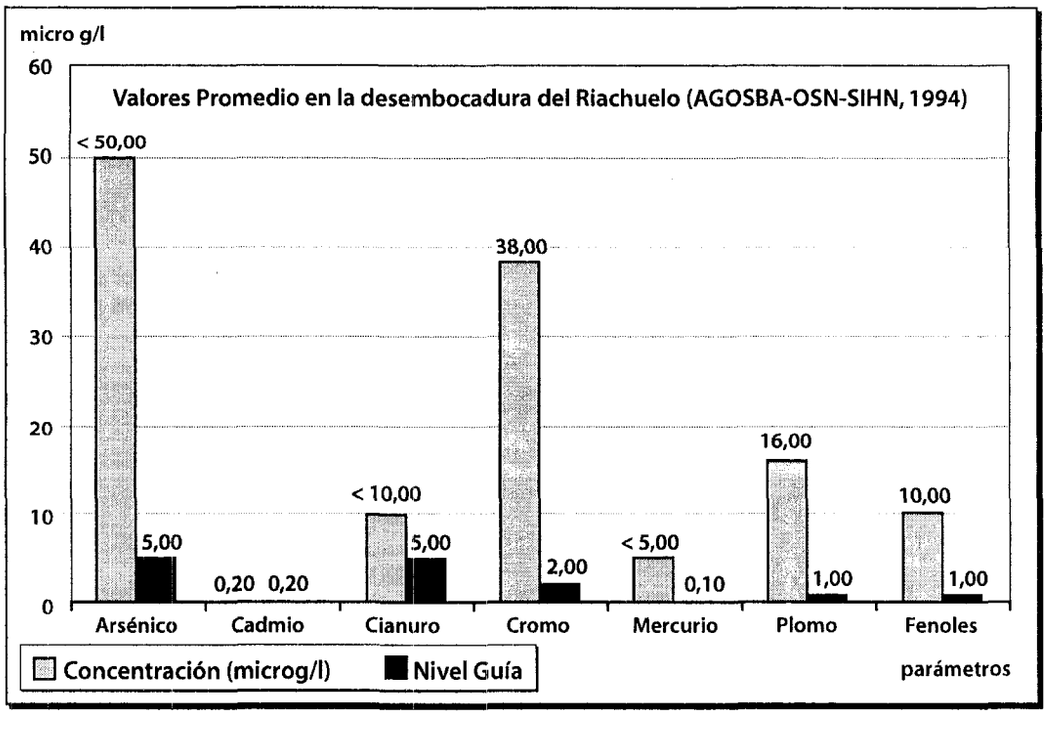
Corrobora el informe el Trabajo Publicado en su sitio de la World Wide Web, realizado por la ONG Greenpeace con la intervención de la Universidad Exeter, de Inglaterra (Greenpeace, 1998).

De la revisión de los datos consignados en las tablas de ese informe, resulta que los valores de concentración hallados para diversos metales, exceden el ni-

vel guía recomendado para muchos de los lugares en los que se hizo el muestreo (río Matanza en Ezeiza hasta el Riachuelo en Avellaneda). Estos datos confirman la tendencia señalada 10 años antes en el trabajo de AGOSBA-OSN-SIHN (1994).

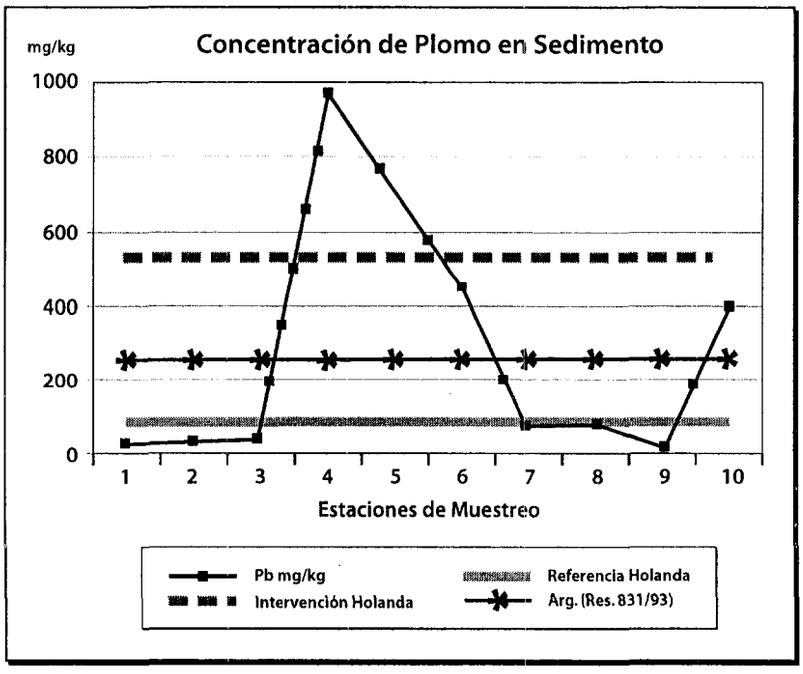
El Informe trata además, las patologías que provocan las distintas sustancias halladas en la Cuenca Riachuelo-Matanza.

Considerando que los coactores afectados presentan principalmente en su organismo, **plomo (Pb), hidrocarburos y/o tolueno** ($C_6H_5C_6CH_3$), desarrollaremos los efectos de la contaminación con esos metales pesados (capítulos IV.1.4.1.1.- IV.1.4.2. - IV del Informe del Defensor) y seguidamente el resto de metales pesados y tóxicos también presentes en la cuenca, como **cromo (Cr), cadmio (Cd), BTX** (benceno/tolueno/xileno).



El plomo (Pb): El plomo ha sido, históricamente, uno de los materiales más utilizados, por su bajo costo de obtención, bajo punto de fusión y adaptabilidad a usos diversos. Sin embargo, los efectos nocivos de la intoxicación con plomo son conocidos desde la antigüedad.

Tardamos 1900 años en comenzar a hacerle caso. Aún hoy, la intoxicación crónica por plomo es la enfermedad profesional más frecuente en nuestro país por su amplia utilización. Existen, también, innumerables fuentes de exposición al plomo, aunque la mayor parte de ellas tienen que ver con la vida urbana. Por ejemplo, la utilización de cantidades menores de plomo (por ejemplo tetraetilplomo en la nafta durante la década pasada, ha producido una disminución en la concentración sanguínea de este metal en los habitantes de las ciudades.



Es decir, que parte de esos niveles se debían a respirar los aditivos de plomo de las naftas.

El metal no sólo amenaza a los que tienen contacto con él sino también, en forma accidental, a los usuarios y aún a los familiares de obreros. La dosis mortal de plomo absorbido se calcula en 0,5 gr. La acumulación y toxicidad aparecen si se observan más de 0,5 mg por día.

Se explica en dicho documento que la bibliografía especializada menciona una importante cantidad de fuentes posibles de intoxicación con plomo:

a) Contaminación de origen profesional: (industria metalúrgica, curtidos, contacto con aditivos de nafta (tetraetilo de plomo), con productos plásticos, etc.

b) Fuentes accidentales de contaminación: (smog, gases de plomo, cenizas con sales de plomo, etc.).

Destaca el informe que:

- «Los gases de plomo intoxican por vía inhalatoria y también por vía oral; suelen ser graves por la contundencia y rapidez de los síntomas. Ocurren en los vecindarios de fábricas que expelen tales tóxicos por sus chimeneas y plantean un problema sanitario a nivel humano, veterinario y vegetal (...).» Fuente: Dreisbach, Robert H., *Manual de Toxicología*, edición 1999.

Resulta trascendente la conclusión del Informe (pág. 85):

- «No hemos encontrado referencias bibliográficas sobre contaminación por plomo de origen natural. Todo esto equivale a decir que es razonable descartar las demás causas y señalar a la explotación de hidrocarbu-

ros como el responsable de la presencia de plomo en el organismo de los integrantes de las comunidades afectadas (...).»

Mención aparte hace el Informe, bajo el título: «El plomo en los niños», con fuente en «Organización Panamericana de la Salud - Organización Mundial de la Salud: "Riesgos del ambiente humano para la salud"», Washington, 1976.

- «Desde la última declaración de la Academia Norteamericana de Pediatría (ANP), en 1987, se ha avanzado considerablemente en el conocimiento sobre la magnitud y severidad de la intoxicación por plomo en la infancia (...).

  Hoy en día ha quedado demostrado que los niveles de plomo en sangre que en algún tiempo se consideraron seguros, se asocian con déficit del coeficiente intelectual (CI), trastornos de comportamiento, retardo en el crecimiento y alteraciones de la audición. De hecho, de acuerdo con el Departamento de Salud y Servicios Humanos (Deparment of Health and Human Services) (...) el problema de salud más importante en niños pequeños es la intoxicación por plomo (...).

  En otros dos estudios se confirmó la posible importancia de los efectos de los niveles de plomo a los 24 meses de edad, sobre las funciones cognitivas en los escolares. Las exposiciones a plomo durante los dos primeros años de vida representan un riesgo de retrasos constantes en el desarrollo, sí como de deficiencias en las funciones cognitivas (...).

  En los últimos 30 años, los Centros para el Control de Enfermedades (CDC) de los Estados Unidos de América han modificado la cifra de

los niveles de plomo en sangre en la cual ocurre la intoxicación por plomo, pasando de los 60 µg/dl en sangre completa en los años sesenta, a los 30 µg/dl en 1975 y a los 25 µg/dl en 1985 (...).

En 1987, la ANP postuló que los niveles de plomo por arriba de los 25 µg/dl eran inaceptables para los niños. En la actualidad, la ANP ha establecido que el desajuste de la función cognitiva empieza en los niveles por arriba de los 10 µg/dl, aún cuando no aparezcan síntomas clínicos (...).»

Dentro del mismo capítulo, el Informe detalla la contaminación por hidrocarburos y derivados del petróleo y los perniciosos efectos sobre la salud. Dice:

- «En el Riachuelo y Dock Sud se ha perdido toda posibilidad de vida en sus aguas por la contaminación, pero habitualmente no es tenido en cuenta que estos hidrocarburos difunden rápidamente, llegan al fondo del subsuelo acuático y siguen difundiéndose hasta llegar a las napas freáticas (...).»

El próximo gráfico nos demuestra cuál es el estado del riachuelo en relación con este metal pesado:

Otros coactores —médicos vecinos del Polo Petroquímico— presentan tolueno en su organismo.

El Informe se ocupa de este producto en el capítulo IV.1.4.2.2.2., con fuente en Agency for Toxic Substances and Disease Registry Division of Toxicology (ATSDR), 1994: «Toxicol profile for toluene» Atlanta, GA US. Departament of Health and Human Services, Public Health Service.

El tolueno: «El tolueno, N° CAS 108-88-3 (...) es un excelente disolvente de grasas, ceras y resinas (...) Se encuentra en forma natural en el petróleo crudo (...) También se produce durante la manufactura de naftas y de otros combustibles a partir del petróleo crudo.»

Se utiliza con usos múltiples (pinturas, barnices, pegamentos, tintas de impresión, industrias de perfumes y de productos farmacéuticos, preparación de insecticidas, carburantes, etc.).

Sus efectos sobre la salud son severos. La Oficina de Salud y Seguridad Ocupacional (OSHA, EE.UU), ha fijado un límite de 100 ppm de tolueno en el lugar de trabajo, aceptado para 8 hs de trabajo y 40 hs semanales. Un límite similar fijó el Instituto Nacional de Salud y Seguridad Ocupacional (NIOSH Argentina), resolución N° 444/1991, complementaria a la Ley N° 19.587 (Seguridad e Higiene).

Continúa diciendo el Informe Especial Cuenca Matanza-Riachuelo, pág. 102:

- «(...) Generalmente se da por inhalación ocasionando efectos sobre el sistema nervioso central (...).»

Niveles bajos o moderados pueden generar un aumento de la sintomatología desde cansancio, estado de embriaguez, congestión facial y vómitos, confusión, depresión sensorial, náuseas.

En algunos casos puede provocar alucinaciones y hasta llegar al coma o a la muerte por fallo respiratorio o cardiaco. Los casos leves suelen resolverse colocando al intoxicado al aire libre, o sea que los síntomas generalmente desaparecen cuando la exposición termina.

En concentraciones muy altas y tiempos de exposición prolongados (mayores a una hora) puede presentar carácter fulminante, y el intoxicado sufre convulsiones y muere al cabo de minutos.

Siempre se debe tener en cuenta la susceptibilidad del individuo expuesto. La inhalación de vapores emanados por el tolueno genera marcas que pueden percibirse fácilmente; como el enrojecimiento de los ojos y la irritación de la piel en torno a la nariz y la boca. Las comisuras de los labios se resecan y el aliento «huele a químico».

La intoxicación se caracteriza por euforia, excitación, sensación flotante, vértigo, habla farfullante y ataxia. La inhalación va acompañada de pérdida de inhibición, con sensaciones de fuerza y de capacidad no reales. Como cualquier solvente en grandes cantidades, el tolueno produce efectos de tipo narcótico.

En casos de intoxicación crónica por exposiciones durante tiempos prolongados (mayores a 8 hs día) por encima de los límites de exposición aceptados, el operario puede referir astenia, debilidad, confusión, pérdida de memoria y de apetito. De persistir la misma, las lesiones pueden ser irreversibles, ocasionando problemas de dicción, audición o visión, pérdida del control muscular y deterioro de la habilidad mental, nauseas, pérdida del apetito, intolerancia digestiva con vómitos, aliento con olor especial. (semejante al vapor del tolueno), puede alterar el funcionamiento de los riñones, pero generalmente al suspender la exposición retoman su actividad normal; puede ocasionar dermatitis.

Estos síntomas generalmente desaparecen cuando se suspende la exposición, ya que el organismo elimina el tolueno y se hace indetectable.

Respirar niveles de tolueno muy altos durante el embarazo puede hacer que niños nazcan con defectos de nacimiento y retardo en la capacidad mental y el desarrollo.

Como dijimos, del informe también surge que se han detectado en la Cuenca y Polo Petroquímico, la presencia en agua, suelo y aire de otros contaminantes de nefastas consecuencias para la salud, como el cromo, mercurio, cadmio, BTX entre otros.

A fin de no cansar al Tribunal con especificaciones técnicas, haremos referencia a los más importantes remitiendo en los restantes al Informe del Defensor de Pueblo, pág. 136 y ss.

El cromo (Cr): Nº CAS 440-47-3, es un elemento natural que se encuentra en rocas, animales, plantas, el suelo, y en polvo y gases volcánicos. Fue descubierto en 1798 por Vauquelin, que le dio su nombre derivado del griego «croma» (color), por la cantidad de colores vivos que dan sus sales. (El Cr. es un elemento duro, blanco, (Lic. Aldo Guzmán Ramos y Lic. Guillermina Fernández, «Cromo, Medio Ambiente y Salud Humana. Comentarios sobre la situación en Las Toscas (Santa Fe. Argentina)» UNCPBA. Centro de Investigaciones Eco geográficas y Ambientales. Tandil. Argentina.

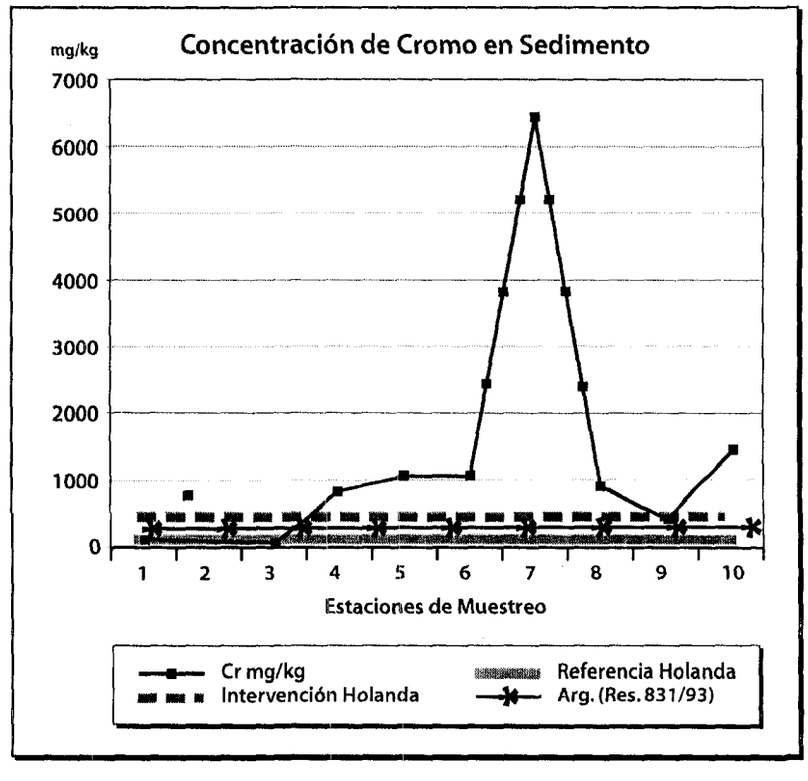
Existe en el ambiente en dos formas: Cromo (III) (o+3) y en la forma de Cromo (VI) (o+6). La toxicidad ambiental de estas dos formas de Cromo difieren grandemente, el Cromo VI es mucho más tóxico que el Cromo III.

El Cromo que contamina el aire se dispersa y contamina, principalmente bajo las formas de cromo (III) y cromo (VI). En el aire los compuestos de cromo están principalmente presentes como polvo fino. Las partículas luego de

un tiempo se depositan sobre el suelo y agua, contaminándolos.

Puede contaminar fuertemente el suelo, sólo una pequeña cantidad puede disolverse en agua pudiendo desplazarse más profundamente en la tierra hacia el agua subterránea. En los suelos, el cromo (III) es relativamente inmóvil debido a su gran capacidad de absorción en los mismos. Por el contrario, el cromo (VI) es muy inestable y voluble ya que, en condiciones naturales, se adsorbe escasamente en los suelos (MUKHERJEE, 1998).

Las reacciones redox (conversión del cromo (III) en cromo (VI) por oxidación y conversión del cromo (VI) en cromo (III) por reducción son procesos significativos que afectan la evolución de las especies y, por lo tanto, la biodisponibilidad y la toxicidad del cromo en los suelos.



La oxidación puede ocurrir en presencia de óxidos de hierro y manganeso, en suelos frescos y húmedos (anaeróbicos) y en condiciones levemente ácidas. La reducción puede ocurrir en presencia de sulfuros y hierro (II) (condiciones anaeróbicas) y se acelera en presencia de materia orgánica en el suelo (Mukherjee, 1998).

Se trata de un tema de importancia ya que, si bien el cromo (III) constituye un microelemento esencial en los animales, el cromo (VI) es no esencial y tóxico en concentraciones bajas. Por lo tanto, debido a que los procesos de oxidación pueden resultar en la formación de cromo (VI), las actividades antropogénicas que liberan cromo (III) son tan problemáticas como las que emiten cromo (VI). Aún cuando se libera cromo (III) al ambiente, no existe garantía alguna de que el cromo permanezca en ese estado químico.

Por ejemplo, la práctica de depositar en rellenos sanitarios desechos con contenido de cromo (III) provenientes de curtiembres junto con otros desechos industriales ácidos o con desechos cloacales, que pueden crear condiciones ácidas al descomponerse, puede transformar por oxidación el cromo (III) en cromo (VI). (Mukherjee, 1998; Outridge and Sheuhammer, 1993; UNEP, 1991, Richard and Bourg, 1991.)

Teniendo en cuenta lo expresado, el estado de oxidación, tri o hexavalente y la solubilidad del Cr determinan largamente la peligrosidad del Cr presente en los suelos. Por ello el conocimiento de los factores que rigen la forma química del Cr en el suelo es de gran importancia sanitaria y ambiental.

El Cr es altamente persistente en el agua, con una vida media de más de 200 días. Es bioacumulable.

Anualmente grandes cantidades de cromo se utilizan en la producción de acero inoxidable, de metales cromados, en la industria del cuero para el curtido de las pieles, en aleaciones, en electro deposición y pigmentos, etc. Las sales de cromato son frecuentemente agregados a aguas de sistemas de enfriamiento para controlar la corrosión.

La industria peletera, especialmente las curtidoras, generan miles de toneladas de desechos sólidos, potencialmente tóxicos, debido a su alto contenido en Cr.

El problema mayor de las curtiembres es la combinación de diversos químicos utilizados, la mayoría de alta toxicidad. Estos, en conjunto con las descargas de la materia orgánica de los animales, hace que los efluentes de las mismas tengan una elevada carga contaminante dado en demanda bioquímica de oxígeno (DBO). La DBO y la toxicidad de los químicos hacen que los efluentes de esta actividad sean de gran peligro para la vida acuática en general. Respecto a esto la Agencia de Protección Ambiental de EE.UU. (EPA), advirtió que:

> «(...) el cromo, arsénico, mercurio y los sulfuros que utilizan las curtiembres y que éstas no saben como eliminar o que son lanzados a la superficie, causan severos daños, como la leucemia (...).»

Son también cancerígenos de pulmón, cavidad nasal y seno paranasal. A pesar de los anuncios de organismos como la EPA, la OMS, o la OPS, los tóxicos, en el medio ambiente y en la salud de la población, siguen ocasionando graves pérdidas naturales y humanas.

Puede producir dermatitis recidivantes, puede causar irritación de la nariz,

hemorragias nasales, y úlceras y perforaciones en el tabique nasal. Los humos de Cr pueden causar la llamada «fiebre del humo metálico» (una especie de gripe con síntomas como sabor metálico, fiebre, escalofríos y dolores musculares durante unas 24 horas). Se han detectado trastornos pulmonares en exposiciones a polvos y humos y puede causar irritación del conducto gastrointestinal, úlceras en el estómago, convulsiones, lesiones renales y hepáticas (US-PHS 1997), pudiendo llegar a la muerte.

Asimismo, la International Agency for Research on Cancer (IARC) (Organización Internacional de Investigación sobre el Cáncer), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Agencia de Protección Ambiental (EPA), han clasificado los compuestos de cromo (VI) como carcinógenos identificados (1998).

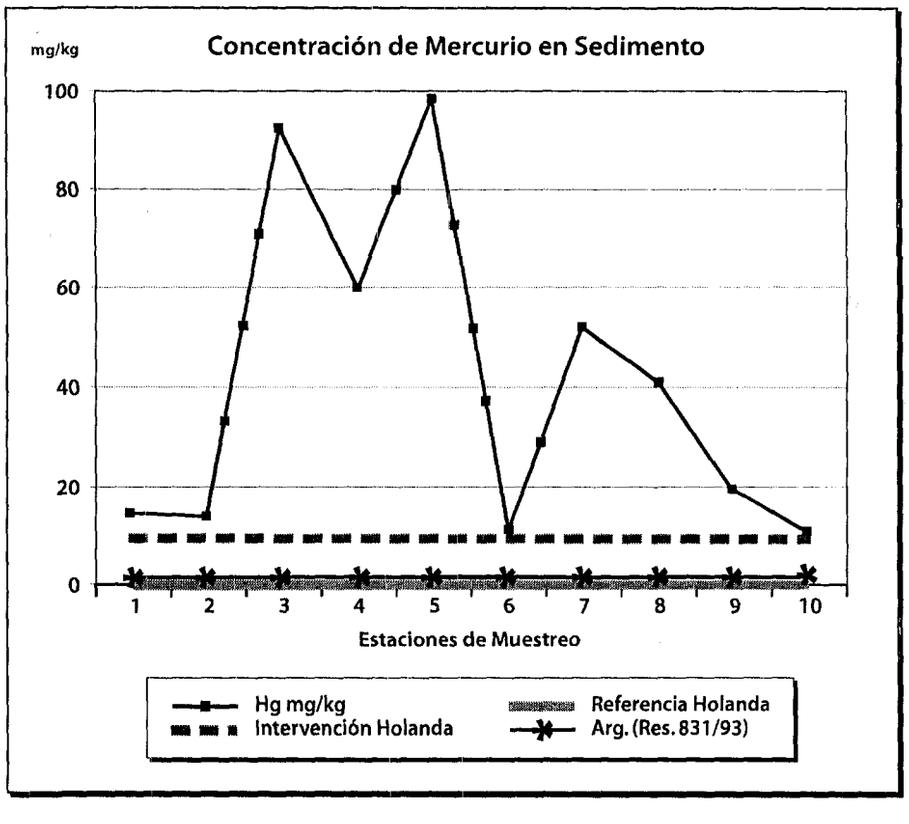
El siguiente cuadro no ilustra acerca de las concentraciones de cromo en el Riachuelo.

El mercurio (Hg): El mercurio, N° CAS 7439-97-6, es un metal que ocurre en forma natural en el ambiente y que tiene varias formas químicas. El mercurio metálico es un líquido inodoro, de color blanco plateado brillante. Al calentarlo se transforma en un gas inodoro e incoloro.

Para los antiguos, el mercurio (o hydrargyrum) era también llamado «plata viva», por su movilidad, debido a permanecer en estado líquido a la temperatura ambiente. Esta movilidad sirvió para que los griegos lo asignaran al dios Hermes (equivalente al romano Mercurio), un hombre de pies alados que era el mensajero de los dioses. Actualmente se llama hidrargirismo a la intoxicación por mercurio.

El mercurio es un líquido. En la intoxicación por mercurio hay que distinguir 3 foramas químicas: vapores (mercurio elemental), sales de mercurio y mercuriales orgánicos.

El mercurio elemental es la más volátil de las formas inorgánicas del metal. La exposición al vapor de mercurio es principalmente ocupacional, lo cual puede producir efectos tóxicos; derrame en habitaciones mal ventiladas, a menudo laboratorios científicos. Los vapores de mercurio pueden liberarse de las amalgamas de plata usadas en odontología. Puede aparecer eccema alérgico por contacto. ELEY y COX, 1993, pág. 1762, GOODMAN y GILMAN, 1999. IV - Situación Actual de la Cuenca Informe Especial: Cuenca Matanza-Riachuelo 92.



El más común, metilmercurio, es producido principalmente por organismos microscópicos en el suelo y en el agua. Mientras mayor es la cantidad de mercurio en el medio ambiente, mayor es la cantidad de metilmercurio que estos organismos producen.

El mercurio metálico se usa en la producción de gas de cloro y soda cáustica y también se usa en termómetros, tapaduras dentales y pilas. Las sales de mercurio se usan en cremas para aclarar la piel y en cremas y ungüentos antisépticos.

Los organomercuriales: Las sales de alquilmercurio son las más peligrosas y el más común es el metilmercurio. Se han utilizado como fungicidas, y han producido efectos tóxicos sobre los seres humanos. Intoxicación por consumo de cereales tratados con mercurio. Irak, 1972, Pakistán, Ghana y Guatemala. En 1971 Irak importó trigo y cebada tratados con metilmercurio. A pesar de las advertencias oficiales, se molió el grano para obtener harina y hacer pan; 6530 víctimas fueron hospitalizadas y 500 fallecieron (Bakir y col. 1973, 1980).

La enfermedad de Minamata también se debió al metil-mercurio. Minamata es una pequeña ciudad de Japón y su principal industria es una planta química que arroja sus emanaciones directamente a la bahía de Minamata contaminando el plancton y a través de la cadena alimentaria a los peces. Los residentes que consumían el pescado como gran parte de su dieta fueron los primeros en intoxicarse. Murieron 46 personas de 121 intoxicados.

Los vapores de mercurio son lipofílicos, es decir, que se acumulan en las grasas. Se dirigen a las células cerebrales, donde el mercurio oxidado produce

efectos tóxicos. El daño cerebral provocado por los compuestos alquilmercuriales es definitivo. También el vapor inhalado causa neumonitis aguda.

La inhalación de una gran concentración de mercurio en forma de vapor puede provocar casi de inmediato disnea, tos, fiebre, náusea, vómito, diarrea, estomatitis (inflamación de la mucosa bucal), salivación y sabor metálico. Los síntomas pueden progresar a bronquiolitis necrosante, neumonitis, edema pulmonar y neumotórax. Por lo general, este síndrome es mortal en los niños. Pueden presentarse acidosis y daño renal con la consecuente insuficiencia renal.

La inhalación de compuestos mercuriales orgánicos volátiles en altas concentraciones provocan sabor metálico, desvanecimientos, torpeza, lenguaje farfullante (pronunciación rápida e incompleta de palabras), diarrea y en ocasiones convulsiones que llegan a ser mortales.

El siguiente cuadro nos muestra cuál es la situación del Riachuelo con relación al mercurio:

Los compuestos de alquil-mercurio se concentran en el SNC produciendo ataxia (conjunto de trastornos motores caracterizados por falta de coordinación), corea, atetosis (movimientos involuntarios localizados en manos pies y cabeza, risa y llanto involuntarios, muecas, gesticulaciones), temblores, y convulsiones. El daño tiende a ser permanente.

Los niños muy pequeños son más sensibles al mercurio que los adultos. El mercurio en el cuerpo de la madre pasa al feto, en donde puede acumularse. También puede pasar al niño a través de la leche materna.

Los efectos nocivos del mercurio que puede pasar de la madre al feto inclu-

yen daño cerebral, retardo mental, incoordinación, ceguera, convulsiones e incapacidad para hablar.

Niños con envenenamiento de mercurio pueden desarrollar problemas al sistema nervioso y sistema digestivo y lesiones al riñón. Inhalación o contacto cutáneo: la inhalación de vapores, polvos de mercurio, vapores de sus compuestos orgánicos o la absorción cutánea de mercurio o compuestos del mercurio durante un período prolongado, causa hidrargirismo o mercurialismo.

La EPA ha determinado que el cloruro mercúrico y el metilmercurio son posiblemente carcinogénicos en seres humanos.

El cadmio (Cd): N° CAS 7440-43-9, es un elemento natural presente en la corteza de la Tierra. Se encuentra generalmente como mineral combinado con otros elementos tales como oxígeno (óxido del cadmio), cloro (cloruro del cadmio), o azufre (sulfato del cadmio, sulfuro del cadmio).

La mayoría del cadmio se extrae durante la producción de otros metales como el cinc, el plomo, y el cobre, por lo cual el procesamiento de estos metales produce contaminación ambiental por cadmio.

Las amplias aplicaciones del cadmio en galvanoplastia, galvanostegia, y en galvanización, así como su empleo en plásticos, pigmentos para pinturas (amarillo cadmio) y baterías de níquel y cadmio, se han fundado en su gran resistencia a la corrosión, propiedades electroquímicas útiles y otras características químicas provechosas.

Dado que se recicla menos del 5% del metal, la polución ambiental es una consideración importante.

Los combustibles de carbón y otros fósiles contienen cadmio y su combus-

tión libera el elemento en el ambiente.

En Fuchu, Japón, poco después de la Segunda Guerra Mundial, un gran número de personas manifestó dolores reumáticos y miálgicos; la enfermedad se denominó *itai-itai* (ATSDR-Agencia para Sustancias Toxicas y Registro de Enfermedades IV - Situación Actual de la Cuenca Informe Especial: Cuenca Matanza-Riachuelo 95).

Se determinó que se había arrojado cadmio en las plantaciones locales de arroz, proveniente de los desechos de una planta procesadora de plomo y zinc.

La dosis letal por ingestión es desconocida. La ingestión de cantidades tan pequeñas como 10 mg causa la aparición de síntomas notables. Se han producido cuando menos 10 muertes después de una exposición a las emanaciones de cadmio. El límite de exposición para el polvo de cadmio o para vapores de óxido de cadmio es de 0,05 mg/m^3.

El cadmio es dañino para todas las células del organismo.

Se absorbe poco en el tracto gastrointestinal. Una vez absorbido, el metal es transportado por la sangre, unido a los eritrocitos y a la albúmina. Llega en primer término al hígado, para ser redistribuido lentamente de ahí a los riñones, en la forma de un complejo de cadmio y metalotioneina. Después de la distribución, cerca de 50% de la carga total del cuerpo aparece en hígado y riñones.

La absorción en vías respiratorias parece ser más completa, y quienes fuman cigarrillos pueden absorber 10 a 40 % del cadmio inhalado. La vida media del cadmio en el organismo es de 10 a 30 años.

Los hallazgos patológicos en los casos mortales de ingestión de cadmio son: inflamación gastrointestinal intensa, lesión hepática y renal. En envenenamientos agudos mortales por inhalación de vapores de cadmio: inflamación del epitelio pulmonar y edema pulmonar.

La presencia de enfisema pulmonar surge por la exposición prolongada a vapores de cadmio.

La toxicidad puede evolucionar hasta incluir edema de pulmón mortal o enfisema residual, con fibrosis peribronquial y perivascular (Zavon y Meadow, 1970).

Por inhalación: Pérdida del sentido del olfato, tos, disnea (dificultad para respirar), pérdida de la capacidad ventilatoria, con incremento correspondiente en el volumen residual pulmonar, pérdida de peso, anemia, irritabilidad y manchas amarillentas en los dientes.

Puede haber lesión hepática y renal (nefrotoxicosis). Daño glomerular, disminuye la filtración y ocurre aminoaciduria, glucosuria, y proteinuria.

La International Agency for Cancer Research (1993) concluyó que los datos son suficientes para clasificar al cadmio como carcinógeno para el ser humano.

Hidrocarburos: Los hidrocarburos son conocidos desde la Antigüedad. La Biblia menciona un santuario pagano en un sitio llamado Nafta, en el cual ardía una llama en forma permanente sin que nadie la alimentara.

Los hidrocarburos son una amenaza para casi todas las formas de vida conocidas. Esto se debe a su propio proceso geológico de formación, en el cual han estado millones de años alejados de la superficie terrestre. Esto signi-

fica que no hubo seres vivientes que hayan coevolucionado con ellos. Al haber evolucionado por separado, no se encuentran en los ecosistemas organismos vivos en condiciones de degradarlos, lo que explica su larga persistencia.

Las llamadas bacterias comedoras de petróleo son una excepción: son mutantes que han evolucionado rápidamente en condiciones de alta contaminación y se han adaptado a degradar hidrocarburos.

Sin embargo, de la constatación de este hecho a su eventual utilización para la remediación de áreas contaminadas existe una distancia apreciable que no se sabe si podrá ser salvada.

Cuando ocurre un derrame de petróleo en el suelo, la tierra recibe estos productos, los filtra y los expande por sus poros, en forma tanto horizontal como vertical. En una mancha tirada en tierra se producen muchos fenómenos de expansión, debido a fenómenos de intercambio físico químicos entre los hidrocarburos y los componentes del suelo. Por ejemplo, cuando el gasoil se vierte en tierra, las fracciones más livianas se evaporan y los componentes más pesados filtran en el suelo y migran a través del agua subterránea.

Los componentes sulfurosos de los hidrocarburos facilitan una rápida difusión en el suelo. La velocidad de esa migración depende de cada situación particular, pero en el caso de productos que se disuelvan en el agua, es claro que migrarán a la misma velocidad que el agua subterránea.

Esto equivale a decir que pueden encontrarse en el agua subterránea hidrocarburos en cantidades peligrosas a gran distancia de los vertidos de petróleo.

Los hidrocarburos polinucleados cancerígenos se encuentran en el aire pegados al polvillo atmosférico y en el petróleo.

No son biosintetizados por ningún ser vivo.

En las aguas de distintos puertos, arroyos y ríos de la mayor parte del mundo existen como consecuencia de desechos industriales que son arrojados al agua, malos trasvases de petróleo y derrames de sentina de los buques cuando amarran.

En los suelos suele haber contaminación por desechos industriales vertidos a la tierra.

En los estudios realizados por la Lic. Lilia Ventajas, se encontró que difunden vertical y horizontalmente en el agua, entre otros factores, como consecuencia de derrames de sentina. (Ventajas, Lilia, «Influencia de un derrame en la contaminación de agua de pozo», en la revista *Agua*, N° 79, marzo de 1992.)

En el Riachuelo y Dock Sud se ha perdido toda posibilidad de vida en sus aguas por la contaminación, pero habitualmente no es tenido en cuenta que estos hidrocarburos difunden rápidamente, llegan al fondo del subsuelo acuático y siguen difundiéndose hasta llegar a las napas freáticas.

Una gran parte del conurbano bonaerense toma agua de pozo, siendo la primera napa, la más contaminada y de allí se saca el agua de consumo, cuya concentración de hidrocarburos cancerígenos es muy alta, según el trabajo de investigación que realizara la autora mencionada.

En efecto, las aguas de pozo son utilizadas para consumo humano, beber, cocinar, aseo personal, etc.; el peligro es que estos hidrocarburos difunden fácilmente penetrando en la piel, y se fija en los tejidos grasos; lo mismo cuando se bebe o cuando se cocina; la realización de experimentos haciendo her-

vir papas con agua mineral, y con agua de pozo permitieron encontrar que las cocidas en esta última tenían una concentración tres veces mayor de hidrocarburos que las de agua mineral. Además las granjas, quintas, etc. del conurbano bonaerense, hacen regadíos con esas aguas y los hidrocarburos difunden en la tierra, raíces llegando a la savia, alimentan aves de consumo, otros animales, y en todos ellos difunden estos hidrocarburos y se almacenan, siendo el hombre el eslabón final en la cadena trófica.

La solución para extraer el agua de los pozos sería sacar agua de la segunda napa, para lo cual son necesarios extractores más complejos.

Cuando se ingiere agua con derivados del petróleo, estos se fijan en las células del sistema digestivo, especialmente en el hígado. Los constituyentes de las células fijan estos compuestos que, por acción de enzimas, forman las sustancias precursoras del tumor canceroso.

Los hidrocarburos alifáticos deprimen el sistema nervioso central y producen mareos e incoordinación.

La intoxicación por ingestión de nafta y querosén puede provocar incoordinación, inquietud, excitación, confusión, desorientación, ataxia, delirio, y por último, coma, que puede prolongarse por unas pocas horas o varios días.

La inhalación de concentraciones elevadas de vapores de gasolina (como ocurre con los trabajadores que limpian los tanques de almacenamiento de combustible), puede causar la muerte inmediata. «Los vapores de gasolina sensibilizan el miocardio de modo que pequeñas cantidades de adrenalina circulante pueden precipitar fibrilación ventricular; muchos hidrocarburos tienen esta acción.

La intoxicación por estos hidrocarburos es la consecuencia de la inhalación de los vapores o de la ingestión del líquido.

Un aspecto preocupante es la posibilidad de desarrollo de leucemia, debido al contenido de benceno de la gasolina,

Si la exposición es más intensa, los síntomas progresan a visión borrosa, temblores, respiración superficial y rápida, irregularidades ventriculares, parálisis e inconsciencia.

La información detallada de la acción de cada uno de los metales pesados y los hidrocarburos presentes en la Cuenca Matanza-Riachuelo, se encontrará en el Anexo I del informe del Defensor del Pueblo al que remitimos.

El Benceno: El benceno (C_6H_6), N° CAS 71-43-2, es una sustancia química ampliamente usada, es un líquido incoloro de aroma dulce. Se evapora al aire rápidamente y es poco soluble en agua. Es sumamente inflamable generada tanto por procesos naturales como por actividades humanas. Respirar benceno puede causar somnolencia, mareo y pérdida del conocimiento; la exposición de larga duración produce alteraciones en la médula de los huesos y puede causar anemia y leucemia.

Está entre los 20 productos químicos de mayor volumen de producción. Algunas industrias usan benceno para manufacturar otros productos químicos usados en la fabricación de plásticos, resinas, nylon y fibras sintéticas.

También se usa benceno para hacer ciertos tipos de gomas, lubricantes, tinturas, detergentes, medicamentos y pesticidas. Los volcanes e incendios forestales constituyen fuentes naturales de benceno. El benceno es también un constituyente natural del petróleo crudo, gasolina. Procesos industriales cons-

tituyen la principal fuente de benceno en el medio ambiente.

El benceno puede pasar al aire desde el agua y desde el suelo. Reacciona en el aire con otros productos químicos y se degrada en unos pocos días. Puede adherirse a lluvia o nieve y así ser transportado de nuevo al suelo.

Se degrada más lentamente en agua y en el suelo, y puede pasar a través del suelo a aguas subterráneas pero no se acumula en plantas o en animales.

Respirar niveles de benceno muy altos puede causar la muerte, mientras que niveles altos pueden causar somnolencia, mareo, aceleración del latido del corazón, dolores de cabeza, temblores, confusión y pérdida del conocimiento.

Comer o tomar altos niveles de benceno puede causar vómitos o irritación del estómago, mareo, somnolencia o convulsiones; rápido latido cardíaco y la muerte.

El efecto principal de la exposición de larga duración (365 días o más) al benceno es en la sangre.

El benceno produce efectos nocivos en la médula de los huesos y puede causar una disminución en el número de glóbulos rojos, lo que conduce a anemia.

El benceno también puede producir hemorragias y daño al sistema inmunitario, aumentando así las posibilidades de contraer infecciones.

Algunas mujeres que respiraron altos niveles de benceno por varios meses tuvieron menstruaciones irregulares y el tamaño de sus ovarios disminuyó. No se sabe si la exposición al benceno afecta al feto durante el embarazo o la fertilidad en hombres.

El Departamento de Salud y Servicios Humanos (DHHS) ha determina-

do que el benceno es un reconocido carcinógeno en seres humanos. La exposición de larga duración a altos niveles de benceno en el aire puede producir leucemia, un cáncer a los tejidos que fabrican las células de la sangre.

La EPA ha establecido un límite permisible máximo en agua potable de 0,005 miligramos de benceno por litro de agua (0,005 mg/l). La EPA requiere que se le notifique en casos de derrames o de liberación al medio ambiente de 10 libras o más de benceno.

La Administración de Salud y Seguridad Ocupacional (OSHA) establece un límite de exposición en el aire del lugar de trabajo de 1 parte por millón (1 ppm) en una jornada de 8 horas, 40 horas semanales.

El xileno: N° CAS 95-47-6, [o *dimetilbenceno*, $C_6H_4(CH_3)_2$] es un líquido descolorido, perfumado que prende fuego fácilmente. Se encuentra de forma natural en el alquitrán del petróleo y del carbón y se forma durante los fuegos del bosque.

Se utiliza como solvente y en la impresión, el caucho, y las industrias del cuero, como agente de limpieza, un diluyente para la pintura, y en pinturas y barnices. Se encuentra en cantidades pequeñas en combustible y gasolina de aeroplano.

Es degradado por los microorganismos en suelo y agua. Solamente una pequeña cantidad se acumula en pescados, crustáceos, plantas, y animales que viven en agua contaminada con xilenos.

Los xilenos (orto, meta y para xileno) proceden en las atmósferas urbanas de la combustión incompleta de las gasolinas y en los vehículos dotados de catalizador aparece como consecuencia de daño o destrucción de este como re-

sultado de su agotamiento o envenenamiento por otros agentes contaminantes.

Se ha encontrado xileno en sitios de residuos y vertederos cuando se descarta como solvente usado, o en barnices, pinturas, o diluyentes para pinturas. Se evapora rápidamente al aire, del suelo y de aguas superficiales.

En el aire, es degradado por la luz solar en otros productos químicos menos peligrosos.

La exposición a concentraciones de vapores de disolventes por encima del límite de exposición indicado puede tener efectos adversos para la salud, tales como irritación de las mucosas, irritación pulmonar, depresión del sistema nervioso central.

Entre los síntomas, cabe citar: dolor de cabeza, mareos, náuseas, aturdimiento, confusión, descoordinación, vértigos, fatiga, debilidad muscular y, en casos extremos, pérdida del conocimiento.

Contactos frecuentes o prolongados pueden desengrasar o secar la piel, provocando una incomodidad o dermatitis. Así dan lugar a una dermatitis de contacto no alérgica y a una absorción del preparado a través de la piel.

La exposición crónica produce debilidad general, excesiva fatiga, mareo, cefalea, irritabilidad, insomnio, pérdida de memoria y zumbidos en los oídos. Los síntomas típicos son alteraciones cardiovasculares, sabor dulzón en la boca, náuseas, en ocasiones vómitos, pérdida del apetito, mucha sed, sensación de quemazón en los ojos y hemorragia nasal.

En algunos casos se han observado alteraciones funcionales del sistema nervioso central asociadas con efectos neurológicos pronunciados (por ejemplo,

distonía), alteración de la síntesis de proteínas y deterioro de la actividad inmunológica.

Los altos niveles de la exposición para los períodos cortos (14 días o menos) o los períodos largos (más de 1 año) pueden causar dolores de cabeza, la carencia de la coordinación de los músculos, vértigos y confusión.

Las mujeres pueden sufrir alteraciones en los ciclos menstruales (menorragia o metrorragia). Se ha visto que las trabajadoras expuestas a tolueno y xileno en concentraciones que sobrepasaban periódicamente los límites de exposición, también se vieron afectadas por problemas durante sus embarazos (toxicosis, amenaza de aborto, hemorragias durante el parto) y esterilidad.

Las alteraciones hematológicas se manifiestan en forma de anemia, poiquilocitosis, anisocitosis (en ocasiones leucocitosis) con linfocitosis relativa y, a veces, una trombocitopenia muy pronunciada.

La exposición prolongada al xileno puede reducir la resistencia del organismo y hacerlo más vulnerable a diversos tipos de factores patógenos. Los análisis de orina muestran la presencia de proteínas, sangre, urobilina y urobilinógeno en la orina.

Se han producido casos mortales consecutivos a intoxicaciones crónicas, sobre todo en trabajadores de imprenta, aunque también en otros sectores de la industria.

La exposición a los altos niveles del xileno por períodos cortos puede también causar la irritación de la piel, de los ojos, de la nariz, y de la garganta; dificultad en la respiración; problemas con los pulmones; dificultades de la memoria; malestar de estómago; y altera posiblemente el hígado y los riñones.

Puede causar inconsciencia e incluso muerte a niveles muy altos.

En los casos de intoxicación crónica se detectan vestigios de xileno en todos los órganos y, en especial, en las glándulas suprarrenales, la médula ósea, el bazo y el tejido nervioso.

La (IARC) ha determinado que el xileno no es cancerígeno en humanos.

El EPA ha fijado un límite de 10 PPM del xileno en agua potable. La (OSHA) ha fijado un nivel máximo de xileno de 100 PPM en el aire por un día laborable de ocho horas, 40 horas semana.

El NIOSH ha recomendado que 900 PPM del xileno estén consideradas peligrosas para la vida o a la salud.

Estudios en seres humanos y en animales no han demostrado que el xileno es carcinogénico, sin embargo estos estudios no son conclusivos y no proveen información suficiente para concluir que el xileno no produce cáncer.

La alta exposición puede causar irritación de la piel, los ojos, la nariz y la garganta; tensión cardiaca; anemia; dificultades para respirar; sangrado de superficies mucosas; efectos hepáticos y renales; y la muerte.

A fin de entender acabadamente la razón por la cual se ha llegado a tal grado de degradación ambiental en la cuenca nada más esclarecedor que el Informe de Seguimiento de la Actuación N° 684/95 AGN - Registro de Residuos Peligrosos, elaborado por la Aduitoría General de la Nación - Gerencia General de Planificación - Gerencia de Control de Gestión Ambiental. Dicha Aduitoría, llevada a cabo durante el mes de octubre de 1999, fue dirigida al Señor Secretario de Desarrollo Sustentable y Política Ambiental en uso de las facultades conferidas por el artículo 118 de la Ley 24.156.

4.4. Informe de seguimiento de la actuación Nº 684/95 AGN - Registro de Residuos Peligrosos, elaborado por la Auditoría General de la Nación - Gerencia General de Planificación - Gerencia de Control de Gestión Ambiental

Dice el informe:

- «(...) la Auditoria General de la Nación procedió a realizar un examen en el ámbito de la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable —Dirección Nacional de Ordenamiento Ambiental— con el objeto del seguimiento de gestión ambiental de las recomendaciones efectuadas en el Informe de Auditoría de Gestión Ambiental (Actuación Nº 684/95-AGN, Resolución Nº 257/96 AGN) realizado por el Grupo de Gestión Ambiental que a continuación se detallan:

  1.1.-"Arbitrar los mecanismos necesarios para resolver las solicitudes de inscripción que, a más de un año de presentadas, se encuentran sin respuesta, siendo para ello oportuno implementar un sistema informático adecuado."

  1.2.- "Redefinir el circuito interno de tramitación de expedientes, a fin de lograr eficiencia y eficacia en el otorgamiento de Certificados Ambientales."

  1.3.-"Proceder a realizar las Inscripciones de Oficio previstas por la Ley, priorizando la inscripción de los grandes generadores de residuos peligrosos, dado el impacto ambiental que estos provocan, y también porque según lo previsto en la ley, lo recaudado en concepto de tasas, con-

47

tribuiría al financiamiento de las tareas de la Autoridad de aplicación con recursos propios."

1.4.- "Propiciar, tal como lo menciona la Unidad de Auditoria Interna de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano, el dictado de una norma de procedimiento, que permita la efectiva aplicación del Régimen de Infracciones y Sanciones previsto por la Ley."

1.5- "Implementar convenios con Organismos Públicos o Universidades Nacionales para complementar las tareas de inspección, control y fiscalización de las empresas inscriptas."

Se analizó el período comprendido entre el 7 de junio de 1996 a 31 de julio de 1998. El examen fue realizado de conformidad con las normas de Auditoría externa de la Auditoría General de la Nación, aprobadas por la Resolución N° 145/93, dictada en virtud de las facultades conferidas por el art. N° 119, inc. d) de la Ley 24.156.

Todo ello en función de que la ley 24.051, reglamentada mediante Decreto 831/93, obliga a la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable a llevar y actualizar un Registro de Generadores, Operadores y Transportistas de Residuos Peligrosos.

Por las resoluciones SRN y AH 413/93 se habilita el Registro a partir del 22/10/93 y mediante la resolución SRN y AH 106/94 se dispuso que el plazo para que las empresas se inscriban en el Registro vencía el 13/07/94. Vale decir, a partir del mes de octubre de 1993, el Registro quedó formalmente habilitado para funcionar y a partir de julio de 1994 para aplicar el régimen de sanciones previsto si detectara la falta de inscripción y/u otro tipo de incum-

plimiento por parte de las empresas.

Para ello dice el informe:

- «La norma establece los siguientes instrumentos:

Registro: las empresas debe inscribirse en el mismo y adjuntar documentación técnica.

Certificado Ambiental Anual: las empresas deben obtenerlo y renovarlo anualmente ya que el mismo aprueba el sistema de generación, tratamiento u operaciones que realicen con los residuos peligrosos.

Inscripciones de oficio: la autoridad de aplicación puede inscribir a los titulares de empresas que estén bajo el alcance de la ley y no se hubieran inscripto.

Manifiestos: las empresas deben utilizar los mismos cada vez que los residuos salen de la empresa generadora, para ser transportados a la planta operadora y de disposición final. El Manifiesto es el instrumento que documenta la naturaleza y cantidad de los residuos generados, su origen, transferencia y disposición final, los procesos a que son sometidos, y cualquier otra operación que respecto de los mismos se realiza. (ver ANEXO 2.6).

Tasa de Evaluación y Fiscalización (TEF): los generadores de residuos no patológicos y los operadores deben pagar una tasa anual (ver ANEXO I); quedan exceptuados los generadores de residuos patológicos y los transportistas.

Inspecciones: la autoridad de aplicación está facultada para inspeccionar in situ a las empresas. **Régimen de sanciones:** la Ley 24.051: esta-

blece sanciones para el caso de incumplimiento. (...).»

Se analizaron en el Registro 42 expedientes que no obtuvieron el certificado ambiental y 52 que lo obtuvieron, seleccionados al azar y en forma secuencial de las listas proporcionadas por la Dirección Nacional de Ordenamiento Ambiental.

Los expedientes examinados detallados en el ANEXO IV fueron seleccionados al azar y en forma secuencial de las listas proporcionadas por la DIRECCIÓN NACIONAL DE ORDENAMIENTO AMBIENTAL, mencionados en el punto 3.3.1 del presente informe.

No fue posible examinar las inscripciones de oficio efectuadas a titulares de empresas por carecer el organismo del archivo correspondiente.

Patentiza el impresionante incumplimiento de los «generadores» en la obtención del certificado legal, pues de un total de 2.413 expedientes, sólo 179 generadores actúan con certificado. Es decir hay 2.244 que operan sin certificado.

Según la lista de certificados ambientales otorgados, 570 CAA fueron emitidos desde 1994 hasta la fecha.

De dicho total, descontamos 56 CAA anulados por el propio Registro.

Asimismo, descontamos 15 expedientes que habrían obtenido el CAA, porque no consta en dicha lista, el número de resolución que lo otorgó, y en consecuencia las fechas de emisión y vencimiento del mismo.

El resultado es: 499 CAA identificados como otorgados.

De dicho número, **123 CAA están vigentes a junio de 1998,** ya que vencen en junio de 1998 o posteriormente, los **376 CAA restantes no están vi-**

gentes.

De los 376 CAA que han vencido, 138 CAA vencieron entre junio de 1997 y mayo de 1998, 238 CAA vencieron antes de junio de 1997.

A junio de 1998:

a) Tramitan en el Registro 3449 expedientes dirigidos a obtener el CAA.

b) Se otorgaron 499 CAA.

c) Se encuentran vigentes 123 CAA (...).»

Observe V.E. lo informado en el punto 3.1.3:

- «Los generadores que tramitan sus expedientes, en cambio, operan de hecho sin certificado ambiental, utilizando los manifiestos, toda vez que los mismos deben dar cuenta de los residuos generados, su destino y disposición final (ver ANEXO I, Marco normativo).»

Sin embargo, conforme la Ley 24.051 el certificado ambiental es el único «instrumento que acredita, en forma exclusiva, la aprobación del sistema de manipulación, transporte, tratamiento o disposición final que los inscriptos aplicarán a los residuos peligrosos» como se observa en el punto 3.1 del informe de la AGN, es el certificado ambiental el instrumento que aprueba el sistema de generación de residuos.

En concordancia con los informes anteriores hasta aquí analizados también adquiere importancia el Informe Final titulado «Estudio o Línea de Base de Concentración de Gases Contaminantes en Atmósfera en el Área de Dock Sud en Argentina» elaborado por la Agencia de Cooperación Internacional del Japón en Argentina para la Secretaría de Desarrollo Sustentable y Política

Ambiental que se acompaña en fotocopia como Anexo 2.9.

4.5. Informe final «Estudio o Línea de Base de Concentración de Gases Contaminantes en Atmósfera en el Área de Dock Sud en Argentina» Agencia de Cooperación Internacional del Japón en Argentina -JICA- Secretaría de Desarrollo Sustentable y Política Ambiental

Por solicitud de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (SAyDS) a la Agencia de Cooperación Internacional Japonesa (JICA), para el desarrollo de un estudio denominado «Plan de Acción Estratégico (PAE) para la gestión ambiental sustentable de un área urbano-industrial a escala completa» localizado en la zona de Dock Sud, partido de Avellaneda, provincia de Buenos Aires, esta Agencia celebró un convenio con JMB Ingeniería Ambiental S.A., para la realización del mencionado estudio.

En la SA y DS se conformó una Unidad Ejecutora, de acuerdo con el convenio que oportunamente se firmara entre las diversas jurisdicciones participantes, esta unidad es la encargada de supervisar y aprobar los trabajos realizados por la Empresa Consultora, y se encuentran representados los siguientes organismos:

- Subsecretaría de Política Ambiental (SSPA), provincia de Buenos Aires
- Municipalidad de Avellaneda
- Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Prefectura Naval Argentina
- Administración General de Puertos

Se realizó una recopilación inicial de datos referidos a la calidad de suelo, agua y de aire en la zona de Dock Sud. Para ello se delimitó inicialmente una «zona de estudio» definida por los siguientes bordes:

- El Río de la Plata
- El canal Sarandí
- La autopista Buenos Aires-La Plata
- El Riachuelo

En ella trabajaron Estudio o Línea de Base de Concentración de Gases, Contaminantes en Atmósfera en el Área de Dock Sud en Argentina.

En apretada síntesis, con respecto a la exposición por contaminación de la superficie del suelo cabe decir que B&C (1996) Dock Sud Environmental Remediation and Pollution Abatement y JICA I (2002) Project, Estudio o Línea de Base de Concentración de Gases, Contaminantes en Atmósfera en el Area de Dock Sud en Argentina y ICAP (2002) Air Quality Modeling of the Buenos Aires Metropolitan Area, analizaron y detectaron la presencia de contaminantes de alto impacto en salud como los PCB y como los PAH los que presentaron concentraciones en la superficie del suelo potencialmente por encima de los niveles guía.

En el caso de los metales se determinó que un tercio de las muestras de suelo superficial presentan concentraciones de plomo que superan el nivel guía de la US-EPA para uso del suelo residencial.

Además, tres muestras superaron el valor para uso del suelo industrial (las muestras fueran tomadas todas en suelos de uso público, fuera del predio de las industrias).

Con respecto a la contaminación del aire, se utilizó el modelo Screen3 de la US-EPA para determinar concentraciones promedio de 1 hora, las cuales fueron luego comparadas con los estándares de calidad de aire de la NAAQS.

Se analizaron únicamente algunos contaminantes de criterio y las emisiones de la Empresa Shell CAPSA. De los contaminantes analizados, el resultado fue: el NOx con un 25% de excedencia respecto del estándar de la PBA y el SO2 unas cinco veces por encima del estándar NAAQS.

De acuerdo con B&C, este último compuesto estaría afectando a la población dentro de un radio de al menos 3 km. Para estimar el impacto crónico en salud, B&C utilizó los resultados anteriores ajustados por un factor 0,1 (constante para todos los compuestos) para representar concentraciones promedio anual. Se incluyó en el análisis el benceno, el cual se lo comparó con el índice de evaluación de riesgo calculado usando el protocolo PRG (USEPA).

B&C también llegó a la conclusión que en el área arriba referenciada el dióxido de azufre y el benceno presentaban concentraciones promedio anuales de un orden de magnitud superiores a los estándares respectivos, sugiriendo focalizar esfuerzos en estudiar en primer término el primero de estos compuestos. «Plan de Acción Estratégico (PAE) para la gestión ambiental sustentable de un área urbano-industrial a escala completa» Fecha: 31/01/2003 Informe de Avance I, pág. Nº 120 de 170.

4.6. Informe Greenpeace (agosto 1997)

Ya el informe de Greenpeace (agosto 1997), alertaba sobre la catastrófica situación ambiental con el consabido deterioro de la salud de la población:

- «**Conclusión:** A pesar de la falta de información sistemática sobre el es-

tado ambiental de la cuenca, así como de los contaminantes vertidos, es claro que la situación del Matanza-Riachuelo es una situación límite (...).

Se trata, además de un río de llanura, con pendiente y caudal reducidos, provocando localmente fuertes impactos por los niveles de contaminación (...).

El nivel socioeconómico de los habitantes de la zona y el acceso a la protección sanitaria son bajos lo que provoca aún mayor vulnerabilidad frente al deterioro de la cuenca (...).

Es claro que se requiere una acción inmediata, que deberá —si de solucionar realmente el problema se trata— implementar obras de limpieza, pero también establecer —sin demoras— un plan para eliminar progresivamente las descargas de material contaminante a los ríos y arroyos de la cuenca (...).»

Sin perjuicio de los resultados de los informes específicos analizados, la problemática ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo y Polo Petroquímico hasta aquí descripta y su incidencia en la salud de la población y en especial de los actores fue ampliamente difundido por distintos medios de comunicación tanto gráficos, y televisivos.

De modo que no podrá decirse en el caso que la situación de contaminación ambiental industrial era desconocida, por el contrario era de público y notorio conocimiento tanto para las industrias demandadas y autoridades gubernamentales y de control.

Así lo acreditan las notas periodísticas y de investigación de los últimos cin-

co años acompañadas como prueba como ANEXO 4.2 a 4.16, de las cuales citamos a modo de ejemplo la notas del diario *La Nación*, pág. 20 (13/10/01) «Riachuelo: Ahora más de 1000 días»; pág. 19 (05/05/02) «Agoniza el plan para sanear el Riachuelo»; pág. 16 (17/04/03) «Preocupante estado ambiental en Dock Sud»; pág. 18 (09/08/03), «Preocupan los resultados de un informe en Dock Sud»; pág. 21, (05/12/03) «Hay en el Riachuelo emergencia ambiental»; pág. 32, (13/12/03) «Grave denuncia sobre el Riachuelo»; pág. 11, (29/03/04) Nota I y II «La salud ambiental se trata en el Argerich» Dock Sud y Riachuelo dos focos de polución ambiental 10. Diario *Clarín* pág. 41, (04/12/01) «Protesta por contaminación en Dock Sud» o del diario *Clarín*, págs. 38/39, (03/01/02) «A treinta cuadras del obelisco una zona con raros olores químicos»; págs. 46/47, (05/12/03) «En el Riachuelo hay mucho más Plomo que los niveles permitidos» entre otros.

En idéntico sentido las emisiones televisivas de Canal 13 y Canal 9, que también se acompañan como prueba ANEXO 4.1.

5. Presupuestos de la responsabilidad

En la responsabilidad que se le imputa a las empresas y al ESTADO (nacional, provincial y GOBIERNO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES) están presentes todos los presupuestos que la normativa legal vigente y doctrina exigen al respecto:

5.1. Autoría

La contaminación del ambiente —agua, suelo y aire— se origina en hechos positivos de las empresas, cumplidos con motivo de sus procesos productivos

y en el caso del Estado, en acciones (desvío de fondos específicos a fines ajenos a la remediación de la Cuenca Matanza-Riachuelo) y omisiones (no ejercicio del poder de policía y de contralor).

Son las empresas aquí demandadas y no otras las contaminantes, cuyos efectos «pasan» a las personas, quienes los sufren por el sólo hecho de habitar la zona y es el Estado copartícipe necesario de tal accionar.

La autoría que se les atribuye a las accionadas, no puede ser objeto de debate, ni merece justificación alguna.

La contaminación no puede tolerarse y los daños causados por su accionar, deberán indemnizarse.

5.2. Antijuricidad o ilicitud

La doctrina especializada, sostiene que la afectación del ambiente, con detrimento para un grupo de personas (por ej.: vecinos de una ciudad), constituye de por sí una actividad contraria a derecho, es decir antijurídica; lo cual resulta inclusive como ya se dijera del propio texto constitucional actual —art. 41 CN—, ya que existiendo un derecho al medio ambiente sano, que es un bien de incidencia colectiva, pero también individual, es obvio que la ilicitud surge por sí sola, de la mera circunstancia de la violación de ese bien (ver LORENZETTI, «La protección jurídica del ambiente», en *La Ley*, 1997-E, 1471, n. 5).

La presente cuestión se resume en lo que sostiene HUTCHINSON:

- «Por ello preferimos hablar de conducta antijurídica, entendiendo por ella toda aquélla contraria a derecho, en el sentido que basta con que

consista en la violación del deber jurídico de no causar daño injustificado a otro» (**Mosset Iturraspe** —letrado patrocinante de la actora—, Hutchinson y Donna, *Daño Ambiental*; tomo II, pág. 77).

Ya en 1887, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en la causa «Los Saladeros Podestá vs. Provincia de Buenos Aires» (Fallos 31-273), que:

- «(...) ninguno puede tener un derecho adquirido en comprometer la salud pública: (...) con el uso que haga de su propiedad, y especialmente en el ejercicio de una profesión o industria (...).»

Y agregando ya en ese entonces que:

- «(...) la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de inocuidad», lo que fue abundantemente ratificado por la jurisprudencia contemporánea (...).»

Así, por ejemplo, se afirma en los considerandos de la sentencia dictada en «Opalinas Hurlingham» (ver publicación citada), que:

- «(...) resulta imposible aceptar que como consecuencia de una actividad o de una omisión de las autoridades a cargo del ejercicio del poder de policía, puede tolerarse la violación del deber de no dañar por parte del contaminante (...).»

Y agrega:

- «Si la autorización administrativa, de existir, no evita que los jueces puedan disponer la indemnización de daños o la cesación de las molestias ocasionadas por humo, calor, olores, etc., por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos (art. 2618, C.C.), qué decir en el caso de

daños como los juzgados en autos (...).»

Los efluentes, residuos tóxicos, emanaciones e inmisiones contaminantes, han provocado una tremenda contaminación ambiental, causando daños a las personas y sus bienes, configurando una clara violación del art. 41 de la Constitución Nacional, en cuanto garantiza a los habitantes de la Nación, un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.

Los artículos 1066, 1109, 1112 y 1113 y concordantes califican de antijurídica la conducta de quien y/o quienes causan a otro/s un daño injusto.

5.3. Imputabilidad

En los casos de daños causados a través del ambiente se aplicarán los principios de la responsabilidad objetiva.

Al respecto dice Trigo Represas:

- «Tenemos así ante todo, las hipótesis comprendidas en las preceptivas sobre relaciones de vecindad y en especial el reformado art. 2618, C.C. Esta norma establece un claro supuesto de responsabilidad objetiva, independiente de la culpa o dolo del responsable; bastando la verificación del evento dañoso, para que en base a las pautas consagradas por la disposición, quede abierta la correspondiente vía indemnizatoria a el o los damnificados que revistan la condición de vecinos del fundo causante de deterioro ambiental» (Trigo Represas, «Responsabilidad Civil por Daño Ambiental», Revista J.A., 29 de diciembre de 1999, N° 6174, pág. 37.)

A su vez, se resolvió:

- «Siendo el presente un típico caso encuadrable en la responsabilidad objetiva (art. 1113, C.C.) no debe investigarse la culpa en la producción del daño, el cumplimiento de índices administrativos no puede operar como justificativo que exima de responsabilidad «, (Cam. Fed. La Plata, sala 1ª, 3/9/96, «Maceroni, F. y otros v. DGFM»; revista *J.A.*, 5 de agosto de 1998, Nº 6101, pág. 17 y ss.).

También resulta de suma relevancia lo sostenido en el citado fallo de «Opalinas Hurlingham»:

- «Si algo puede señalarse como característica indiscutida del actual derecho de daños es precisamente la existencia de una pluralidad de factores de imputación, sin que de ello se siga como consecuencia, que la circunstancia de que se encuentre presente uno de ellos comporte, necesariamente, la exclusión del o los restantes (...) En suma nada obsta a que en el caso de autos, se hayan analizado tanto la existencia de un factor objetivo de imputación, como es el riesgo derivado de la utilización de arsénico en el proceso industrial (...), como de la posible negligencia en el comportamiento destinado a evitar que de aquel uso derivara daño.»

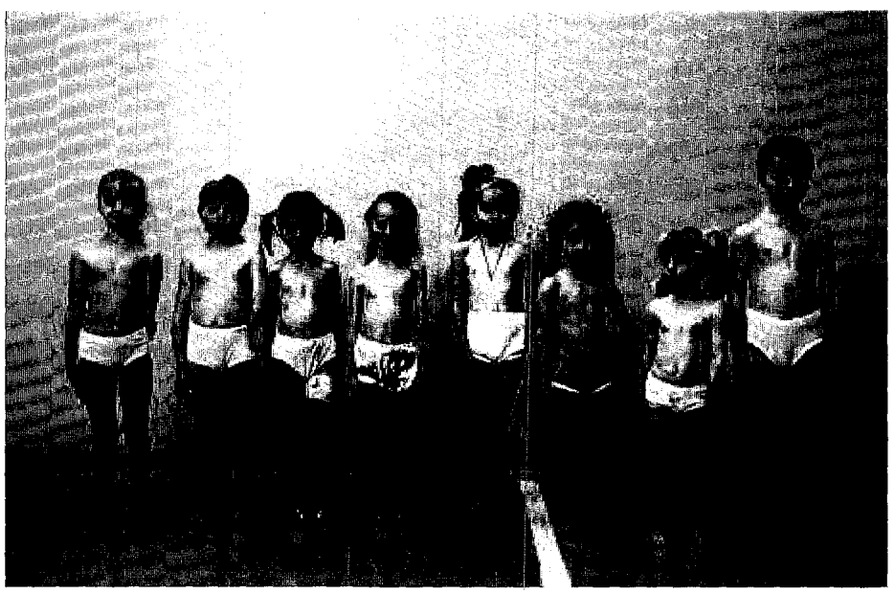
En definitiva, el daño ambiental y sus efectos sobre las personas, dan pie a una atribución objetiva, a título de riesgo creado o riesgo de empresa, que deja afuera el debate sobre la culpabilidad de las contaminantes, sobre sus negligencias, imprudencias o impericias (art. 1113 C.C. y ccs.).

Sostiene **Jorge Mosset Iturraspe** —letrado patrocinante de la actora—, en *Daño Ambiental*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, tomo I, 1999,

pág. 119:

- «Es promisorio observar que el debate que se prolonga desde 1968, reforma de la ley 17.711, acerca de la vigencia en el Derecho Privado patrimonial de una imputación objetiva o sin culpa, fundada en el riesgo o en la garantía logra consenso en materia de daño ambiental.

  Es como si la gravedad del tema hubiera decidido a los dubitativos o bien como si el daño ambiental, por sus características, hubiera logrado el rechazo generalizado a la idea que "no hay responsabilidad sin culpa". No es meramente una cuestión de inversión de la carga de la prueba, una culpa presumida —admita o no prueba en contrario—; se trata de prescindir de los rostros de la culpa: negligencia, imprudencia o impericia, para basar la atribución en los "riesgos", así en plural, sean estos creados por actividades o por cosas (...).»



Ocho niños nacidos sin la extremidad de su brazo izquierdo se reúnen para el trabajo del fotógrafo Gerd Ludwig sobre la contaminación en la Unión Soviética. Todos nacieron en dos barrios de Moscú, donde los contaminantes industriales afectaron el aire y el agua.
Fuente: Ludwig, Gerd, *«National Geographic en español, edición de colección: Las 100 mejores fotografías.* (Ésta y otras fotografías sobre las consecuencias de la contaminación ambiental en la ex Unión Soviética pueden verse en Internet en la siguiente dirección del autor: http://www.gerdudwig.com/html/stories_soviet.htm)

La aprehensión lógica de esta realidad compleja puede ser observada en toda su dimensión a través de la precedente obra fotográfica que sobre contaminación en la Unión Soviética realizó Gerd Ludwig (publicada en *National Geographic en español*, edición de colección: *Las 100 mejores fotografías*, febrero de 2003, ISSN 1536-6596), al reunir ocho chicos sin su extremidad del brazo izquierdo, que habitaban dos barrios de Moscú, víctimas de la contaminación ambiental.

5.4. Relación de causalidad

Como también se detalla luego, entre la conducta antijurídica de las empresas y el Estado y el daño causado a los poderdantes, media una adecuada relación de causalidad (art. 901 y ccs. del C.C.). No ha mediado interferencia alguna que haya roto la cadena causal.

Como bien explica LORENZETTI, en *Presunciones de causalidad y responsabilidad - Cuestiones modernas de responsabilidad civil* (Ed. La Ley, Bs. As., 1988), en nuestro derecho existen presunciones de causalidad, por las que acreditado el extremo de que la cosa —en nuestro caso la actividad industrial de las empresas demandadas y las sustancias que utilizan— han participado en el daño, se presume la causalidad.

Amplía el autor citado, en *Las normas fundamentales de derecho privado* (Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 497 y ss.), que en la materia corresponde la aplicación de las denominadas «presunciones de causalidad».

Por su parte, BUSTAMANTE ALSINA, en *Derecho Ambiental* (Abeledo-Perrot, Bs.As., 1995, pág. 159), sostiene que como el obstáculo mayor está constituido por la prueba de la relación de causalidad, deben aplicarse las pruebas

indirectas de presunciones precisas y concordantes.

La jurisprudencia ha determinado reiteradamente que debe valorarse predominantemente la prueba de presunciones, otorgándole especial trascendencia (véase sentencia única acumulada «PININI DE PÉREZ MARÍA DEL CARMEN C/COPETRO S.A. S/DAÑOS Y PERJ.»; «KLAUS JUAN JOAQUÍN C/ COPETRO S.A. S/DAÑOS Y PERJ.»; «ALMADA HUGO NÉSTOR C/COPETRO S.A. S/DAÑOS Y PERJ.»; «IRAZU MARGARITA C/COPETRO S.A. S/DAÑOS Y PERJ.», Cám. Civ. Com. 1° Sala 2° La Plata RSD-42-93 S 27/4/93, SCBA Ac. 54665 S 19/5/98; y «BASILE VICENTE MIGUEL C/ETERNIT ARGENTINA S.A. S/DAÑOS Y PERJ.», Cám. Civ. Com. Morón, Sala 1°, 33499 RSD-81-95 S 18/5/95).

Resulta indiscutible, que los residuos o desechos no utilizados en el proceso de producción, y las sustancias utilizadas en el mismo, resultan cosas peligrosas, con gran potencialidad dañosa, abstracta y objetiva, medida en relación con seres vivos en general, y con el medio ambiente.

Adviértase que las propias demandadas, en el caso la petrolera SHELL, por declaraciones de su Presidente Juan José Aranguren al diario *La Nación* (28/08/2003), que se acompaña como prueba en ANEXO 4.7, destaca que las inversiones realizadas en calidad y medio ambiente:

- «(...) les permitirá reducir las emisiones de dióxido de carbono (asociada al efecto invernadero) en 70.000 toneladas al año (...).»

Prima facie, tales declaraciones generan una grave presunción en su contra, de que con anterioridad a tal fecha, el tratamiento de sus inmisiones y efluentes no era el adecuado.

55

Mas ello resulta notorio con las declaraciones efectuadas por el entonces Sr. intendente de Avellaneda OSCAR LABORDE —en el caso, autoridad de contralor— a distintos programas televisivos que también se acompañan como prueba, en videocasete como ANEXO 4.1.

En efecto, del propio relato efectuado por el intendente municipal Sr. LABORDE, surge que todo el proceso de producción de las industrias demandadas de su Municipio generaban agresión ambiental.

En supuestos como el de autos, y según explica LORENZETTI en «Estudio sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en el derecho argentino», en KEMERMAJER DE CARLUCCI, directora, *Derecho de Daños - Segunda Parte*, Bs.As., Ed. La Rocca, 1993, pág. 352 y ss. «(...) la imputabilidad es objetiva y se presume»; también véase de la misma autora *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 496 y ss.

Así se resolvió:

- «La naturaleza de una industria dedicada al tratamiento de sustancias petroquímicas, la entidad del complejo industrial que posee la misma, las materias empleadas, las temperaturas, su relación con el exterior y el mecanismo todo de gestión, hace que sin lugar a la menor duda debe caracterizarse como riesgoso su desempeño (...) El procedimiento de calcinamiento de coque, guarda del mismo en silos y posterior embarque reviste la calidad de actividad riesgosa para la salud comunitaria en tanto y en cuanto las emanaciones de polvillo de cualquier industria entran en la categoría de coadyuvantes o pueden llegar a ser directamente activos, a lo que no escaparía la dispersión de material particulado que

pudiese emitir o provenir de una industria, independientemente de que la cantidad total, en peso, de material dispersado por el viento pudiese ser menor que la consentida por la ley (...)» Conf. sent. acum. «PININI c/COPETRO», ya citado.

La responsabilidad de la contraria, resulta entonces, objetiva:

- «Puede atribuirse a la demandada responsabilidad objetiva en la producción del daño ambiental, tanto si se considera que el mismo fue ocasionado por la «cosa», como si se estima al complejo industrial contaminante como cosa o actividad riesgosa (...).» Conf. Cám. Nac. Civ. Sala I, 6/30/1994, «D.D. Y OTROS c/FÁBRICA DE OPALINAS HURLINGHAM S.A.», L.L. 1995-C-361, con nota de Jorge Bustamante Alsina, DJ 1995-1-863.

También de dicho autor, en *Derecho Ambiental* (obra cit.), donde expresa, refiriéndose al establecimiento industrial como aquél en el que:

- «(...) su dueño o la empresa propietaria desarrolla allí una actividad riesgosa, considerando los elementos peligrosos que pone en movimiento o intervienen en la producción, o finalmente en el producto nocivo que es el resultado final o en el residuo peligroso que genera (...).»

Haciendo luego referencia al Proyecto de Unificación de 1987, que incluía en un párrafo del art. 1113:

- «Lo previsto para los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas es aplicable a los daños causados por actividades que sean riesgosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización (...).»

Siguiendo entonces a BUSTAMANTE ALSINA, puede afirmarse que los demandados no podrían excusar su responsabilidad, si demostraran que su actividad se desarrolla mediante autorización gubernamental y con observancia de las normas reglamentarias, pues no se cuestiona su culpa, sino que su responsabilidad tiene fundamento objetivo en el riesgo de causar daño a otros y además en el principio general del *alterum non laedere*.

Además, las normas de derecho administrativo que regulan el funcionamiento de los establecimientos —de existir— habrían sido dictadas sin perjuicio de terceros, regla que debe aplicarse a las actividades susceptibles de ocasionar daños por contaminación ambiental.

Respecto a la contaminación con metales pesados e hidrocarburos se adjunta (ANEXO 2.14) fotocopia certificada por escribano, del libro: *Toxicología Industrial e intoxicaciones profesionales* de R. Lauweys, profesor de la UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LOUVAIN, Francia, de Ed. Masson S.A. (1994).

En las páginas 574, 575 y 576, Tabla 17, se transcribe la Valoración de las 628 sustancias, por la IARC (CIRC), organismo integrado por el COMITÉ DE EXPERTOS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS).

Dicha tabla se divide en dos grupos:

– Grupo 1: «Cancerígenos para el hombre».

– Grupo 2: «Cancerígenos probables para el hombre».

– Grupo 2A: «Grado de probabilidad elevado».

– Grupo 2B: «Grado de probabilidad menos elevada que para el grupo 2A».

Adviértase que la gran mayoría de las sustancias toxicas detectadas (cromo,

mercurio, plomo, arsénico, benceno, tolueno, xileno), se ubican en el grupo 1, es decir como reconocidos cancerígenos.

En síntesis:

1) La responsabilidad de las demandadas tiene fundamento objetivo en el riesgo de causar daño a otros y en el principio general *alterum non laedere*.
2) Rigen en la materia las «presunciones de causalidad» y debe otorgarse trascendencia especial a la prueba de presunciones.
3) La imputabilidad es también objetiva, y se presume.
4) Las cosas que utilizan las empresas demandadas y su propia actividad industrial, son riesgosas.
5) La autorización administrativa que le pudo haber sido otorgada, fue sin perjuicio de terceros.
6) El plomo (Pb), el cromo (Cr), el mercurio (Hg), el arsénico (As), el benceno (C_6H_6), el tolueno (o *metilbenceno*, $C_6H_5C_6CH_3$), entre otros, son altamente nocivos y perjudiciales para la salud y algunos de ellos reconocidos cancerígenos.

6. Resarcimiento de daños sufridos por las personas contaminadas

Previo a la descripción y fundamentación de los rubros resarcitorios que se pretenden para cada una de las personas afectadas, es necesario destacar que los reclamos se efectúan en base a las sustancias contaminantes ya detectadas en sangre u orina, sin que ello implique que los actores puedan presentar otras

sustancias nocivas en su organismo y padecer distintas enfermedades relacionadas con la contaminación que origina la *litis*.

Todo ello dependerá de las medidas que disponga V.E. y de los análisis, exámenes y estudios que disponga el Cuerpo Médico Forense, de acuerdo con la prueba pericial médica que se ofrece.

Por consiguiente, las sumas indemnizatorias reclamadas deben entenderse como estimaciones sujetas a otras verificaciones.

A fin de una mejor ilustración de V.E., hemos dividido a los afectados en dos grupos.

Con la letra «A», se agrupan a las personas contaminadas que habitan en Dock Sud, partido de Avellaneda, en la denominada «Villa Inflamable».

Mientras que con la letra «B» se agrupan a los vecinos afectados, que poseen en común la característica de prestar desde hace años sus servicios profesionales como médicos, odontólogos o enfermeros, en el Hospital Interzonal de Agudos Pedro Fiorito de la ciudad de Avellaneda, provincia de Buenos Aires, pero que se domicilian en distintas localidades: Wilde, Avellaneda, Villa Domínico, Capital Federal (barrio de La Boca), etc.

GRUPO «A»

A.1. BRITE, Emir; BRITE, Ailén Camila:

Los menores viven junto a su madre —María del Carmen Brite—, de estado civil divorciada. Se adjuntan copias simples de los certificados de nacimiento, en Anexo 3.3.

La madre y los niños habitan un humilde inmueble sito en la calle Larro-

que Nº 168, «Villa Inflamable», Dock Sud, partido de Avellaneda, provincia de Buenos Aires. Los menores fueron atendidos en distintas oportunidades en el Hospital de Pediatría S.A.M.I.C. «Prof. Dr. Juan Garraham» y en otros establecimientos asistenciales, por presentar, entre otras alteraciones a la salud causadas por la contaminación ambiental, graves intoxicaciones con plomo. Se adjuntan las respectivas constancias en Anexo 3.1.

Este tipo de intoxicación crónica provoca por lo general: anemia, alteración del sistema nervioso central y periférico, alteraciones psiquiátricas, gota reumática, lesiones que pueden ser reversibles en caso de niños o jóvenes, con adecuados tratamientos.

También causa alteraciones gastrointestinales como el cólico saturnino, y aumento de las enzimas hepáticas. Disminuye la cantidad de espermatozoides en el hombre y aumenta la incidencia de abortos y fetos muertos.

A nivel cardiovascular produce arritmias e hipertensión arterial. Los tratamientos son complejos, no son inocuos (quelantes) y requieren de control, monitoreos y a veces —como en el caso— internación con cuidados especiales.

Los daños causados por la intoxicación con plomo, pueden originar severas secuelas incapacitantes.

6.1. Composición de rubros reclamados

1) Incapacidad sobreviniente (pérdida de chance): La indemnización por el rubro, tiende a paliar las ineptitudes y deficiencias físicas y/o psíquicas, y secuelas permanentes o no, que puedan afectar la vida de relación de los ni-

ños afectados.

La jurisprudencia es conteste en señalar, que la circunstancia de que las víctimas no desempeñen ninguna actividad remunerada —en el caso por tratarse de menores— no es óbice para la procedencia del rubro, pues conforme al curso natural y ordinario de las cosas, resulta notorio que en el futuro necesiten usar de la capacidad de su trabajo, en particular por su humilde condición socio-económica.

Por lo tanto, la incapacidad sobreviniente, está dirigida a restablecer las potencialidades futuras causadas por la enfermedad contraída y sus secuelas.

Para su fijación, deben merituarse todas las esferas (vida social, de recreación, esparcimiento, estudio, etc.) y no sólo la laboral.

Se ha decidido:

- «El daño por incapacidad sobreviniente proviene de la vida misma y del vivir en sus posibilidades activas. El derecho de vivir en plenitud obteniendo provecho con las condiciones naturales que se gozan, hasta el tiempo de su desmedro accidental, es el que se ha visto afectado y disminuido. Ese daño a la vida, protegido por el art. 33 de la Constitución Nacional, comprende las disminuciones de las energías vitales psicoorgánicas o psicosomáticas que deben ser reparadas por aplicación de los arts. 1079, 1075, 1068, 1083 y ccs. del Cód. Civil (...).», —del voto del Dr. Cifuentes—, CNCiv Sala C 13/10/92 «Varde Josefa R.I. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos», L.L. 1993-C-288; CNCiv., Sala C 28/5/93 «Suetta Glanton, Luis y otra c/Empresa Ferrocarriles Argentinos», L.L. 1994-A-546, J.Agrup., caso 9505;

CNCiv Sala C, 22/2/94 «SUASNABAL, TERESA M. c/CABRERA, GUSTAVO D.», L.L. 1994-C-579, J. Agrup., caso 9502, entre otros.

Con la prueba pericial por rendirse en autos se acreditará la procedencia del rubro.

En consecuencia, se reclama en concepto de incapacidad sobreviniente (psicofísica), como pérdida de chance, la suma de PESOS CINCUENTA Y DOS MIL ($ 52.000) para cada uno de los menores, es decir un total de PESOS CIENTO CUATRO MIL ($ 104.000) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

2) Gastos por tratamientos médicos: Hasta la interposición de la acción, la madre de los niños ha tenido que afrontar ingentes gastos en el tratamiento de las dolencias causadas por la contaminación ambiental, ya sea por estudios, análisis, atención especializada, medicación, internaciones, etc.

De la historia clínica que en copia se adjunta en ANEXO 3.1, surgen algunos de los tratamientos recibidos, resultando la misma, no taxativa.

La jurisprudencia es conteste en establecer que no corresponde exigir la acreditación documental, respecto a los gastos reclamados por estos conceptos, pero que sí resultan de la naturaleza de las lesiones o de los informes de las historias clínicas, (conf. «DUARTE DANTE Y OTROS c/FÁBRICA ARGENTINA DE VIDRIOS Y REVESTIMIENTOS DE OPALINAS HURLINGHAM S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS», ya citado).

Con la prueba a rendirse, se comprobará que las dolencias de los niños, han requerido hasta la fecha de interposición de la demanda, de permanentes tratamientos, los que fueron satisfechos por su madre.

Atento a ello, se estima el rubro, en la suma de PESOS UN MIL SETECIENTOS ($ 1.700) para cada uno de los menores, es decir un total de PESOS TRES MIL CUATROCIENTOS ($ 3.400) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

3) Gastos por nueva radicación: Los médicos que se encargan de la atención de los menores, advirtieron a su madre que resulta indispensable por la salud de los niños, que se muden —cuanto antes— su domicilio lejos de Dock Sud (Villa Inflamable), ya que de permanecer más tiempo en dicho sitio, expuestos a la contaminación ambiental permanente, sus hijos sufrirían un agravamiento de sus padecimientos y podrían inducirle nuevas dolencias.

Ese obligado desarraigo, le ocasionará gastos que merecen ser resarcidos, debiendo contemplarse no sólo los traslados por la mudanza, sino todos los necesarios para llevar a cabo la instalación de la familia en su nuevo hogar.

Tomando en consideración el humilde hábitat de la familia, se reclama por el rubro, en conjunto, la suma de PESOS CUATRO MIL ($ 4.000) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

4) Daño moral: El ser humano es un todo irrescindible. El daño moral afecta los sentimientos, impactando en la diversidad de las vivencias actuales y futuras.

Los ámbitos de impacto más importantes son, la vida familiar, la vida de relación y la propia.

Las enfermedades padecidas por los niños, atribuibles a la nociva contaminación ambiental, les ha provocado, provoca y provocará un tremendo padecimiento moral que debe ser indemnizado.

Su expectativa de vida se ha visto limitada. Su futuro es por demás incierto. Su persona está afectada.

La naturaleza del daño moral es eminentemente resarcitoria y no tiene que guardar relación con el daño material (conforme CSJN, 24/8/95 «P.F.F. c/ Emp. Ferrocarriles Argentinos» L.L. 18/10/95, entre otros).

Su cuantificación, no debe establecerse en un porcentaje del daño material, por resultar absolutamente independiente del mismo.

En tal sentido, citamos:

- «No hay razón para fijar el resarcimiento por daño moral en un porcentaje del daño material, pues aquél debe tender a la reparación integral del menoscabo moral padecido. Debe insistirse no solo en la independencia de uno y otro, sino también en la posibilidad de que el último supere notablemente el daño económico (...).» CS Sta.Fe «Feruglio de Suligoy Nancy R. y otros c/Provincia de Santa Fe», J.A. 1994-2-50.

Hallándonos en el ámbito extracontractual, el solo quebrantamiento de la obligación genérica de no dañar a la persona implica para los niños damnificados una notoria afectación de sus sentimientos. El daño surge *in re ipsa*. No requiere prueba:

- «(...) pues se comprueba con la verificación de la titularidad del derecho lesionado en cabeza del reclamante y la omisión antijurídica del demandado (...).» (conforme CNCiv Sala L. 23/12/94, «B.O.N. c/ M.O.O.», L.L. 18/10/95, entre otros).

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso poner de resalto el doble carácter

que tiene: indemnizatorio para el damnificado y sancionatorio para el agente del daño (ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, 2da. ed. pág. 325 y citas concordantes), distinción que impone considerar la conducta altamente reprochable y desidiosa de las accionadas en la producción del daño, sin que ello pueda confundirse con la reparación del daño «punitivo», pero sí merituarse en la indemnización a fijarse.

Destacamos además su distinta naturaleza y objeto con el daño psíquico, del que resulta independiente (conf. CNCiv. Sala F 2/8/91 «BORYSIUK JUAN Y OTRO C/IBARRA SANTIAGO M. Y OTRO» L.L. 1991-E-339 —con nota de BUSTAMANTE ALSINA-; CNCiv Sala D, 16/6/92 «PERALTA A. C/HERMAN R.», L.L. 1992-E-24; CNCiv Sala F 22/12/89, «ETCHECHOURY, NÉLIDA C/ SPADA G.» y «RODRÍGUEZ V.M. C/SPADA GRACIELA», L.L. 1992-D-99, entre otros).

Como indica el Dr. **JORGE MOSSET ITURRASPE** —letrado patrocinante de la actora— en *Daños* (...) T IV, *Daño Moral*, pág. 9 y ss.:

- «Si concluimos que son daños morales los resultados disvaliosos —males—padecidos por una persona, en sus intereses legítimos o en sus derechos subjetivos; y para una mayor concreción aceptamos, como supuestos no limitativos sino ejemplarizadores, propio de un catálogo abierto a la conciencia de cada época, la mención de la «seguridad personal», «goce de los bienes» y «afecciones legítimas», poco, muy poco, es lo que puede quedar afuera. El sentido, precisamente, de la fórmula: «modificación disvaliosa del espíritu», es ese y no otro. Apunta, como se ha señalado ya, a generalizar y no a particularizar, a abrir y no a ce-

rrar; a dar pautas o hilos conductores de una interpretación enriquecedora (...).»

En atención a las consideraciones vertidas, se pondera el rubro en la suma de PESOS CUARENTA Y CINCO MIL ($ 45.000) para cada uno de los menores, es decir un total de PESOS NOVENTA MIL ($ 90.000) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

5) Daño psíquico sufrido por los menores: La autonomía del daño psíquico, respecto al daño moral, resulta hoy aceptada por la mayoría de la jurisprudencia.

Al sólo ejemplo, transcribimos:

- «El resarcimiento del daño moral obedece a causales distintas y separables de la indemnización por tratamiento psicológico, toda vez que éste apunta a compensar de alguna manera las minusvalías o deficiencias psíquicas que la dolencia produce, las fobias, los cuadros de depresiones profundas, los complejos de inferioridad, claramente detectables para los especialistas en este tipo de afecciones, en tanto que el resarcimiento por daño moral tiende a compensar de alguna manera las angustias, las aflicciones y los sufrimientos que, sin llegar a configurar una dolencia del punto de vista de la psiquiatría, el accidente produce a quien lo padece (...).» CNCiv Sala K, 23/10/92 «M.M.H. Y OTROS C/OBRA SOCIAL PERS. IND. PLÁSTICO», L.L. 1994-B-298.

La psiquis es una estructura que por un lado capta motivaciones y por otro ordena conductas, constituyendo un modelo de pensamiento. Si por alguna razón ese modelo resulta afectado, existe daño psíquico.

61

El daño puede recomponerse o evitar su progresión a mayores daños, mediante tratamiento psíquico, debiendo diferenciarse la incapacidad sobreviniente reclamada en el rubro «1», del gasto en recuperación que se pretende en el ítem bajo tratamiento.

Con la prueba a producir, se corroborará que debido a la contaminación que afecta a los niños, será necesario la realización de un prolongado tratamiento de psicoterapia.

Se ha recomendado, respecto de los menores, la realización de la mencionada terapéutica, al menos por un período no inferior a dos años, a razón de dos sesiones semanales.

Considerando que el costo promedio por sesión, con un profesional idóneo y de mediana jerarquía se encuentra en el orden de $ 70, se reclama por el ítem la suma de PESOS TRECE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA ($ 13.440) para cada uno de los menores, es decir por un total de PESOS VEINTISÉIS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA ($ 26.880) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

6) Daño psíquico sufrido por la madre: Como se expresó más arriba, el daño psíquico tiene entidad conceptual diversa al daño moral.

El deterioro psíquico que la contaminación de los hijos menores produce en su madre, merece entonces ser reparado, ello sin perjuicio del carácter excepcional que la jurisprudencia asigna al rubro en supuestos como el de autos.

Se ha también recomendado a la progenitora de los niños, la realización de un tratamiento psicológico de apoyo, por un plazo no inferior a dos años, a razón de una sesión semanal.

Considerando que el costo promedio por sesión, con un profesional idóneo y de mediana jerarquía se encuentra en el orden de $ 70, se reclama por el ítem, la suma de PESOS TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA ($ 3.360) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

7) Daño futuro: En el ítem «2» se reclaman los gastos por tratamientos médicos realizados hasta la fecha de la interposición de la demanda.

Con la prueba obrante en autos y la que se incorporará al proceso, resultará indiscutible que el estado de los menores requiere actualmente y demandará en lo sucesivo permanentes erogaciones (medicación, tratamientos, etc.).

Es decir, el tratamiento para liberar a los niños de la contaminación que portan en su organismo, impondrá futuros desembolsos que deben ser indemnizados.

Se reitera que se demanda daño futuro, pues en el caso de autos nos hallamos ante la certeza de su producción.

La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN resolvió:

- «Para que el daño sea resarcible debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, en el caso del daño actual, o suficiente probabilidad de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en el supuesto del daño futuro (...).» Conf. CS, 12/10/94 «GODOY MIGUEL A. C/ BCRA S/DAÑOS Y PERJ.

La CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA, en autos: «ROJAS DE OCCHIPINTI, CLARA B. C/EL HALCÓN S.A. Y OTROS S/

62

DAÑOS Y PERJ.», el 17/10/92, dispuso:

- «El juez, al fijar la indemnización debe tomar en cuenta todas las modificaciones ocurridas en el estado de la víctima durante el proceso (...) y aún más, tiene que considerar y evaluar asimismo el daño futuro, o sea, el que resulte verosímilmente de la prolongación ulterior del daño actual ya sucedido, por lo que en el momento del fallo la mirada del juez debe tenderse hacia atrás y hacia adelante, es decir, hacia el pasado para apreciar las sucesivas modificaciones del daño y hacia el futuro para calcular las previsibles consecuencias ulteriores (...).»

Del mismo Tribunal:

- «Daño futuro es la parte del daño aún no realizada, pero que aparece desde ya como una previsible prolongación o agravación del daño actual, los gastos que el lesionado deberá continuar realizando para su curación, para que resulte sobrellevante su postración o para minorar las consecuencias de la misma (...).» «GHEZZI JUAN C. Y OTRA C/PROV. DE BS. AS. S/DAÑOS Y PERJ.», 13/10/92.

Destacamos entonces, que el único requisito que unánimemente señalan doctrina y jurisprudencia, como ineludible para la resarcibilidad del daño, es que sea cierto, debiendo mediar tal certidumbre ya sea presente o futuro (de acuerdo con **JORGE MOSSET ITURRASPE**, director, en *Responsabilidad Civil*, Depalma, 1992, capítulo XI «El daño resarcible», Stiglitz - Echevesti, pág 222 y ss.; ZANNONI, *Temas de Responsabilidad Civil - Indemnización*, pág. 123).

Se concluirá entonces con la prueba a producirse, la certidumbre del daño futuro, y en consecuencia su resarcimiento resulta ineludible por aplicación

del principio de la reparación integral.

También PIZARRO, en su obra *Daño Moral*, pág. 46 y ss., al referirse al daño resarcible patrimonial, sostiene que:

- «(...) en el ámbito patrimonial, el daño resarcible (...) se produce a raíz de la lesión (...) cuando se menoscaba el patrimonio de una persona, sea en sus elementos actuales, sea en sus posibilidades normales, futuras y previsibles (...).»

Es por ello que se meritúa en concepto de daño futuro para cada uno de los menores en PESOS VEINTE MIL ($ 20.000): en conjunto la suma de PESOS CUARENTA MIL ($ 40.000), o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

8) Daño moral para la madre: En nuestro ordenamiento positivo en vigencia, existe un límite legal respecto a la legitimación activa de los damnificados indirectos del daño moral.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la madre de los niños, sufre un daño moral directo e independiente respecto al padecido por los menores.

El impostergable éxodo familiar; la angustia que en el ánimo de la madre de los niños ha causado la contaminación del lugar, hasta donde hoy continúan viviendo; los padecimientos del desarraigo, merecen ser indemnizados, pues —como se expresó— daña directamente a la progenitora con autonomía de los sufrimientos que experimenta por la contaminación y enfermedad contraída por sus hijos.

Así se dispuso:

- «Pese a la rotunda negativa de nuestro derecho positivo actual a conce-

der derecho indemnizatorio a los llamados damnificados indirectos del daño moral (salvo los supuestos de muerte en que tal derecho se concede a los herederos forzosos de la víctima y el caso de excepción que en materia de injurias puede verse en el 1080 del CC), en el particular, la perturbación y desasosiego que en el ánimo de los padres tiene que provocar la contaminación del medio ambiente donde se levanta su hogar, mora toda la familia y crecen sus hijos, constituye un daño que los lastima directamente y con independencia de la tristeza, pena o desazón por la enfermedad padecida por sus hijos (art. 1078 CC) (...).» Nota: se trataba de un caso de contaminación con plomo. Conf. Cám. Civ. Com.1° Sala 3° La Plata, B 203484 RSD-38-91 S 23-4-91 «VILLAR C/ FEVI S.A. S/DAÑOS Y PERJ.».

Por las razones expuestas, se pondera el rubro en la suma de PESOS QUINCE MIL ($ 15.000) o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir.

9) Pérdida de valor del inmueble: La vivienda de la familia es muy humilde. No obstante ello, su precio y aún su valor locativo se ha desmerecido por las razones que motivan esta *litis* y según se expresó *supra*.

Se reclama por el rubro la suma de PESOS UN MIL QUINIENTOS ($ 1.500) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

Los rubros individualizados con los N° 2, 3, 6, 8, y 9, se reclaman para la madre.

Los rubros individualizados con los N° 1, 4, 5, y 7, se reclaman para los menores.

Suma de rubros A.1

Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	104.000
Gastos por tratamientos médicos	3.400
Gastos por nueva radicación	4.000
Daño moral	90.000
Daño psíquico	26.880
Daño psíquico madre	3.360
Daño futuro	40.000
Daño moral madre	15.500
Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500
TOTAL	**288.140**

Son: PESOS DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO CUARENTA ($ 288.140) o lo que en más o en menos surja de la prueba por producir, con más sus intereses y costas.

A.2. BÁEZ FERNÁNDEZ, Pedro Jorge; BÁEZ, Edgar Oscar; BÁEZ, Virgilio Javier; BÁEZ, Noelia Noemí; BÁEZ, Yanina Elizabeth; BÁEZ, Cristian Gabriel; BÁEZ, Facundo Ezequiel:

El padre y sus hijos, se domicilian en la calle Génova Nº 2769, Dock Sud, partido de Avellaneda («Villa Inflamable»). Se acompañan copias simples de los certificados de nacimiento, en el ANEXO 3.3.

Todos se hallan contaminados con plomo y sufren severos daños a su salud como consecuencia de la contaminación ambiental.

64

De los niños, el cuadro que presenta EDGAR BÁEZ, es el más nocivo para la salud. Presenta una plumbemia elevada gravísima (65,6).

A fin de evitar reiteraciones innecesarias y conforme a la similitud que guardan sus diagnósticos, con las personas mencionadas en el apartado anterior, solamente se transcriben las sumas estimadas para cada uno de los rubros indemnizatorios, realizándose a posteriori la sumatoria de éstos.

1) Incapacidad sobreviniente (pérdida de chance): Se estima la incapacidad sobreviniente (pérdida de chance) para cada uno de los menores, hermanos entre sí, en PESOS CINCUENTA Y DOS MIL; en conjunto la suma de PESOS TRESCIENTOS DOCE MIL ($ 312.000), y para el padre, la suma de PESOS SESENTA Y CINCO MIL ($ 65.000), lo que arroja un total para el rubro de PESOS TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL ($ 377.000) o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir.

2) Gastos por tratamientos médicos: Para los menores y el padre, a razón de PESOS UN MIL SETECIENTOS ($ 1.700) para cada uno de ellos. En conjunto PESOS ONCE MIL NOVECIENTOS ($11.900) o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir.

3) Gastos por nueva radicación: Se reclama por el rubro, en conjunto la suma de PESOS CUATRO MIL ($ 4.000) o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir.

4) Daño moral: Para cada uno de los contaminados (padre y seis hijos), se reclama la suma de PESOS CUARENTA Y CINCO MIL ($ 45.000). En conjunto la suma de PESOS TRESCIENTOS QUINCE MIL ($ 315.000) o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir.

5) Daño psíquico para los menores: Tomando en consideración el cuadro y la analogía referida con el apartado precedente, se estima la necesidad de un tratamiento terapéutico de apoyo durante dos años con dos sesiones semanales, a razón de $ 70 por sesión. Por consiguiente, se estima en la suma de PESOS TRECE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA ($ 13.440). En conjunto, PESOS OCHENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA ($ 80.640) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

6) Daño psíquico sufrido por el padre: El coactor —Pedro JORGE BÁEZ FERNANDO— progenitor de los menores, se halla también contaminado. Por lo que también se le ha recomendado un tratamiento similar al de sus hijos. Se estima entonces el mismo en la suma de PESOS TRECE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA ($ 13.440) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

7) Daño futuro: En el ítem «2» se reclaman los gastos por tratamientos médicos realizados por el padre y sus seis hijos, hasta la fecha de la interposición de la demanda.

Nos remitimos a los conceptos desplegados respecto al daño futuro al referirnos a los coactores Brite.

Se estima en concepto de daño futuro para cada uno de los contaminados, la suma de PESOS CUARENTA MIL ($ 40.000). En conjunto: PESOS DOSCIENTOS OCHENTA MIL ($280.000) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

8) Pérdida de valor del inmueble: La vivienda de la familia es muy humilde. No obstante ello, su precio y aún su valor locativo se ha desmerecido

65

por las razones que motivan esta *litis* y según se expresó *supra*. Se reclama por el rubro la suma de PESOS UN MIL QUINIENTOS ($1.500) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

Los rubros individualizados con los N° 2, 3, 6 y 8, se reclaman para el padre.

Los rubros individualizados con los N° 1, 4, 5, y 7, se reclaman para los menores y el padre.

Suma de rubros A.2

Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	377.000
Gastos por tratamientos médicos	11.900
Gastos por nueva radicación	4.000
Daño moral	315.000
Daño psíquico	80.640
Daño psíquico padre	13.440
Daño futuro	280.000
Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500
TOTAL	**1.083.480**

Son: PESOS UN MILLON OCHENTA Y TRES MIL CUATROCINTOS OCHENTA ($ 1.083.480) o lo que en más o en menos surja de la prueba por producir, con más sus intereses y costas.

A.3. RUIZ, Javier Ezequiel; RUIZ, Carlos Nahuel:

Los niños, presentan contaminación con plomo. Sufren severos daños a su salud como consecuencia de la contaminación ambiental. Se adjuntan copias

simples de los certificados de nacimiento, en ANEXO 3.3.

Las sumas y rubros reclamados no difieren de los anteriores, por lo que nos remitimos a lo expresado en el apartado «A.1» y «A.2».

Las sumas estimadas son en conjunto y asignadas como en refirió en dichos apartados.

Suma de rubros A.3

Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	104.000
Gastos por tratamientos médicos	3.400
Gastos por nueva radicación	4.000
Daño moral	90.000
Daño psíquico	26.880
Daño psíquico madre	3.360
Daño futuro	40.000
Daño moral madre	15.500
Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500
TOTAL	**288.140**

Son: PESOS DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO CUARENTA ($ 288.140) o lo que en más o en menos surja de la prueba por producir, con más sus intereses y costas.

A.4. MARTÍNEZ, Nicolás Hernán:

El menor presenta plumbenma elevada (14.2), y ácido trans trans mucónico en orina (Mucon). Se adjunta copia de certificado de nacimiento en Anexo

3.3.

Además de lo ya referido a la contaminación con plomo, corresponde agregar que la presencia de ácido transmucónico es propia de la contaminación con hidrocarburos cíclicos aromáticos entre los que se incluye el benceno y el tolueno.

El menor presenta una intoxicación crónica por lo que está expuesto a sufrir aplasia medular (afectación de las series hematológicas con anemia, leucopenia y trombocitopenia grave). Este cuadro compromete su vida.

El niño presenta fatiga, cansancio, debilidad, alta incidencia de infecciones y trastornos de coagulación. Existe relación comprobada con leucemia mielocítica o monocítica y mieloma (cánceres).

Esta intoxicación crónica debe ser tratada por médicos especialistas en oncohematología.

Conforme a lo expresado y a fin de evitar reiteraciones, efectuamos la suma de rubros reclamados, respecto a los cuáles siempre deberá entenderse que son estimativos, por los que se condicionan a lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

Suma de rubros A.4

Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	71.000
Gastos por tratamientos médicos	2400
Gastos por nueva radicación	4.000
Daño moral	6.000
Daño psíquico	13.440

Daño psíquico madre	3.360
Daño futuro	5.000
Daño moral madre	15.500
Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500
TOTAL	**220.700**

Son: PESOS DOSCIENTOS VEINTE MIL SETECIENTOS ($ 220.700) o lo que en más o en menos surja de la prueba por producir, con más sus intereses y costas.

A.5. MOSCOVI, Alan; MOSCOVI, Débora:

Estos menores presentan plumbemia elevada. Su situación es similar a la descripta en el apartado «A.1». Por tal razón, efectuamos a continuación la sumatoria de rubros, los que se calculan en conjunto. Se adjuntan certificados de nacimiento en ANEXO 3.3.

Suma de rubros A.5

Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	104.000
Gastos por tratamientos médicos	3.400
Gastos por nueva radicación	4.000
Daño moral	90.000
Daño psíquico	26.880
Daño psíquico madre	3.360
Daño futuro	40.000
Daño moral madre	15.500

67

Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500
TOTAL	**288.140**

Son: PESOS DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO CUARENTA ($ 288.140) o lo que en más o en menos surja de la prueba por producir, con más sus intereses y costas.

A.6. SCIARRETA, Lucas Nicolás; SCIARRETTA Daniel Alejandro; SCIARRETTA Facundo Guillermo:

Los tres hermanos presentan plumbemia elevada y severos trastornos de salud a causa de la contaminación ambiental. Se adjuntan certificados de nacimiento en ANEXO 3.3. Su situación es similar a la descripta en el apartado «A.1». Por tal razón, efectuamos a continuación la sumatoria de rubros, en conjunto.

Suma de rubros A.6

Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	156.000
Gastos por tratamientos médicos	5.100
Gastos por nueva radicación	4.000
Daño moral	120.000
Daño psíquico	40.320
Daño psíquico madre	3.360
Daño futuro	60.000
Daño moral madre	15.000
Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500
TOTAL	**405.280**

Son: PESOS CUATROCIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA ($ 405.280) o lo que en más o en menos surja de la prueba por producir, con más sus intereses y costas.

A.7. IBARRA, Évelin:

El menor presenta un valor muy elevado de ácido trans trans mucónico en orina y plumbemia alta.

Ya describimos más arriba el cuadro clínico que produce tales intoxicaciones crónicas, así como sus efectos en proyección hacia el futuro, por lo que nos remitimos a los apartados anteriores. Destacamos que la presencia de plumbemia elevada y del ácido trans trans mucónico origina un agravamiento aún mayor del cuadro y de su pronóstico. Se adjunta copia de certificado de nacimiento en ANEXO 3.3.

Suma de rubros A.7

Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	71.000
Gastos por tratamientos médicos	1.920
Gastos por nueva radicación	4.000
Daño moral	48.000
Daño psíquico	13.440
Daño psíquico madre	3.360
Daño futuro	40.000
Daño moral madre	15.000

68

Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500
TOTAL	**198.220**

Son: PESOS CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS VEINTE ($ 198.220) o lo que en más o en menos surja de la prueba por producir, con más sus intereses y costas.

A.8. FONSECA, Giselle Soledad; FONSECA, Claudia Karina; FONSECA, Milagros Belén:

Estas tres menores hermanas, presentan plumbemia elevada y otros severos trastornos de salud con causalidad en la contaminación. Respecto a la fundamentación de los rubros resarcitorios, nos remitimos al apartado «A.1.» Se aclara que los valores estimados corresponden a las tres menores en conjunto. Se adjuntan copias de certificados de nacimiento en ANEXO 3.3.

Suma de rubros A.8

Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	156.000
Gastos por tratamientos médicos	5.100
Gastos por nueva radicación	4.000
Daño moral	135.000
Daño psíquico	40.230
Daño psíquico madre	3.360
Daño futuro	6.000
Daño moral madre	15.500

Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500
TOTAL	**420.280**

Son: PESOS CUATROCIENTOS VEINTE MIL DOSCIENTOS OCHENTA ($ 420.280) o lo que en más o en menos surja de la prueba por producir, con más sus intereses y costas.

GRUPO «B»

Se integra por: MENDOZA, Beatriz Silvia; RAFUL, Analía Jorgelina; GONZÁLEZ, María Mercedes; SERRANO, Liliana; Arbizu Nancy Silvia; VALEGGIANI, Liliana Olga; NEVADO, Teresita Mabel; DÍAZ, Edgardo Marcelo: Todos ellos son profesionales de la Medicina, prestan servicios en el Hospital Pedro Fiorito de la ciudad de Avellaneda y/o en distintas unidades sanitarias del área contaminada.

Estas personas presentan valores elevados de fenoles y ácido hipúrico en orina. Su capacidad se ha visto sensiblemente disminuida, debiendo considerarse especialmente que prestan servicios relacionados con la salud, donde por supuesto se requiere atención, esfuerzo, actividad, manipulación manual de drogas, jeringas, etc.

El tratamiento es sintomático, es decir no se logra obtener una curación total. La presencia en su organismo de estas sustancias tóxicas, se asocia con síndrome neuropsiquiátrico, ataxia cerebelosa permanente o encefalopatía crónica (ataxia, temblores, cambios de personalidad, cefaleas recurrentes, cambios emocionales), síndrome neurasténico; insomnio, debilidad, aislamiento, fatiga, trastornos del conocimiento, inestabilidad emocional, disminución de la

habilidad manual. Puede también haber acidosis tubular renal distal con acidosis metabólica, proteinuria y hematuria (reversibles en algunos casos).

A continuación desarrollaremos una breve descripción del cuadro socio-familiar de cada uno de los contaminados, con los rubros reclamados. En aquellos casos que tienen sus domicilios reales muy próximo a la fuente de contaminación, se agregan los rubros resarcitorios por «nueva radicación» y por «perdida de valor del inmueble» que habitan. Respecto a la fundamentación de cada uno de los rubros y sumas estimadas, nos remitimos a lo señalado ut-supra a fin de no fatigar a V.E.

B.1. MENDOZA, Beatriz Silvia:

De profesión psicóloga social, es divorciada y madre de tres hijos. Se domicilia en la localidad de Wilde. Presta sus servicios en el Hospital Fiorito y en la Unidad Sanitaria de Dock Sud desde mayo de 2000.

Presenta irritación ocular con edema de párpados e irritación de vías aéreas superiores, cefaleas, sinusitis, caída de cabello desde 2001. También descamación de uñas, descamación furfurácea de piel, parestesias de miembros superiores e inferiores, trastornos de memoria y poca concentración. Se asigna su cuadro a intoxicación con hidrocarburos.

Suma de rubros B.1

Incapacidad sobreviviente	95.000
Gastos por tratamientos médicos	2.700
Daño moral	80.000

Daño psíquico	13.440
Daño futuro	45.000
TOTAL	**236.140**

SON: PESOS DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO CUARENTA ($ 236.140) con más sus intereses y costas, o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

B.2. RAFUL, Analía Jorgelina:

De profesión pediatra del HOSPITAL «PEDRO FIORITO». Es soltera y se domicilia en la calle Pérez Galdós Nº 235 1º A, en el barrio de La Boca, Capital Federal, muy próxima a la fuente contaminante. Presenta contaminación con hidrocarburos, lo que le origina severos trastornos de salud.

Suma de rubros B.2

Incapacidad sobreviniente	95.000
Gastos por tratamientos médicos	2.700
Daño moral	80.000
Daño psíquico	13.440
Daño futuro	45.000
Gastos por nueva radicación	7.500
Pérdida valor del inmueble	10.000
TOTAL	**253.640**

Son: PESOS: DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA

($ 253.640) con más sus intereses y costas, o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

B.3. GONZÁLEZ, María Mercedes:

De profesión odontóloga, se desempeña en el Hospital «Pedro Fiorito». De estado civil casada, madre de tres hijos. Se domicilia en la calle Marconi 748 5° B de Avellaneda, provincia de Buenos Aires. Como en los casos anteriores, presenta contaminación por hidrocarburos, lo que le provoca graves dolencias.

Suma de rubros B.3

Incapacidad sobreviniente	95.000
Gastos por tratamientos médicos	2.700
Daño moral	80.000
Daño psíquico	13.440
Daño futuro	45.000
Gastos por nueva radicación	7.500
Pérdida valor del inmueble	12.000
TOTAL	**255.640**

Son: pesos doscientos cincuenta y cinco mil seiscientos cuarenta ($ 255.640) con más sus intereses y costas, o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

B.4. SERRANO, Liliana:

Se desempeña como enfermera en el Hospital «Pedro Fiorito», es divorciada y madre de un hijo. Vive en la calle Paunero, en Avellaneda, provincia de Buenos Aires, próxima a la fuente contaminante. Presenta contaminación con hidrocarburos, la que le causa severos trastornos en su salud.

Suma de rubros B.4

Incapacidad sobreviniente	95.000
Gastos por tratamientos médicos	2.700
Daño moral	80.000
Daño psíquico	13.440
Daño futuro	45.000
Gastos por nueva radicación	9.500
Pérdida valor del inmueble	12.000
TOTAL	**257.640**

Son: pesos doscientos cincuenta y siete mil seiscientos cuarenta ($ 257.640) con más sus intereses y costas, o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

B.5. ARBIZU, Nancy Silvia:

Presta servicios como médica del Hospital «Pedro Fiorito», es casada y madre de tres hijos. Se domicilia en Villa Domínico. Presenta contaminación con hidrocarburos, la que afecta su salud.

71

Suma de rubros B.5

Incapacidad sobreviviente	95.000
Gastos por tratamientos médicos	2.700
Daño moral	80.000
Daño psíquico	13.440
Daño futuro	45.000
TOTAL	**236.140**

Son: PESOS DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO CUARENTA ($ 236.140) con más sus intereses y costas, o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

B.6. VALEGGIANI, Liliana Olga:

Se desempeña como enfermera en el HOSPITAL «PEDRO FIORITO», es divorciada y madre de un hijo. Se domicilia en la calle Paunero, partido de Avellaneda, próxima a la fuente contaminante. Presenta contaminación con hidrocarburos.

Suma de rubros B.6

Incapacidad sobreviviente	95.000
Gastos por tratamientos médicos	2.700
Daño moral	80.000
Daño psíquico	13.440
Daño futuro	45.000

Gastos por nueva radicación	9.500
Pérdida valor del inmueble	10.000
TOTAL	**257.640**

Son: PESOS DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEISCIENTOS CUARENTA ($ 255.640) con más sus intereses y costas, o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

B.7. NEVADO, Teresita Mabel:

Presta servicios como odontóloga en el Hospital Pedro Fiorito. Es casada y madre de dos hijos. Se domicilia en Villa Domínico. Presenta contaminación por hidrocarburos, con graves problemas de salud.

Suma de rubros B.7

Incapacidad sobreviviente	95.000
Gastos por tratamientos médicos	2.700
Daño moral	80.000
Daño psíquico	13.440
Daño futuro	45.000
TOTAL	**236.140**

Son: PESOS DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO CUARENTA ($ 236,.140) con más sus intereses y costas, o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

72

B.8. DÍAZ, Edgardo Marcelo:

Se desempeña como enfermero en el HOSPITAL «PEDRO FIORITO», es de estado civil soltero. Se domicilia en Avellaneda. Presenta contaminación por hidrocarburos, la que le origina graves problemas de salud.

Suma de rubros B.8

Incapacidad sobreviviente	95.000
Gastos por tratamientos médicos	2.700
Daño moral	80.000
Daño psíquico	13.440
Daño futuro	45.000
TOTAL	**236.140**

Son: PESOS DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO CUARENTA ($ 236.140) con más sus intereses y costas, o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.

Suma de general rubros de A.1 a B.8

A.1	Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	104.000	
	Gastos por tratamientos médicos	3.400	
	Gastos por nueva radicación	4.000	
	Daño moral	90.000	
	Daño psíquico	26.880	
	Daño psíquico madre	3.360	
	Daño futuro	40.000	

	Daño moral madre	15.500	
	Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500	
		TOTAL A.1	**288.140**
A.2	Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	377.000	
	Gastos por tratamientos médicos	11.900	
	Gastos por nueva radicación	4.000	
	Daño moral	315.000	
	Daño psíquico	80.640	
	Daño psíquico padre	13.440	
	Daño futuro	280.000	
	Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500	
		TOTAL A.2	**1.083.480**
A.3	Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	104.000	
	Gastos por tratamientos médicos	3.400	
	Gastos por nueva radicación	4.000	
	Daño moral	90.000	
	Daño psíquico	26.880	
	Daño psíquico madre	3.360	
	Daño futuro	40.000	
	Daño moral madre	15.500	
	Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500	
		TOTAL A.3	**288.140**
A.4	Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	71.000	
	Gastos por tratamientos médicos	2400	

73

	Gastos por nueva radicación	4.000	
	Daño moral	6.000	
	Daño psíquico	13.440	
	Daño psíquico madre	3.360	
	Daño futuro	5.000	
	Daño moral madre	15.500	
	Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500	
		TOTAL A.4	**220.700**
A.5	Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	104.000	
	Gastos por tratamientos médicos	3.400	
	Gastos por nueva radicación	4.000	
	Daño moral	90.000	
	Daño psíquico	26.880	
	Daño psíquico madre	3.360	
	Daño futuro	40.000	
	Daño moral madre	15.500	
	Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500	
		TOTAL A.5	**288.140**
A.6	Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	156.000	
	Gastos por tratamientos médicos	5.100	
	Gastos por nueva radicación	4.000	
	Daño moral	120.000	
	Daño psíquico	40.320	
	Daño psíquico madre	3.360	

	Daño futuro	60.000	
	Daño moral madre	15.000	
	Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500	
		TOTAL A.6	**405.280**
A.7	Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	71.000	
	Gastos por tratamientos médicos	1.920	
	Gastos por nueva radicación	4.000	
	Daño moral	48.000	
	Daño psíquico	13.440	
	Daño psíquico madre	3.360	
	Daño futuro	40.000	
	Daño moral madre	15.000	
	Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500	
		TOTAL A.7	**198.220**
A.8	Incapacidad sobreviniente pérdida de chance	156.000	
	Gastos por tratamientos médicos	5.100	
	Gastos por nueva radicación	4.000	
	Daño moral	135.000	
	Daño psíquico	40.230	
	Daño psíquico madre	3.360	
	Daño futuro	6.000	
	Daño moral madre	15.500	

74

	Pérdida de valor locativo del inmueble	1.500	
		TOTAL A.8	**420.280**
B.1	Incapacidad sobreviviente	95.000	
	Gastos por tratamientos médicos	2.700	
	Daño moral	80.000	
	Daño psíquico	13.440	
	Daño futuro	45.000	
		TOTAL B.1	**236.140**
B.2	Incapacidad sobreviniente	95.000	
	Gastos por tratamientos médicos	2.700	
	Daño moral	80.000	
	Daño psíquico	13.440	
	Daño futuro	45.000	
	Gastos por nueva radicación	7.500	
	Pérdida valor del inmueble	10.000	
		TOTAL B.2	**253.640**
B.3	Incapacidad sobreviniente	95.000	
	Gastos por tratamientos médicos	2.700	
	Daño moral	80.000	
	Daño psíquico	13.440	
	Daño futuro	45.000	
	Gastos por nueva radicación	7.500	
	Pérdida valor del inmueble	12.000	
		TOTAL B.3	**255.640**

B.4	Incapacidad sobreviniente	95.000	
	Gastos por tratamientos médicos	2.700	
	Daño moral	80.000	
	Daño psíquico	13.440	
	Daño futuro	45.000	
	Gastos por nueva radicación	9.500	
	Pérdida valor del inmueble	12.000	
		TOTAL B.4	**257.640**
B.5	Incapacidad sobreviviente	95.000	
	Gastos por tratamientos médicos	2.700	
	Daño moral	80.000	
	Daño psíquico	13.440	
	Daño futuro	45.000	
		TOTAL B.5	**236.140**
B.6	Incapacidad sobreviniente	95.000	
	Gastos por tratamientos médicos	2.700	
	Daño moral	80.000	
	Daño psíquico	13.440	
	Daño futuro	45.000	
	Gastos por nueva radicación	9.500	
	Pérdida valor del inmueble	10.000	
		TOTAL B.6	**257.640**
B.7	Incapacidad sobreviviente	95.000	

	Gastos por tratamientos médicos	2.700	
	Daño moral	80.000	
	Daño psíquico	13.440	
	Daño futuro	45.000	
		TOTAL B.7	**236.140**
B.8	Incapacidad sobreviviente	95.000	
	Gastos por tratamientos médicos	2.700	
	Daño moral	80.000	
	Daño psíquico	13.440	
	Daño futuro	45.000	
		TOTAL B.8	**236.140**
		TOTAL GENERAL	**5.161.500**

7. Daño ambiental - Recomposición Daño moral colectivo

Sin perjuicio del reclamo personal de los actores motivado y cuantificado en el capítulo respectivo, a continuación entraremos en el análisis y cuantificación del daño infringido por las accionadas al medio ambiente (daño ambiental) y su recomposición.

El daño ambiental *per se*, considerado «daño ambiental de incidencia colectiva», es definido por la Ley General del Ambiente LGA 25.675 en su Artículo 27, in fine que establece:

- «Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los eco-

sistemas, o los bienes o valores colectivos.»

El mencionado artículo diferencia el daño ambiental *per se* del daño a los individuos a través del ambiente.

Dicha distinción es fundamental a la hora de analizar los elementos y características que definen a uno y otro tipo de daño.

En el caso del daño al ambiente, nos encontramos con un daño al medio ambiente, ya sea mediante su alteración o destrucción, que afecta la calidad de vida de los distintos seres vivos, sus ecosistemas y los componentes de la noción de ambiente. Cuando existe daño al ambiente, no debe necesariamente concretarse un daño específico o puntual a las personas o sus bienes particulares.

Por el contrario, en la órbita del derecho clásico de daños, el daño es producido a las personas o sus cosas, por un menoscabo al ambiente.

En consecuencia, el ambiente es un medio a través del cual se le ocasiona una lesión o daño a una persona o a su patrimonio. En muchas circunstancias, ambas categorías de daño (al ambiente y a las personas) coexisten, tal el caso de autos.

Sin embargo, tradicionalmente sólo ha sido reconocido el daño a las personas o sus bienes mediante la utilización de los institutos que prevé el derecho civil.

El daño ambiental *per se*, al reunir características distintas del daño a los individuos a través del ambiente, merece otro tratamiento que presente soluciones a su complejidad conceptual.

En este sentido, es fundamental la consideración de nuevas herramientas

por parte de la LGA N° 25.675, que recoge algunos aportes de la experiencia jurisprudencial, doctrinaria y comparada en la materia.

Cabe destacar que la diferenciación conceptual de ambos tipos de daño encuentra su fundamento en la Constitución Nacional y eco en precedentes jurisprudenciales de envergadura, a saber en el caso «COPETRO» y «SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES C/SHELL», como así también en doctrina conteste.

En este último sentido Hutchinson considera a la responsabilidad ambiental colectiva como aquella:

> ▪ «(...) producida como consecuencia de la conducta (comisiva u omisiva) de los particulares o de entes públicos, pero no en relación con otro particular (responsabilidad civil o administrativa, según los casos) sino con el Estado (como protector del ambiente) y la comunidad; es decir, nos ubicamos en el caso de que no existan daños concretos a algún bien de un particular, sino que estamos ante daños colectivos o comunitarios (...).»

La Constitución Nacional adopta el término recomposición en su artículo 41, y en este sentido, hace referencia a la necesaria reparación al status quo ante o in natura del ambiente dañado.

En función de esa idea V.E. deberá merituar los daños perpetrados por las aquí demandadas y adoptar las medidas que desde ya se solicitan atendiendo si los bienes colectivos dañados lo fueron en forma «reversible» o «irreversible».

7.1. Bienes colectivos dañados en forma reversible

Para los bienes colectivos dañados en forma reversible, es decir los que per-

miten una ayuda en su recuperación, se deberá merituar la recomposición específica *in natura* mediante una indemnización que se destinará a un Fondo Común de Recomposición, o patrimonio de afectación, para solventar los gastos que irrogue llevar adelante los mecanismos antrópicos de recomposición del ecosistema, tal como se solicita en el capítulo *10. Medida Cautelar*.

Allí, peticionamos, que el Fondo por crearse sea accesible desde un primer momento. Es decir que no tenga carácter subsidiario.

Estas acciones deberán ser planeadas, organizadas y ejecutadas por expertos y por ende solventadas con dinero.

La LGA 25.675 ofrece como mecanismo para abordar estas cuestiones la creación de un Fondo de Compensación Ambiental (artículo 34) basándose en la figura del estado como tutor o curador del ambiente (*trustee*, en los términos de la doctrina del Fideicomiso Público o *Public Trust*) y que según lo expresa la norma, deberá ser administrado por la autoridad de cada jurisdicción con la finalidad de prevenir efectos nocivos para el ambiente, preservar el mismo y sus elementos, y atenderlas emergencias ambientales.

En primer lugar, cabe destacar que se trata de un **FONDO PÚBLICO** que, debe no sólo cuidar el ambiente, sino velar por su protección y su restauración a favor del beneficiario de la fiducia, que es el público en general.

Esta figura tiene también que ver con el derecho de uso y goce de los recursos naturales susceptibles de aprobación común por parte de la sociedad, y con el deber del Estado y de la comunidad de velar por su protección.

De allí la idea de este Fondo de Compensación Ambiental, cuyo objetivo guarda estrecha relación con esta lógica.

La ley también asigna a las autoridades la facultad de determinar que dicho FONDO podrá contribuir a sustentar los costos de las acciones de la restauración que puedan minimizar el daño generado.

Sin perjuicio de ello y en atención a los numerosos antecedentes y experiencias interNacionales en la materia el FONDO cuya creación se solicita a V.E. podrá también tener **forma societaria** y ser de carácter **autónomo**, que actúe con irrelevancia del sujeto agente y además de subrogación;

La razón obedece a que el FONDO debe perseguir la reparación del daño sufrido por la víctima y, en segundo término, la imputación del coste de aquélla al verdadero responsable.

La existencia de los mecanismos de financiación colectiva que se peticionan sean públicos o privados, permitirá acelerar los procesos de reparación y prevenir aquellos casos de insolvencia de los responsables por razón de la importancia de los daños ocasionados por la contaminación o si el sujeto agente contaminador no puede ser identificado.

Siguiendo el principio «el que contamina paga», se peticiona que el FONDO obtenga sus recursos fundamentalmente mediante la exacción de tasas especiales impuestas sobre el colectivo formado por los agentes.

Por otro lado, a fin de dar acabado cumplimiento al principio señalado, corresponderá al FONDO el derecho de regreso contra el verdadero responsable, pues si injusto resulta cargar sobre toda la sociedad el coste originado por un determinado número de sujetos, similar entendimiento deberá aplicarse dentro del propio colectivo, y así el verdadero contaminador deberá ser, en última instancia, responsable económico del daño por él causado.

Por supuesto, que no deberán descartarse otro tipo de fuentes de financiación, como la imposición de multas, sanciones conminatorias, astreintes, etc.

En el caso específico de autos y en atención a esta última circunstancia, el FONDO bien podría financiar la recomposición solicitada a partir de la reanudación y puesta en marcha del Programa Piloto para la Implementación de las Acciones de Control de la Contaminación Industrial y del Acondicionamiento de Industrias, por parte del Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, conforme la operatoria contenida en el Volumen I Informe general de Noviembre de 1997, que en fotocopia se acompaña en ANEXO 2.4, y cuyo mecanismo de aplicación y funcionamiento se explica detalladamente en el capítulo *10. Medida Cautelar* de la presente demanda, al que en mérito a la brevedad nos remitimos.

Ello, teniendo en consideración las propias palabras de la codemandada (Comité Ejecutor Cuenca Matanza-Riachuelo) en el folleto explicativo titulado «El Riachuelo» *in fine* bajo el Título «Beneficios para la Comunidad de la Cuenca Matanza-Riachuelo» acompañado como Anexo 2.11, donde puede leerse que la implementación del Plan de Gestión Ambiental tiende a esos fines (recomposición):

- «(...) la prevención de inundaciones; reducción de los niveles de contaminación; prevención de enfermedades, uso normal del río como vía navegable, valor estético de áreas ribereñas; recuperación del patrimonio cultural de la cuenca; generación de proyectos urbanísticos, aumento de valores inmobiliarios; potenciación turística de la cuenca; con-

cientización y formación ambiental (...).»

En relación con los bienes colectivos afectados en forma irreversible deberá V.E. merituar la posibilidad de una reparación del «daño moral colectivo».

7.2. Bienes colectivos dañados en forma irreversible. Daño moral colectivo

En el presente escrito, se analiza y cuantifica, el «daño moral» del que han sido víctimas los actores en lo particular, ahora entraremos en el análisis y cuantificación del daño «moral colectivo» cuya existencia ha sido reconocida no sólo por la doctrina local sino también en precedentes judiciales tales, como el de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul Sala II, octubre 22-996 en autos: «Municipalidad de Tandil c/Transportes Automotores la Estrella SA y otro» (LLBA 1997 pág. 282) quien lo definió diciendo:

- «El daño moral colectivo es el que comprende a un grupo o categoría que colectivamente y por una misma causa global se ve afectada en derecho o intereses de súbita significación vital, que sin duda son tutelados de modo preferente por la Constitución Nacional y la ley (...).»

En idéntico sentido el Dr. **Jorge Mosset Iturraspe** —letrado patrocinante de la actora— en su obra *Daño Ambiental*, en colaboración con el Dr. Tomas Hutchinson y Edgardo A. Donna, tomo I, Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 1999, pág. 131, sostiene que:

- «(...) se trata de una minoración en la tranquilidad anímica y espiritual de la comunidad, equivalente a lesión a intereses colectivos, no patrimoniales. Los daños morales colectivos son personales (...) aunque colec-

tivos el hecho de ser padecido por muchas personas no quita que cada una de ellas lo sienta (...).

Pensemos en un daño irreversible como podría ser la extinción de una especie, lo que implica un daño en un bien colectivo: la biodiversidad. Ello implica una minoración en el goce que la comunidad obtenía de ese bien. El problema de éste daño es que es irreversible, es decir que no se puede reconstruir porque la especie ha desaparecido. Ello es lo que nos lleva a la búsqueda de un equivalente dinerario, ya que será imposible su reparación y debemos dejar de lado en ellos la recomposición *in natura* (...).»

Podríamos por ejemplo, utilizar aquí el criterio acuñado por el Dr. LAFAILE acerca de los «placeres compensatorios» para reparar éstos daños irreversibles. Los dolores, las tristezas, a juicio de aquel brillante jurista podían «borrarse» o atenuarse con ciertos bienes que posibilitan otras satisfacciones del más variado tenor.

El interés es la posibilidad que tiene la persona de actuar para satisfacer sus goces o necesidades y, para proyectarlo en la órbita civil basta que ese interés sea lícito. El daño —en la órbita de la responsabilidad civil— es la lesión a un interés que no es contrario a la ley, un interés protegido por la norma.

Es importante tener en cuenta que el interés puede tener contenido patrimonial o extrapatrimonial puesto que como sostiene TRIGO REPRESAS:

«(...) aunque no existan pérdidas dinerarias para una persona o un grupo de ellas puede existir una afectación en la mera relación de disfrute sobre un bien jurídicamente protegido (interés) que ha sido afectado (...).»

Cuando resarcimos un daño moral, lo que se resarce es un menoscabo a esos intereses extrapatrimoniales merecedores de protección legal.

Cuando ese daño afecta intereses extrapatrimoniales grupales —como en el caso de los vecinos de la comunidad de la Cuenca Matanza-Riachuelo y Polo Petroquímico Dock Sud, sobre los que nos referimos en el capítulo *Medida cautelar*—, el daño se califica como daño moral colectivo.

En ellos la pretensión resarcitoria —al igual que en el daño ambiental— aparecerá en cabeza del grupo.

En el caso de autos es el interés grupal de los vecinos de la Cuenca Matanza-Riachuelo y Polo Petroquímico Dock Sud el que se pretende proteger; ese interés extrapatrimonial grupal, debe ser de interés para el derecho, pues la afectación de un disfrute importa angustia y padecimientos del afectado, porque se le impide ese goce.

Se afectan intereses colectivos porque las actividades contaminantes produjeron daños a bienes colectivos, imposibilitando en el futuro el goce sobre ellos por la comunidad.

En cuanto a la legitimación para peticionar, la demanda por reparación de este daño moral colectivo se la interpone por el carácter de habitantes de la comunidad lindante al Riachuelo y al Polo Petroquímico Dock Sud, que ostentan los actores, afectada en el uso y goce del bien colectivo y representando el interés de toda la comunidad: la protección de estos bienes caros para la comunidad de hoy y para nuestros hijos.

En respaldo a ésta postura sostiene Bustamante Alsina, en su artículo pu-

blicado en LL-1998-A:

- «El daño moral colectivo es un daño jurídico resarcible»; el que va a poder ejercitar la acción será el "afectado" en los bienes de incidencia colectiva (art. 43 CN), es decir, "(...) quien acredite un interés razonable y suficiente considerado por el juez atendiendo a la posible real afectación del reclamante por su vecindad espacial con el hecho o la circunstancia determinante del interés difuso (...)".»

En idéntico sentido opinan Morello y Stiglitz en *Daño moral Colectivo*, LL-1984-C, sosteniendo que cada uno de los miembros de los de la clase o categoría se protege a sí mismo y al mismo tiempo, en un área de significación, protege a los demás; y Zabala de González:

- «(...) existe un derecho subjetivo a reclamar a título personal, ejercitando de ese modo un interés difuso que le es propio (...).»

En el caso de autos, V.E. debe ponderar además que la responsabilidad por el menoscabo recae también sobre la administración nacional, provincial y del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por omisión de actuar en defensa de los bienes colectivos.

Que, mejor que traer a colación las propias palabras del Comité Ejecutor en el explicativo del Plan de Gestión Ambiental antes referido titulado «EL Riachuelo» *in fine* «El Compromiso» para demostrar lo antes dicho:

- «Hay una relación directa entre deterioro ambiental y calidad de vida. La dignidad de nuestra calidad de vida y de las generaciones futuras dependen de que comprendamos la magnitud del problema y el impacto que nuestro comportamiento tiene sobre el medio y de que actuemos

individual o comunitariamente de manera que nuestras acciones reflejen un sólido compromiso ambiental. Solo la fortaleza de este compromiso podrá complementar y hacer eficaces las acciones del plan de Gestión Ambiental (...).»

Resulta obvio que no se puede pretender —como en el citado antecedente de la Cámara Civil y Comercial de Azul— que la legitimación activa surja en cabeza de la Administración, pues ha sido ella la que ha omitido proteger el bien colectivo y de esa manera ha contribuido a que se perpetrara un menoscabo en un disfrute comunal, de ahí también que por ser co-responsable bregamos porque la titularidad del Fondo de Recomposición no quede ni esté bajo su administración.

Dice el Dr. **Mosset Iturraspe** (obra cit.):

- «Es ésta conclusión, ahora adelantada, la que lleva a predicar la "creación de fondos", destinados a recoger y administrar éstas indemnizaciones —sanción dineraria— que vienen a ocupar el lugar de la específica o in natura cuando ésta se vuelve imposible o improcedente (...).»

En relación a ello la Cámara Civil y Comercial de Azul en el fallo comentado *supra* decidió que:

- «(...) el monto de afectación del daño moral colectivo se destine a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal (...).»

Es un modo de satisfacción que encuadra dentro de los términos latos del art. 1084 CC *in fine*, aplicable por analogía.

Sostuvo el Tribunal que:

- «Debe admitirse el daño colectivo extrapatrimonial sufrido por la comunidad de Tandil —incluidos sus ocasionales visitantes— por la privación del uso goce y disfrute de un bien relevante del dominio público municipal (art. 2341 CC). A esa opinión se llega tanto si se parte del concepto de daño sufrido colectivamente como lesión a un bien público o colectivo, atendiendo a la naturaleza extrapatrimonial y colectiva de ese bien agraviado, como si se centra el enfoque en el estado espiritual disvalioso que recae en la esfera social de una categoría de sujetos —los habitantes de Tandil que disfrutaban de la escultura— por la afectación a una obra del patrimonio cultural local, que ostenta protección normativa constitucional (art. 20 inc. 2 y 28 Constitución Provincial, art. 41 y 43 Constitución Nacional) (...).», Conf. Cam. Civ. y Com. de Azul, Sala II, octubre 22-996 «MUNICIPALIDAD DE TANDIL C/TRANSPORTES AUTOMOTORES LA ESTRELLA S.A. Y OTRO», LLBA 1997, pág. 282.

Así las cosas, V.E. deberá arbitrar un mecanismo para mitigar la afectación moral de la comunidad que podrá o no coincidir con el sistema expuesto para la cuestión del FONDO DE RECOMPOSICIÓN AMBIENTAL.

La cuestión será la misma: se utilizará el monto de la indemnización que se reclama en este rubro, para integrar un FONDO que servirá para costear la realización de una obra que implique un disfrute para toda la comunidad, de esa manera se compensará la falta de disfrute del bien colectivo con el disfrute de éste nuevo bien, el que adquirirá significación social, al reparar patrimonialmente el colectivo, sin recibir, de modo directo, esa indemnización ningu-

no de los individuos afectados.

Todo lo mencionado es un proyecto que V.E. deberá decidir y viabilizar, actuando sus poderes para suplir la laguna jurídica que aparece a partir de la legislación que dispone la indemnización de éste tipo de daños, pero no prevé la forma.

No escapa al conocimiento de los presentantes que en toda esta cuestión, los elementos públicos se mezclan con los privados y que el viejo proceso privatista dispositivo ya ha perdido entidad para poder hacer frente a este tipo de pretensiones, pero también sabemos que no es factor que habilite la retardación, en cuanto a la posibilidad de hacer realidad la manda del constituyente y la reciente LGA

Recordemos que como sostiene el Dr. **Jorge Mosset Iturraspe:**

- «El día que una sociedad se decida a defender un valor, ella encontrará sin lugar a dudas, el modo de reparar los atentados contra ese bien (...).»

Es por ello que no debemos exagerar las dificultades, sino pensar en mecanismos que hagan viable jurídicamente la reparación y utilizando las reglas que hemos descripto *supra*, suplir la laguna jurídica y reparar un menoscabo que el constituyente ha entendido, se debe recomponer.

8. Prueba

8.1. Instrumental

Anexo 1: Poderes

Copia del poder general judicial otorgado a favor de los Dres. **Jorge Mos-**

set Iturraspe, Miguel Araya, Horacio Rodolfo Belossi, Daniel Eduardo Sallaberry, Santiago Andrés Kaplun por: Mendoza, Beatriz Silvia, DNI 11.017.126, con domicilio el pasaje Merlino 744, Wilde, Pcia. de Buenos Aires; Raful, Analía Jorgelina, DNI 16.730.004, domiciliada en la calle Pérez Galdós 235, piso 1° «A» B°, La Boca, Capital Federal; González, María Mercedes, DNI 5.949.449, domiciliada en la calle Marconi 748, 5to. «B», Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Serrano, Liliana, DNI 13.437.544, con domicilio en la calle Paunero 984, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Arbizu, Nanci Silvia, DNI 12.864.242, con domicilio en la calle Puerto de Palos 172, Villa Domínico, Pcia. de Bs. As.; Valeggiani, Liliana Olga, DNI 11.205.826, domiciliada en la calle Arenales 60 piso 1° «A», Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Nevado, Teresita Mabel, DNI 13.316.933, domiciliada en la calle Oyuela 266, Villa Domínico, Pcia. de Bs. As.; Díaz, Edgardo Marcelo, DNI 22.046.394, domiciliado en Pico y Helguera, torre 10, PB «C», Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Albarracín, Norma Beatriz, DNI 18.494.780, por sí y en ejercicio de la patria potestad por su hijo menor, Ibarra, Evelin, DNI 37.760.405, domiciliada en la calle La Roque 1928, Dock Sud, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Buslem, Angélica Cristina, DNI 23.357.766, por sí y en ejercicio de la patria potestad por su hijo menor Martínez, Nicolás Hernán DNI 38.321.502, domiciliada en calle La Roque 1932, Dock Sud, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Báez, Fernández, Pedro Jorge, DNI: 9.375.369, por sí y en representación de sus hijos, Báez, Edgar Oscar, DNI 39.220.761, Báez, Virgilio Javier, DNI 34.149.025, Báez, Noelia Noemí, DNI 38.962.144, Báez, Yanina Elizabeth, DNI 41.582.644, Báez, Cristian Gabriel, DNI 37.460.536;

Báez, Facundo Ezequiel, domiciliado en la calle Génova 2769, Dock Sud Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Ruis, Mercedes Beatriz, DNI 22.365.961, casada con Ruiz, Carlos Eduardo, DNI 22.365.961, por sí y en representación de sus hijos menores Ruiz, Javier Ezequiel, DNI 38.997.124, Ruiz, Carlos Nahuel, DNI 42.828.743; Fonseca, Giselle Soledad, DNI 22.365.961, en representación de sus hijas Fonseca, Claudia Karina, DNI 32.757.015, Fonseca, Milagros Belén, DNI 43.978.792, con domicilio en la calle M. Ocantos 1616, Dock Sud, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Sciarretta, María Alejandra, DNI 23.037.793 por sí y en representación de sus hijos menores, Sciarretta, Lucas Nicolás, DNI 37.864.154, Britez, Rodrigo Maximiliano DNI 44.764.642, Britez, Cristian Javier, DNI 41.928.989, Britez, Patricia Micaela, DNI 42.575.967, Britez, Laura Elizabeth, DNI 40.463.003, Britez, Sabrina Noemí DNI 42.575.968, Sciarretta, Facundo Guillermo, DNI 37.864.153, Sciarretta, Daniel Alejandro, DNI 43.472.703, con domicilio en la calle M. Ocantos 6012, Dock Sud, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Brite, María del Carmen, DNI 14.774.691, por sí y en representación de sus hijos menores, Olivera Brite, Camila Ayelén Milagros, DNI 42.829.532, Olivera Brite, Emir Rubén, DNI 39.549.807, con domicilio en la calle Larroque y Campana, Dock Sud, Avellaneda, Pcia. de Bs. As.; Ibarra, Irma Magdalena, DNI 17.345.378, por sí y en representación de sus hijos Moscobi, Alan, DNI 37.558.862, Moscobi, Debora, DNI 35.349.973, con domicilio en la calle Larroque 1928; Martínez, Marcela Beatriz, DNI 26.465.086, por sí y en representación de su hijo Moringo, Ricardo Aarón Erasmo, DNI 22.046.916, Moringo, Agustina Julieta, DNI 42.885.203, Moringo, No-

elia Mariel, DNI 38.562.977, Moringo, Antonella Johana, DNI 42.314.524, Moringo, Gabriela Jacqueline, DNI 42.314.523, con domicilio en la calle M. Ocantos 1639, Dock Sud, Avellaneda , Pcia. de Bs. As.

Anexo 2. Informes y estudios de suelo, aire y agua. Informe médico

2.1. Informe «Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo. «Anexo Técnico F» Manejo y Control de la Contaminación Industrial 1995 de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Nación, la Unión Transitorias de Empresas integrada por Engevix S.A., Cowi Consult S.A. e Inconas S.R.L.).

2.2. «Informe Especial sobre la Cuenca Matanza-Riachuelo 2003». Defensor del Pueblo de la Nación, Asociación Vecinos La Boca, Centro de Estudios Legales y Sociales, Defensoría Adjunta de la Ciudad de Buenos Aires, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Fundación Ciudad, Poder Ciudadano y la Universidad Tecnológica Nacional (Facultad Regional Buenos Aires).

2.3. Informe Ejecutivo General del Estudio 1997 (Sisteval SA - COWI) - Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de manejo de la Cuenca Hídrica Matanza y Riachuelo.

2.4. Estudio Piloto de Industrias: Informe avance 2 Fase 2 Volumen 1 Informe General 1997.

2.5. Estudio Piloto de Industrias: Informe Caracterización de Efluentes Gaseosos. Informe Final.

2.6. Informe de Seguimiento de la Actuación N° 684/95 AGN - Registro de Residuos Peligrosos, elaborado por la Auditoria General de la Na-

ción - Gerencia General de Planificación - Gerencia de Control de Gestión Ambiental.

2.7. Informe Final «Estudio o Línea de Base de Concentración de Gases Contaminantes en Atmósfera en el Área de Dock Sud en Argentina» Agencia de Cooperación Internacional del Japón en Argentina- Secretaría de Desarrollo Sustentable y Política Ambiental.

2.8. Informe GREENPEACE (agosto 1997).

2.9. Informe JICA «Agencia de Cooperación Internacional del Japón en Argentina» (Secretaría de Desarrollo Sustentable y Política Ambiental) Informe Final «Estudio o Línea de base de Concentración de Gases Contaminantes en Atmósfera en el Área de Dock Sud en Argentina».

2.10. Presupuestos Consensuados 2002-2003 de la FUNDACIÓN CIUDAD par el Desarrollo Sustentable de la Cuenca Matanza-Riachuelo (Foros).

2.11. «EL RIACHUELO» PLAN DE GESTIÓN AMBIENTAL (1998-2003) Primera Etapa (Comité Cuenca Matanza-Riachuelo).

2.12. Autos: «BRITE, MARIA DEL CARMEN Y OTROS C/ESTADO NACIONAL (COMITE EJECUTOR DEL PLAN DE GESTIÓN AMBIENTAL Y MANEJO DE LA CUENCA HÍDRICA MATANZA-RIACHUELO) S/DILIGENCIAS PRELIMINARES» Expte. 40139/2003 que tramita por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7, sito en Pellegrini 685 de la Capital Federal.

2.13. «Recomendación» efectuada por el Sr. Defensor del Pueblo de La Nación mediante Resolución DP N° 31/03, que se acompaña en fotoco-

pia.

Anexo 3. Partidas, constancias médicas, historias clínicas, expedientes

3.1. Copia de las historias clínicas (Estudio Clínico Epidemiológico) «Evaluación de daños a la Salud relacionados con posible exposición ambiental Polo Petroquímico y Puerto Dock Sud, partido de Avellaneda Pcia de Buenos Aires) realizado por la JICA (Agencia de Cooperación Internacional Japonesa) en colaboración con la UBA - Facultad de Farmacia y Bioquímica Cátedra de Toxicología y Química Legal, de las que surge que los actores padecieron y padecen de las dolencias referidas en el capítulo, como consecuencia de intoxicación con Plomo (plumbemia): a) Brite Olivera Emir ; b) Brite Camila Ailen; c) Báez Edgar; d) Martínez Nicolás; e) Moscobi Alan; f) Sciarreta Lucas; g) Ibarra Evelin; h) Ruiz Javier Ezequiel; j) Otros varios: Segovia Estefanía; Sosa Maria del Carmen.

3.2. Copia de análisis de investigación de fenoles y ácido hipúrica (Tolueno) efectuados por el Laboratorio de Análisis Clínicos de Alta Complejidad Dr. Juan M. Castagnino (Adherido al Programa de Control de Calidad de la Federación Bioquímica de la Pcia de Bs. As. y Asociación de Laboratorios de Alta Comoplejidad ALAC) y en el «Hosptital Fernandez» en relación con los actores Médicos:a) Mendoza Beatriz Silvia;b) Rafful Analía Jorgelina;c) Gonzalez Maria; d) Serrano Lilia;e) Arbizu Nancy; f) Valeggiani Liliana; g) Nevado Teresita, h) Diaz Edgardo Marcelo.

3.3. Fotocopia de los documentos de identidad y certificados de nacimiento

de los hijos menores de los actores.

Anexo 4: Videos, publicaciones e informes periodísticos

4.1. Copia en videocasete de programas emitidos en el ciclo «Zona de Investigación» Canal 9; «Telenoche « Canal 13; «Buenas y malas» Canal 26 (Cablevisión), «Punto Doc». América, entre otros.

4.2. Ejemplar de la revista *Noticias* del 25 de noviembre de 2000, págs. 102/104 Nota Investigación: «LA ETERNA PESTE DEL RIACHUELO» de la Editorial Perfil».

4.3. Diario *La Nación*, pág. 20 (13/10/01), «Riachuelo: Ahora más de 1000 días».

4.4. Diario *La Nación*, pág. 19 (05/05/02), «Agoniza el plan para sanear el Riachuelo».

4.5. Diario *La Nación*, pág. 16 (17/04/03), «Preocupante estado ambiental en Dock Sud».

4.6. Diario *La Nación*, pág. 18 (09/08/03), « Preocupan los resultados de un informe en Dock Sud».

4.7. Diario *La Nación*, Sec. 2, pág. 3 «Inversión de SHELL en electricidad».

4.8. Diario *La Nación*, pág., (05/12/03), «Hay en el Riachuelo emergencia ambiental».

4.9. Diario *La Nación* pág. 32, (13/12/03), «Grave denuncia sobre el Riachuelo».

4.10. Diario *La Nación*, pág. 11, (29/03/04), Nota I «La salud ambiental se trata en el Argerich» Dock Sud y Riachuelo dos focos de polución am-

biental.

4.11. Diario *La Nación*, pág. 11, (30/03/04), Nota II « Cuatro meses de promesas oficiales incumplidas» Dock Sud y Riachuelo dos focos de polución ambiental.

4.12. Diario *Clarín*, pág. 41, (04/12/01), «Protesta por contaminación en Dock Sud».

4.13. Diario *Clarín*, págs. 38/39, (03/01/02), «A treinta cuadras del obelisco una zona con raros olores químicos».

4.14. Diario *Clarín*, págs. 46/47, (05/12/03), «En el Riachuelo hay mucho más Plomo que los niveles permitidos».

4.15. Diario *Clarín*, pág. 49, (10/04/03), «Piden investigar si el riachuelo daña la salud de los vecinos».

4.16. Diario *Ámbito Financiero* (12/12/03), «Lo que contamina es la pobreza».

4.17. Diario *Crónica*, pág. 8, (20/12/03), «Intoxicación masiva en una Escuela».

4.18. Diario *Nuevo Docke*, pág. 5, (sept./03), «Kirchner estuvo en Dock Sud».

8.2. Informativa

1. Para el caso que se negare la autenticidad de la documental individualizada y acompañada en fotocopia como: Anexo 2. Informes y Estudios de Suelo, Aire y Agua. Informe Médico; Anexo 3. Partidas, Constancias Médicas, Historias Clínicas, Expedientes;

85

Anexo 4: Videos, Publicaciones e Informes Periodísticos, solicitamos se libren oficios, en su caso en los términos de la Ley 22.172, a las respectivas instituciones de origen a fin de que se expida y certifique la autenticidad de las mismas.

2. Se libre oficio al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 7, sito en Pellegrini 685 de la Capital Federal a fin de que remita los autos: «Brite, María del Carmen y otros c/Estado Nacional (Comité Ejecutor Del Plan de Gestión Ambiental y Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo) s/diligencias preliminares», Expte. 40139/2003.
3. Se oficie a la Defensoría del Pueblo de la Nación, a fin de que remita copia certificada de la totalidad de los trabajos e informes realizados en relación con la Cuenca Matanza-Riachuelo.
4. Se oficie a los mismos fines a la Secretaría de Recursos Naturales de la Nación.
5. Se oficie a JICA (Japan Internacional Cooperation Agency) Maipú 1300 piso 21º Capital Federal a fin de que remita copia certificada de la totalidad de los estudios realizados en relación con la Cuenca Matanza-Riachuelo y Polo Petroquímico Dock Sud, en especial Historias Clínicas completas practicadas a los menores de Dock Sud/Avellaneda.
6. Se oficie a la totalidad de los Hospitales, Clínicas, Laboratorios, a fin de requerir fotocopia certificada de las Historias Clínicas de los actores.

8.3. Confesional

Se cite al Excmo. Sr. presidente de la Nación Dr. Néstor Carlos Kirchner; al Sr. gobernador de la Pcia. de Buenos Aires Ing. Felipe Carlos Solá y al Sr. jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dr. Aníbal Ibarra, a absolver posiciones, a tenor del pliego que se acompañará oportunamente con el oficio correspondiente.

8.4. Testimonial

Se citen a prestar declaración testimonial, en su caso en los términos de la Ley 22172, a las siguientes personas: 1) Eduardo Epsztein Ex-Presidente del Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Matanza y Riachuelo; 2) Oscar Laborde (ex-intendente de Avellaneda); 3) Dr. Enzo Vaccaro Vázquez (director del Hospital Interzonal General de Agudos «Dr. Pedro Fiorito», Av. Belgrano 851, Avellaneda, Pcia. de Buenos Aires).

8.5. Pericial

8.5.1. Pericial médica

Se expida el Cuerpo Médico Forense, respecto a los siguientes puntos:

1) Si las plantas industriales implicadas en la demanda utilizan componentes y/o producen desechos industriales que pueden resultar nocivos para la salud de las personas que habitan la zona.
2) Discrimine los componentes y desechos industriales que producen las

plantas industriales implicadas en la demanda, destinadas a fabricación de pinturas, petroquímicas, químicos, curtiembres, frigoríficos y alimenticias y brinde explicación pormenorizada respecto a su nocividad para la salud de las personas que habitan la zona. Explique si la acumulación en medio ambiente (tierra, agua, aire) de componentes y desechos, implica la posibilidad aún mayor de que sea afectada la salud de los habitantes de la zona. Discrimine las vías de contaminación de las personas para cada desecho.

3) Si la contaminación de los hijos de los coactores, con las distintas sustancias halladas, puede guardar verosímilmente relación con la producción industrial, sus componentes y desechos de las plantas fabriles de la cuenca. Explique si los efectos sobre la salud por contaminación son más graves sobre menores que sobre los adultos. Detalle los riesgos y efectos que la contaminación puede provocar sobre las personas embarazadas. Explique por que se hallan en los coactores (vecinos), valores elevados para no expuestos, aunque en algunos casos, normales para expuestos.

4) Luego de analizado el cuadro clínico de cada coactor que presenta plumbemia o plumburia elevada, y realizados los análisis, estudios y exámenes que estime corresponden, informe:

   a) El grado de contaminación de cada uno de ellos.

   b) Las manifestaciones clínicas asociadas al nivel de contaminación que presenta cada uno de ellos.

   c) El tratamiento necesario en cada caso particular.

d) Los costos que derivan de dicho tratamiento.

e) El pronóstico de cada coactor.

f) Las secuelas.

g) El grado de incapacidad.

h) Tratamientos que deben realizar a futuro.

5) Informe las vías de contaminación con plomo en tales coactores.

6) Informe los riesgos y efectos en la salud de los vecinos, que devienen de la ausencia de tratamiento adecuado en la producción industrial y/o de los desechos industriales con plomo.

7) Cuáles serán las consecuencias para la salud de los coactores y los vecinos, si la contaminación con plomo no recibe una pronta y efectiva solución.

8) Luego de analizado el cuadro clínico de cada coactor que presenta ácido trans trans mucónico en orina elevado, y realizados los análisis, estudios y exámenes que estime corresponden, informe:

a) El grado de contaminación de cada uno de ellos.

b) Las manifestaciones clínicas asociadas al nivel de contaminación que presenta cada uno de ellos.

c) El tratamiento necesario en cada caso particular.

d) Los costos que derivan de dicho tratamiento.

e) El pronóstico de cada coactor.

f) Las secuelas.

g) El grado de incapacidad.

h) Tratamientos que deben realizar a futuro.

87

9) Informe las vías de contaminación con benceno en los coactores.

10) Informe los riesgos para la salud de los vecinos, que devienen de la ausencia de tratamiento adecuado en la producción industrial y/o de los desechos industriales con benceno.

11) Cuáles serán las consecuencias posibles para la salud de los coactores y los vecinos, si la contaminación con benceno no recibe una pronta y efectiva solución.

12) Luego de analizado el cuadro clínico de cada coactor que presenta ácido hipúrico en orina elevado, y realizados los análisis, estudios y exámenes que estime corresponden, informe:

a) El grado de contaminación de cada uno de ellos.

b) Las manifestaciones clínicas asociadas al nivel de contaminación que presenta cada uno de ellos.

c) El tratamiento necesario en cada caso particular.

d) Los costos que derivan de dicho tratamiento.

e) El pronóstico de cada coactor.

f) Las secuelas.

g) El grado de incapacidad.

h) Tratamientos que deben realizar a futuro.

13) Informe las vías de contaminación con tolueno en los coactores.

14) Informe los riesgos para la salud de los vecinos, que devienen de la ausencia de tratamiento adecuado en la producción industrial y/o de los desechos industriales con tolueno.

15) Cuáles serán las consecuencias posibles para la salud de los coactores y

los vecinos, si la contaminación con tolueno no recibe una pronta y efectiva solución.

16) Informe las vías de contaminación con xileno en los coactores.

17) Informe los riesgos para la salud de los vecinos, que devienen de la ausencia de tratamiento adecuado en la producción industrial y/o de los desechos industriales con xileno.

18) Cuáles serán las consecuencias posibles para los coactores y los vecinos, si la contaminación con xileno no recibe una pronta y efectiva solución.

19) Que consecuencias nocivas para la salud de los coactores y vecinos, pueden derivarse de la asociación de sustancias contaminantes halladas en la cuenca. Cuáles son los efectos sumatorios que devienen de la asociación de dos o más contaminantes en un mismo coactor; explique si dicha asociación puede afectar los tiempos de presentación de manifestaciones clínicas, los grados de incapacidad y las secuelas

20) Que consecuencias nocivas para la salud de los coactores y vecinos pueden derivarse de las demás sustancias contaminantes halladas en la cuenca (arsénico, cromo, talio, mercurio, etc.).

21) Cualquier otra cuestión que a criterio del Cuerpo Médico Forense tenga relación con el caso de autos y estime informar.

8.5.2. Consultor técnico médico

Designan al Dr. **Alfredo Achaval,** inscripto en la matrícula profesional 09022, doctor en medicina, médico legista, psiquiatra, médico del trabajo. Cursos de perfeccionamiento en ancianidad, en genética, en criminología.

Docente libre (docente autorizado) de medicina legal y deontología médica de la Universidad Nacional de Buenos Aires (hasta 65 años de edad). Director de cursos de médicos legistas en la Universidad Nacional del Comahue; en la Universidad de la Salud de la Fundación Barceló, en Buenos Aires, San Isidro y en La Rioja; en la Universidad Católica de Salta (subsede Gendarmería Nacional, Fundación Centinela); en los colegios médicos de Luján, de Pergamino y de Gualeguaychú. Titular de la Comisión Médica Central (Leyes 24.241 y 24.557) hasta renuncia enero del 2000. Premios Universitarios Wilde (1955) y Eduardo Pérez (1954). Miembro honorario de la Fundación de la Cárcel de Villa Hermosa (Colombia). Miembro

honorario de la Sociedad de Medicina del Trabajo de Buenos Aires (Asociación Médica Argentina). Fellow de la Academia de Medicina y Psiquiatría de los Estados Unidos de Norteamérica. Medalla Raymundo Nina Rodríguez al Mérito en Medicina Legal (1970). Autor de Libros: *Manual de Medicina Legal* (5° ed., 2000); *Responsabilidad Civil del Médico* (2° ed., 1994); *Muerte Súbita* (1996); *Lesiones por caída* (1994); *Depresión e Internaciones Psiquiátricas* (1994); *Incapacidades Laborales* (1993); *Delito de Violación* (3° ed., 1998); *Kinesiología Legal* (2° ed., 1992); *Medicina Legal de la Seguridad Social* (1° ed., 1996). Autor de 64 trabajos de la especialidad publicados. Autor de 175 trabajos científicos, relatos y conferencias en congresos científicos. Ex-Presidente de la Sociedad Argentina de Neurociencias. Ex-Presidente del Capítulo Argentino de Psiquiatría. Presidente del Colegio de Peritos Médicos Legistas de la Capital Federal,

con domicilio en la calle Montevideo 418, 2° B, de Capital Federal.

Que teniendo interés en participar de los actos periciales médicos, solicita se haga saber con debida anticipación, la fecha, hora y lugar en que se cumplirán.

8.5.3. Pericial de psicología

Solicita que el CUERPO MÉDICO FORENSE se expida respecto a los siguientes puntos:

1) Influencia de la contaminación y/o enfermedad de las personas contaminadas en su estado psicológico actual. En el caso de niños contaminados, deberá expedirse también respecto de sus padres. Efectos de la contaminación en los niños sobre la capacidad de aprendizaje y sobre su conducta.
2) Diagnóstico de los afectados —y de sus padres en caso de que sean menores—, rasgos de personalidad, reacciones y tratamiento (duración, modalidades y costos).
3) Personalidad de base de cada uno.
4) Estado psicológico actual de cada uno de ellos, diagnóstico y tratamiento (duración, modalidades y costos).

8.5.4. Pericial de ingeniería

Se designe PERITO INGENIERO INDUSTRIAL CON ESPECIALIZACIÓN EN MEDIO AMBIENTE E HIGIENE INDUSTRIAL o en subsidio INGENIERO QUÍMICO, para que:

1) Informe si las demandadas y las demás empresas radicadas en la Cuen-

ca Matanza-Riachuelo se encuentran debidamente empadronadas de acuerdo con el Decreto 1741/96 art. 81, y/o en su caso conforme a la normativa nacional.

2) Informe si las demandadas y cada una de las industrias radicadas en la Cuenca Matanza-Riachuelo han sido categorizadas de acuerdo con lo dispuesto en el decreto 1741/96. (Formulario Base de Categorización), y/o en su caso conforme a la normativa nacional. En caso afirmativo, informe Categoría y Nivel de Complejidad Ambiental asignada a cada una por la autoridad de aplicación.

3) Informe si las demandadas y cada una de las industrias radicadas en la Cuenca Matanza-Riachuelo han presentado el correspondiente Informe Técnico de Evaluación de Impacto Ambiental, conforme lo establecido por el Decreto 1741/96 y/o en su caso conforme a la normativa nacional, y a cuales de ellas se les ha otorgado el Certificado de Aptitud Ambiental.

4) Informe, respecto a las demandadas y a cada una de las industrias radicadas en la Cuenca Matanza-Riachuelo, la fecha de radicación, refiriéndose al inicio real de actividades aunque fuera otra razón social, en cuyo caso deberá consignar fechas de inicio y finalización y rubro específico para cada empresa que haya ocupado el predio hasta hoy.

5) Informe, basado en la documentación mencionada, la lista completa de materias primas, insumos y productos, indicando cantidad mensual, forma de manipuleo, forma y lugares de almacenamiento y peligrosidad de cada una de las sustancias en cuestión utilizadas en la actualidad. Ex-

plique la situación anterior.

6) Informe si las demandadas y las empresas radicadas en la Cuenca Matanza-Riachuelo, han realizado la correspondiente inscripción en el Registro de Generadores de Residuos Especiales de la provincia de Buenos Aires (Ley 11.720 y Decreto 806/97) y/o en su caso conforme a la legislación Nacional.

7) Informe respecto a las demandadas y para cada empresa radicada en la Cuenca Matanza-Riachuelo, de acuerdo con la Declaración Jurada presentada ante la autoridad de aplicación: corrientes de residuos, cantidad mensual, componentes, categorías de control, peligrosidad de cada componente, adjuntando en cada caso la correspondiente MSDS (Hoja de Datos de Seguridad).

8) Informe si las demandadas y cada una de las empresas radicadas en la Cuenca Matanza-Riachuelo, realizan la gestión integral de sus residuos de acuerdo con lo establecido por la Ley 11720 y el decreto 806/97 de la provincia de Buenos Aires, y/o en su caso conforme a la normativa nacional. Deberá adjuntar copias de la prueba documental y fundamentar la respuesta.

9) Informe si las demandadas y las empresas radicadas en la Cuenca Matanza-Riachuelo dan cumplimiento a la ley provincial de efluentes Nº 5965, y/o en su caso conforme a la normativa nacional, tanto para efluentes gaseosos como para efluentes líquidos. Indicar si poseen el correspondiente permiso de vuelco de efluentes (líquidos y gaseosos), y en su caso fecha de los mismos, acompañando la documentación co-

rrespondiente. Explique la situación anterior.

10) Informe cantidad, componentes, y peligrosidad de los efluentes líquidos, indicando si existe tratamiento previo al vuelco, en su caso desde que fecha. Explique la situación anterior.

11) Informe cantidad, componentes y peligrosidad de los efluentes gaseosos, indicando si existe tratamiento previo al vuelco, en su caso desde que fecha. Explique la situación anterior.

12) Informe si las demandadas y las empresas radicadas en la Cuenca Matanza-Riachuelo, han dado cumplimiento a la Resolución 2131/01 del Registro Provincial de Poseedores de PCB´s, y/o en su caso con la normativa nacional. Explique la situación anterior.

13) Informe si las demandadas y las empresas radicadas en la Cuenca Matanza-Riachuelo han dado cumplimiento a la Resolución N° 1118/02, Plan de descontaminación de PCB´s, y/o en su caso con la normativa nacional. Explique la situación anterior.

14) Informe si puede concluirse que las demandadas y cada una de la empresas radicadas en la Cuenca Matanza-Riachuelo —conforme al análisis de la documentación requerida en los puntos periciales—, manipulan o manipularon, ye sea como materia prima, insumo, producto, residuo o efluente; materias que contengan sustancias tales como: benceno, tolueno, xileno, hidrocarburos, hidrocarburos aromáticos polinucleares, bifenilos policlorados, plomo, cromo, otros metales pesados, sustancias cancerígenas, mutagénicas o teratogénicas.

15) Ubicando en un plano a croquis, la denominada «Villa Inflamable»

(Dock Sud), indique en el mismo las diferentes fuentes de efluentes gaseosos que se registran en la zona, individualizadas por industria, de acuerdo con la Declaración Jurada de Efluentes Gaseosos oportunamente presentada.

16) Ubicando en un plano o croquis las empresas de dicha zona, las vías de acceso y la posición de la denominada «Villa Inflamable», informe: formas de transporte de materias primas, residuos, insumos y productos (tipo de vehículos, envases, cantidad por viaje, etc.), cantidad y tipo de vehículos que circulan por dichas vías de acceso (terrestres o fluviales).

17) Informe si se registran o existen registros de accidentes y/o episodios de derrames ocasionados en dichas vías de acceso.

18) Mediante estudios *ad hoc* o por información precedente, caracterice las aguas subterráneas (primera napa), aguas superficiales, suelo y aire de la denominada «Villa Inflamable», e informe si existen trazas de materias que contengan sustancias tales como: benceno, tolueno, xileno, hidrocarburos, hidrocarburos aromáticos polinucleares, bifenilos policlorados, plomo, cromo, otros metales pesados, sustancias cancerígenas, mutagénicas o teratogénicas en alguno de los recursos estudiados.

19) En caso de que los estudios indiquen la existencia de contaminación en áreas de la Cuenca Matanza-Riachuelo, en alguno de los recursos, estime los costos de remediación asociados al mismo.

20) Informe toda diferencia que se registre entre la documentación presentada por la empresas ante la autoridad de aplicación y la realidad observada.

8.5.5. Perito consultor técnico ingeniero industrial

Que designan PERITO CONSULTOR TÉCNICO al ingeniero industrial **MARIO VALMALA**, matrícula profesional N° 44.815, con domicilio en la calle Tucumán 1429, piso 7°, «D», de Capital Federal. Manifiestan expresamente la voluntad de concurrir con el asesoramiento del consultor técnico, a los actos periciales a practicarse. A tal fin, solicitan que el auxiliar de oficio informe en el expediente con debida antelación, la fecha y hora en que dichos actos se llevarán a cabo.

8.5.6. Pericial de biología

Se designe PERITO EN CIENCIAS BIOLÓGICAS único de oficio, a fin de que se expida respecto a los siguientes puntos periciales:

1. Determine, detalle e informe los contaminantes tóxicos presentes en los ecosistemas (suelo, agua, sedimento, aire) de la Cuenca Matanza-Riachuelo, indicando: naturaleza del tóxico (metales pesados, hidrocarburos, materiales radiactivos, plaguicidas y otros compuestos orgánicos semejantes.
2. Informe:
   a) Fuentes de contaminación difusa;
   b) efectos que provocan sobre el ecosistema de la Cuenca;
   d) compare sus efectos con los de contaminación puntual o por vertidos.
3. En el sistema acuático y a partir de los estudios preexistentes determine, informe y/o explique:
   a) Especies, asociaciones de organismos, índices, etc., que expliquen el

estado general del agua en la Cuenca Matanza-Riachuelo;

b) comparativamente diversidad y niveles de abundancia de especies en el ecosistema acuático de la Cuenca Matanza-Riachuelo, con cuencas similares no polutas de similares características;

c) partiendo de datos geomórficos y climáticos de la Cuenca Matanza-Riachuelo y comparándola con cuencas similares no polutas, infiera diversidad de flora y fauna detallando sucesión ecológica natural.

d) valores guía de calidad de agua en función de los diferentes usos del recurso: Uso I: agua para consumo humano con tratamiento convencional; Uso II: agua para actividades recreativas con contacto directo; Uso III: agua para actividades agropecuarias; Uso IV: protección de la vida acuática, considerando los parámetros de cloruros, nitrógeno amoniacal, nitrógeno de nitratos temperatura, turbidez, pH, conductividad, oxigeno disuelto, DBO 20°C, nitrógeno de nitritos, coliformes totales, colifecales, fenoles, cianuros, arsénico, cadmio, cobre, plomo, cinc, cromo, hierro total, mercurio, DQO, fósforo total, detergentes, hid. totales, plaguicidas, sulfatos, dureza, calcio, sodio, potasio, fluor, boro, manganeso, aluminio, plata, niquel, selenio, bario, estaño;

e) partiendo de estudios preexistentes informe posibles usos del recurso en los distintos tramos de la Cuenca Matanza-Riachuelo.

4. En relación con los metales pesados y tomando en consideración estudios preexistentes, identifique, informe y/o explique:

a) Fuentes de contaminación:

b) áreas o tramos de la Cuenca en que se encuentran más concentrados;

c) detalle metales pesados (esenciales y no esenciales) cuyas concentraciones están por encima del valor de referencia;

d) explique por qué fenómeno algunos metales pesados presentes en bajas concentraciones pueden ser biomonitoriados en los tejidos de ciertas especies;

e) comportamiento de los mismos en el agua: procesos abióticos (evaporación, adsorción, especiación, sedimentación,disolución, emulsión, lixiviación, lavado, hidrólisis, volatilización y reacciones químicas);

f) destino inmediato de los contaminantes dentro de la biota, una vez que ha ocurrido cada uno de los procesos abióticos.

g) cómo ingresan a las células y cual es el mecanismo de acción tóxica común a todos los metales pesados;

h) si se excretan, o se bioacumulan;

i) si afecta a los organismos de los últimos niveles de la trama trófica, describa como;

j) si existe relación directa entre metales pesados concentrados en tejidos, bioacumulados y presentes en el ambiente.

k) informe si existen estudios de biomonitoreo de metales pesados en poblaciones de especies en la cuenca y/o en la desembocadura del Riachuelo con el Río de la Plata. En caso afirmativo explique cuales fueron los resultados.

5. En relación con hidrocarburos y otros químicos orgánicos (plaguicidas) identifique, informe y/o explique:

a) Posibles fuentes de contaminación;

b) si se registran datos y/o antecedentes de episodios de descargas y derrames de hidrocarburo en el sistema acuático en la cuenca;

c) se han producido emulsificaciones de tipo MOUSSE y cual ha sido la metodología de limpieza y remoción;

d) partiendo de estudios preexistentes, determine los hidrocarburos comprendidos dentro del grupo de los alcanos, cicloalcanos, aromáticos y asftalenos presentes en los ecosistemas de la Cuenca Matanza-Riachuelo (aire, agua, suelo, sedimento) y seres vivos que integran dichos ecosistemas.

e) el destino inmediato dentro de la biota, una vez que ha ocurrido cada uno de los procesos abióticos.

f) identifique cuales hidrocarburos presentes en los ecosistemas de la cuenca son: carcinogénicos y/o persistentes (en agua, aire, suelo, sedimento, tejidos, sangre) y/o disruptores hormonales y/o liposolubles y/o biodegradados por bacterias y/o bioacumulables

g) explique como afectan los «disruptores hormonales» al sistema endócrino de los seres vivos.

h) cuales son las vías de ingreso del benceno a los organismos vivos en general y de que manera llegan al ser humano;

i) la carcinogenicidad de benceno y cuales son sus células blanco.

j) analice comparativamente los valores de benceno obtenidos en estu-

dios preexistentes de la cuenca con el limite máximo (mg/l) con los establecidos por la EPA.

6. En relación con la materia orgánica y en base a estudios preexistentes identifique, informe o explique:
   a) Fuentes de contaminación orgánica y efectos de la misma;
   b) tramos de la cuenca en que se observa;
   c) características de los ecosistemas contaminados por materia orgánica en cuanto a diversidad de especies;
   d) relevancia de los parámetros químicos D.O. y D.B.O para determinar la calidad del agua;
   e) valores de estos parámetros en aguas no polutas;
   f) si los valores correspondientes a estos parámetros en los distintos tramos de la Cuenca Matanza-Riachuelo, son compatibles con la vida acuática;
   g) relación causal entre la baja concentración de oxigeno disuelto (D.O.) y alta demanda biológica de oxígeno (D.B.O.) con la contaminación de materia orgánica;
   h) los valores de los parámetros coliformes totales, concentración de cloruros, D.O. y D.B.O. en los distintos tramos de la Cuenca;
   i) relación causal entre la contaminación orgánica del agua y la presencia de bacterias,virus, hongos patógenos para el hombre.

7. Con respecto a nutrientes (amonio, nitritos, nitratos, fósforo) identifique, informe o explique:
   a) Fuentes de contaminación con nutrientes y sus efectos sobre la diver-

sidad de especies;

b) en que casos los nutrientes pueden llegar a contaminar el sistema acuático;

c) cuales son los parámetros asociados a una contaminación de este tipo;

d) valores limite de referencia propuestos por la EPA para la concentración de fósforo total y como se clasifican los sistemas acuáticos a partir de estos valores;

e) tomando como referencia estudios preexistentes indique cual es estado de situación de la cuenca en este aspecto;

f) que relación tiene la contaminación con nutrientes con la aparición dentro del ecosistema de Blooms algales de Cianophyta;

g) que consecuencias acarrea para el ecosistema y la salud de las personas, la aparición de Blooms de Cianophytas en los cursos de agua;

h) si se registran antecedentes de episodios de Blooms de Cianophytas en la Cuenca;

i) explique procesos de eutroficación por causas antropogénicas y sus efectos para el ecosistema, y posibilidades de remediación;

8. En relación con los sólidos en suspensión identifique, informe y/o explique:

a) Fuentes generadoras de sólidos en suspensión;

b) efectos directos e indirectos en los organismos; en las poblaciones de especies bentónicas y planctónicas; en la diversidad; en la composición química de las aguas y en cuanto a las características geomórfi-

cas del lecho;

c) valores referenciales limites de la EPA; clasificación de los sistemas acuáticos a partir de estos valores;

d) partiendo de estudios previos preexistentes indique niveles de sólidos en suspensión en los distintos tramos de la cuenca;

9. En relación con los detergentes, identifique, informe y/o explique:

a) Posibles fuentes de aporte de detergentes a la cuenca;

b) efectos de la disminución de la tensión superficial del agua en los organismos planctónicos;

10. En relación con los cloruros indique:

Fuentes de este contaminante, valor limite referencial (EPA) y efectos que produce su exceso al ecosistema.

11. En relación con la contaminación térmica indique, determine y explique:

a) Fuentes de aporte de agua caliente;

b) valores referenciales que permitan hacer comparaciones con los valores de T° registrados en estudios previos en la Cuenca;

c) efectos directos e indirectos del aumento de temperatura en el agua sobre el ambiente químico y sus consecuencias sobre los organismos y la comunidad.

12. En relación con la contaminación atmosférica en la cuenca partiendo de estudios previos preexistentes, informe y/o explique:

a) Si se registran antecedentes de emisión de gases sulfurosos, asociados a mercaptanos y otros de malos olores;

b) si se registran antecedentes de desarrollo poblacional de bacterias sulfato reductoras y/o bacterias metánicas;

c) si se registran antecedentes de detección de altas concentraciones de nitrógeno en forma de amonio y identificando en su caso las fuentes de nitrógeno en forma de amonio/amoníaco; su efecto sobre el pH del medio acuático y su toxicidad para peces y otras especies del sistema acuático;

d) si se registran antecedentes de procesos de desnitrificación en la cuenca; su relación con la aparición de bacterias sulfato-reductoras productoras de sulfuros;

e) si la presencia de altas concentraciones de sulfuros son indicio de aguas muy polutas;

13. En relación con los sedimentos, partiendo de estudios preexistentes y basándose en índices relativos a Bentos y parámetros físico-químicos, informe:

a) La salud de los sedimentos de los distintos tramos de la Cuenca Matanza-Riachuelo en relación con metales pesados (As, Cd, Cu, Hg, Pb, Cr), hidrocarburos, organoclorados;

b) ubique los tramos de mayor concentración de los tóxicos mencionados y aclare hasta que profundidad del sedimento son excedidos los valores referenciales limite especificando a que metales pesados corresponde el perfil;

c) identifique especies, asociaciones de especies, que den cuenta del grado de diversidad del bentos;

d) indique posibilidades de autodepuración de los sedimentos, alternativas de remediación;

14. En relación con la contaminación del suelo y partiendo de estudios previos preexistentes:

a) Identifique contaminantes presentes en suelos de la cuenca; explique los procesos de dispersión y abióticos (infiltración, lixiviación, evaporación, adsorción) que intervienen;

b) explique sus efectos sobre aguas subterráneas y superficiales.

c) indique valores referenciales de concentración (mg/k) de metales pesados (Ag, Co, Cd, Cu, Cr, Hg, Ni, Pb, Zn) que corresponden a jerarquías convencionales para el uso del suelo en Argentina, (conf. Ley Nacional 24.051 y Decreto 831/93), suelo para uso agrícola, residencial, industrial;

d) compare los valores registrados en los suelos de la Cuenca Matanza-Riachuelo con valores referenciales limites y explique necesidad de remediación;

15. Partiendo de estudios, registros e informes preexistentes informe:

a) Presencia de benceno en la atmósfera de la cuenca;

b) lugares de detección;

c) comportamiento del benceno y de los COPs, una vez volatilizados;

d) indique orden de movilidad (de mayor a menor) de los contaminantes, en: aire, suelo, agua, sedimento;

e) posibilidad de que estos u otros contaminantes puedan viajar largas distancias transportados por las corrientes de aire y regresar al sue-

lo.

8.5.7. Consultor técnico licenciada en biología

Que designan PERITO CONSULTOR TÉCNICO a la licenciada en ciencias biológicas **VIVIANA BEATRIZ COUSTÉ,** con domicilio en la calle Tucumán 1429, piso 7°, «D», de Capital Federal. Manifiestan expresamente la voluntad de concurrir con el asesoramiento del consultor técnico, a los actos periciales por practicarse. A tal fin, solicitan que el auxiliar de oficio informe en el expediente con debida antelación, la fecha y la hora cuando dichos actos se llevarán a cabo.

9. Medida cautelar

De lo dicho hasta aquí, con sustento jurisprudencial y doctrinario, deberá V.E. concluir que el daño ambiental tiene particularidades especiales, reconocidas expresamente en el texto constitucional reformado en 1994.

En cumplimiento directo de esa manda constitucional, deberá V.E. flexibilizar las disposiciones procesales, en tanto y en cuanto no se conculque la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso (Conf. «ALMADA C/COPETRO», fallo citado, SCBA).

Al decir de Pigretti, esto no es más que la cruda manifestación jurisprudencial del estado de dependencia ecológica del derecho en este ámbito.

Por ello, las medidas cautelares que se solicitan, por las que parcialmente se requiere el otorgamiento anticipado de lo que es sustancia de la *litis*, se relacionan con el cumplimiento de la garantía constitucional de la tutela judicial

efectiva (art. 1, 8 y 25 C.A.D.H.).

Resulta además relevante, que V.E. lleve a cabo una participación activa en este proceso (Conf. CAFFERATTA, N.A., *Daño Ambiental - Evolución de nuestra jurisprudencia*, JA 1999-III-1162).

Se peticiona a V.E., rapidez, eficacia y una sensibilidad especial a la hora de aprehender las particularidades del caso que se les presenta, pues indudablemente, su decisión tendrá profundas consecuencias económicas y sociales.

Los precedentes jurisprudenciales citados: «Pinini de Pérez y Almada c/ Copetro», han demorado diez años. No es deseable para estos obrados, ni para ningún caso sobre la materia, tal extensa duración.

Advierta V.E. que el daño ambiental es intolerable y puede ser irreversible. La nueva normativa ambiental, es el reflejo de la opinión de la jurisprudencia y doctrina mayoritaria.

Con estos nuevos instrumentos, este proceso debe tener una duración acorde con la naturaleza del bien tutelado. Como sostiene Carlos Rouges en su Ponencia en el Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental, El Calafate, Santa Cruz, abril 2004: «Un proceso de largo aliento, no le sirve a nadie. No le sirve a las víctimas, no le sirve a la comunidad ni tampoco al autor del daño».

9.1. Verosimilitud de derecho

El primer deber que le cabe al juez cuando se esgrimen pretensiones «urgentes» —amparos, cautelares, habeas corpus, etc.— es proporcionar oportuna tutela mediante decisiones también «urgentes»; flamante fenómeno procesal de naturaleza garantista que, a despecho de su magra recepción en las leyes ri-

tuales de nuestro país —que sólo contemplan las tradicionales providencias cautelares—, la doctrina ha ido pergeñando sus indóciles contornos —a partir de la premisa de que «no todo lo urgente es cautelar»— bajo distintas denominaciones, a saber: tutela anticipatoria (según ADOLFO A. RIVAS, anticipatorias «propias» e «impropias», impropias por «consumación» y por «satisfacción» —ver autor citado, «La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional», L.L. Actualidad, 22.02.96, pág. 2—), medidas autosatisfactivas, proceso urgente, etc. (ver HERRERO, LUIS RENÉ, *Decisión oportuna sobre pretensiones urgentes*, E.D. 165-995; PEYRANO, JORGE W., *La medida autosatisfactiva*, E.D. 169-1345; De los Santos, Mabel, «Medida autosatisfactiva y medida cautelar —semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales—», *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, N° 1, pág. 31 y ss).

En el caso de autos la verosimilitud del derecho y la relación de causalidad apoyados sobre la base de factores propios, imperantes en materia de daño ambiental, tales como «estado de apariencia», «predictibilidad», «presunciones legales» y «atribución de responsabilidad objetiva —art. 1113 del Código Civil—» han sido sobradamente acreditados en los capítulos anteriores a los que en mérito a la brevedad nos remitimos.

Estos son tan convincentes, la ley es tan clara y la jurisprudencia tan pacífica, que se convierte en un imperativo de justicia restituirles a los actores —bien que en forma «precaria» dada la etapa en que se halla el juicio— el goce y ejercicio del derecho disputado, hasta tanto se dicte sentencia definitiva sobre la cuestión de fondo (art. 230 C.P.C.C.), gravando al Estado y a las industrias demandadas con las consecuencias de la duración del proceso -normalmente

a cargo del actor- dada la fuerte presunción o «verosimilitud» de su obrar arbitrario.

Es cierto y no escapa a nuestro conocimiento que la doctrina elaborada acerca de las medidas innovativas y autosatisfactivas exige la necesidad de acreditar para su despacho favorable, la existencia de una «alta probabilidad del derecho», concebida como un grado de convencimiento superior a la mera «verosimilitud del derecho» sin llegar a la certeza, reservada para la sentencia de mérito del juicio de conocimiento, pero también es cierto que esta deberá considerarse satisfecha cuando se produzca, —como en el caso de autos—, la evidente conculcación de derechos de incidencia colectiva tutelados por el art. 41 de la Constitución Nacional y conforme la misma doctrina y línea argumental sea de aplicación al caso el axioma de que «el procedimiento debe operar en función del derecho y no el derecho en función del procedimiento».

Resulta una obviedad decir que la urgencia en evitar la actividad contaminante del medio ambiente y su incidencia directa sobre la salud de los actores y la población en general confluyen en el caso para dar motivación y fundamento suficiente a la medida «innovativa y/o autosatisfactiva» que se peticiona con base en esa «alta probabilidad del derecho».

9.2. Peligro en la demora

Siguiendo el mismo orden de razonamiento utilizado en el punto precedente, demostraremos a continuación el cumplimiento del presupuesto genérico de admisibilidad del «peligro en la demora» o *periculum in mora*.

Reiterada jurisprudencia tiene dicho que:

- «El *periculum in mora* constituye la razón de ser de las medidas caute-

lares, lo que las justifica como institución jurídica, por lo tanto en ningún supuesto debería prescindirse de este requisito en el embargo preventivo, lo que no implica por cierto, que siempre ha de exigirse que el actor lo acredite. La ley puede en ciertas situaciones presumirlo, por la situación de las personas, la naturaleza de la acción o el estado del proceso en el cual se pide.» (conf. Cám. Nac. Civ. Sala C 28/11/75 La Ley 1976 v. A p.491 - 33.209-S).

La medida cautelar —es sabido— responde a la necesidad de evitar aquellas circunstancias, razones, motivos o hechos conforme a los cuales según el curso natural y ordinario de las cosas pueden llegar a impedir durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial del derecho pretendido o una vez reconocido en una sentencia, convertir su ejecución en ineficaz o imposible.

En el caso de autos, el interés jurídico que justifica el anticipo jurisdiccional se verifica, por ejemplo, en que actualmente las industrias demandadas siguen vertiendo al medio ambiente sus efluentes e inmisiones tóxicas sin control y el organismo ejecutor, el CEMR (léase Estado o P.E.N.) posee crédito sólo para mantener su actividad burocrática y los servicios asociados a su prestación exclusivamente administrativa.

En términos presupuestarios todo el crédito es para gastos corrientes y no para gastos de capital.

En el presupuesto asignado para el ejercicio del año 2002, por ejemplo, no se previó la ejecución de obras.

Así lo corrobora la respuesta del CEMR a fs. 189 del informe del Defensor del Pueblo reiteradamente referido: «no se prevén obras nuevas en este año

en curso, las que se están realizando fueron afectadas presupuestariamente en 2002. (inf. cit., pág. 221).

Y, lo que resulta aún más preocupante es que al describirse para los años 2003/2005 las Metas Físicas de la Secretaría de quien depende el CEMR, no se han previsto acciones relacionadas con el saneamiento de la Cuenca.

Todo ello implica la elocuente posibilidad de que si no se toman las medidas que aquí se solicitan en el curso del proceso, una vez reconocido el derecho al resarcimiento de las victimas del daño en una sentencia, este sea de imposible efectivización o cumplimiento, ya sea por el agravamiento de la magnitud del daño en la salud de la población o en el medio ambiente; ya sea porque la empresas accionadas responsables del daño se hayan transferido a terceros; hayan transferido su fondo de comercio conforme el sencillo procedimiento del art. 2 de la Ley 11.867; hayan cambiado de titularidad su paquete accionario o en el peor de los casos colocado en estado falencial y solicitado su concurso.

La lógica y la experiencia hacen que sea una obviedad saber cual será la conducta de las demandadas en el futuro atendiendo a los factores económicos - financieros propios de su ámbito, en el caso de sumarse nuevas víctimas al presente reclamo.

Ello, exige de V.E. ubicar la situación planteada en autos en el mismo contexto de la «realidad cotidiana» del aquí y ahora y como señaláramos, dejar de lado inútiles disquisiciones formales y teóricas acerca de cual es la adscripción del medio asegurativo pretendido por el ordenamiento jurídico vigente.

Como sostiene Eduardo N. De Lazari en su libro *Medidas cautelares*,

art. 332, pág. 576:

- «El fin del derecho no es conseguir armoniosas combinaciones de textos, exquisitas teorizaciones y brillantes construcciones jurídicas o confrontaciones de academia en torno a la naturaleza jurídica (...) sino que el ordenamiento jurídico se condicione en función de la necesidad planteada, porque lo importante no es el texto legal en sí, sino la materia viva que sistematiza regula o disciplina (...).»

Pues bien, siguiendo el orden de ideas expuesto, el daño inferido a los actores —como se encuentra *prima fàcie* acreditado— proviene por parte del Estado Nacional, Provincial y del GCBA de acciones (el desvío de los fondos específicos provenientes del crédito externo del BID) y omisiones (la deliberada falta de adopción de políticas preventivas idóneas y la carencia de control de las autoridades de aplicación), entre otros factores.

En el caso de las industrias contaminantes también por acciones (volcamiento directo al medio ambiente de los residuos peligrosos generados) motivadas por los mayores costos que implica el manejo responsable de los mismos, y omisiones (no construcción de plantas de tratamiento, adopción de nuevas tecnologías; minimización de riesgos), en desmedro de las utilidades de las empresas.

Es decir que las demandadas, conocedoras de la realidad y del imperio de la relación costo-beneficio, idearon un sistema perverso que posibilitaba externalizar los costos de la contaminación que sus actividades productivas producían y producen, y que combinan por citar sólo dos factores, la ineficiencia y connivencia de los controles públicos, con la falta de información y recursos

que por lo general aqueja a las victimas para acudir a los Tribunales para hacer valer sus derechos.

En otras palabras, las accionadas *descubrieron* que este ahorro-ganancia resultaba y resulta un gran negocio.

En definitiva, entendido que el contexto de la realidad que imperó e impera en la relación entre actores (víctimas) y demandadas (industrias contaminantes y Estado), es aquél donde las empresas tienen la mira puesta exclusivamente en ecuaciones económicas-financieras, donde —en connivencia con los organismos de control— optan por transgredir las normas de prevención para obtener pingües beneficios; donde especulan que en el remoto y excepcional supuesto de resultar condenadas al pago de algunas y escasas indemnizaciones, esta reparación sería imputada como un gasto de producción; con mayor facilidad se entenderá que en el caso, donde el número de victimas pudiera elevar demasiado el costo de las indemnizaciones; pudieran ser objeto de la aplicación de Tasas de Evaluación y Fiscalización ambiental (T.E.F) y multas por pagar, las demandadas no dudarán un instante en acudir a alguna de las tantas herramientas legales expeditas y baratas que les posibiliten eludir la reparación del daño y frustrar el derecho de sus victimas.

Ni que decir lo fácil que resultó, resulta y resultará a los funcionarios a cargo de los organismos de control eludir dicha responsabilidad, por estar sujetos al recambio político institucional.

La sola posibilidad de que quien se burla de derechos humanos básicos, como la vida, la salud y el medio ambiente, pueda eludir su responsabilidad durante el transcurso del proceso o una vez concluido éste, no sólo resulta repug-

nante al orden jurídico y a los más básicos principios de justicia, sino que impone la necesidad de evitarlo mediante la concesión de un anticipo jurisdiccional como el que aquí se solicita.

9.3. Contracautela – Exención

El tercer presupuesto de admisibilidad sustancial, —en realidad condición de ejecutoriedad conforme a doctrina—, de toda medida cautelar exigido por el art. 199 del Código Procesal, cualquiera sea el grado de verisimilitud que exhiba el derecho de quien la solicita, lo constituye la «contracautela», que tiene el propósito de obtener del solicitante una garantía lo suficientemente sólida como para cubrir los eventuales daños emergentes de su indebido pedimento.

Sin embargo y no obstante su exigencia, el artículo 200 del Código Procesal prevé que:

- «No se exigirá caución si quien obtuvo la medida:

  (...) 2) actuare con beneficio de litigar sin gastos.»

Es precisamente en ésta excepción que encuentran amparo los aquí solicitantes, pues si bien aún no le ha sido otorgado por no haber diligenciado en forma completa su trámite, gozan de él en forma «provisional», conforme la doctrina instaurada por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, sobre la base de la Justicia Social, como principio de interpretación jurídica de jerarquía constitucional.

En ese sentido y conteste en que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley sino acudiendo a la *ratio legis* y el espíritu de la norma,

se dispuso:

- «El derecho de obtener la traba de medidas cautelares sin previo otorgamiento de caución debe concederse también a la situación peculiar del beneficio provisional, ya que la ley no lo excluye (art. 78, 81, y 199, CPCC), de otra forma, la medida cautelar —que se dicta inaudita parte— se podría tornar ilusoria, por el conocimiento que tomaría la contraria al notificarse de la existencia del beneficio. No debe olvidarse que la exención de contracautela no hace desaparecer la responsabilidad que le cabe al beneficiario y que aparte la resolución que se dicte en su beneficio no causa estado (...).» Conf. Cám. Civ. Com. 2°, La Plata, Sala 2da. 1-10-79, causa B-46076.

También:

- «Si bien la ley procesal autorizaría a eximir de contracautela al peticionante de un beneficio de litigar sin gastos —en principio— solo a partir de que este hubiera sido otorgado (CPR 200), si de la estricta aplicación normativa se priva de acceder a la justicia a quien ha "denunciado" carencia de recursos y siendo que el proceso principal se encuentra ligado a la previa efectivización de una medida cautelar, para no conculcar con sus derechos constitucionales será procedente que el interesado preste caución juratoria (...).» En igual sentido: Sala C, 6.11.96, «Pardini, Fabián c/Compañía Fredel» y Cám. Nac. Com. Sala C 05/03/93, «Kerman Jaime s/Inc. en García de Buján c/Frezzia».

En el mismo sentido, la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, en un caso por daños y perjuicios derivados de contaminación am-

biental, resolvió:

- «Dentro de este contexto y merituando muy especialmente que en el proceso ambiental se enfrentan, por definición dos partes muy desiguales —generalmente un ciudadano común contra un importante sujeto económico— es obvia la improcedencia de la exigencia de contracautela —real o personal— para el otorgamiento de medidas precautorias como la que solicita en la presente demanda, pues lo contrario, en la mayoría de los casos, implicaría lisa y llanamente tornar ilusorio el derecho de jerarquía superior que se pretende proteger» (conf. Juzg. Criminal y Correccional Mar del Plata N° 1 Transición, 23/09/99, «Jaime Eugenio y Otros», LLBA 2001-114), citado por la CÁMARA DE APELACIONES DEL NOROESTE DEL CHUBUT en autos «VILLAR SILVANA NOEMÍ C/PROVINCIA DEL CHUBUT Y OTROS S/INCIDENTE DE APELACIÓN» (Expte. N° 50/03).

No quedan dudas que la condición de ejecutoriedad en análisis, se encuentra satisfactoriamente cumplimentada.

9.4. La traba de la medida

En más de una ocasión en los capítulos anteriores sostuvimos que, en la práctica y a nuestro modo de ver, las particulares características del daño ambiental, donde están involucrados intereses de la sociedad (intereses difusos), políticos-económicos, científicos, imponen al Juez una clara muestra de «activismo judicial» que le permita flexibilizar los conceptos procesales y principios clásicos del daño civil y adaptarlos a la particular materia ambiental en pro-

sabrá suplir, que con carácter autónomo actúe con irrelevancia del sujeto agente y además de subrogación, constituido en principio con fondos del ESTADO NACIONAL, Provincial, Municipal y del GOBIERNO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, y una vez identificados los sujetos contaminantes, mediante el cobro de Tasas de Evaluación y Fiscalización (TEF) previstas por la Ley 24.051 y normativa de aplicación, multas, indemnizaciones y recuperos por acciones de regreso sobre los verdaderos responsables.

Ello permitirá, por una parte, la reparación automática de los daños sufridos por las víctimas en su salud y patrimonio y por la otra contar con los fondos para solventar los costos que demande, tanto la implementación, reanudación y puesta en marcha del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo por parte del P.E.N., a través del Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, cuanto la implementación por parte de la Secretaría de Salud de la Nación, de los estudios epidemiológicos, ecotoxicológicos y de salud ambiental ya recomendados por el Defensor del Pueblo de la Nación por resolución DP Nº 31/03, que también se solicitan, conforme más adelante se explica.

En cuanto al monto del fondo por crearse, V.E. deberá ponderar que el mismo no podrá ser inferior al monto del préstamo que por Decreto del PODER EJECUTIVO NACIONAL Nº 145/98 del 30 de enero de 1998, se contrajo para el Programa de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, entre la Nación Argentina y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID OC-AR 1059/98) con más el aporte local de las jurisdicciones

intervinientes (Nación Argentina, provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estas últimas en su carácter de Coejecutoras del proyecto) en concepto de Contrapartida, es decir por el total de DÓLARES ESTADOUNIDENSES QUINIENTOS MILLONES (US$ 500.000.000) conforme resulta del Cap. V - Recursos Económicos Destinados al Saneamiento de la Cuenca. Informe Especial: Cuenca Matanza-Riachuelo, págs. 215/220, que en fotocopia se acompaña como ANEXO 2.2), y surge de los cuadros siguientes cuadros números: 1, 2 y 3.

Resulta una obviedad decir que todo ello deberá disponerse con el debido contralor de organismos o instituciones, autónomas, independientes, insospechadas, que actúen unilateral o conjuntamente, tales como la DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA NACIÓN; la AUDITORIA GENERAL DE LA NACIÓN y alguna prestigiosa ONG (FARN, PODER CIUDADANO) o las que el mejor criterio V.E. estime corresponder.

Como anticipamos en el capítulo correspondiente, la existencia de los mecanismos de financiación colectiva que se peticionan, permitirá acelerar los procesos de reparación y prevenir aquellos casos de insolvencia de los responsables por razón de la importancia de los daños ocasionados por la contaminación o si el sujeto agente contaminador no puede ser identificado.

De ahí la razón de que el FONDO deba ser esencialmente autónomo y de subrogación, en cuanto que ante todo debe perseguir la reparación del daño sufrido por las víctimas y, en segundo término, la imputación del coste de aquélla al verdadero responsable.

cura de mayor eficacia, compatible con el respeto de las garantías del debido proceso.

Elena Highton de Nolasco, citando a Prévost, sostiene en *Derecho de Daños* segunda parte (obra bajo la dirección de Aída Kemelmajer de Carlucci, Ediciones La Rocca, 1993, pág. 802):

- «No obstante la evolución de prohibiciones de inmisión y reglamentaciones en el uso de los elementos naturales, cuando llega el momento de aplicar las disposiciones sobre responsabilidad civil, los tribunales están encerrados en reglas estáticas cuando de reparar un daño que no se puede circunscribir se trata, para instituir una regla o para imponer una sanción es previo delimitar la conducta en un espacio y en un tiempo y los recursos naturales no se pliegan a esta lógica (...).»

En ese orden de ideas debe encuadrarse también el ámbito y la procedencia de las medidas cautelares y en especial la que aquí se solicita.

En efecto, las medidas cautelares tradicionales (embargo, inhibición general de bienes) se exceden en su objetivo, en tanto significarían la paralización económico financiera de los entes societarios demandados, sin garantía alguna, ante la eventual carencia de derecho por parte de los peticionarios —que no es el caso de autos— con el riesgo de impedir la continuidad de las actividades relacionadas con el giro habitual de sus negocios, no sólo en contra de la prohibición que en principio emerge del art. 16 de la Ley 25.563, sino también en contra de las propias expectativas de los accionantes respecto de la fuente de trabajo que las empresas representan en el ámbito jurisdiccional-territorial de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo que abarca, como dijimos, varios mu-

nicipios, donde se encuentran instaladas.

Ello nos lleva a proponer el dictado de una medida cautelar innovativa y/o autosatisfactiva, inédita en el ámbito local, como es la «Creación de un Fondo de Asistencia y Remediación Ambiental» o «Fondo de Compensación Ambiental» (Conf. Ley 25.675 art. 34, Ley General del Ambiente (LGA), de carácter autónomo y de subrogación, haciendo analógica aplicación de las experiencias interNacionales en la materia, como las referidas en los acápites anteriores de la presente demanda, mediante la afectación directa de fondos del Estado Nacional; de la provincia de Buenos Aires y del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su calidad de coautores solidariamente responsables.

Dicha medida deberá ser complementada con una *Anotación de Litis* en los Registros de la Inspección General de Justicia y Registro Público de Comercio de las respectivas jurisdicciones, según corresponda, y en el *Libro de Accionistas* de cada una de las empresas codemandadas, de manera de asegurar tanto la percepción de las indemnizaciones en caso de resultar responsables, como las acciones de regreso por parte del Fondo; el pago de las (TEF) Tasas de Evaluación y Fiscalización y las multas que pudieren corresponderle, sin entorpecer la vida negocial de las mismas y permitirle su habitual desenvolvimiento regular.

9.4.1. La creación de un fondo

Concretamente, se peticiona a V.E., que como medida cautelar disponga la creación de un fondo con forma societaria o de fondo público, tal lo prevé la Ley 25.675 (LGA), y/o forma jurídica que el elevado criterio del Tribunal

Cuadro Nº 1

Organismo ejecutor: Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo (CEMR)	
Monto y Fuente:	
BID:	US$ 250 millones
Aporte local de contrapartida:	US$ 250 millones
Total:	**US$ 500 millones**
Plazos y condiciones financieras	
Plazo de amortización:	20 años
Período de desembolso:	5 años
Tipo de interés:	Variable
Inspección y vigilancia:	1%
Comisión de crédito:	0,75%
Moneda:	dólares de los Estados Unidos
Objetivos: *El objetivo del Programa es mejorar la gestión de los recursos naturales de la Cuenta Matanza-Riachuelo* mediante la coordinación de las medidas relacionadas con el medio ambiente.	
Descripción: El programa permitirá financiar los siguientes cuatro subprogramas: **i)** reducción de la contaminación industrial, **ii)** obras de control de inundaciones, **iii)** manejo de residuos sólidos, y **iv)** rehabilitación urbana.	
Riesgos: El Programa presenta dos riesgos principales. En primer lugar, este Programa que abarca cuatro subprogramas exige una estrecha coordinación interjurisdiccional (Provincia de Buenos Aires y Ciudad de Buenos Aires), a fin de comprobar que todas las actividades se lleven adelante y se logren todos los efectos posibles con el programa. Esto ha desacelerado la preparación del programa y probablemente contribuya a que se produzcan demoras en la ejecución. Sin embargo, la presencia del CEMR debería aumentar las probabilidades de éxito. El segundo riesgo lo constituye el mal desempeño que tuvo Argentina en programas del Banco y otros donantes, en los que se exigía el efectivo cumplimiento de la legislación relativa a la reducción de la contaminación industrial. La vinculación de los desembolsos con las metas de reducción de la contaminación industrial, como se propone, podría servir de gran incentivo para el logro de estas metas, aunque podría entrañar el riesgo de desacelerar el ritmo de ejecución en caso de demoras en este subprograma.	

La idea que subyace en el sistema que se solicita, consiste en que si la reclamación legítima no puede ser satisfecha, cualquiera que sea la razón, el con-

Cuadro Nº 2

Inversión del CEMR hasta marzo de 2000		
Gastado en	**Monto en $**	**Porcentaje**
Estudio y consultoría	17.284.032	57%
Activiades de recolección de residuos en las márgenes y espejo de agua	6.126.232	20%
Proyectos ejecutados	5.283.327	17%
Obras concretadas de saneamiento	1.162.960	5,32%

junto de posibles sujetos agentes debe soportar el coste de la reparación (conforme Ley de Contaminación Holandesa, capítulo 7 «Provisiones Financieras», art. 64).

Sin embargo, corresponde destacar que la creación e intervención de un FONDO, no debe limitarse a aquellos casos en que el agente contaminador resulta desconocido. En el caso de autos, aún si se identificara debidamente al sujeto agente, resulta conveniente la intervención de un FONDO por crearse, con el fin de ayudar a las víctimas litigantes, e incluso a otras que se presentaren.

Conviene poner de relieve que hay obstáculos —además de la exacta identificación del agente contaminador—, con los que los coactores perjudicados deben enfrentarse y que pueden sintetizarse en: acreditación de la relación de causalidad; la superioridad económica de los sujetos agentes y la incertidumbre sobre la resolución judicial final.

Cuadro Nº 3

Programa del PGA 1998-2003

Primera Etapa. Financiación del BID

Préstamo por parte del BID US$ 250 millones
Inversión local (Nación, Provincia y Ciudad Autónoma) US$ 250 millones

PROGRAMAS	ACCIONES	INVERSIÓN ESTIMADA	%
REGLACIÓN HIDRÁULICA Objetivo: **Evitar las inundaciones periódicas**			
Control de inundaciones en la provincia de Buenos Aires	Endicamiento lateral y estaciones de bombeo	56.612.000	22,64
Drenajes urbanos en la provincia de Buenos Aires en la Ciudad de Bs. As.	**Drenajes pluviales:** Matanza —arroyo Cildáñez, Lomas de Zamora, arroyo Unamuno, arroyo del Rey. Rehabilitación conductos pluviales en Lanús. **Drenajes pluviales:** Boca - Barracas, resto del área sur de la ciudad	151.017.000	60,41
CONTROL DE VERTIDOS Objetivo: **Reducir la conaminación por vertidos industriales y domésticos**			
Control de contaminación (PCCI)	Control y Fiscalización de Normativa Ambiental Prevención y minimización de residuos industriales	15.961.000	6,38
Gestión de residuos sólidos	Desactivación, saneamiento y remediación de basurales Estudio de Gestión de residuos sólidos Estudio e investigación de 19 basurales	6.918.000	2,77
RECUPERACIÓN AMBIENTAL, URBANA Y RURAL Objetivo: **Planificar y reordenar el desarrollo urbano y rutal**			
Rehabilitación urbana en la provincia de Buenos Aires y en la Ciudad de Bs. As.	Estudio del uso del suelo y ordenamiento vial Rehabilitacion de las áreas y edificios históricos, limpieza del espejo de agua, reforestación de las márgenes, extracción de barcos, construcción de puentes	16.617.000	6,65
PARTICIPACIÓN COMUNITARIA Y EDUCACIÓN AMBIENTAL Objetivo: **Desarrollar una cultura ambiental en la comunidad de la Cuenca**			
	Difusión del PGA, Emprendimientos de Desarrollo Comunitario Ambiental	2.875.000	1,15

La Ley Japonesa de Compensación de Daños a la Salud Relacionados con la Contaminación (1973) determina los daños a la salud que deben ser compensados sobre la base de una escala graduada que refleja la gravedad del daño. La referida norma cubre daños específicos (minimata, itai-itai), donde la relación de causalidad es clara y directa, como daños más generales (ej. asma), en los que el nexo de causalidad es de difícil determinación. La ley opta por un sistema de presunciones: todas aquellas personas que reúnan determinados requisitos (vivir en el área contaminada, estar expuestas, etc.) se les considera como víctimas de la contaminación y tendrán derecho a la reparación del daño sufrido.

Dado que resultó imposible determinar para cada contaminador su parte de responsabilidad, se optó por considerar responsables a todas las fuentes contaminantes, constituyéndose un Fondo de Compensación.

En general, los fondos introducen un criterio que va más allá de la responsabilidad objetiva. Se busca ante todo la reparación de las víctimas. Se hace abstracción del propio sujeto agente: si hay daño que es consecuencia de un cierto tipo de actividad, y que es injusto, en cuanto que supone un daño que los perjudicados no tienen por que soportar, corresponde la reparación.

De tal manera, para tener legitimación para exigir reparación, sólo hace falta demostrar la existencia del daño.

En este sentido el Fondo puede ser también de gran ayuda, mediante la puesta a disposición de los perjudicados, los medios para facilitar la prueba de que los daños resultan consecuencia de determinado tipo de actividades contaminantes —por ejemplo mediante un grupo de expertos, designados y pa-

gados por el propio Fondo (v.g. Japón, Holanda)—.

Es mas, la última meta a alcanzar por el Fondo, debería ser no sólo indemnizar a las víctimas concretas, sino conseguir la reparación de aquellos daños que son absolutamente irreparables según los esquemas de la responsabilidad civil, por no haber un particular determinado perjudicado, sino toda la comunidad (conforme Thiem, «Enviromental damage funds, en AA.VV., Compensation for [...]»).

Se solicita adèmás, que el Fondo por crearse sea accesible desde un primer momento. Es decir que no tenga carácter subsidiario.

9.4.2. Implementación de trabajos y medidas de carácter urgente en orden al saneamiento y remediación ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo

Se solicita a V.E. ordene al P.E.N. (Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo) en el más breve plazo estime corresponder: la reanudación y continuación hasta su finalización del Plan de Gestión Ambiental de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Nación (Anexo Técnico F - Manejo y Control de la Contaminación Industrial) que se acompaña en fotocopia como Anexo 2.1); comenzando por acciones especificas como remoción de barcos y objetos hundidos, limpieza de márgenes y espejo de agua, aireación de cursos de agua, continuando con las tareas correspondientes a la Etapa II del Convenio Aprobado por resolución SRN y DS 328/95 de fecha 06 de septiembre de 1996 suscripto con la empresa Sisteval S.A. a saber:

1) Confeccionar una base de datos integral de operadores, generadores y transportistas de residuos peligrosos que permita ordenar y optimizar el circuito, tramitación y obtención del Certificado Ambiental Anual;
2) Confeccionar una lista de empresas susceptibles de ser inscriptas de oficio, previstas en el PROGRAMA PILOTO PARA LA IMPLEMENTACION DE LAS ACCIONES DE CONTROL DE LA CONTAMINACIÓN INDUSTRIAL que se acompaña en fotocopia como ANEXO 2.4 y 2.5.

Cabe recordar que la Ley 24.051 reglamentada mediante Decreto 831/93, obligó y obliga a la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable de la Nación, a llevar y actualizar un REGISTRO DE GENERADORES OPERADORES Y TRANSPORTISTAS DE RESIDUOS PELIGROSOS.

Por Resolución SRN y AH Nº 413/93 se habilitó el Registro a partir del 22/10/93 y mediante similar SRNyAH 106/94 se dispuso que el plazo para que las empresas se inscribieran en el Registro vencía el 13/07/94.

Vale decir, a partir del mes de octubre de 1993, el Registro quedó formalmente habilitado para funcionar y a partir de julio de 1994, para aplicar el régimen de sanciones previsto si se detectaba la falta de inscripción y/u otro tipo de incumplimiento por parte de las empresas.

Amén de ello, cabe recordar que el art. 9 de la Ley 24051, autorizó a la autoridad de aplicación a inscribir de oficio a los titulares de las actividades comprendidas en dicha ley.

A tal efecto se dictó la resolución SRN yAH Nº 206/96 y la Secretaría contrató un equipo de trabajo de apoyo a la Dirección de Registro y Habilitaciones que manejó el RIN (Registro Industrial de la Nación) como base de

datos para efectuar las inscripciones de oficio; el Registro efectuó un conjunto de intimaciones pero se desconoce sus resultados PORQUE SE PERDIÓ EL ARCHIVO (ver informe de la AUDITORIA GENERAL DE LA NACIÓN «Informe de Seguimiento de la Actuación 684//95 AGN Registro de Residuos Peligrosos» pág. 10 Punto 3.3.3. que se acompaña en fotocopia como Anexo 2.6)

Demás está decir que tanto los trabajos referidos como las tareas encargadas a Sisteval SA (Expte.1698/95) quedaron truncos por rescisión del convenio el 07/08/96 encontrándose pendientes las tareas correspondientes a la Etapa II del Convenio cuya implementación y continuación aquí se solicitan.

9.4.3. Implementación de trabajos y medidas de carácter urgente en orden a la inmediata atención de la salud de la población ribereña de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo

Se solicita a V.E., ordene y establezca plazos perentorios para que el P.E.N. (MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN) y demás organismos de salud involucrados de la Pcia. de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, proyecte la realización, por sí o de manera conjunta con instituciones especializadas como el HOSPITAL «COSME ARGERICH», la JICA (Agencia de Cooperación Internacional Japonesa), un relevamiento actualizado de impacto de tóxicos ambientales sobre la salud del núcleo poblacional de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo y Polo Petroquímico Dock Sud (en especial, menores de edad), a los fines de determinar por medio de estudios especializados la presencia de casos de enfermedades y/o patologías cuyas causas generadoras guarden directa relación con la contaminación de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo y su área de influencia, tal la «Recomendación» efectua-

da por el Sr. Defensor del Pueblo de La Nación mediante Resolución DP N° 31/03, que se acompaña en fotocopia como ANEXO 2.13.

Efectuado dicho relevamiento, disponga la atención médica inmediata de los afectados en los centros asistenciales de salud ad hoc, solventados con dinero del FONDO.

Colofón

Como colofón hacemos nuestras las palabras del Dr. GUILLERMO F. PEYRANO en el artículo titulado: «La tutela del medio ambiente a través de la medida autosatisfactiva - (La problemática de la "alta probabilidad" del derecho del peticionante)», publicado en *Jurisprudencia Argentina*, N° 6121, el 23/12/98, pág. 6):

- «Somos conscientes de que la admisión de la procedencia de "medidas autosatisfactivas" en materia ambiental (...) implica abrir una vía que, utilizada sin la debida prudencia puede llevar a los jueces a arbitrar y disponer soluciones que pueden considerarse reservadas a la esfera de otros poderes del estado, tanto al Legislativo, en su función legiferante y reguladora, como muy especialmente al Ejecutivo a quien compete el ejercicio de los contralores estatales y es titular del poder de policía del mismo (...).

  No obstante no nos aminalamos y hasta admitimos que en esta materia se lleguen a «transgredir» ciertos límites normativos que no se han adaptado a la realidad, teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos que se encuentran en juego (...).

Entendemos que no resulta posible desdeñar estos formidables instrumentos procesales, pergeñados para conseguir soluciones jurisdiccionales expeditivas, justamente en esta temática que cada día exige respuestas más inmediatas (...).

Es quizás a través del dictado de estas "medidas autosatisfactivas" en materia ambiental donde los jueces —adoptando con la debida prudencia sus decisiones— puedan contribuir no sólo al mantenimiento de la justicia y armonía en las relaciones entre los seres humanos, sino también a la misma preservación de la especie humana, sin la cual esos valores no pueden concretarse (...).

Es que la función judicial va adquiriendo perfiles otrora insospechados, asumiendo un protagonismo y responsabilidades de los que ya no puede desentenderse. Bajo esta perspectiva auspiciamos la llegada a las "medidas autosatisfactivas" en la tutela del medio ambiente, cuya preservación y tutela en el actual estado de cosas, requiere sin duda alguna de las soluciones jurisdiccionales expeditivas (...).»

Quién mejor que la Excma. Corte Suprema de la Nación, a través de un caso emblemático como el de autos, para marcar la directriz en materia de las «medidas autosatisfactivas» en la tutela del medio ambiente.

10. Reserva de actuaciones

En virtud de la naturaleza de la pretensión y de las particularidades de la causa, solicitan se disponga la reserva estricta de las actuaciones, las que sólo podrán ser compulsadas por los letrados suscribientes, exclusivamente.

11. Formulan reserva

Se formula reserva de ampliar la presente demanda y la prueba ofrecida.

12. Petitorio

Por lo expuesto a la Excma. Corte Suprema de Justicia solicitan:

1) Se les tenga por presentados, parte en mérito a las copias de los poderes adjuntos, y por constituido el domicilio.

2) Se reserve la documentación original en caja fuerte de la Secretaría, previa certificación de las copias simples por el señor Actuario.

3) Se ordene la reserva estricta de las actuaciones.

4) Se tenga presente la reserva de ampliación de demanda y prueba.

5) Se agregue la prueba instrumental y se tenga presente la demás ofrecida.

6) Se haga lugar a la medida cautelar solicitada.

7) Se agreguen los bonos establecidos por la ley 23.187 art. 51 inc. d.

8) Oportunamente se dicte sentencia, haciendo lugar a la demanda en todas sus pretensiones, con costas.

108

Proveer de conformidad

SERA JUSTICIA

Dr. HORACIO RODOLFO BELOSSI
C.S.J.N. Tº 1 - Fº 398
C.A.L.P. Tº 24 - Fº 1[illegible]

Dr. MIGUEL ARAYA
ABOGADO
C.S.J.N. T°13 F°243
C.A.L.P. T°34 F°16

DANIEL E. SALLABERRY
ABOGADO
Tº 24 Fº 909 C.S.J.N.
Tº XXXV Fº 52 C.A.L.P.
CUIT 20-12605812-09

Jr. JORGE MOSSET ITURRASPE
ABOGADO

SANTIAGO ANDRES KAPLUN
ABOGADO
Tº 65 Fº 13 C.P.A.C.F
CUIT 20-23.670.796-3

JUZ

14 JUL 91 12 11

[illegible] CAGLIADA
PROSECRETARIO JEFE
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

///// nos Aires, 15 de julio de 2004.

Téngase a los peticionarios por presentados, por partes en el carácter invocado y en mérito a las fotocopias de poder adjuntas y por constituído el domicilio procesal indicado y denunciados los reales. Agréguense los bonos acompañados.

En mérito a lo dispuesto por los artículos 8 y 10 de la ley 25.344, remítase por oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación copia de la demanda con toda la prueba documental acompañada. Fecho, por la competencia pase el expediente al señor Procurador General.-

110

OFICIO

BUENOS AIRES, de 2004

Señor
PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACIÓN
Posadas 1.641 Pb.
Capital Federal
_____/_____D

HORACIO RODOLFO BELOSSI, abogado, inscripto al T° 1 F° 398 de la CSJN letrado patrocinante de la parte actora, tengo el agrado de dirigirme a Usted, en los autos caratulados **"MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (DAÑOS DERIVADOS DE LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL DEL RIO MATANZA RIACHUELO)" EXPTE. M 1569,** en trámite por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con asiento en la calle Talcahuano 550 4to. piso, Capital Federal, a efectos de dar cumplimiento con el artículo 8 y 10 de la Ley 25344, informando que con fecha 14 de julio de 2004 se han inciado ante este Tribunal los autos *supra* indicados, encontrandose en el estado de iniciacion de demanda, por monto indeterminado, actuando como organismo interviniente el Estado Nacional, la Privincia de Buenos Aires, y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se acompaña al presente copia de la demanda y de toda la prueba documental.

Saludo a Ud atentamente

Dr. HORACIO RODOLFO BELOSSI
C.S.J.N. T° 1 - F° 398
C.A.L.P. T° 24 - F° 17

En 2 de agosto de 2004 el Dr. Salaberry (t 24 f 909) retira oficio sellado de la Dirección del Tesoro de la Nación, cuya copia antecede. Doy

Conste

JUAN CARLOS CAGLIADA
PROSECRETARIO JEFE
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

111

OFICIO

BUENOS AIRES, de 2004

PROCURACION DEL TESORO DE LA NACION
- 2 AGO 2004
MESA DE ENTRADAS

Señor
PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACIÓN
Posadas 1.641 Pb.
Capital Federal
[redacted] / D

HORACIO RODOLFO BELOSSI, abogado, inscripto al T° 1 F° 398 de la CSJN letrado patrocinante de la parte actora, tengo el agrado de dirigirme a Usted, en los autos caratulados **"MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (DAÑOS DERIVADOS DE LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL DEL RIO MATANZA RIACHUELO)" EXPTE. M 1569,** en trámite por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con asiento en la calle Talcahuano 550 4to. piso, Capital Federal, a efectos de dar cumplimiento con el artículo 8 y 10 de la Ley 25344, informando que con fecha 14 de julio de 2004 se han inciado ante este Tribunal los autos *supra* indicados, encontrandose en el estado de iniciacion de demanda, por monto indeterminado, actuando como organismo interviniente el Estado Nacional, la Privincia de Buenos Aires, y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se acompaña al presente copia de la demanda y de toda la prueba documental.

Saludo a Ud atentamente

DR. HORACIO RODOLFO BELOSSI
C.S.J.N. T° 1 - F° 398
[illegible]

112

FORMULARIO ARTICULOS 6° Y 8° DE LA LEY N° 25.344

ANEXO
ANEX

10/11/2003

Caratula: MENDOZA [illegible] / ESTADO NACIONAL Y OTRO S/ DAÑOS [illegible] DAÑOS DE LA CONTAMINACION AMBIENTAL MENDOZA

4/7/2004
Fecha de Inicio

N° Expediente:

Tra instancia

2da. Instancia

CORTE SUPREMA
Corte

PROCURACION DEL TESORO DE LA NACION
- 7 AGO 2004
MESA DE ENTRADAS

Tribunal de Origen:

Jurisdicción: Federal / Nacional / Provincial

Instancia: Juzgado / Cámara / Corte

Fuero: Civil / Comercial / Cont. Adm. / Laboral / Leyes esp. / Penal / Seg. Social / Civil y Com. / Otro

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
[illegible]
Denominación completa del Tribunal de origen y Secretaría

Cámara Federal (si es Federal)

Provincia (si es Provincial)

Organismo Interviniente: ESTADO NACIONAL (PEN)
Denominación del Organismo Interviniente

Otro organismo interviniente: [illegible]
Otro organismo involucrado (si lo hay)

Etapa Procesal: Demanda / Prueba / Sentencia 1ra. Instancia / Cámara / Corte / Ejecución

Monto: Pretendido / Determinado / A determinar / Sin valor

Monto en números

Moneda: Pesos / Dólares

Teléfono

En Jurisdicción, Instancia, Fuero, Etapa Procesal, Monto y Moneda ponga una cruz en el círculo que corresponda

Dr. HORACIO RODOLFO BELOSSI
[illegible]

Firma y Aclaración del Responsable

Procuración del Tesoro de la Nación

113

ACREDITA DILIGENCIAMIENTO. RESUELVA MEDIDA CAUTELAR.

Excma. Corte:

HORACIO RODOLFO BELOSSI, por la parte actora, manteniendo el domicilio constituido, en calle Tucumán 1429 piso 7° depto. "D", en autos caratulados: **"MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ Daños y Perjuicios"** (Expte. N° M 1569), a V.S. digo:

Que vengo a acreditar el diligenciamiento del oficio ordenado a la Procuración General del Tesoro conforme surge de su sello fechador, RESUELVA MEDIDA CAUTELAR.

Proveer de conformidad,

Será Justicia.

Edo." RESUELVA MEDIDA CAUTELAR" VALE.

J: / S:

JUAN CARLOS TAGLIADA
PROSECRETARIO JEFE
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

//// nos Aires, 3 de agosto de 2004.

Agréguese y corra con el pase dispuesto a fs. 109, última parte.-

HUGO HARI GALMARINI
SECRETARIO DE LA CORTE SUPREMA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Nota: el 4 de agosto de 2004, pasé el expediente al señor Procurador General. Conste.-

JUAN CARLOS CAGLIADA
PROSECRETARIO JEFE
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

RECIBIDO EN LA PROCURACION GENERAL DE LA NACION
EL 4 DE Agosto DE 200 4
SIENDO LAS 11 HORAS. CONSTE.-

FERNANDO . HAMAM
PROSECRETARIO ADMINISTRATIVO
PROCURACION GENERAL DE LA NACION

Buenos Aires 9 de agosto de 2004

Pase al Sr. Procurador fiscal ante la Corte Suprema de Justicia

Dr. Ricardo O. Gausset

del artículo 35 incisos a) y b) de la ley 24.946.-

ESTEBAN RIGHI
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

114

SOLICITAN SE RESUELVA MEDIDA CAUTELAR.

Excma. Corte Suprema de Justicia:

HORACIO RODOLFO BELOSSI, y DANIEL E. SALLABERRY, por la parte actora, manteniendo el domicilio constituido en calle Tucumán 1429 piso 7º depto. "D", en autos caratulados: "MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº M 1569/04) , a la Excma. Corte decimos:

Que el 16 de julio último V.E ordenó la remisión de los autos a la Procuración General de la Nación, para que se pronuncie acerca de la procedencia de la competencia originaria del Tribunal.

Que, no obstante el tiempo transcurrido el Sr. Procurador no ha emitido dictamen.

Que, dicho pronunciamiento en nada obsta que la Excma. Corte resuelva la medida cautelar planteada conjuntamente con la demanda.

Que, tratándose de una medida cautelar que tiende a salvaguardar prioritariamente la salud de los actores gravemente comprometida, víctimas de la contaminación ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo -en su mayoría menores de edad- y de más 3.000.000 de personas asentadas en su ribera, conforme se encuentra acreditado en autos, venimos a solicitar se requiera con carácter de urgente y pronto despacho los autos de la oficina del Sr. Procurador y resuelva la medida cautelar solicitada en el Capítulo 9 de la demanda.

Proveer de conformidad,

Será Justicia

C.S.J.N M 1569

Dr. HORACIO RODOLFO BELOSSI
C.S.J.N. Tº 1 - Fº 398
C.A.L.P. Tº 34 - Fº 17

DANIEL E. SALLABERRY
ABOGADO
Tº 24 Fº 909 C.S.J.N.
Tº XXXV Fº 52 C.A.L.P.
CUIT 20-12605812-09

M. 1569/04 (Proc. Gral. 4/8/04)

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA NACION

12 Oct 21 11 56

Gen.

Sala

ANDREA A. MONDINO
PROSECRETARIO JEFE
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

115

Corte Suprema de Justicia de la Nación

M.1569/04

XL

Señor Secretario:

Informo a V.E. que la causa referida se encuentra en la Procuración General de la Nación desde el día 04 de agosto del corriente año.

Buenos Aires, 12 de octubre de 2004.

ANDREA MONDINO
PROSECRETARIO JEFE
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Buenos Aires, 13 de octubre de 2004.

En atención a lo informado precedentemente, con oficio de estilo que será confeccionado por Secretaría, remítase el escrito que antecede a la Procuración General de la Nación, a sus efectos.

HUGO RAUL GALMARINI
SECRETARIO DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACION

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 13 de octubre de 2004.

Al Sr. Procurador General
de la Nación
Dr. Esteban Righi
S / D

Me dirijo a Ud. en los autos caratulados: **"MENDOZA, BEATRIZ SILVIA Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (DAÑOS DERIVADOS DE LA CONTAMINACION AMBIENTAL DEL RIO MATANZA-RIACHUELO)" (M.1569/04 XL ORI)**, en trámite por ante la Secretaría de Juicios Originarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a mi cargo, a fin de remitirle, a sus efectos, el escrito presentado el 12 de octubre ppdo.

Saludo a Ud. atentamente.

HUGO
SECRETAI
DE JUS
INI
EMA
N

PROCURACION GENERAL DE LA NACION

EL 19 DE Setiembre DE 2007

SIENDO LAS 11 HORAS, CONSTE.-

FERNANDO . HAMAM
PROSECRETARIO ADMINISTRATIVO
PROCURACION GENERAL DE LA NACION

117

SOLICITAN SE RESUELVA MEDIDA CAUTELAR.

Excma. Corte Suprema de Justicia:

HORACIO RODOLFO BELOSSI, y DANIEL E. SALLABERRY, MIGUEL ARAYA, por la parte actora, manteniendo el domicilio constituido en calle Tucumán 1429 piso 7° depto. "D", en autos caratulados: "MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° M 1569/04) , a la Excma. Corte decimos:

Que el 16 de julio último V.E ordenó la remisión de los autos a la Procuración General de la Nación, para que se pronuncie acerca de la procedencia de la competencia originaria del Tribunal.

Que, con fecha 12 de octubre último se requirió a la Excma. Corte Suprema de Justicia resolviera la medida cautelar interpuesta conjuntamente con la demanda, con carácter de urgente y pronto despacho.

Que, no obstante el tiempo transcurrido el Sr. Procurador no ha emitido dictamen y el pedido de pronto despacho supra referido y las actuaciones permanecen en el despacho del Sr. Procurador, venimos a reiterar se requieran las actuaciones (M 1569) y proceda a resolver la cautelar conforme se pide.

A riesgo de ser reiterativos decimos que dicho pronunciamiento en nada obsta que la Excma. Corte resuelva una medida cautelar que tiende a salvaguardar prioritariamente la salud gravemente comprometida de los actores, víctimas de la contaminación ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo -en su mayoría menores de edad- y de más 3.000.000 de personas asentadas en su ribera, conforme se encuentra acreditado en autos.

Proveer de conformidad,

Será Justicia

C.S.J.N M 1569

Dr. HORACIO RODOLFO BELOSSI
C.S.J.N. T° 1 – F° 898
C.A.L.P. T° 34 – F° 17

Dr. MIGUEL ARAYA
ABOGADO
C.S.J.N. T°13 F°243
C.A.L.P T°34 F°16

DANIEL E. SALLABERRY
ABOGADO
T° 24 F° 909 C.S.J.N.
T° XXXV F° 52 C.A.L.P.

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
JUICIOS ORIGINARIOS

10 Nov 04 11 16

FIRMA DE LETRADO

COPIAS-CONSTE

JOSE MARIA IRIGARAY
SECRETARIO LETRADO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

118

M. 1569 XL

///nos Aires, 1° de diciembre de 2004.

Remítase el escrito presentado a la Procuración General de la Nación.

HUGO RAUL GALMARINI
SECRETARIO DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACION

[redacted]

COPIA

119

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
JUICIOS ORIGINARIOS

10 Nov 04 11 16

FIRMA DE LETRADO

COPIAS-CONSTE

SOLICITAN SE RESUELVA MEDIDA CAUTELAR.

Excma. Corte Suprema de Justicia:

HORACIO RODOLFO BELOSSI, y DANIEL E. SALLABERRY, MIGUEL ARAYA, por la parte actora, manteniendo el domicilio constituido en calle Tucumán 1429 piso 7° depto. "D", en autos caratulados: "MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° M 1569/04) , a la Excma. Corte decimos:

Que el 16 de julio último V.E ordenó la remisión de los autos a la Procuración General de la Nación, para que se pronuncie acerca de la procedencia de la competencia originaria del Tribunal.

Que, con fecha 12 de octubre último se requirió a la Excma. Corte Suprema de Justicia resolviera la medida cautelar interpuesta conjuntamente con la demanda, con carácter de urgente y pronto despacho.

Que, no obstante el tiempo transcurrido el Sr. Procurador no ha emitido dictamen y el pedido de pronto despacho supra referido y las actuaciones permanecen en el despacho del Sr. Procurador, venimos a reiterar se requieran las actuaciones (M 1569) y proceda a resolver la cautelar conforme se pide.

A riesgo de ser reiterativos decimos que dicho pronunciamiento en nada obsta que la Excma. Corte resuelva una medida cautelar que tiende a salvaguardar prioritariamente la salud gravemente comprometida de los actores, víctimas de la contaminación ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo -en su mayoría menores de edad- y de más 3.000.000 de personas asentadas en su ribera, conforme se encuentra acreditado en autos.

Proveer de conformidad,

Será Justicia

C.S.J.N M 1569

Dr. HORACIO RODOLFO BELOSSI
C.S.J.N. T° 1 - F° 398
C.A.L.P. T° 34 - F° 17

Dr. MIGUEL ARAYA
ABOGADO
C.S.J.N. T°13 F°243
C.A.L.P T°34 F°16

DANIEL E. SALLABERRY
ABOGADO
T° 24 F° 909 C.S.J.N.
T° XXXV F° 52 C.A.L.P.
CUIT 20-12605812-09

ACOMPAÑA COPIAS.

Excma. Corte Suprema de Justicia:

DANIEL EDUARDO SALLABERRY, por la parte actora, con domicilio constituido en la calle Tucumán 1429 piso 7° depto. "D", en los autos caratulados: **"MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ Daños y Perjuicios por Contaminacion Ambiental Cuenca Matanza Riachuelo"**, (Expte. N° M 1569 /2004), a V.E. digo:

Que, habiendo sido informado en Mesa Gral. de Entradas de la CSJN (Competencia Originaria) que se ha traspapelado el escrito reiteratorio del pedido de pronto despacho para que la Excma. Corte resuelva la Medida Cautelar solicitada con la demanda interpuesta el 14/07/04, vengo a adjuntar la copia de dicho escrito donde obra el cargo original de presentación el día 10 de Noviembre de 2004 11,16 horas, solicitando se agregue y resuelva lo que en derecho corresponda.

Proveer de conformidad,

Será Justicia.

J: / S:

DANIEL E. SALLABERRY
ABOGADO
T° 24 F° 909 C.S.J.N.
T° XXXV F° 52 C.A.L.P.
CUIT 20-12605812-09

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
JUICIOS ORIGINARIOS
18 NOV 04 12 50
FIRMA DE LETRADO
COPIAS-CONSTE

JOSE MARIA IRIGARAY
SECRETARIO LETRADO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

M. 1569 XL

///nos Aires, 1° de diciembre de 2004.

Remítase el escrito presentado a la Procuración General de la Nación.

HUGO RAUL GALMARINI
SECRETARIO DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACION

122

SOLICITAN SE RESUELVA MEDIDA CAUTELAR.

Excma. Corte Suprema de Justicia:

HORACIO RODOLFO BELOSSI, y DANIEL E. SALLABERRY, por la parte actora, manteniendo el domicilio constituido en calle Tucumán 1429 piso 7º depto. "D", en autos caratulados: "MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº M 1569/04) , a la Excma. Corte decimos:

Que el 16 de julio último V.E ordenó la remisión de los autos a la Procuración General de la Nación, para que se pronuncie acerca de la procedencia de la competencia originaria del Tribunal.

Que, no obstante el tiempo transcurrido el Sr. Procurador no ha emitido dictamen.

Que, dicho pronunciamiento en nada obsta que la Excma. Corte resuelva la medida cautelar planteada conjuntamente con la demanda.

Que, tratándose de una medida cautelar que tiende a salvaguardar prioritariamente la salud de los actores gravemente comprometida, víctimas de la contaminación ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo -en su mayoría menores de edad- y de más 3.000.000 de personas asentadas en su ribera, conforme se encuentra acreditado en autos, venimos a solicitar se requiera con carácter de urgente y pronto despacho los autos de la oficina del Sr. Procurador y resuelva la medida cautelar solicitada en el Capítulo 9 de la demanda.

Proveer de conformidad,

Será Justicia

C.S.J.N M 1569

C.S.J.N. Tº 1 - Fº 3[illegible]
C.A.L.P. Tº 34 - Fº 17

DANIEL E. SALLABERRY
ABOGADO
Tº 24 Fº 909 C.S.J.N.
Tº XXXV Fº 52 C.A.L.P.
CUIT 20-18605812-09

Copia

123

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
JUICIOS ORIGINARIOS

10 Nov 04 11 16

FIRMA DE LETRADO

COPIAS-CONSTE

SOLICITAN SE RESUELVA MEDIDA CAUTELAR.

Excma. Corte Suprema de Justicia:

HORACIO RODOLFO BELOSSI, y DANIEL E. SALLABERRY, MIGUEL ARAYA, por la parte actora, manteniendo el domicilio constituido en calle Tucumán 1429 piso 7° depto. "D", en autos caratulados: "MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° M 1569/04) , a la Excma. Corte decimos:

Que el 16 de julio último V.E ordenó la remisión de los autos a la Procuración General de la Nación, para que se pronuncie acerca de la procedencia de la competencia originaria del Tribunal.

Que, con fecha 12 de octubre último se requirió a la Excma. Corte Suprema de Justicia resolviera la medida cautelar interpuesta conjuntamente con la demanda, con carácter de urgente y pronto despacho.

Que, no obstante el tiempo transcurrido el Sr. Procurador no ha emitido dictamen y el pedido de pronto despacho supra referido y las actuaciones permanecen en el despacho del Sr. Procurador, venimos a reiterar se requieran las actuaciones (M 1569) y proceda a resolver la cautelar conforme se pide.

A riesgo de ser reiterativos decimos que dicho pronunciamiento en nada obsta que la Excma. Corte resuelva una medida cautelar que tiende a salvaguardar prioritariamente la salud gravemente comprometida de los actores, víctimas de la contaminación ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo -en su mayoría menores de edad- y de más 3.000.000 de personas asentadas en su ribera, conforme se encuentra acreditado en autos.

Proveer de conformidad,

Será Justicia

C.S.J.N M 1569

Dr. HORACIO RODOLFO BELOSSI
C.S.J.N. T° 1 - F° 398
C.A.L.P. T° 34 - F° 17

Dr. MIGUEL ARAYA
ABOGADO
C.S.J.N. T°13 F°243
C.A.L.P T°34 F°16

DANIEL E. SALLABERRY
ABOGADO
T° 24 F° 909 C.S.J.N.
T° XXXV F° 52 C.A.L.P.
CUIT 20-12605812-09

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
JUICIOS ORIGINARIOS

18 NOV 04 12 50

---- FIRMA DE LETRADO

------ COPIAS-CONSTE

124

ACOMPAÑA COPIAS.

Excma. Corte Suprema de Justicia:

DANIEL EDUARDO SALLABERRY, por la parte actora, con domicilio constituido en la calle Tucumán 1429 piso 7° depto. "D", en los autos caratulados: **"MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ Daños y Perjuicios por Contaminacion Ambiental Cuenca Matanza Riachuelo"**, (Expte. N° M 1569 /2004), a V.E. digo:

Que, habiendo sido informado en Mesa Gral. de Entradas de la CSJN (Competencia Originaria) que se ha traspapelado el escrito reiteratorio del pedido de pronto despacho para que la Excma. Corte resuelva la Medida Cautelar solicitada con la demanda interpuesta el 14/07/04, vengo a adjuntar la copia de dicho escrito donde obra el cargo original de presentación el día 10 de Noviembre de 2004 11,16 horas, solicitando se agregue y resuelva lo que en derecho corresponda.

Proveer de conformidad,

Será Justicia.

J: / S:

DANIEL E. SALLABERRY
ABOGADO
T° 24 F° 909 C.S.J.N.
T° XXXV F° 52 C.A.L.P.
CUIT 20-12605812-09

125

OCURREN EN QUEJA POR RETARDO DE JUSTICIA.

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

MIGUEL ARAYA, HORACIO RODOLFO BELOSSI, Y DANIEL EDUARDO SALLABERRY, por la parte actora, con domicilio constituido en la calle Tucumán 1429 piso 7° depto. "D", en los autos caratulados: "**MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ Daños y Perjuicios por Contaminación Ambiental Cuenca Matanza Riachuelo", (Expte. N° M 1569/2004)**, a V.E. digo:

Que, en la forma y oportunidad que indica el art. 167 del CPCCN venimos a ocurrir en queja por retardo de justicia por parte del Sr. Procurador General de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Esteban Righi, en atención a la morosidad incurrida en el trámite de la emisión de dictamen relativo a la competencia originaria de la SCJN, encontrándose pendiente de resolución la medida cautelar solicitada el 14/07/04, conjuntamente con la demanda, tendiente a salvaguardar la salud de los coactores (en su mayoría menores de edad) gravemente comprometida por efecto de la contaminación ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo objeto de la litis.

Asimismo, haber hecho caso omiso a dos (2) pedidos de pronto despacho efectuados por esta parte los días 12 de octubre y 18 de noviembre de 2004 respectivamente, como lo acreditamos con las copias que se acompañan.

Claro ejemplo de la evidente desidia con que fue tomada la presente causa por parte del Sr. Procurador, lo constituye el hecho de que pese haber transcurrido cinco meses y medio desde el día en que le fuera remitida en vista a su despacho y haberse hecho hincapié en su texto que: *"... las medidas cautelares que se*

solicitan, por las que parcialmente se requiere el otorgamiento anticipado de lo que es sustancia de la litis, se relacionan con el cumplimiento de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva (Art. 1, 8 y 25 C.A.D.H.). Resulta además relevante, que V.E lleve a cabo una participación activa en este proceso (Conf. Cafferatta, N.A. "Daño Ambiental - Evolución de nuestra jurisprudencia", JA 1999-III-1162).

Se peticiona a V.E., rapidez, eficacia y una sensibilidad especial a la hora de aprehender las particularidades del caso que se les presenta, pues indudablemente, su decisión tendrá profundas consecuencias económicas y sociales.

Los precedentes jurisprudenciales citados: "Pinini de Pérez y Almada c/Copetro", han demorado diez años. No es deseable para estos obrados, ni para ningún caso sobre la materia, tal extensa duración.

Advierta V.E. que el daño ambiental es intolerable y puede ser irreversible. La nueva normativa ambiental, es el reflejo de la opinión de la jurisprudencia y doctrina mayoritaria.

Con estos nuevos instrumentos, este proceso debe tener una duración acorde con la naturaleza del bien tutelado. Como sostiene Carlos Rouges en su Ponencia en el Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental, El Calafate, Santa Cruz, abril 2004: "Un proceso de largo aliento, no le sirve a nadie. No le sirve a las víctimas, no le sirve a la comunidad ni tampoco al autor del daño", y haberse requerido en dos oportunidades pronto despacho, la causa permanece sin ser despachada y el dictamen sin ser dictado.

Petitorio: Por lo expuesto a la Excma. Corte solicitamos:

1. Tenga por interpuesta queja por retardo de justicia con relación a la ostensible morosidad en el trámite y pronunciamiento del dictamen del Sr. Procurador General de la Nación supra referido.

2. Haga lugar a la queja, y requiera del señor Procurador General la remisión inmediata de los autos citados y proceda a resolver la medida cautelar pendiente, que motivan la presente queja.

Sírvase la Excma. Corte proveer de conformidad con lo solicitado, que

SERA JUSTICIA

DR. MIGUEL ARAYA
ABOGADO
C.S.J.N. Tº 1 Fº 243
C.A.L.P. Tº 94 Fº 16

DANIEL E. SALLABERRY
ABOGADO
Tº 24 Fº 909 C.S.J.N.
Tº XXXV Fº 52 C.A.L.P.
CUIT 20-12605812-09

RODOLFO BELOSO
C.S.J.N. Tº 1 Fº 998
C.A.L.P. Tº 94 - Fº 17

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
JUICIOS ORIGINARIOS
9 DIC 04 08 47
FIRMA DE LETRADO
COPIAS-CONSTE

JOSE MARIA IRIGARAY
SECRETARIO LETRADO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

127

///nos Aires, 15 de diciembre de 2004.

Remítase el escrito que antecede a la Procuración General.

HUGO RAUL GALMARINI
SECRETARIO DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACION

Nota: en 16 de diciembre de 2004, se remitió el escrito a la Procuración General, conforme lo ordenado precedentemente. Conste.

JUAN CARLOS CAGLIADA
PROSECRETARIO JEFE
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

ecibido en la Procuración General de la Nación
el DIECISEIS (16) de DICIEMBRE del 200 4
do las TRECE (13) horas. Conste.-

FERNANDO HAMAM
SECRETARIO ADMINISTRATIVO
PROCURACION GENERAL DE LA NACION

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

Beatriz Silvia Mendoza y otros actores, todos con domicilio en la Capital Federal y en la Provincia de Buenos Aires, interponen demanda contra el Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional), contra la Provincia de Buenos Aires, contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y contra cuarenta y cuatro (44) empresas que desarrollan su actividad industrial en las adyacencias de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación ambiental de dicho río.

Responsabilizan al Estado Nacional al producirse la situación denunciada sobre una vía navegable e interjurisdiccional (que abarca parte de la Capital Federal y once partidos de la Provincia de Buenos Aires), respecto de la cual éste tiene facultades de regulación y control, en virtud de lo dispuesto en el art. 75, incs. 10 y 13 de la Constitución Nacional.

Atribuyen responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires por tener el dominio originario sobre los recursos naturales existentes en su territorio, de conformidad con lo establecido en los arts. 121 y 124 de la Ley Fundamental.

También responsabilizan a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de corribereña del Riachuelo, el que constituye, en el área de su jurisdicción, un bien de su dominio público y, además, al estar obligada a utilizar equitativa y razonablemente sus aguas y el resto de los recursos naturales del río, su lecho y subsuelo, sin causar perjuicio sensible a los demás corribereños, por tener su jurisdicción sobre todas las formaciones

insulares aledañas a sus costas, con los alcances permitidos por el Tratado del Río de la Plata y porque le corresponde preservar la flora y la fauna de su ecosistema, como reserva natural, según lo señala el art. 8° de la Constitución local.

Dirigen su pretensión conjuntamente contra todos estos codemandados, por no haber cumplido con las disposiciones ambientales vigentes, dado que desviaron fondos específicos —un préstamo otorgado por el Banco Interamericano de Desarrollo, a través del decreto 145/98, para el "Programa de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo"—, hacia objetivos ajenos a la solución de la problemática ambiental denunciada y por no ejercer sus facultades de control e implementar políticas preventivas idóneas al respecto.

Asimismo, indican que demandan a las empresas aledañas por volcar directamente al río los residuos peligrosos, por no construir plantas de tratamiento, por no adoptar nuevas tecnologías y por no minimizar los riesgos de su actividad productiva.

Proponen como medida cautelar innovativa y/o autosatisfactiva la creación de un "Fondo de Asistencia y Remediación Ambiental" o "Fondo de Compensación Ambiental", de carácter autónomo y de subrogación, mediante la afectación directa de recursos del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires, en su calidad de coautores solidariamente responsables, de conformidad con el art. 34 de la ley 25.675 General del Ambiente.

A su vez, solicitan una anotación de litis en los registros de la Inspección General de Justicia y en el Registro Público de Comercio de las respectivas jurisdicciones y en el Libro de Accionistas de cada una de las empresas codemandadas, de manera de asegurar la percepción de las

indemnizaciones en caso de resultar responsables, las acciones de regreso por parte del Fondo, el pago de las Tasas de Evaluación y Fiscalización y las multas que pudieren corresponder.

También peticionan que se ordene al P.E.N. (Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y Manejo de la Cuenca Hídirica Matanza-Riachuelo) la reanudación y continuación hasta su finalización del Plan de Gestión y que se establezcan plazos perentorios para que éste, a través del Ministerio de Salud, y otros organismos de salud de las distintas jurisdicciones involucradas, proyecte la realización de un relevamiento actualizado de impactos de tóxicos ambientales sobre la población de la cuenca, con el objeto de detectar las enfermedades y/o patologías que guarden una relación directa con la contaminación de la cuenca y que se disponga su atención médica inmediata.

A fs. 109 y 113 vta., se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

-II-

Ante todo, corresponde señalar que, uno de los supuestos en que procede la competencia originaria de la Corte si es parte una Provincia, según el art. 117 de la Constitución Nacional, es cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso o en tratados con las naciones extranjeras, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 311:1812 y 2154; 313:98 y 548; 315:448; 318:992 y 2457; 322:1470; 323:2380 y 3279).

En el *sub lite*, según se desprende de los términos de la demanda —a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para

determinar la competencia, de conformidad con el art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación—, los actores pretenden un resarcimiento a raíz de los daños y perjuicios sufridos, responsabilizando tanto al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante el incumplimiento de su deber de preservación y protección ambientales, al considerar que éstos contribuyeron, ya sea con su acción u omisión, a la contaminación industrial de la Cuenca Matanza - Riachuelo, cuestión que, a mi modo de ver, reviste un manifiesto carácter federal, toda vez que se encuentra afectado un recurso ambiental interjurisdiccional.

Así lo pienso, en tanto el art. 7°, segundo párrafo, de la ley 25.675, de Política Ambiental Nacional, establece que "*En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal*" y la ley 25.688, del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, en su art. 6°, puntualiza que para poder utilizar las aguas objeto de la ley se deberá contar con el permiso de la autoridad competente y que "*En el caso de las cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones, sea significativo, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de Cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen*".

En atención a lo expuesto, al ser parte una Provincia en una causa de manifiesto contenido federal, considero que —cualquiera que sea la vecindad o nacionalidad de los actores (Fallos: 317:473; 318:30 y sus citas y 323:1716, entre otros)— el proceso corresponde a la competencia originaria de la Corte.

Ministerio Público

Procuración General de la Nación

A mayor abundamiento, es dable poner de relieve que también dicha competencia procede *ratione personae* al ser demandada una Provincia conjuntamente con el Estado Nacional.

Ello es así, a fin de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Constitución Nacional respecto de las provincias, con la prerrogativa jurisdiccional que le asiste a la Nación al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto en el art. 116 de la Ley Fundamental (Fallos: 311:489 y 2725; 312:389 y 1875; 313:98 y 551; 317:746; 320:2567; 323:702 y 1110, entre otros).

Por todo lo expuesto, opino que la causa debe tramitar ante los estrados del Tribunal.

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2004.-

RICARDO O. BAUSSET
Procurador Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nacion
Subrogante

Recibido en Secretaría hoy 30 de Dic de 2004 Conste.

131

LA NACION LINE
www.lanacion.com.ar
Economía
Miércoles 27 de Julio de 2005

La renegociación de los contratos

Aguas, más cerca de la salida

Esgrimió una cláusula que prevé que, si no se llega a un arreglo en 30 días, puede irse

Fotos

> Ver más Fotos

Las paralelas no se tocan. Y ése parece ser el estado de la negociación entre Aguas Argentinas y el Gobierno. Ayer los accionistas franceses de la empresa hicieron valer una cláusula del contrato para recordarle al Gobierno que, si en 30 días no se resuelve la situación económica de la concesión, podría pedir la rescisión del contrato, argumentando que la culpa es del Concedente, es decir, del Estado nacional.

De esta manera, vuelve a tensarse una situación que parece más cerca de la rescisión que de un acuerdo entre el grupo francés Suez y el gobierno de Néstor Kirchner.

Una sutileza podría establecer la diferencia en los términos de la negociación: el punto 14.9.5 del contrato de concesión establece que es el concesionario (Aguas Argentinas) y no los accionistas los que pueden esgrimir esta cláusula para rescindir el contrato. "Puede ser que estén a punto de irse o que sea un nueva presión sobre el Gobierno", dijo lacónicamente una fuente oficial, que se negó a interpretar el comunicado de Aguas.

Anteayer, el mismo día en que un grupo de piqueteros se manifestó contra Aguas ante su sede central, la Unidad de Renegociación de Contratos que preside Gustavo Simeonoff le acercó a la compañía una nueva propuesta de renegociación. Y le exigió que en los próximos 15 días envíe información financiera auditada por contadores externos. Aguas contestó ayer que, luego de 3 años de negociaciones, el Gobierno ya poseía esa información.

Además, la propuesta oficial exige que los accionistas de Aguas renuncien a sus demandas ante tribunales internacionales antes de que se concrete la reestructuración tarifaria integral (prevista para el próximo año). También prevé una inversión de 130 millones de pesos anuales para expansión de obras. No menciona la posibilidad de ajustes de tarifas: la empresa había pedido un alza del 49% para 2006 y el Gobierno estaría dispuesto a conceder no más del 35 por ciento.

Tampoco atiende el pedido de la empresa de un subsidio operativo este año ni la posibilidad de un crédito blando del Banco Nación para sanear su deuda cercana a los US$ 600 millones.

En cambio, el Gobierno concede algunos otros puntos, como promover el ingreso de un socio local que ayude a desahogar la complicada situación financiera de Aguas. Precisamente, estos días circuló el rumor de que habría un pool de bancos de capital nacional que podría incorporarse al capital accionario de la compañía. Pero fuentes del sector financiero dijeron a LA NACION que "no hay nada firme" sobre esa posibilidad.

El Gobierno también se compromete a ayudar a que la empresa salga a la Bolsa local en los próximos dos años. Y asume que podría pagar uno de los créditos otorgados por el BID para obras de saneamiento, que oscila los 100 millones de dólares.

Cuando Aguas entró en default, el Estado siguió pagando los intereses de esa deuda para no incurrir en mora con los organismos multilaterales de crédito.

El Directorio encabezado por Suez (39,93%), se completa con Aguas de Barcelona (25,01%), el Banco de Galicia (8,26%), Vivendi Universal (7,55%), la Corporación Financiera Internacional (5%), y Anglian Water (4,25%). En mayo pasado, el grupo Suez anunció que se retiraba de la concesión de Aguas Provinciales de Santa Fe luego de negociar infructuosamente con el gobierno de Jorge Obeid por un ajuste de tarifas. En Córdoba, en cambio, mantiene la concesión de Aguas Cordobesas.

Por Josefina Giglio
De la Redacción de LA NACION

http://www.lanacion.com.ar/economia/nota.asp?nota_id=724836
LA NACION | 27.07.2005 | Página 3 | Economía

Copyright 2005 SA LA NACION | Todos los derechos reservados

El País

REPITEN LOS GESTOS CON QUE TERMINARON YENDOSE DE SANTA FE

Los franceses dan el primer paso para irse de Aguas Argentinas

Suez reclamó al Gobierno que mejore sus ingresos en un plazo de 30 días.

Marcelo Canton.
mcanton@clarin.com

Suez, la dueña de Aguas Argentinas, dio ayer un primer paso para iniciar su retiro del país: reclamó al Gobierno que en 30 días le dé una solución respecto a sus ingresos, plazo luego del cual la compañía se sentiría habilitada a iniciar el proceso de rescisión de contrato.

Ayer hubo reunión de directorio en Aguas Argentinas. Al término de la misma, la empresa emitió un comunicado en el que señalan que la propuesta que el Gobierno les giró ayer (es la que los ministros Roberto Lavagna y Julio de Vido le habían prometido el jueves pasado) "**no considera las propuestas hechas por la empresa pero tampoco ofrece alternativas.**"

Los franceses habían propuesto al Gobierno que les gestionara un **préstamo en pesos** para refinanciar parte de su deuda de US$ 560 millones, así como un **subsidio específico** para no aumentar las tarifas este año.

En el comunicado de ayer, Aguas agregó que "a pesar de la enorme cantidad de información transmitida a la UNIREN (el organismo que negocia con las privatizadas) desde hace 3 años, el documento recibido ayer **no contiene ninguna referencia económico-financiera**, contrariamente a la anterior propuesta del Gobierno del 15 de junio". Y entonces pasan a la parte central del mensaje: "Los accionistas han decidido transmitirle al Gobierno **un pedido formal para que en un plazo de 30 días hábiles, conforme a las disposiciones contractuales, tome las medidas conducentes para restablecer el equilibrio del contrato,** dejando abiertas instancias de diálogo durante tal período".

— ¿A qué se refieren con el plazo de 30 días?, preguntó **Clarín** a fuentes de la empresa.

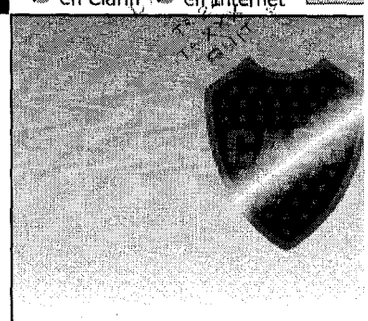
—Es un plazo contractual. El contrato de concesión dice que la empresa puede reclamar al Estado una solución cuando vea que el servicio está en peligro.

—¿Y si no obtienen respuesta?

—El final del proceso, entonces, es pedir la rescisión del contrato.

En el último mes, los franceses de Suez empezaron a incluir en los comunicados de Aguas el concepto de que "la ecuación económica de la concesión **no permite garantizar la calidad del servicio**". La misma idea fue el puntapié inicial con el cual comenzaron su retirada de Aguas de Santa Fe, empresa de la que se estarían desvinculando el mes próximo, para ser sólo asesores técnicos. Pero además de ese concepto, en Aguas de Santa Fe **también plantearon el primer paso de los 30 días de plazo**. Luego vino una carta en la que le reclamaron al gobernador que en 90 días se hiciera cargo del servicio y los activos de la concesión.

La respuesta del Gobierno, ayer, fue escueta: **"Mantenemos nuestra voluntad negociadora",** dijeron voceros del Ministerio de Planificación.











SALUDOS. DE VIDO, AYER, CON SU ESI MINICELLI, DE LA SIGEN. (Foto: María E

Torres al piso

Transener, que opera la red de al denunció que "autores desconocic riendas de metal" que sujetaban (línea que viene de El Chocón, que interrumpiendo el servicio.





133

PONEN EN CONOCIMIENTO. SOLICITAN SE RESUELVA.

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

HORACIO RODOLFO BELOSSI y DANIEL EDUARDO SALLABERRY, por la parte actora, con domicilio constituido en la calle Tucumán 1429 piso 7° depto. "D", Capital Federal en los autos caratulados: "**MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ Daños y Perjuicios por Contaminación Ambiental Cuenca Matanza Riachuelo", (Expte. N° M 1569 /2004)**, a V.E. decimos:

Que, sin perjuicio de la complejidad y trascendencia política, económica y social del caso, el tiempo transcurrido -mas de un año- desde que se solicitó la medida cautelar en autos, excede ampliamente los límites de razonabilidad con que dichas medidas deben resolverse. Más aun, cuando -como en el caso- se encuentra comprometido prioritariamente el interés de menores cuya salud se encuentra gravemente afectada y tiende a agravarse con el paso del tiempo.

Que, asimismo, una de las codemandadas, "AGUAS ARGENTINAS S.A", anunció públicamente mediante un comunicado difundido ampliamente en los principales medios de comunicación, "**se apresta a dejar el país",** circunstancia que reafirma la necesidad del pronunciamiento que se pide, el acabado cumplimiento del requisito de "peligro de la demora" invocado en el escrito de inicio al que en mérito a la brevedad nos remitimos, la viabilidad y procedencia de la medida.

Se acompañan copias de "Clarín" y "La Nación", on line, de fecha 26 y 27 de julio último.

Que, así las cosas, corresponde y así lo solicitamos al Excmo. Tribunal, resuelva con carácter de urgente y en el mas breve plazo la medida cautelar solicitada, haciendo lugar a la misma en todas sus partes.

Proveer de conformidad con lo solicitado, que

SERA JUSTICIA

DANIEL E. SALLAB[illegible]Y
ABOGADO
T° 24 F° 909 C.S.J.N.
T° XXXV F° 52 C.A.L.P.
CUIT 20-12605812-09

Dr. HORACIO RODOLFO BELOSSI
C.S.J.N. T° 1 - F° 398
C.A.L.P. T° 34 - F° 17

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
JUZGADOS
28 JUL 05 12 16
Con
Ser

JOSE MARIA IRIGARAY
SECRETARIO LETRADO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

M. 1259 XL.

''Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios''

Corte Suprema de Justicia de la Nación

///nos Aires, 20 de junio de 2006.

Estése a lo resuelto a fs. 183/196.

CRISTIAN S. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS

SUBSECRETARÍA DE RECURSOS HÍDRICOS

COMITÉ EJECUTOR DEL PLAN DE GESTIÓN AMBIENTAL Y DE MANEJO DE LA CUENCA HÍDRICA MATANZA - RIACHUELO

PROYECTO DE INFORME DE AUDITORÍA DE GESTIÓN AMBIENTAL

AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

GERENCIA DE PLANIFICACIÓN Y PROYECTOS ESPECIALES

DEPARTAMENTO DE CONTROL DE GESTIÓN AMBIENTAL

Equipo de Trabajo

Arq. Andrés Nystorowycz
Lic. Eva Fetter
Lic. María Andrea Gainza
Dra. María Cecilia Rodríguez
Ing. Jorge Bahhouri
Dr. Jorge Yver
Lic. Susana Valiente
Lic. Ariel García

INFORME DE AUDITORÍA

Al Sr. Subsecretario de Recursos Hídricos
Miembro Coordinador del Comité Ejecutor Matanza-Riachuelo
Ing. Hugo Pablo AMICARELLI

En uso de las facultades conferidas por el artículo 118 de la Ley N° 24.156, la Auditoría General de la Nación procedió a realizar un examen en el ámbito del Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo (CEMR).

1. OBJETO DE LA AUDITORÍA

La problemática ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo.
Período analizado: setiembre de 1995 a junio de 2005.

2. ALCANCE DEL TRABAJO DE AUDITORÍA

El examen fue realizado de conformidad con las normas de auditoría externa de la Auditoría General de la Nación, aprobadas por Resolución N° 145/93, dictada en función del artículo 119, inciso d), de la Ley N° 24.156. El objetivo del presente trabajo tuvo como finalidad evaluar la gestión del CEMR y las acciones desarrolladas respecto de las condiciones ambientales y sanitarias de la Cuenca, los problemas jurisdiccionales asociados a la gestión y las medidas implementadas para el saneamiento de la misma, habiéndose practicado los siguientes procedimientos para obtener las evidencias necesarias:

- Análisis de la normativa aplicable al organismo referida al objeto de auditoría (ver Anexo I).
- Análisis de documentación:
  - PGA - Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo. Presidencia de la Nación, Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano.
  - Documento de Reformulación del PGA. "Propuesta de Reformulación". 18 de setiembre 2003. CEMR.
  - Proyecto de Desagües en el Partido de La Matanza. Setiembre 2003. INA–CEMR.
  - Expediente N° 41/96 CEMR. Jerarquización y Plan para el Saneamiento de los Basurales Clandestinos en la Cuenca.
  - Expediente N° 10.009/97 CEMR. Custodia Policial para la visita a los basurales clandestinos.
  - Expediente N° 10.131/97 CEMR. Ensayo Piloto de Tratabilidad de las Aguas del Riachuelo.

- Expediente N° 10.049/98 CEMR. Instalación y Operación de Aireadores en las Aguas del Riachuelo.
- Expediente N° 10.127/98 CEMR. Convenio con el INA para la incorporación de Oxígeno en el Riachuelo.
- Expediente ETOSS N° 14.189/03 – Anexo I MCAM. Expansión de Redes Cloacales por cuenta de Aguas Argentinas S.A. y por OPCT.
- Expediente ETOSS N° 13.617/02 – Informe Anual de Aguas Argentinas S.A. (año 8).
- Expediente ETOSS N° 13.953/03 – Informe Anual de Aguas Argentinas S.A. (año 9).
- Expediente ETOSS N°14.442/04 – Informe Anual de Aguas Argentinas S.A. (año 10).
- Actas Acuerdo ETOSS – Aguas Argentinas S.A. años 2001 y 2002.
- Contrato de Concesión de Obras Sanitarias de la Nación, 1993.
- Marco Regulatorio Aguas Argentinas S.A.
- Resolución ETOSS 81/94.
- Resolución ETOSS 114/03, Anexo I – Incumplimientos de Aguas Argentinas S.A.
- Resoluciones AGN N°245/01, N° 41/02, N° 185/03 y 79/05.
- Informe SIGEN, setiembre de 2004.
- Informe Especial sobre la Cuenca Matanza-Riachuelo. Defensoría del Pueblo de la Nación. 2003.
- Resoluciones 601/99 y 602/99 de la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable.
- Renegociación del Contrato de Concesión de Aguas Argentinas S.A. (Decr. N° 1167/97).
- Nota 0209984 ETOSS del 23 de diciembre de 2004.
- Diagnóstico de las regiones sanitarias. 2004. Ministerio de Salud. Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Subsecretaría de Planificación de la Salud.
- Dirección de Estadísticas e Información de Salud (DEIS). Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación.
- Censo Nacional de Población 1991. INDEC.
- Censo Nacional de Población 2001. INDEC.

• Realización de entrevistas con funcionarios del Organismo:

Director Ejecutivo (interino).

Responsable de Coordinación de Administración y Finanzas.

Responsable del Componente de Control y Prevención de la Contaminación.

Responsable del Componente de Saneamiento Cloacal.

Coordinador del Componente de Control de Gestión.

Funcionarios de la Gerencia de Activos y de la Secretaría Ejecutiva del ETOSS.

- Recorrido del Riachuelo en lancha entre el Puente Avellaneda hasta, aproximadamente,1000m aguas arriba del Puente Pte. Tte. Gral. J. F. Uriburu, en fecha 13 de mayo de 2005, para observar las distintas barreras flotantes de contención.

Las tareas de campo propias del objeto de auditoría fueron desarrolladas entre el 10 de noviembre de 2004 y el 25 de agosto de 2005.

3. ACLARACIONES PREVIAS

3.1. MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL

3.1.1. Estructura y alcance del Comité Matanza- Riachuelo

Entre los años 1993 y 1995 funcionó el Comité Ejecutivo Matanza-Riachuelo creado por el Decreto N° 1093/93 (ver Anexo I, Marco Legal). Dicho organismo dependía directamente de la Presidencia de la Nación, lo presidía el Secretario General de la Presidencia y estaba integrado por:

- La Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano (Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable a posteriori) de la Nación: a cargo de los estudios, evaluaciones y monitoreo ambiental de la Cuenca.
- La Secretaría de Obras Públicas de la Nación: a cargo de las obras hidráulicas.
- La Coordinación Ecológica del Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE), que debía intervenir en la remoción de residuos.
- La Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, como parte interesada.

Asimismo:

- El Ministerio de Economía estaba encargado de la obtención de crédito para la gestión.
- La SIGEN debía efectuar el control de la gestión.
- Se invitaba a participar a la Provincia de Buenos Aires.

Aunque la Provincia de Buenos Aires fue invitada a participar, la estructura del Comité Ejecutivo era totalmente nacional incluso sin participación de los Municipios involucrados, y fue disuelta en el año 1996. En este período la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente [redacted]nano (luego, Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable) tenía a su cargo el poder de policía en materia de contaminación hídrica en el ámbito de la ex Obras Sanitarias de la

Nación (Decr. N° 776/92), que involucra a la Ciudad de Buenos Aires y a 17 partidos del conurbano bonaerense, parte de los cuales conforman la Cuenca Matanza-Riachuelo.

El Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo (CEMR)

En 1995 se establece el Plan de Gestión Ambiental.
Mediante el Decreto N° 482/95, se crea en el ámbito de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Presidencia de la Nación el COMITÉ EJECUTOR DEL PLAN DE GESTION AMBIENTAL Y DE MANEJO DE LA CUENCA HÍDRICA MATANZA-RIACHUELO. A la Secretaría se le asigna la coordinación del Comité, que está integrado por:

a) La Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Nación: a cargo de los estudios, evaluaciones y monitoreo ambiental de la Cuenca en calidad de coordinador.
b) La Provincia de Buenos Aires, representada por el Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Gobernación de dicha Provincia.
c) La Ciudad de Buenos Aires, representada por el Secretario de Producción y Servicios de la por entonces Municipalidad.

Mediante el Decreto N° 1094/96 se disuelve el Comité Ejecutivo creado por el Decreto N° 1093/93, y se reasignan las partidas presupuestarias correspondientes a la SUBSECRETARÍA DE RECURSOS HÍDRICOS del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS relativas al PROGRAMA "SANEAMIENTO DE LA CUENCA DEL RÍO MATANZA-RIACHUELO" en favor de la SECRETARÍA DE RECURSOS NATURALES Y AMBIENTE HUMANO de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, ya que, por mandato de la estructura del año 1993, la obra hidráulica estaba en manos de Obras Públicas.

El Comité Ejecutor a partir de 1995 debe desarrollar el Plan de Gestión y:

- Coordinar las acciones interjurisdiccionales de los distintos organismos competentes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal involucrados en el proceso de saneamiento de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo.
- Llevar a cabo cualquier tipo de acto jurídico o procedimiento necesario o conveniente para ejecutar el PLAN DE GESTIÓN AMBIENTAL Y DE MANEJO DE LA CUENCA HÍDRICA MATANZA-RIACHUELO, implementando las acciones necesarias para

adecuar a él las obligaciones contractuales de AGUAS ARGENTINAS S. A. referidas a la expansión de redes y plantas en el área de la Cuenca Matanza-Riachuelo.

- Encargarse de la gestión y administración, con carácter de Unidad Ejecutora Central, de los fondos tanto nacionales como internacionales necesarios para llevar a cabo el PLAN DE GESTIÓN AMBIENTAL Y DE MANEJO DE LA CUENCA HÍDRICA MATANZA-RIACHUELO.

Asimismo, en 1996 se producen cambios de funciones en la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable, que deben ser tenidos presentes respecto de la gestión del Miembro Coordinador (el Secretario de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable) en el Comité Ejecutor:

- Mediante el Decreto N° 1381/96, la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable de la Nación adquiere las funciones de política hídrica al absorber la parte de la Subsecretaría de Recursos Hídricos que diseña dichas políticas.

- Mediante Decreto N° 1403/96 se establece el "INSTITUTO NACIONAL DEL AGUA Y DEL AMBIENTE (INA), organismo descentralizado de la SECRETARÍA DE RECURSOS NATURALES Y DESARROLLO SUSTENTABLE, con amplias funciones en materia de estudios del agua.

- Siguen en manos de la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable de la Nación las funciones de control de la contaminación hídrica (Decr. N° 776/92).

Vale decir, la misma Secretaría que tiene a su cargo la coordinación del Comité Ejecutor Matanza-Riachuelo desempeña también funciones en materia de política hídrica, evaluación hídrica y contaminación hídrica.

El punto 7 de la Resolución 3/95 del Comité Ejecutor, de fecha 17 de diciembre de 1995, que aprueba su Reglamento, establece las siguientes funciones:

- Hacer ejecutar el Plan de Gestión Ambiental de la Cuenca, fijando actas y acciones para el logro de los objetivos propuestos en virtud de las políticas establecidas para el manejo integrado de la Cuenca.

- Proyectar las normas generales de preservación ambiental que regirán en el área y someterlas a la aprobación de las autoridades competentes y, en su caso, aplicarlas.

La Resolución 646/96 SRNyAH aclara el régimen de funcionamiento del Comité Ejecutor conforme a los Decretos N° 482/95 y N° 1094/96. Al respecto, sus considerandos manifiestan:

- Que las normas de creación reseñadas, así como la naturaleza interjurisdiccional del Comité Ejecutor determinan su afectación a un régimen de desconcentración que se diferencia de la absoluta centralización imperante para los organismos que integran esta Secretaría.
- Que asimismo el régimen institucional del Comité Ejecutor debe tener un razonable grado de publicidad, transparencia e inmediatez cuando se adopten decisiones respecto de los sujetos y materias que han motivado su creación.

En 1998 (Decr. N° 146/98), se fortalece la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable de la Nación, que adquiere mayores funciones en el ámbito de la Cuenca.

Decreto N° 145/98 (B.O. 04/02/98) aprueba el modelo de Contrato de Préstamo N° 1059/OC-AR a suscribirse entre la NACIÓN ARGENTINA y el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID) hasta por una suma de 250 millones de dólares para el PROGRAMA DE GESTIÓN AMBIENTAL DE LA CUENCA MATANZA-RIACHUELO, y se designa al COMITÉ EJECUTOR como Organismo Ejecutor de dicho PROGRAMA.

El Decreto N° 145/98 faculta al señor Miembro Coordinador del COMITÉ EJECUTOR para:

- celebrar contratos de locación de obras y/o de servicios con terceros,
- adquirir los bienes muebles y/o equipos que fueren menester para la ejecución del Programa,
- celebrar los convenios de prestaciones subsidiarias, y de ejecución, con la Provincia de BUENOS AIRES, y el Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES respectivamente, que fueran necesarios para la ejecución del Programa.

Entre 1998 y 1999, la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable de la Nación tiene las siguientes funciones:

- Coordinar el Comité Ejecutor Matanza-Riachuelo.
- Ser Autoridad de Aplicación del Contrato de Concesión de servicio público de agua potable y desagües cloacales celebrados con Aguas Argentinas S.A.

- Poder de policía en materia de contaminación hídrica.
- Diseño y ejecución de la política hídrica nacional y de la obra hidráulica.
- Tener bajo su órbita los siguientes organismos (Organismos Descentralizados Dependientes):
  - INSTITUTO NACIONAL DEL AGUA Y DEL AMBIENTE (INA).
  - ENTE NACIONAL DE OBRAS HÍDRICAS DE SANEAMIENTO (ENOHSA).
  - ENTE TRIPARTITO DE OBRAS Y SERVICIOS SANITARIOS (ETOSS).
  - INSTITUTO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS (EX CRAS) DEPENDIENTE DEL SERVICIO GEOLÓGICO MINERO ARGENTINO (SEGEMAR).

El Decreto Nº 146/98 establece que:

- En toda obra hidráulica y de saneamiento que se esté llevando a cabo en el país y en las que se proyecten en el futuro, sean de carácter internacional, regional, provincial o municipal, que reciban asistencia técnica y financiera del Gobierno Nacional o, a través de éste, de organismos internacionales o de otras fuentes de financiación, deberá intervenir en forma obligatoria y vinculante, en su programación, supervisión, evaluación y control, la SECRETARÍA DE RECURSOS NATURALES Y DESARROLLO SUSTENTABLE DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.
- La SECRETARÍA DE RECURSOS NATURALES Y DESARROLLO SUSTENTABLE DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, juntamente con las jurisdicciones ejecutoras de los programas y proyectos que se enumeran (...) arbitrarán, de acuerdo a las finalidades perseguidas por el presente Decreto y en el término de CUARENTA Y CINCO (45) días, las medidas necesarias para dar cumplimento a los objetivos de centralización de la coordinación, a nivel nacional, de la política hídrica y de la obra pública hidráulica y de saneamiento, respectivamente.

Entre 1998 y 1999, la SECRETARÍA DE RECURSOS NATURALES Y DESARROLLO SUSTENTABLE DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN tiene todas las funciones de política hídrica, poder de policía y obra hidráulica que le competen al gobierno nacional en el ámbito de la Cuenca. Estas funciones sólo requieren de la coordinación con el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, responsable de la parte de la Cuenca que está fuera del ámbito de aplicación de la ex Obras Sanitarias de la Nación.

Desde el año 2000, mediante el Decreto N° 20/99 se producen grandes modificaciones en la estructura de la administración centralizada; la ex Secretaría de Desarrollo Sustentable y Política Ambiental (hoy Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable) pierde sus funciones en materia de política y obra hidráulica, absorbidas por la Subsecretaría de Recursos Hídricos, que vuelve a tener bajo su órbita las dos áreas: política hídrica y obra hidráulica, y pasa a la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Infraestructura y Vivienda.

Por Decreto N° 200/00, la Subsecretaría de Recursos Hídricos adquiere, además de las competencias en política hídrica y obra hidráulica, las siguientes (que mantiene el Decr. N° 2693/02):

- Supervisar el accionar del ENTE NACIONAL DE OBRAS HÍDRICAS DE SANEAMIENTO (ENOHSA); del INSTITUTO NACIONAL DEL AGUA Y EL AMBIENTE (INA); del ENTE TRIPARTITO DE OBRAS Y SERVICIOS SANITARIOS (ETOSS).
- Coordinar el COMITÉ EJECUTOR DEL PLAN DE GESTION AMBIENTAL Y DE MANEJO DE LA CUENCA HÍDRICA MATANZA–RIACHUELO.
- Ejercer las facultades inherentes a la autoridad de aplicación del Contrato de Concesión de Servicio Público celebrado entre el Gobierno Nacional y AGUAS ARGENTINAS S.A., aprobado por Decreto N° 787/93, en el marco de la Ley N° 23.696.

Actualmente, la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios (cuya estructura fue aprobada por el Decreto N° 1142/03) coordina las actividades inherentes al Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, y desempeña, además, las siguientes funciones:

- *"Asistir al Secretario de Obras Públicas en la elaboración y ejecución de la política hídrica nacional . . ."*
- *"Formular y ejecutar programas y acciones de gestión y desarrollo de infraestructura, con sus correspondientes usos y efectos, y de servicios vinculados a los recursos hídricos . . ."*
- *"Ejecutar la política nacional de prestación de los servicios públicos y de abastecimiento de agua potable, evaluación y saneamiento básico."*

- *"Ejercer las facultades relativas a la autoridad de aplicación del Contrato de Concesión de Servicio Público celebrado entre el Gobierno Nacional y AGUAS ARGENTINAS S.A., aprobado por el Decreto N° 787 del 22 de abril de 1993, en el marco de la Ley N° 23.696."*
- *"Asistir al señor Secretario de Obras Públicas en la supervisión del ÓRGANO REGULADOR DE SEGURIDAD DE PRESAS (ORSEP), del ENTE TRIPARTITO DE OBRAS Y SERVICIOS SANITARIOS (ETOSS) y del ENTE NACIONAL DE OBRAS HÍDRICAS DE SANEAMIENTO (ENOHSA)."*
- *"Supervisar el accionar del INSTITUTO NACIONAL DEL AGUA (INA)."*
- *"Celebrar convenios con las Provincias y otras entidades para el desarrollo de los programas en materia de obra pública hidráulica, de saneamiento y de concesión de obras."*
- *"Evaluar y/o ejecutar los proyectos de infraestructura de obras hídricas, de recuperación de tierras productivas, mitigación de inundaciones en zonas rurales y periurbanas y avenamiento (drenaje) y protección de infraestructura en zonas rurales y periurbanas, en el marco de lo establecido en el Decreto N° 1381/01, y de los convenios firmados con las Provincias, a financiarse mediante el Fideicomiso de Infraestructura Hídrica."*

Actualmente, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable tiene entre sus funciones ser Autoridad de Aplicación de la normativa de contaminación hídrica (Decr. N° 776/92).

3.1.2. El Comité Ejecutor no es una autoridad de Cuenca

El Comité Ejecutor (CEMR) es un organismo creado por medio de una norma nacional (el Decr. N° 482/95) establecida por una de las instancias institucionales, con la integración de autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires (se excluyeron los Municipios de la provincia de Buenos Aires).

No es una Autoridad de Cuenca, ya que:

- no adquirió funciones diferenciadas de las partes o jurisdicciones que lo crearon, no se le delegaron funciones de ningún tipo (no habilita, no sanciona, no certifica),
- no tiene poder de policía en materia de contaminación industrial o cloacal o residuos sólidos urbanos,

- no es autoridad de aplicación en materia de radicación industrial ni ordenamiento del territorio,
- no tiene ninguna injerencia en la regulación del curso de agua,
- y además, los recursos humanos con que cuenta revisten en la categoría de contratados sin estabilidad y con alta rotación, (a noviembre de 2004 la nómina de personal es de 13 profesionales y 5 no profesionales) solo uno de los profesionales es de planta permanente, aunque hay que considerar que el mismo se encuentra en el CEMR en comisión, ya que procede de otro organismo (la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables).

En consecuencia, y dado que al crearlo no se efectuó ninguna modificación respecto de los organismos nacionales, provinciales o municipales preexistentes, se asignó al Comité Ejecutor una actividad de coordinación que no desarrolló acabadamente.

En efecto, el Comité Ejecutor debió coordinar acciones con, entre otros:

<u>En el ámbito nacional:</u>

- La ex Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable de la Nación, Dirección de Control de la Contaminación (actual Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable) en materia de poder de policía por contaminación hídrica (Decr. N° 674/89 y N° 776/92) y en materia de residuos peligrosos (Ley N° 24.051 y Decr. N° 831/93.
- La Prefectura Naval Argentina, autoridad de aplicación de la normativa sobre contaminación de aguas por hidrocarburos (Ley N° 22.190 y Ley N° 24.292).
- La autoridad de aplicación del contrato con Aguas Argentinas y el ETOSS, en materia de control de contaminación cloacal e industrial en el ámbito de la ex Obras Sanitarias de la Nación. El ETOSS, ente de control de la concesión (Decr. N° 999/92), debe hacer cumplir el marco normativo de la concesión.
- El Instituto Nacional del Agua, organismo de estudio e investigación de las cuencas hídricas.

<u>En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires:</u>

- La Secretaría de Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires, autoridad de aplicación en materia de residuos peligrosos, Ley Provincial N°11.720, radicación industrial, Ley Provincial N° 11.459, y medio ambiente, Ley Provincial N° 11.723.
- AGOSBA residual y ORBAS, en materia de contaminación industrial y cloacal en la Provincia de Buenos Aires.

- La Autoridad del Agua de la Provincia, Ley Provincial N° 12257, Código de Agua de la Provincia de Buenos Aires.
- La Dirección de Hidráulica del Ministerio de Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA):

- La SUBSECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS, DIRECCIÓN GENERAL DE HIDRÁULICA, tiene a su cargo el control de los desagües pluviales (Decr. N° 999/93).
- La SECRETARÍA DE MEDIO AMBIENTE Y PLANEAMIENTO URBANO es la autoridad ambiental y de aplicación de la Ley N° 123, de Estudio de Impacto Ambiental.

En el ámbito municipal:

Los Municipios de la Provincia de Buenos Aires que participan en la Cuenca tienen facultades en materia de ordenamiento territorial y residuos sólidos urbanos.

El Comité Ejecutor no estableció acuerdos o convenios con los principales organismos relacionados con el saneamiento que permitieran desarrollar acciones conjuntas y directas de relevancia.

Si bien no se encontró evidencia de que el Comité Ejecutor haya desarrollado acciones de coordinación de su gestión (por ej., suscripción de convenios de acción conjunta con los organismos que detentan el poder de policía), a partir del año 2003 se observa copia documentada de reuniones mantenidas entre el Comité Ejecutor y organismos que desempeñan alguna función en el ámbito de la Cuenca, como la reunión mantenida el 31 de mayo de 2004 con representantes de:

- La Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación: Coordinador de Gestión Ambiental de los Recursos Hídricos; Dirección de Prevención de la Contaminación.
- El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires: La Dirección de Política y Evaluación Ambiental; la Dirección Hidráulica; la Dirección de Control de la Calidad Ambiental.

Tampoco se logró establecer una Autoridad de Cuenca mediante la suscripción de Convenios Interjurisdiccionales entre todas las partes (Nación, Provincia, CABA, Municipios) donde se cedieran funciones a la autoridad creada y se las ratificase mediante normativas a través de los respectivos órganos legislativos. No obstante, a partir de 2003 se está proyectando suscribir un Acta Acuerdo entre todas las autoridades nacionales involucradas (Ministerio de Planificación de Federal, Inversión Pública y Servicios, Ministerio de Salud y Ambiente, Ministerio del Interior y

Jefatura de Gabinete de Ministros), que otorgaría mandato al Comité Ejecutor a efectos de acordar con las restantes jurisdicciones la creación de un Comité de Cuenca (Autoridad de Cuenca).

Un Comité de Cuenca (Autoridad de Cuenca) bien establecido debería tener las siguientes funciones e instrumentos:

- Definición de una estrategia de saneamiento con capacidad de establecer objetivos de calidad y de límites de vertidos de acuerdo a la capacidad de autodepuración del río.
- Personal permanente altamente capacitado.
- Poder de policía en materia de contaminación.
- Regulación de residuos sólidos.
- Planificación del uso del suelo.
- Planificación de la gestión de la cuenca en miras a la protección de los recursos naturales.

3.2. LA CUENCA MATANZA-RIACHUELO

3.2.1. Introducción

La cuenca Matanza-Riachuelo comprende una superficie aproximada de 2240 km^2, correspondiente a la Ciudad de Buenos Aires, 8 partidos del Gran Buenos Aires (Almirante Brown, Avellaneda, Esteban Echeverría, Ezeiza, Merlo, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora) y 5 partidos del resto de la provincia (General Las Heras, Marcos Paz, Presidente Perón, San Vicente, Cañuelas). Cabe aclarar que no pertenece al área de la Cuenca la totalidad de la superficie de los partidos que la integran; por ello, a continuación se detalla de manera particular el porcentaje de superficie que está incluido dentro del área estudiada. Los datos y cálculos utilizados para los indicadores sociales han sido elaborados en base a la totalidad de la superficie de los partidos.

MUNICIPALIDAD	% de superficie incluido en la Cuenca
Alte. Brown	39
Avellaneda	23
Cañuelas	44
Capital Federal	34
E. Echeverría	97

Gral. Las Heras	52
La Matanza	94
Lanús	75
Lomas de Zamora	83
Marcos Paz	67
Merlo	37
San Vicente	5

Fuente: PGA, Anexo Técnico G. Datos basados en el Censo Nacional 1991. (El partido de Ezeiza no está discriminado, probablemente debido a su reciente creación.)

Se encuentran radicados en la Cuenca alrededor de 3.500.000 de habitantes. Es un área de gran diversidad social: existen desde barrios marginales carentes de toda infraestructura, hasta sectores de alto poder adquisitivo residentes en clubes de campo; desde áreas urbanizadas hasta zonas de producción agrícola- ganadera; desde asentamientos ilegales hasta conjuntos habitacionales construidos por el Estado; desde centros logísticos modernos hasta industrias obsoletas.

Las más recientes urbanizaciones (ubicadas entre otros, en los partidos creados en 1993 y 1994, Pte. Perón y Ezeiza respectivamente, siendo este último el de mayor crecimiento poblacional entre los partidos de la Cuenca), en particular los barrios menos consolidados, y la proliferación de asentamientos espontáneos en áreas no habitables (villas de emergencia) incrementan la insuficiencia de infraestructura de servicios básicos -como la provisión de agua potable y redes cloacales–, lo que afecta directamente la calidad de vida y la salud humana. Por ejemplo, en el partido de Ezeiza el 91 % de la población carece del servicio de agua potable y el 89 % no posee cloacas.

El crecimiento poblacional registrado entre 1947 y 1991 fue acompañado de un crecimiento de la actividad industrial. Según el Censo Nacional Económico de 1994, los establecimientos industriales del área metropolitana representaban el 50 % del total nacional de establecimientos, según se señala en el informe producido por la Defensoría del Pueblo de la Nación.

El promedio general de hogares sin servicio cloacal es mayor en los partidos de la Cuenca (65,9 %), que el promedio general para todos los partidos de provincia de Buenos Aires (56,8 %). Estas cifras son importantes, tomando en cuenta que la provisión de servicio cloacal es un indicador de importancia para determinar las condiciones sanitarias de una población.

3.2.2 Fuentes contaminantes.

Las dos principales fuentes de contaminación de la cuenca son los vertidos cloacales y los vertidos industriales.

La *contaminación de origen cloacal* (provocada tanto por la falta de extensión de redes cloacales como por la falta de tratamiento de dichos vertidos, que van a pozos absorbentes; por la existencia de espiches (es decir, conexiones entre la red cloacal y la pluvial) y por las conexiones clandestinas de las industrias, que producen volcamientos al drenaje pluvial) es una de las fuentes más importantes de contaminación en la cuenca: no sólo afecta las aguas superficiales y sedimentos, sino también los suelos y el agua subterránea, a lo cual se suma el ascenso de la napa freática.

La red cloacal tendida por la ex Obras Sanitarias de la Nación (que abarca la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –CABA– y los 7 partidos de la provincia de Buenos Aires que corresponden al área de la Cuenca –ver Anexo III–) requiere obras de ampliación, conducción y tratamiento que no han sido completadas, a saber: construcción de dos grandes colectores –Colector Margen Izquierda del Riachuelo y Colector Costero del Río de la Plata–, ampliación de la Planta Depuradora Sudoeste, obras de Renovación y Mejora en la 3ª Cloaca Máxima, construcción de la Planta Capital, construcción de la Planta Berazategui, prolongación del Emisario Berazategui, ampliación de la Planta Depuradora Norte. (Act. N° 393/02 AGN, aprobada por Res. 185/03.)

Por otra parte, los *vertidos industriales* constituyen otro de los focos contaminantes más importantes, no sólo por su peso cuantitativo, sino también cualitativo: se vierten compuestos altamente tóxicos como metales pesados (plomo, mercurio, zinc, cadmio, cobre, magnesio, níquel) e hidrocarburos y sus derivados (ver Anexo II).

Según la base de datos provista por el CEMR, existen en la Cuenca 3527 establecimientos industriales, distribuidos principalmente en Capital Federal, La Matanza y Lanús. El Anexo IV contiene los listados de industrias confeccionados por el CEMR a lo largo de diez años.

Otras fuentes contaminantes son los residuos derivados de las operaciones portuarias y de los buques que entran en el Riachuelo, los residuos sólidos urbanos (RSU) no gestionados adecuadamente y los residuos agroquímicos, provenientes de actividades agropecuarias.

En síntesis, la contaminación ambiental se puede dar en suelos, agua y aire a través de diversas fuentes:

- Líquidos cloacales: vertidos clandestinos por pozos absorbentes y por rebalse.
- Aguas residuales de industrias (con y sin tratamiento).
- Aguas de pluviales industriales: arrastran contaminantes depositados en techos, calzadas y patios.
- Aguas de pluviales urbanos: arrastran contaminantes depositados en techos.
- Aguas de escurrimiento urbano: contaminantes arrastrados por las lluvias provenientes de calles y paredes.
- Aguas de escurrimiento-suelo: agua que arrastra suelos urbanos o periurbanos con contaminantes de diversos orígenes.
- Residuos sólidos y líquidos de vertido clandestino o accidental en el curso de agua o inmediaciones.
- Aguas residuales de descargas de embarcaciones.
- Contaminación gaseosa: de origen industrial, llega al cauce a través de la lluvia.

En el Anexo II se indican los contaminantes encontrados en muestreos realizados en la cuenca. Los contaminantes detectados son:

- Carga orgánica (de origen cloacal): bacterias coliformes y materia orgánica.
- Metales pesados.
- Hidrocarburos alifáticos.
- Hidrocarburos aromáticos.
- Plaguicidas.
- Bifenilos policlorados.

Si bien el área de Dock Sud no pertenece a la Cuenca, es una fuente muy significativa de contaminación y puede agravar la situación en caso de producirse una contingencia ambiental.

El área de Dock Sud está situada sobre la margen sudeste del Antepuerto de Buenos Aires con la prolongación al Sur hacia la ciudad de Avellaneda. Limita al Norte con el Riachuelo, al Sur con el arroyo Sarandí, al Este con el Río de la Plata y al Oeste con la avenida Roca. Cruzando el arroyo Sarandí se ubica el relleno sanitario Villa Domínico, del CEAMSE, actualmente no operativo.

En el área de Dock Sud hay alrededor de 50 establecimientos industriales, entre los que se destacan, por su envergadura, 2 refinerías de petróleo, 8 plantas de recepción y almacenaje de petróleo y sus derivados, 4 plantas de recepción y almacenaje de productos químicos y una central eléctrica. A los rubros antes mencionados se suman: industrias de procesos, empresas de transporte, amarres, areneras, estaciones de servicio.

La zona se caracteriza además principalmente por el tráfico de petróleo, gas, carbón y otros productos químicos y de la industria alimentaria. En 1999 se registraron movimientos que superaron los 13 millones de toneladas, le corresponde el 34 % del movimiento de mercaderías operado por los Puertos Bonaerenses. Con un total de 2960 buques ingresados en 1999 (51,5 % del total de buques ingresados en todos los puertos de la Provincia de Buenos Aires).

Sobre el área recientemente se ha desarrollado un estudio epidemiológico en la población infantil de la llamada "Villa Inflamable" con fondos de la Agencia de Cooperación Internacional del Japón (JICA), donde se determinaron altas concentraciones de plomo en sangre en más del 50 % de los casos estudiados, de los cuales el 85 % alcanza niveles altos de benceno, tolueno y xileno (BTX). (Secretaría de Ambiente y Recursos Naturales de la Nación.)

3.2.3. Riesgos ambientales.

Los altos niveles de contaminantes registrados en aguas del Riachuelo y muchos de sus tributarios, así como en los suelos y en las aguas subterráneas, representan un grave riesgo para la salud. Muchos de los contaminantes, como los metales pesados, hidrocarburos alifáticos, hidrocarburos aromáticos y plaguicidas organoclorados y organofosforados son tóxicos a bajas concentraciones, y algunos tienen la capacidad de bioacumularse, es decir, ser ingeridos por microorganismos y luego por animales, aumentando sus concentraciones a medida que avanzan a través de la cadena trófica.

La mayor degradación ambiental, tanto en intensidad como en extensión, se da en la cuenca baja, donde se concentra la mayor cantidad de población. En esta zona, el daño para la vida acuática es total y es imposible cualquier uso del recurso hídrico superficial.

En el tramo inferior, se observan residuos sólidos que restringen el escurrimiento superficial del agua y existe un burbujeo constante producido por el metano como resultado de la descomposición orgánica y del proceso de las bacterias anaeróbicas. Según se informa en el

PGA: *"La rectificación en sí ha desmejorado en alguna medida las condiciones naturales de flora y fauna que normalmente se encuentra en cursos de agua meandrosos".*

La magnitud del deterioro se ve potenciada por factores naturales (comportamiento hidráulico de tipo influente/efluente, existencia de sudestadas) y por sobreexplotación creciente del recurso hídrico subterráneo en algunas áreas y aumento reciente de los niveles del acuífero freático en otras.

El río Luján, Riachuelo, canales Sarandí y Santo Domingo y el emisario Berazategui, en conjunto, aportan más del 80 % del total de la carga de contaminantes y nutrientes ingresantes a la Franja Costera Sur correspondientes a las descargas del Área Metropolitana de Buenos Aires estudiadas.

»El grado de deterioro de la calidad del agua de la Franja Costera Sur del Río de la Plata es más pronunciado y alejado de la costa en la zona sur entre el Riachuelo y la descarga de Berazategui, en particular aguas arriba de Bernal, por influencia de las descargas correspondientes al Riachuelo y los canales Sarandí y Santo Domingo. Las diferentes descargas afectan la calidad del agua entre la línea de costa y los 500 y 2000 m de la misma, pudiéndose, bajo ciertas condiciones hidrometeorológicas extremas, encontrarse concentraciones elevadas de cromo, bacterias coliformes e hidrocarburos hasta 10.000 m de la costa (PSI, 1998; FCS, 1997)" (Carsen A.E., Perdomo, A. y Arriola, M., Proyecto FREPLATA, 5/2004).

Este problema es altamente sensible si se considera la relativa cercanía de la toma de agua cruda de la Planta potabilizadora General Belgrano de AASA, ubicada entre la desembocadura del Riachuelo y el emisario Berazategui.

Los problemas ambientales de la cuenca se ven agravados por: (a) el complejo patrón de uso del suelo, caracterizado por la coexistencia de áreas de uso rural, residencial e industrial, (b) la inexistencia de normas que fijen límites de vertidos de acuerdo con la capacidad de autodepuración de las aguas de la cuenca, (c) la falta de planificación en lo relativo a la preservación de la calidad del agua, el suelo y el aire.

3.2.4. Riesgos sanitarios

Algunos indicadores sociales y sanitarios (población, necesidades básicas insatisfechas (NBI), tasa de mortalidad infantil (TMI), cobertura médica, provisión de servicios sanitarios) demuestran que las condiciones sociales existentes en el área convierten a la población en vulnerable frente al deterioro ambiental de la Cuenca. Estas dos problemáticas, la socio-sanitarias y el deterioro ambiental, se retroalimentan mutuamente, potenciando así los niveles de riesgo.

- Existen 13 villas de emergencia ubicadas en el curso inferior de la Cuenca abarcando casi medio millón de personas (conforme al documento elaborado por la Defensoría del Pueblo de la Nación).
- Los partidos que se ubican en el segundo y tercer cordón del Área Metropolitana exhiben los indicadores más altos de NBI. Se destaca el alto nivel de población (entre el 20 % y 26 %) con las carencias que este indicador releva en Ezeiza, Marcos Paz, Merlo, San Vicente, Esteban Echeverría y La Matanza.
- La TMI es otro indicador que da cuenta de la situación crítica del área, varía entre 9,2 por mil en General Las Heras y 22 por mil en el partido de Ezeiza.
- Otro dato que refleja el problema sanitario es la cantidad de personas que no poseen cobertura médica (obra social y/u otros planes de salud). En la mayoría de los partidos de la Cuenca, más del 50 % de la población carece de cualquier tipo de obra social y/o plan de salud (en el partido de Merlo, por ejemplo, se registra uno de los mayores porcentajes de población sin cobertura médica, 61 %), lo cual trae aparejadas graves consecuencias, como la falta de atención médica necesaria y/o el encarecimiento de la economía familiar.
- El promedio general de hogares sin servicio cloacal es mayor en los Partidos de la Cuenca (65,9%), que el promedio general para todos los partidos de provincia de Buenos Aires (56,8 %).
- La contaminación microbiológica encontrada incluye bacterias patógenas de riesgo para la salud humana: se ha encontrado mayoritariamente *Escherichia coli*, y –aunque en menor cantidad – también se identificaron *Klebsiella pneumoneae, Enterobacter cloacae, Pseudomona aureoginosa* y *Enterococus fecalis* (Informe Especial de la Cuenca Matanza-Riachuelo, Defensoría del Pueblo de la Nación). Algunos estudios realizados muestran el desarrollo de la resistencia bacteriana. Así, se estudió la presencia de bacterias resistentes a antibióticos y a metales pesados. Las enfermedades infecciosas pueden ser:

1- De origen bacteriano: salmonelosis, fiebre tifoidea y fiebre paratifoidea, shigelosis o gastroenteritis por Shigella.

2- De origen viral: hepatitis A, hepatitis E.

3- Producidas por protozoos: enfermedades diarreicas (giardiasis y cryptosporidiosis).

Hasta el momento no existen estudios epidemiológicos; más aún, la información no está centralizada, ni existe una recopilación de los antecedentes y denuncias efectuadas por los afectados directos. Sólo se encuentra disponible un documento elaborado por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, "Diagnóstico de las regiones sanitarias", del año 2004. Por lo tanto, estas condiciones impiden efectuar un cálculo proyectual de los riesgos y enfermedades que afectan y afectarán a la población del área en los próximos años, en estas condiciones ambientales y sanitarias.

Efectos de los contaminantes sobre la salud

En la siguiente tabla se indican el origen y los principales efectos sobre la salud de los contaminantes más frecuentemente hallados en aguas y sedimentos de la cuenca. (Ver Anexo II).

Tipo de compuesto hallado	**Posible origen**	**Efectos sobre la salud humana**
Diclorobencenos	Industria química, tacos desodorantes, insecticidas, desengrasantes empleados en industrias automotriz y metalúrgica	Se bioconcentran. Dolores de cabeza y mareos. Efectos tóxicos en riñón e hígado. Cancerígeno grupo 2B*
Hidrocarburos Aromáticos Policíclicos	Combustión incompleta de carbón, petróleo, madera, gas, basura y otras sustancias orgánicas, efluentes industriales, insecticida y repelente para polillas	Se bioconcentran. Cancerígenos
Hidroxitolueno butilado	Industria química, Industria petroquímica, Uso en alimentos	Cáncer de hígado Reacciones alérgicas Cancerígeno grupo 3
PCBs (bifenilos Policlorados)	Grandes transformadores y capacitores (principalmente), Fluidos hidráulicos, Aceites lubricantes, Pinturas, Tintas de impresión	Se bioconcentran. Cáncer. Cloracné. Aborto prematuro. Daño al hígado. Alteración Hormonal Cancerígeno grupo 2A
Esteres de ftalato	Plastificantes en productos de PVC, Solventes de tintas, Repelente de insectos, Aditivo en cemento	Daños reproductivos, Daños al riñón y al hígado. Cáncer
Beta-Hexaclorociclohexano	Insecticida	Cáncer. Problemas reproductivos. Cambios de comportamiento. Daños al Sistema Nervioso Central Cancerígeno grupo 2B
Arsénico	Fundiciones Elaboración de plaguicidas agrícolas Industria química Industria farmacéutica	Polineuritis Neuritis óptica Alopecia Dermatitis Cáncer en pulmón y piel Cancerígeno grupo 1

Tipo de compuesto hallado	Posible origen	Efectos sobre la salud humana
Cadmio	Fertilizantes Industrias de tratamiento de superficies Disposición final de baterías Colorantes	Se bioconcentra Vómitos y diarrea Daños en riñones Daños sobre la masa ósea Cancerígeno grupo 1
Cobre	Fundiciones Enchapados Fertilizantes Funguicidas	Se bioconcentra Vómitos, diarrea, y náuseas Bronquitis crónica Lesión renal
Cromo	Industria metalúrgica Industria química Curtiembres Acabado de metales Centrales de energía eléctrica	Irritación gastrointestinal Úlcera estomacal Daños renales y hepáticos Daños en la piel Cancerígeno grupo 1
Mercurio	Industria química Minería de oro Bactericidas Industria farmacéutica	Se bioconcentra Alteraciones renales Alteraciones del sistema nervioso central Alteraciones del hígado Cancerígeno grupo 3
Níquel	Producción de acero Industria plástica Baterías y acumuladores	Alergias Cancerígeno grupo 1
Plomo	Fundiciones Procesamiento de metales Emisiones de automotores Colorantes	Se bioconcentra Lesiones irreversibles del sistema nervioso central Anemia Lesiones renales graves Saturnismo Cancerígeno grupo 2A
Zinc	Galvanoplastías Fundiciones Industria minera Industria química	Se bioconcentra Vómitos, náuseas y dolores abdominales Anemia Lesiones pancreáticas

* Según la clasificación del International Agency for Research on Cancer:

Grupo 1: compuestos cancerígenos.
Grupo 2A: compuestos probablemente cancerígenos.
Grupo 2B: compuestos posiblemente cancerígenos.
Grupo 3: compuestos no clasificables como cancerígenos.

3.3. EL PLAN DE GESTIÓN AMBIENTAL.

3.3.1 Componentes del PGA

El Comité Ejecutor fue creado en 1995 con la misión de ejecutar el Plan de Gestión Ambiental (PGA). Dicho plan fue encomendado por la Nación en forma unilateral y desarrollado por la empresa Engevix Cowi Consult Inconas entre 1993 y marzo de 1995.

El PGA consiste en *"(...) un conjunto sistemático, ordenado, armónico, consensuado y priorizado de acciones para la recuperación de las aguas de la cuenca, su saneamiento ambiental y la prevención y el control de las inundaciones que periódicamente la afectan"*. (Volumen II: "Propuesta del PGA", tomo I, capítulo 3: "Imagen objetivo de las condiciones ambientales de la Cuenca", punto 3.1: "Conceptos Básicos", págs. 3-1.

El PGA se elaboró en tres etapas:

I) Diagnóstico.

II) Selección de alternativas y planteo inicial.

III) Seminario, Audiencia Pública y Planteo definitivo.

Los objetivos específicos del PGA comprendieron:

- Diseño y proposición de un marco legal- institucional de aplicación a largo plazo.
- Formulación de la "imagen objetivo" de las condiciones ambientales deseadas para las aguas del río y el área urbana.
- Elaboración de planes de acción y actividades de recuperación ambiental que permitan alcanzar la "imagen objetivo" propuesta.

Los planes de acción se agruparon en cuatro programas:

a) Regulación Hidráulica: Tuvo como objeto proteger las zonas inundadas a partir de la combinación de distintas obras: endicamiento lateral, estaciones de bombeo, dragado, embalses de detención, obras de polderización y/o protección de terraplenes, canalizaciones, rectificaciones y desvíos, protección de La Boca-Barracas, drenaje municipal.

b) Control y manejo de los vertidos domésticos e industriales y de las operaciones portuarias: Dar prioridad a las políticas dirigidas a actuar sobre los efectos de la contaminación: destrucción de recursos naturales como el agua y el suelo cultivable, impactos potenciales a la salud, percepción social de la contaminación de las cercanías.

Este programa incluía: descargas líquidas domésticas e industriales, aguas pluviales, residuos sólidos, sedimentos, instalaciones de recepción y manejo de residuos en el área portuaria, planes y equipamientos de contingencias en el caso de derrames.

c) Recuperación Ambiental Urbana: Se proponía dar máxima prioridad a la creación de oportunidades que generasen ingresos para las comunidades locales, como medida para

combatir la pobreza. Además, otro objetivo buscado es la creación de incentivos económicos para la restauración de fachadas y paseos. Comprendió: requerimientos y acciones para el ordenamiento territorial, rehabilitación de riberas, preservación del patrimonio histórico, limpieza del espejo de agua y remoción de objetos sumergidos.

d) Participación Comunitaria y Educación Ambiental: Su objetivo era la creación de conciencia ambiental a través del diseño del marco jurídico-institucional y un sistema de seguimiento y control para evaluar los cambios ambientales conforme se cumplan los proyectos elaborados en el PGA. Además incluye el control de contaminación en las fuentes, monitoreo de la calidad de las aguas y los sedimentos y la aplicación de los modelos matemáticos de calidad del agua y sistema de información geográfico.

Las principales acciones previstas inicialmente en el PGA se diseñaron en torno a los siguientes subprogramas:

1- Prevención y control de la contaminación.

1.1- Control de la contaminación (Control y Fiscalización del Cumplimiento de la Normativa Ambiental; Prevención y Minimización de la Generación de Residuos Industriales; Gestión de los residuos industriales).

1.2- Gestión y Manejo de Residuos Sólidos (Gestión y Control de Residuos Sólidos Urbanos; Saneamiento de los Basurales de la Cuenca y Gestión de los Residuos en las áreas de los basurales). Además de estos componentes se estipularon acciones de limpieza del espejo de agua, remoción de barcos y obstáculos y educación ambiental.

2- Obras de Control de Inundaciones y Drenaje (diques laterales y estaciones de bombeo; redes de tuberías y bocas de tormenta; plan contingente de emergencia; reasentamiento de familias localizadas en las zonas afectadas).

3- Rehabilitación Urbana (Plan de Ordenamiento de Uso del Suelo; Plan Vial para la Cuenca; Rehabilitación de Espacios Urbanos).

El PGA no resultó un plan concreto, con definición de metas, objetivos, plazos e indicadores de cumplimiento. Sólo se constituyó como un amplio compendio de información ambiental sobre la Cuenca y de evaluación de alternativas de obras y medidas de saneamiento. El PGA estableció diversas alternativas de solución a los problemas de contaminación detectados; entre otras

razones, porque dichas medidas implicaban reunir decisiones, organismos y recursos que estaban y están fuera del alcance del Comité Ejecutor, como por ejemplo, la contaminación cloacal, que requería como solución la extensión de la red cloacal y la ejecución de obras de transporte y tratamiento a cargo de la Nación y que habían sido comprometidas mediante Contrato de Concesión con la empresa Aguas Argentinas antes de la elaboración del mismo PGA. En este sentido, el PGA resultaba un "programa abierto" y con plazos indefinidos, ya que las obras y medidas consideradas dependían de muchos factores, pero además resultaba un "programa complementario" del programa de obras previsto en la concesión referida.

El PGA manejaba información de base desarrollada por otros organismos, la cual no fue periódicamente actualizada. El Comité nunca desarrolló las pautas y criterios que se tuvieron en la mira para establecer las preferencias y urgencias respecto de las obras seleccionadas.

3.3.2. Ejecución del PGA.

El PGA en su versión del año 1995 involucraba estimativamente un monto total de 850 millones de dólares.

Mediante Decreto N° 145/98 se tramitó un préstamo BID para la ejecución del PGA que preveía invertir 500 millones de dólares (250, aporte BID; 250, aporte local). Se fijó un plazo para los desembolsos de 5 años, vale decir desde febrero de 1998 (momento del otorgamiento del préstamo) hasta febrero de 2003.

En el siguiente cuadro se exponen los porcentuales de los presupuestos asignados para cada jurisdicción

JURISDICCIÓN	PARTICIPACIÓN PROYECTADA EN % DEL TOTAL DEL PROYECTO (Préstamo BID 1059/OC-AR 1998)
NACIÓN	31,51%
PROVINCIA DE BUENOS AIRES	59,81%
GCBA	8,68%

Los porcentajes han sido calculados conforme el Convenio de Préstamo Subsidiario de la Provincia de Buenos Aires y la CABA.

En el cuadro se observa que la mayor parte del presupuesto estaba destinada a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires. Dicha jurisdicción ingresó como coejecutora recién en el año 2000 (Ley Pcial. N° 12.461) y no ejecutó obras al 31/12/2004 con fondos del préstamo BID, sólo pagó costo financiero. (Ver Informe AGN aprobado por Resolución 79/2005 AGN.)

Se acordó que la Comisión de Crédito sería de 0,75 % anual y que entraría en vigencia a partir de los 60 días de la firma del contrato. El monto pagado por el Tesoro Nacional por "Comisión de Compromiso" superó las previsiones efectuadas en la Matriz de financiamiento del contrato de préstamo original para el total del programa. La "Comisión de Compromiso" se previó originalmente en U$S 5.035.000, siendo que a diciembre de 2004 se habían pagado por tal concepto U$S 6.907.476,15. (Informe SIGEN "Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo, Contrato de Préstamo 1059/OC-AR", Setiembre de 2004, con la actualización de los Estados Financieros al 31/12/2004 conf. Informe AGN aprobado por Resolución 79/2005 AGN).

La ejecución del préstamo BID fue muy baja. Los fondos directos aportados por el BID al 31/12/2004, sólo alcanzaron la suma de U$S 7.762.790.- sobre los U$S 250 millones originales.
En cuanto a fondos propios, el total registrado en concepto de reconocimiento de inversiones bajo la cláusula 4.03 (Reconocimiento de Gastos con Cargo a la Contrapartida Local) fue de U$S 45.312.675,89; siendo reconocidos por el BID sólo U$S 31.833.345,67 (conf. al Informe AGN aprobado por Resolución 79/2005 AGN).

Durante 2002, el Gobierno Nacional y el BID acordaron, mediante Decreto N° 808/02, de fecha 13 de mayo de 2002, derivar una parte del préstamo (U$S 150 millones) a Planes de Ayuda Social.
Por ello, las actuales autoridades del CEMR afrontan la gestión de una reformulación del programa BID 1059/OC-AR, tramitando "el reflotamiento del crédito" por la suma de 100 millones de dólares de aporte BID. Esta reformulación no es solamente de carácter presupuestario, sino que refiere también al tipo de acciones a ser incluidas. (Informe AGN aprobado por Resolución 79/2005 AGN.)

El plan de obras involucrado en el préstamo no apuntaba al saneamiento (el cual se encontraba a cargo de la concesionaria AASA), aunque se trata de una de las causas principales de contaminación y degradación de las aguas. En efecto, todas las obras vinculadas con el problema del saneamiento en la Cuenca (extensión de cloacas, obras de transporte y tratamiento de efluentes cloacales e industriales) fueron decididas en el marco de la suscripción del Contrato de Concesión entre el Poder Ejecutivo Nacional y la empresa Aguas Argentinas SA (Decr. N° 999/92). En consecuencia, cuando se tramita el Préstamo BID 1059/98, el programa de obras se orienta principalmente a regulación hidráulica, ordenamiento urbano y educación ambiental. En

materia de contaminación estrictamente, el CEMR sólo proyectó obras relacionadas con contaminación industrial, que no fueron completadas.

En síntesis, las obras y estudios ejecutados fueron:

1.- Programa Control y Manejo de los vertidos domésticos e industriales y de las operaciones portuarias

Estudios/consultoría:

- Confección de un listado de industrias (inventario).
- Evaluación de basurales.
- Estudios varios para la prevención de la contaminación industrial.

Obras:

- Remoción de cascos hundidos.
- Remoción de residuos flotantes.
- Limpieza de las márgenes y del espejo de agua.

2.- Regulación hidráulica y drenaje (prevención de inundaciones)

Obras:

Construcción y/o ampliación de los siguientes Aliviadores/Colectores:

- Aliviador Cildañez (no concluida).
- Soluciones al drenaje insuficiente en las cuencas C, G y Z4 y el resto del área sur de la CABA.
- Drenajes en el arroyo Del Rey y Unamuno.
- Drenajes en subcuenca Maciel.
- Construcción de un terraplén en Puente de la Noria.
- Cierre de detención sobre arroyo Morales.

3.- Recuperación ambiental urbana

Obras:

- Mejora de fachada en La Boca y Caminito.

4.- Educación Ambiental

Estudios/consultoría:

- Programa "Formación de Comunicadores contra la Contaminación" (Folletos. Reuniones).
- Programa de Comunicación y Difusión y participación comunitaria del PGA.

La Provincia de Buenos Aires no ejecutó obras.

3.3.3 Reformulación de las Obras

El préstamo original caducó en 2003. El CEMR inició una gestión de reformulación del préstamo por 200 millones de dólares (100 millones de aporte local y 100 millones de aporte BID) que no ha sido concluida.

La propuesta de reformulación incluye obras de saneamiento cloacal, para las que se contempla la mayor parte del presupuesto. Esta inclusión de obras cloacales se realiza a partir una nueva legislación dictada por el Poder Ejecutivo en el marco de la renegociación del Contrato de Concesión de Aguas Argentinas SA a efectos de programar el plan de obras (Decretos Nº 735/04 y Nº 1885/04). La renegociación no ha sido cerrada y no se ha fijado el plan de obras, no obstante, el Decreto Nº 1885/04 declara que la concesionaria se obliga a operar las obras que pudiera ejecutar el Estado Nacional a través del COMITÉ EJECUTOR MATANZA-RIACHUELO.

En cuanto a las obras de regulación hidráulica y drenaje, componente principal del anterior programa, se propone una reducción presupuestaria. El CEMR justifica esta reducción afirmando que la misma es acorde con la reducción global del préstamo y la reasignación de fondos para las obras de saneamiento cloacal. La reducción aludida se centra en la cancelación de obras para el control de desbordes del río (endicamiento lateral y estaciones de bombeo), exclusión de algunas de las obras de microdrenaje y alcances más limitados en las restantes. Se conservan sin modificación las acciones de drenaje ya iniciadas en el ámbito del GCBA, jurisdicción que propone incluir dos obras complementarias a aquellas, de menor envergadura relativa.

Con respecto al Subproyecto de Prevención y Control de la Contaminación, las actividades a desarrollar han sido modificadas/adaptadas, de acuerdo también a la reducción del préstamo. La consistencia de esta propuesta, según el CEMR, reside *"...en la disminución de la actividad industrial y en consecuencia, de la contaminación industrial sobre la cuenca, producto de la crisis del sector"*.

También el PGA propone una reducción presupuestaria para el cuarto subproyecto, a saber: de Ordenamiento Vial y Urbano y Usos del Suelo.

A su vez, hay una reformulación en lo referente a la participación y asignación de recursos jurisdiccionales.

CONCEPTO		TOTAL EN DÓLARES				
		BID	%	LOCAL	%	TOTAL
COSTOS POR JURISDICCIÓN	Nación- CEMR	51.465.861	51.5%	70.846.387	70.85%	122.312.248
	Convenio préstamo subsidiario Pcia. de Bs. As.	25.407.411	25.4%	18.244.733	18.24%	43.652.144
	Convenio préstamo subsidiario GCBA.	15.263.738	15.3%	10.908.880	10.91%	26.172.618
	Ejecutado BID al 30/6/03	7.862.991	7.9%	0	0%	7.862.991
	TOTAL	100.000.000	100%	100.000.000	100%	200.000.000

JURISDICCIÓN	PARTICIPACIÓN EN % DEL TOTAL DEL PROYECTO (Reformulación Préstamo BID-2003)
NACIÓN	61,16
PROVINCIA DE BS. AS.	21,82
GCBA	13,09

Los cuadros han sido elaborados en base a la información del Documento de Reformulación del PGA, de setiembre de 2003.

Se observa una redistribución de los presupuestos originales asignados para cada jurisdicción. La jurisdicción nacional cambia su porcentaje de participación del 31,51 % en 1998 a 61,16% del total del proyecto en 2003.

Sin embargo, el porcentaje participativo que recibe la Provincia de Buenos Aires ha disminuido considerablemente (en 1998 le correspondía el 59,81 % y hoy sólo se le asigna el 21,82 %).

Por último, el GCBA es la jurisdicción más estable con relación al porcentaje asignado, si bien también ha registrado cierto aumento (8,68 % en 1998;13,09 % en la actualidad).

El nuevo PGA contempla los siguientes subproyectos:

1- Regulación Hidráulica y Drenaje.

2- Saneamiento Cloacal.

3- Prevención y Control de la Contaminación.

4- Ordenamiento Urbano, Vial y Uso del Suelo.

1- Regulación Hidráulica y Drenaje

Este subproyecto tiene por objeto: ampliar las redes de drenaje pluvial urbano en el ámbito de la Cuenca Matanza-Riachuelo; reducir los daños directos e indirectos causados por los anegamientos de origen pluvial durante las lluvias habituales; establecer las bases para un sistema de recolección de datos hidrometeorológicos y red de alerta. Pertenecen a este subproyecto la ejecución de las siguientes obras: Cuencas C, G, Z4, Resto del Área Sur, Subcuenca H, Aliviador San Pedrito (jurisdicción CABA); Etapa I Colector Tapiales, Grupo I Matanza al Cildáñez, Etapa I Colector Camino de Cintura, Aliviadores Marco Avellaneda y Don Orione, Etapa I Colector Maciel- Riachuelo, Aliviador Este Arroyo del Rey, Aliviador Oeste Arroyo Unamuno (jurisdicción Pcia. de Buenos Aires), Aliviador Arroyo Cildáñez y red de alerta meteorológica (jurisdicción Nación).

2- Saneamiento Cloacal

El objeto de este subproyecto es: ampliar la cobertura de servicios de alcantarillado cloacal para la población del partido de La Matanza, ampliar la Planta Depuradora Sudoeste y en consecuencia reducir la incidencia de la contaminación de la napa freática. Para ello, se propone: la elaboración de los estudios y evaluaciones económicas correspondientes, tales como la evaluación socioeconómica de la población, la evaluación de impacto ambiental, y las evaluaciones económicas de las obras de alcantarillado cloacal para los barrios Laferrere y Los Cedros (con una población actual aproximada de 128.400 habitantes) y Roque y Manzanares (con una población de alrededor de 65.700 habitantes), redes colectoras primarias y secundarias, estaciones elevadoras e impulsiones y ampliación de la Planta de Tratamiento Sudoeste, la cual se encuentra concesionada a la empresa Aguas Argentinas S.A.

3- Prevención y Control de la Contaminación

Este subproyecto se desarrollará a través de los siguientes subprogramas:

- Programa de control de la contaminación, comprende:

a) Sistema de información ambiental: Readecuación y actualización del inventario de las industrias localizadas en la Cuenca, monitoreo de la calidad de agua y aire, relevamiento de las zonas contaminadas con residuos peligrosos/especiales.

b) Asistencia técnica a industrias: Listado de industrias a asistir. Auditorías ambientales voluntarias a industrias, diagnóstico y seguimiento, elaboración de manuales y guías de gestión ambiental por rubro industrial, capacitación y fortalecimiento.

c) Normas y estándares de calidad ambiental: Evaluación de las normas existentes de los distintos municipios (compatibilidades/incompatibilidades), diseño de un sistema de normas y estándares con base en lo establecido en la legislación nacional y provincial, elaboración de una propuesta de estándares de emisión común a todas las jurisdicciones, evaluación del cumplimiento de las normas ambientales vigentes.

- Programa de Gestión y Manejo de Residuos sólidos urbanos, comprende:

a) Gestión y Control de RSU (residuos sólidos urbanos): Elaboración de una guía o manual de gestión integral de RSU, fortalecimiento de los mecanismos existentes de gestión y control de manejo de RSU, capacitación a recolectores informales de RSU, experiencia piloto de clasificación domiciliaria, recolección diferenciada, tratamiento y disposición de RSU.

b) Saneamiento y Disposición Final: Saneamiento de basurales sectoriales y clandestinos (estos últimos, mediante equipamiento mecánico), evaluación y control de riesgos ambientales en basurales integrales, construcción de rellenos sanitarios y plantas piloto de revalorización y reciclaje.

- Limpieza del espejo de agua y márgenes, remoción de obstáculos y barcos (supone desguace y tratamiento y disposición final para los residuos peligrosos contenidos en las embarcaciones hundidas).
- Participación Comunitaria y Educación Ambiental: difusión y educación ambiental (capacitación de docentes, funcionarios municipales y líderes comunitarios, etc.), prevención de riesgos de salud, proyecto piloto de participación comunitaria para la gestión de residuos domiciliarios (disposición, reciclaje, etc.).

4- Ordenamiento Urbano, Vial y Uso del Suelo

Este subproyecto tiene por objeto la rehabilitación de ciertas áreas urbanas y la recuperación y revalorización de áreas históricas, así como estudios de uso del suelo y ordenamiento vial. Las obras que se propone desarrollar son: dentro del Plan Vial, el Puente Roca-Patricios; dentro de las tareas de rehabilitación urbana se encuentran el proyecto Isla Maciel y Villa Diamante, pertenecientes a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, y los proyectos La Boca-Caminito, Área Mercado del Pescado y el Proyecto Ejecutivo y resolución de interferencias de Avenida 27 de Febrero de la CABA. Finalmente se propone la planificación de usos del suelo para toda la Cuenca mediante la elaboración de esquemas regionales y zonificación municipal.

Parte de las obras previstas en la actual renegociación ya han sido iniciadas y/o licitadas con fondos nacionales.

La actual administración se encuentra a cargo del Comité desde 2003. El siguiente cuadro compara las obras que deberían estar siendo ejecutadas a julio de 2005 y las que efectivamente están en ejecución, de acuerdo a la Planilla de Obras y Actividades que el Comité ha puesto a disposición a esta auditoría y al Anexo I que se adjuntó en la Nota CEMR N° 479/05.

Obras Planificadas	Fecha Programada de Inicio de Ejecución	Obras en Ejecución
Extracción Puente La Salada	Julio 2005	
Limpieza de Espejo	Mayo 2005	X
Limpieza de márgenes	Julio 2005	
Conducto Principal Tapiales	Diciembre 2004	X
Etapa I Aliviador Cuenca Unamuno	Diciembre 2004	X
Etapa I Maciel	Febrero 2005	X
Aliviador M. Avellaneda y Don Orione	Febrero 2005	
Resto de Área Sur	Febrero 2005	
Cuenca C	Diciembre 2004	
Cuenca G	Febrero 2005	
Cuenca Z4	Marzo 2005	
Aliviador Cildánes	Setiembre 2004	

Las obras, proyectos y estudios restantes se encuentran en el siguiente estado de gestión:

Pendientes:

- Monitoreo de calidad de agua y sedimentos.
- Monitoreo de calidad de aire.
- Seguimiento de las auditorías I.
- Diagnóstico y auditorías ambientales II.
- Seguimiento de las auditorías II.
- Elaboración de manuales y guías.
- Curso de capacitación y fortalecimiento.
- Normas y estándares de calidad ambiental.
- Relleno sanitario Cuenca Alta PE.
- Relleno sanitario Cuenca Alta Obra.
- Saneamiento basurales Cuenca Media (LZ).
- Saneamiento basurales Cuenca Media.
- Relevamiento para extracción de obstáculos sumergidos.
- Extracción de obstáculos sumergidos.

- Difusión y Educación ambiental II.
- Prevención y Riesgos de Salud I.
- Prevención y Riesgos de Salud II.
- Plan Vial Puente Roca- Patricios (Obra).
- Rectificación Av. Carlos Pellegrini (Obra).
- Ordenamiento de Usos del Suelo – Zonificación Municipal.

Redeterminación de Precios:

- Drenajes Pluviales Cuenca G La Boca-Barracas.
- Drenajes Pluviales Cuenca Z4 La Boca-Barracas.

Redacción de Pliegos:

- Red Hidrometeorológica (etapa básica).

Para Licitar:

- Desagües pluviales en la Cuenca Arroyo del Rey- Aliviador Este – Etapa I – Lomas de Zamora.
- Desagües pluviales en la Cuenca Arroyo del Rey – Aliviador Este – Etapa II- Lomas de Zamora.
- Etapa I Conducto Principal Cuenca Camino de Cintura – La Matanza.
- Grupo I La Matanza con desagüe al Aliviador Cildáñez.
- Redes Barrio Manzanares – Roque, Los Cedros – Altos de Laferrere y Laferrere Centro.
- Colector Troncal por Ruta 21.
- Ampliación Planta Depuradora Sudoeste.
- Inspección Redes Barrio Manzanares - Roque, Los Cedros - Altos de Laferrere y Laferrere Centro.
- Inspección Colector Troncal por Ruta 21.
- Inspección Ampliación Planta Depuradora Sudoeste.
- Diagnóstico y auditorías ambientales.

En Licitación:

- Limpieza de márgenes.

Licitadas:

- Aliviador San Pedrito.

Preadjudicadas:

- Aliviadores Marco Avellaneda y Don Orione (Lanús).

En adjudicación:

- Extracción Puente La Salada.
- Difusión y Educación Ambiental I.
- Rectificación Av. Carlos Pellegrini (Proyecto Ejecutivo).
- Plan Vial Puente Roca-Patricios (Proyecto Ejecutivo).

4. COMENTARIOS Y OBSERVACIONES

4.1. La estructura jurídica institucional del Comité Ejecutor (CEMR) no resultó adecuada para desarrollar una gestión de saneamiento, por carecer de funciones propias, capacidad ejecutora y de suficiente peso institucional para coordinar jurisdicciones y organismos involucrados, en efecto:

4.1.1. El Comité Ejecutor (CEMR) no fue diseñado y constituido como una Autoridad de Cuenca (Comité de Cuenca) con funciones directas y suficientes de poder de policía en materia de contaminación, definición de estrategias de saneamiento y objetivos de calidad. No se llegó a suscribir un Convenio con todos los niveles de gobierno involucrados en la Cuenca (Nación, Provincia de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios de la provincia) ratificado por los órganos legislativos respectivos, que permitiera constituir una autoridad de Cuenca con funciones diferenciadas de los partes integrantes.

4.1.2. El Comité Ejecutor (CEMR) no desarrolló suficientemente la tarea de coordinación interjurisdiccional. Funciona en la Cuenca una compleja y contradictoria trama normativa e institucional; la vigencia de múltiples normas de los distintos gobiernos involucrados (la Nación, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios de la provincia) produce superposición de competencias, multiplicidad de organismos competentes, vacíos legales y confusión normativa.

4.1.3. El Comité Ejecutor (CEMR) además de carecer de funciones directas fue perdiendo jerarquía institucional desde su creación.

4.1.4. La falta de personal de planta permanente, la alta rotación de recursos humanos y la falta de un sistema administrativo de información impidieron mantener una continuidad institucional respecto de la información y los proyectos llevados adelante y desarrollar un mecanismo de memoria institucional.

4.1.5. A pesar de que el Comité Ejecutor (CEMR) fue creado para el saneamiento de la Cuenca y de que una de las principales causas de su deterioro es la contaminación de origen cloacal e industrial, no participó en la renegociación del Contrato de Concesión con Aguas Argentinas S.A. iniciada en 1997, que implicó la postergación y/o denegación de obras que impactaron sustancialmente en la Cuenca, como la postergación de la ampliación de la Planta Sudoeste, de la realización de la Cuarta Cloaca Máxima, de la realización de la Planta de Berazategui y la general postergación de metas de ampliación de la red. Resulta relevante destacar que el Miembro Coordinador del Comité Ejecutor (Secretario de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable) fue la misma Autoridad de Aplicación que dirigió la referida renegociación del Contrato de Concesión con la empresa Aguas Argentinas S.A.

4.1.6. Respecto de la otra fuente contaminante, las industrias, el CEMR nunca llegó a desarrollar acciones concretas para controlarlas, a pesar de que en el período de 1995 a 1999 la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable ejercía funciones de miembro coordinador del CEMR y Autoridad de Aplicación de la legislación sobre contaminación hídrica, lo que facilitaba la coordinación, al menos respecto de las industrias alcanzadas por los Decretos Nº 674/89 y Nº 776/92.

4.2. El Plan de Gestión Ambiental (PGA) del Comité Ejecutor (CEMR) no funcionó como un verdadero programa de saneamiento. Hubo que actualizarlo con estudios complementarios y definirlo en un programa concreto de obras conforme objetivos de saneamiento:

4.2.1. El PGA no incluía metas, objetivos, tareas, indicadores de cumplimiento, plazos ni recursos definidos que permitieran perseguir claros objetivos de saneamiento de la Cuenca, sino que se constituyó como un "programa abierto" (con manejo de alternativas que involucraban a actores y recursos sin ninguna relación con el CEMR) y un "programa complementario" del programa de saneamiento que la Nación acordó desarrollar con la empresa Aguas Argentinas S.A. (Decr. Nº 999/92). El plan de obras involucrado en el préstamo no se orientaba al saneamiento cloacal que es una de las principales causas de contaminación y degradación de las aguas, ya que el mismo se encontraba a cargo de la concesionaria AASA. En efecto, todas las obras vinculadas con el problema del saneamiento en la Cuenca (extensión de cloacas, obras de transporte y tratamiento de efluentes cloacales e industriales) fueron decididas en el marco del

Contrato de Concesión de la empresa Aguas Argentinas SA. En consecuencia, cuando se tramita el Préstamo BID 1059/98, el programa de obras se orienta principalmente a regulación hidráulica, ordenamiento urbano y educación ambiental. En materia de contaminación estrictamente, el CEMR sólo proyectó obras relacionadas con contaminación industrial, que no fueron completadas.

4.2.2. Durante 9 años, el CEMR manejó información de base del PGA en gran medida registrada en la década del '80 (mediciones de AGOSBA, INCYTH, otros). A partir de 2004 y a través de un convenio firmado entre el CEMR y el INA se comenzó a actualizar la base de datos de industrias y actividades de servicio radicadas en la Cuenca. Además, desde 2004 el CEMR efectúa mediciones de calidad de agua y suelo.

4.2.3. El CEMR no ha desarrollado un estudio epidemiológico del estado de la salud de la población involucrada en la Cuenca ni un relevamiento actualizado del impacto ambiental sobre la salud del núcleo poblacional lindante con la ribera de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo.

4.2.4. El CEMR no desarrolló objetivos y metas en materia de ordenamiento urbano.

4.2.5. El CEMR no desarrolló objetivos y metas en materia de educación ambiental. El Programa de "Educadores Ambientales" no arrojó resultados concretos y medibles.

4.2.6. En nueve años de gestión, el CEMR no desarrolló indicadores de desempeño y de cumplimiento de metas, ni produjo informes relativos a la eficacia de las obras o tareas desarrolladas en el marco del PGA. Recién a partir de 2004, el CEMR elaboró el Manual Operativo y de Gestión para el seguimiento de las tareas.

4.2.7. No se encontró evidencia documental de que el CEMR haya explicitado en un documento los criterios técnicos seguidos para la definición y selección de las obras y actividades del PGA prioritarias y que conformaron el programa de acción del Préstamo BID 1059/OC – AR, de las obras y actividades que resultaron postergadas en el marco del Préstamo BID 1059/OC – AR y para la definición y selección de las obras y actividades para la actual renegociación del Préstamo BID 1059/OC – AR.

4.3. La ejecución del PGA mediante préstamo BID 1059/OC-AR fue baja y deficiente. Los fondos directos aportados por el BID sólo alcanzaron la suma de U$S 7.762.790.-, de los U$S 250 millones originales. En cuanto a los fondos propios, se solicito el reconocimiento de inversiones bajo la cláusula 4.03 (Reconocimiento de Gastos con Cargo a la Contrapartida Local) del Contrato de Préstamo por U$S 45.312.675,89; siendo reconocidos por el BID sólo U$S 31.833.345,67 (conf. Informe AGN aprobado por Resolución 79/2005 AGN).

170

4.3.1. Lo invertido en el rubro obras se utilizó casi exclusivamente en la remoción de cascos hundidos. No se ejecutaron obras de saneamiento.

4.3.2. El plazo fijado de desembolso del préstamo BID 1059/OC-AR era de 5 años, desde febrero de 1998 hasta febrero de 2003. Las jurisdicciones coejecutoras (Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) produjeron la normativa necesaria para ejecutarlo posteriormente, en 1999 (Convenio subsidiario de fecha 05/05/99, Ley N° 119 - CABA) y en 2000 (Convenio subsidiario de fecha 02/09/00, Ley N° 12.461 de la Provincia de Buenos Aires), vale decir que 30 meses (dos años y medio) después de haber sido otorgado el préstamo, la jurisdicción que tenía asignada la mayor parte (Provincia de Buenos Aires: 59,81 %) se encuentra en condiciones de ejecutarlo. La Provincia de Buenos Aires ingresó como coejecutora en el año 2000, no ejecutó fondos BID y sólo pagó costo financiero. Además, a partir del año 2002, parte los fondos fueron redireccionados a planes sociales, conforme al Decreto N° 808/2002.

4.3.3. Tanto el CEMR como el BID tuvieron dificultades para cumplimentar los tiempos proyectados, en algunas ocasiones el CEMR no cumplió los requisitos exigidos por el BID para que éste efectuara los desembolsos, y por otro el BID retrasó los tiempos de respuesta y los desembolsos, tal cual lo informado por Nota CEMR N°479/05.

4.3.4. El monto pagado por "Comisión de Compromiso" (U$S 6.907.476,15) superó las previsiones efectuadas en la Matriz de Financiamiento del Contrato de Préstamo original (estimada en U$S 5.035.000.-) para el total del Programa; vale decir, se pagó por no usar los fondos convenidos una tasa diferencial más alta que la que se habría pagado si se hubieran usado dichos fondos. (Informe SIGEN, "Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo, Contrato de Préstamo 1059/OC-AR", setiembre de 2004, con la actualización de los Estados Financieros al 31/12/2004 conf. Informe AGN aprobado por Resolución 79/2005 AGN).

4.3.5. Desde 2003, el CEMR negocia el Préstamo BID, cuyo monto va decreciendo con los años (la actual renegociación es por 100 millones de dólares) afrontando la gestión de reconocimiento del BID como aporte local para las obras iniciadas y/o proyectadas en este período.

4.4. El CEMR no desarrolló un sistema de control y seguimiento de las obras/contratistas/consultorías/estudios que optimizara la gestión, determinara prioridades y permitiera detectar deficiencias y retrasos en la ejecución de los programas. Tal como se aclara en el punto 4.2.6, recién a partir del 2004 el CEMR elaboró el Manual Operativo y de Gestión del Préstamo BID 1059/ OC-AR:

4.4.1. En el Expediente N° 10.131/97: "Ensayo piloto de tratabilidad de las aguas del Riachuelo", se desarrolló una prueba piloto consistente en incorporar oxígeno en el curso de agua. Dado que los resultados de la prueba piloto fueron exitosos y que se logró aumentar un 105,55 % la concentración de oxígeno en las aguas, el CEMR debió realizar pruebas de contraste para corroborar dichos resultados de modo de asegurar la razonabilidad de la extensión de la prueba, ya que ésta sirvió de justificación para contratar una obra que implicó una erogación superior a los 2.600.000 dólares (Exptes. N° 10.049/98 y N° 10.127/98). No obstante, no hay evidencia documental de que el CEMR haya realizado la supervisión y el control de las tareas desarrolladas mediante dicha Contratación ni de que el CEMR haya analizado y/o verificado a posteriori la razonabilidad, exactitud y validez de los resultados, sugerencias y soluciones entregados por la empresa contratista. A pesar de no haber controlado la prueba piloto, el CEMR aprobó la continuación de la obra a mayor escala, la cual fracasó. El CEMR tácitamente convalidó todos los resultados, conclusiones, sugerencias y recomendaciones entregados por la empresa Contratista, sin que se encuentre en el expediente evidencia documental de que las haya verificado.

4.4.2. En los Expedientes N° 10.127/98 y N° 10.049/98 se observó que la obra adquisición e instalación de aireadores para incorporar oxígeno a la cuenca baja del Riachuelo fracasó con relación a los resultados planteados en la prueba piloto que dio origen a la contratación (Expte. N° 10.131/97), porque se desarrolló sin que se cumplieran las condiciones previstas en el PGA, en particular, porque debía funcionar en un curso de agua que tuviera menores niveles de contaminación orgánica (el PGA detalló precisamente cinco condiciones básicas para el desarrollo de esta obra). En efecto el informe final del INA a fs. 333 del Expediente N° 10.049/98 dice: "*las mediciones realizadas durante el periodo de monitoreo indicarían que el sistema de aireadores no modificó el contenido de oxígeno disuelto en las aguas del riachuelo durante su funcionamiento*".

4.4.3. En los Expedientes N° 10.127/98 y N° 10.049/98, el CEMR efectuó un equivocado diagnóstico de las características, parámetros y condiciones de las aguas del Riachuelo en ese momento, que no eran las mencionadas en la Nota de fs. 2 y 3 que originaron el Expediente N° 10.049/98. En efecto, de acuerdo a lo indicado en el tomo III, en el Anexo técnico K, ítem 4 "Clasificación de la Calidad del Agua" del PGA, el Riachuelo en ese tramo debería ser considerado como grado 4 (ver Anexo II), Clase: "Estado de contaminación extrema", y no con "carga contaminante reducida" como de hecho fue considerado en la Nota "Justificación de su realización", que figura a fs. 2 y 3 del Expediente N° 10.049/98, donde en su primer párrafo se

habla de "De la modelación matemática para distintos escenarios con carga contaminante reducida", clasificación que no corresponde y que, por lo tanto, invalida todo el resto.

4.4.4. El estudio "Jerarquización y Plan para el Saneamiento de los Basurales Clandestinos de la Cuenca" (Expte. N° 41/96 iniciado el 1°/11/96 y por el monto de $265.362.-) fue realizado mediante la vía de contratación directa para lo cual se invocó razones de *"suma utilidad"* y *"experiencia adecuada"* de cuatro expertos holandeses (firmado el 1°/01/97).

Dicha contratación fue observada en sus aspectos formales por el Servicio Jurídico de la SRNyDS mediante el Dictamen N° 7114/DGCAJ/97 de fecha 27/05/97 lo cual dio lugar a que el Miembro Coordinador tuviera que emitir la Resolución N°64/97 (06/06/97) para *"... el saneamiento del acto administrativo (...) subsanando el vicio que lo afecta..."*.

No se encontró evidencia que dicho estudio (la redacción de los Términos de Referencia, terminado el 10/06/97) fuera utilizado al presente para el saneamiento de los basurales clandestinos de la Cuenca, no obstante el fuerte impacto ambiental que representa la existencia de *"alrededor de 50 vuelcos incontrolados"* (Expte. N° 41/96).

4.5. En el recorrido efectuado el 13 de mayo de 2005 por este equipo de auditoría (ver Anexo V - Fotos), se observaron las siguientes condiciones ambientales de la Cuenca Matanza-Riachuelo:

- Basurales a cielo abierto en ambas márgenes.
- Barcos hundidos en la zona portuaria.
- Conexiones y vertidos clandestinos.
- Coloración oscura de las aguas, presencia de olor (que denota un alto grado de contaminación) y burbujeo constante, producto de gases provenientes de los sedimentos.
- El espejo de agua presenta un gran número de desechos de diverso origen (tanto orgánico como inorgánico), como por ejemplo botellas de vidrio y plástico, bolsas con desperdicios. Justamente uno de estos residuos produjo la obstrucción de la hélice de la embarcación.
- La limpieza de las márgenes y las tareas de desmalezamiento son casi nulas.
- Hay villas bordeando las márgenes del Riachuelo.
- Se constataron obras ligadas a la limpieza y mantenimiento del espejo de agua: 2 mallas de contención, para los objetos flotantes y la grasa.

5. ANALISIS DE LA VISTA DEL ORGANISMO

El presente informe en su etapa de proyecto fue puesto en conocimiento del Miembro Coordinador del Comité Ejecutor Matanza-Riachuelo con fecha 1°/12/05 mediante Nota N°42/05 AG4. Se recibió respuesta del mismo por Nota CEMR N°38/06 de fecha 13/01/06, el que formula consideraciones que son analizadas en el ANEXO VI del presente. Cabe advertir que ninguno de los comentarios formulados modifican los puntos 4. Comentarios y Observaciones y 6. Recomendaciones, por lo cual ellos se mantienen sin modificación alguna.

6. RECOMENDACIONES

6.1. Proponer a las autoridades pertinentes la creación de una estructura jurídica institucional adecuada para llevar adelante un Programa de saneamiento:

6.1.1. Constituir al CEMR como Autoridad de Cuenca (Comité de Cuenca) con funciones directas y suficiente de poder de policía en materia de contaminación, definición de estrategias de saneamiento y objetivos de calidad, y con el objeto de desarrollar una gestión de saneamiento, proponiendo la suscripción de un Convenio con todos los niveles de gobierno involucrados en la Cuenca (Nación, Provincia de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios de la provincia).

6.1.2. Establecer un marco normativo e institucional claro de modo de eliminar las superposiciones de competencias y los vacíos normativos y propiciar la coordinación institucional.

6.1.3. Arbitrar los mecanismos idóneos para jerarquizar institucionalmente el CEMR.

6.1.4. Dotar al CEMR de recursos materiales y humanos suficientes y de un sistema de información que genere una continuidad institucional respecto de los proyectos llevados adelante.

6.1.5. Otorgar al CEMR competencias en la definición de metas en materia de contaminación de origen cloacal.

6.1.6. Atribuir al CEMR competencias en materia de contaminación industrial.

6.2. Definir un nuevo Plan de Gestión del CEMR orientado al saneamiento:

6.2.1.- Definir en el Plan de Gestión metas, objetivos, tareas, indicadores de cumplimiento, plazos y recursos que permitan perseguir claros objetivos de saneamiento de la Cuenca.

6.2.2. Incorporar en el PGA nueva información de base y mediciones de calidad de agua y suelo.

6.2.3. Desarrollar un estudio epidemiológico del estado de la salud de la población involucrada en la Cuenca que releve el impacto ambiental sobre la salud del núcleo poblacional lindante con la ribera de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo.

6.2.4. Desarrollar objetivos y metas en materia de ordenamiento urbano.

6.2.5. Desarrollar objetivos y metas en materia de educación ambiental.

6.2.6. Implementar el Manual Operativo de Gestión aprobado, de modo de desarrollar el seguimiento de tareas en el marco de un nuevo PGA y producir informes relativos a la eficacia de las obras y tareas desarrolladas.

6.2.7. Explicitar los criterios técnicos seguidos para la definición y selección de obras y actividades prioritarias del PGA incluidas en la actual renegociación del Préstamo BID 1059/OC – AR.

6.3. Prever mecanismos, en la actual renegociación del Préstamo, para evitar la subejecución/deficiente ejecución, incluyendo en el programa de obras y acciones del PGA un verdadero programa de saneamiento que contemple no sólo obras referentes al transporte, tratamiento y disposición final de líquidos cloacales, sino que se ocupe de la descontaminación de suelos, agua y sedimentos de la Cuenca, observando mecanismos para cumplimentar los plazos del BID, y obteniendo la aprobación de las obras ejecutadas como aporte local.

6.4. Implementar el Manual Operativo de Gestión del CEMR, ejecutando un sistema de control y seguimiento de las obras/contrataciones/estudios que garantice la verificación y control de la metodología aplicada, el desarrollo de controles de contraste y el efectivo cumplimiento de los objetivos que se establecen al planificar y proyectar las referidas obras/contrataciones/estudios.

6.5. Aplicar, definido un Plan de Saneamiento y Recuperación de la Cuenca, las medidas necesarias para remediar y sanear las condiciones deficientes observadas.

7. CONCLUSIÓN

Aunque el Comité Ejecutor nunca fue constituido como una Autoridad de Cuenca (Comité de Cuenca), y carecía de las funciones necesarias para cumplir con su cometido, se pretendió que llevara adelante una programa de saneamiento ponderado en más de 800 millones de dólares y que originó un préstamo BID que junto a los aportes argentinos significaba un presupuesto de 500 millones de dólares. Tampoco tuvo nunca el CEMR la jerarquía institucional suficiente para

coordinar las tareas con los múltiples de organismos de las tres jurisdicciones involucradas (Nación, Provincia de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios). El Plan de Gestión Ambiental no resultó operativo y se tradujo en un programa de obras que no estaban destinadas al saneamiento.

El préstamo BID tuvo una muy baja y deficiente ejecución y sólo se ejecutaron obras sobre control de inundaciones y reflotamiento de barcos hundidos. El Poder Ejecutivo Nacional tramitó el préstamo sin que se hubieran obtenido con anterioridad las normas necesarias para que las otras jurisdicciones pudieran ejecutarlo. En particular, la Provincia de Buenos Aires, que tenía adjudicado el 59,81%, nunca lo ejecutó, ya que contó con la autorización para endeudarse 30 meses después de la aprobación del préstamo. En 1998, la ex Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable de la Nación concentró atribuciones en gestión ambiental con funciones de poder de policía en control de la contaminación, planificación y ejecución de la obra hidráulica y como Autoridad de Aplicación del Contrato de Concesión con Aguas Argentinas S.A.; sin embargo, no logró enfocar y ejecutar una gestión ambiental y de saneamiento en el ámbito de la Cuenca.

De producirse una contingencia ambiental, nos encontraríamos ante una catástrofe sanitaria, ya que se registran en el área al mismo tiempo altos niveles de contaminación en las aguas superficiales, suelos y en las aguas subterráneas y una población vulnerable a las condiciones ambientales negativas debido a que tiene necesidades básicas insatisfechas (pobreza, falta de servicios de agua potable y cloacales, vivienda precaria, mala alimentación), lo que aumenta los niveles de riesgo. Los indicadores sociales demuestran que la degradación ambiental característica de la zona se ve agravada por las condiciones sociales de la población. Las condiciones de pobreza estructural a la cual se encuentra sometida, convierten a la población en una población de riesgo, altamente vulnerable a estas condiciones. Además, el mayor grado de deterioro ambiental se encuentra en la Cuenca baja, donde se concentra la mayor cantidad de habitantes.

En la red que actualmente opera la empresa Aguas Argentinas S.A., la toma de agua de General Belgrano se encuentra entre el emisario de Berazategui (que vierte cloacales sin tratamiento) y la desembocadura del río Matanza-Riachuelo, por lo que, en el caso de una contingencia meteorológica especial, podría producirse una contaminación que generaría una emergencia sanitaria. Existen en la zona, además, contaminantes (metales pesados, hidrocarburos alifáticos, hidrocarburos aromáticos y plaguicidas organoclorados y organofosforados) que son tóxicos en bajas concentraciones. Algunos de ellos tienen la capacidad de bioacumularse.

El vertido cloacal sin tratamiento es una de las principales fuente de contaminación de las aguas, por su aporte de materia orgánica y bacterias coliformes y también de hidrocarburos y metales pesados. Las aguas residuales de la cloaca máxima provocan un fuerte impacto en la calidad de agua de la cuenca. Respecto de la red de conducción y tratamiento de residuos cloacales, transcurridos más de diez años sin que se hubieran efectuado las obras y luego de las sucesivas renegociaciones con Aguas Argentinas S.A., la situación actual podría implicar que finalmente el Estado Nacional (mediante el Comité Ejecutor Matanza Riachuelo, conforme Propuesta de Reformulación del Programa BID OC – AR 1059, y Decretos N° 735/04 y N° 1885/04) habría de costear las obras de saneamiento cloacal necesarias para minimizar el impacto sobre la calidad ambiental de la Cuenca y fundamentalmente sobre la salud de la población.

El deterioro ambiental de la Cuenca se ve potenciado por factores naturales (comportamiento hidráulico de tipo influente/efluente, existencia de sudestadas) y por la sobreexplotación creciente del recurso hídrico subterráneo en algunas áreas y el aumento reciente de los niveles del acuífero freático en otras. (ANEXO IV – Napas Freáticas, Informe de Gestión Ambiental al ETOSS, Actuación N° 436/00 AGN aprobada por Resolución N° 41/02 AGN).

La recuperación ambiental del área será posible si se constituye una autoridad de cuenca con recursos propios y funciones en materia de:

- control de la contaminación,
- planificación del uso del suelo,
- determinación de niveles de calidad del recurso y de límites de vertidos de acuerdo a la capacidad de autodepuración del río,
- planificación de la gestión de la cuenca en miras a la protección de los recursos naturales.

La Cuenca Matanza-Riachuelo es un área de alta sensibilidad social (parte de los terrenos de la Cuenca, depreciados, de bajo valor fiscal, se convirtieron en asiento del bolsón de pobreza más extendido del país: existen 13 villas de emergencia ubicadas en el curso inferior, sus habitantes viven en condiciones de hacinamiento extremo y los problemas de salud se multiplican) y de alta sensibilidad ambiental (su pendiente es pobre; su caudal, escaso; su capacidad de dilución, mínima; los terrenos aluvionales de la Cuenca, muy bajos y densamente poblados, están sujetos a inundaciones periódicas que durante las sudestadas ocurren de manera rápida y dramática. La necesidad de socorrismo y evacuación es habitual. Cuando llueve, las letrinas rebasan y los basurales desparraman una variedad de sustancias peligrosas a las zonas vecinas y a los cauces). Además de los vertidos industriales, los arroyos Unamuno, del Rey y Santa Catalina, y el río mismo reciben el volcado de cantidades ingentes de efluentes cloacales. Dada la ausencia de red

cloacal en la mayor parte de la superficie de la Cuenca, hay una proporción alta de pozos ciegos y cámaras sépticas que descargan en la napa freática. Son habituales las conexiones clandestinas de aguas servidas a conductos pluviales. Las aguas de la Cuenca son verdaderas cloacas.

En la Cuenca se observa una clara relación entre la alta concentración de pobreza y un ambiente insalubre. El crecimiento rápido y anárquico de barrios, villas y asentamientos ilegales de la Cuenca no fue acompañado por las inversiones necesarias en infraestructura y servicios. Como consecuencia, crece el número de personas que viven precariamente y en hacinamiento extremo, sin abastecimiento de agua, sin servicio de recolección de basura, sin servicio de eliminación de excretas ni de aguas residuales.

En síntesis, la futura Autoridad de Cuenca deberá atender prioritariamente la evaluación integral de los riesgos sanitarios y sociales vinculados a los riesgos ambientales y actuar en consecuencia.

8. LUGAR Y FECHA

BUENOS AIRES, MARZO DE 2006

9. FIRMAS

normas de derecho privado.

El especialista en derecho administrativo Julio Comadira (hijo) consideró que la creación del Ente fue conce[illegible] teniendo en cuenta que el servicio público sería prestado por un concesionario y no por el Estado. "Creo que podría no llegar a ser incompatible o inconsistente la existencia del Etoss con la prestación del servicio por parte de una sociedad anónima del Estado. Podría continuar con su función de control y regulación del servicio", dijo Comadira.

El decreto de creación de AySA también prevé que no le es aplicable a la empresa el régimen de contratación del Estado. "Esto hace más ágil la contratación porque no tiene que pasar por el proceso de licitación, aunque, obviamente, es más difícil controlar algunos históricos vicios de las empresas del Estado, como los sobreprecios", dijo un abogado que representa a varias concesionarias de servicios públicos. Según la visión de otro especialista en servicios públicos, no habría ninguna imposibilidad de que siguiera funcionando el ente de control.

"En realidad lo que sucede es que una empresa cuyo accionista mayoritario es el Estado sucede a otra empresa de socios privados. Por lo tanto debería mantenerse este órgano de control, porque el marco no cambia demasiado", agregó.

El Etoss, además de velar por el cumplimiento del contrato de concesión, tenía otras dos funciones. Una de ellas era la regulación técnica, por ejemplo, de las obras. Otra, no menos importante, es atender los reclamos de los usuarios.

En todos los casos, si el organismo desaparecerá, el Gobierno debería redireccionar cada una de las tareas que tenía el Etoss.

En el caso del Correo Argentino y de la ex controladora del espectro radioeléctrico Thales –que también fue reestatizado–, el ente regulador del sector postal, la Comisión Nacional de Comunicaciones, siguió funcionando, pero porque también controla otros servicios, como los de la telefonía fija y celular.

RADIOGRAFIA DEL ETOSS

Tareas

■ Es el único de los entes que limita su tarea a controlar una empresa: Aguas Argentinas.

Origen

■ Fue previsto en el esquema de privatización de Obras Sanitarias y funciona desde mayo de 1993.

Presupuesto

■ Se financia mediante el cobro del 2,[illegible] cada factura que abonan los usuarios. No recibe aportes del tesoro nacional y las multas que percibe no pasan a solventar sus actividades.

elegida para exteriorizar el malestar que causaron en el Gobierno las declaraciones del vocero del Quai d'Orsay, la cancillería francesa, Jean Baptiste Mattéi, que había calificado como una "decisión repentina del gobierno argentino" la cancelación del contrato con Suez.

El funcionario además había instado a las autoridades argentinas a "adoptar medidas adecuadas" para que la empresa francesa termine en "condiciones satisfactorias" su actividad en estas tierras y había señalado que lo que quiere el presidente Chirac es que "se garantice la seguridad jurídica de las inversiones francesas en el exterior".

"No sólo no hubo queja alguna del gobierno con Chirac, en el propio gobierno francés se reconoció que el tema de Aguas Argentinas era «una piedra en el zapato»".

"Dicha calificación pone en evidencia que la medida asumida por la Argentina mal puede ser calificada como repentina", explicó Taiana en declaraciones a la agencia Télam.

El ministro dijo que el tema "ha sido materia de preocupación" del Gobierno desde hace más de dos años" y recordó que, durante el encuentro bilateral del año pasado, Kirchner se refirió de modo específico a las inversiones francesas en la Argentina. "Habló de la necesidad de seguir profundizando las relaciones con Francia", comentó Taiana.

de salida del país [illegible] los Jean Bernard Lemire, Al[illegible] De Royere y Conrado B[illegible] la causa iniciada por el de Zamora, Jorge Rossi, alto contenido de nitrat[illegible] en ese partido por Agua[illegible] cibimos ninguna notifi[illegible] CION en París Luan Green que respalda a sus direc[illegible]

Más tarde, el juez C[illegible] rechazó el pedido del fi[illegible]

C[illegible]

MONDINO CONTRA AGUAS Y EL GOBIERNO



"La rescisión soluciona una parte del problema, lo que resta ahora es rediseñar el modelo de prestación del servicio. No entiendo por qué se tardó tanto"

$ 1712 millones
■ Suman los juicios contingentes

US$ 670 millones
■ Es la deuda de la concesionaria

$ 144 millones
■ Es la inversión inmediata

$ 205 millones
■ Se desembolsarán el próximo año

Mondino pidió trabar cuentas

Por los juicios contingentes, que sumarían $ 1712 millones

Por Josefina Giglio
De la Redacción de LA NACION

¿Quién pagará los juicios contingentes iniciados contra Aguas Argentinas por los usuarios que reclamaron por una insuficiente presión de agua, la inundación por elevación de las napas freáticas y cobros de más en las facturas?

Este es uno de los temas que la transición del servicio de manos privadas al Estado todavía no ha resuelto. En total, los reclamos podrían sumar un pasivo contingente de 1712 millones de pesos, según un estudio del equipo técnico del ombudsman nacional, Eduardo Mondino.

Ayer, Mondino pidió a la Justicia la inhibición general de los bienes de Aguas Argentinas, así como la "indisponibilidad" de sus fondos en pesos, bonos, moneda extranjera, acciones cotizables y cualquier otro tipo de valores depositados actualmente en cuentas bancarias, para "salvaguardar los intereses de esos ciudadanos".

La presentación fue realizada en la causa que se tramita contra Aguas Argentinas ante el Juzgado Civil y Comercial 6° a cargo del juez Francisco de Asís Soto. Además, Mondino pidió a la Justicia que disponga de manera "urgente" la medida, "antes de que el estado patrimonial de Aguas Argentinas –su pasivo contingente– se diluya".

La demanda tiene una estimación mínima de daños por 408 millones de pesos; se trata del monto establecido por la resolución 29/99 del Etoss (ente regulador del sector), para aquellos clientes que sufren deficiencias en la presión del agua. El Defensor del Pueblo es parte en la acción judicial contra Aguas en la que se reclama la devolución de los montos resultantes por el incumplimiento de la resolución.

Las causas fueron iniciadas por usuarios (representados en muchos casos por asociaciones de consumidores) de los partidos bonaerenses de Tigre, San Fernando, Morón, San Martín, Avellaneda, Lanús, La Matanza, Tres de Febrero, Lomas de Zamora, Almirante Brown y Esteban Echeverría.

Hay otros reclamos iniciados por el deterioro de viviendas debido al ascenso de las napas freáticas y por facturaciones mal hechas por servicios que no fueron prestados.

Por la elevación de las napas freáticas, habría entre 100.000 y 150.000 viviendas afectadas en la Capital Federal y el conurbano bonaerense. El valor del perjuicio emergente, cita el informe del ombudsman, asciende a 675 millones de pesos.

Por facturación después del corte del servicio, la cifra reclamada ascendería a 193 millones de pesos (período 2000-2005), mientras que el reclamo por el mal funcionamiento del sistema de facturación a los clientes no residenciales (afectaría a unos 400.000 usuarios comerciantes e industriales que no poseen medidores) ascendería a $ 436 millones. Aquí también la empresa habría incumplido la resolución 1670 del Etoss, que manda a la empresa a refacturar a quienes cobró de más.

Estas deudas se suman a los 670 millones de dólares que Aguas Argentinas pidió prestados en su momento (la mitad a organismos multilaterales de crédito), deuda que ahora quedará a cargo de la sociedad residual, ya que los bienes y la operación del servicio pasaron a Agua y Saneamientos Argentinos (AySA), otra razón social.

El ombudsman recordó que ya en 2002 había pedido la rescisión del contrato con Aguas Argentinas, con el argumento de que el modelo de concesión y el contrato "eran inviables". "Lo que no entiendo es por qué el Gobierno tardó tanto tiempo en rescindir la concesión", dijo Mondino a LA NACION. "Esta es una buena oportunidad para cambiar el modelo", concluyó.

DANIEL E. SALLABERRY ABOGADO C.S.J.N. T° 24 F° 909 C.A.V. F° 52 C.A.T. 20-12605812-0

Advierten sobre una posible "catástrofe sanitaria"

Crítico informe sobre el Riachuelo

La Auditoría General de la Nación presentará hoy un detallado trabajo a ONG

La Auditoría General de la Nación presentará hoy a varias organizaciones no gubernamentales un detallado informe sobre la grave situación ambiental por la que atraviesa el Riachuelo y en el que advierte sobre una posible "catástrofe sanitaria".

El informe, al que tuvo acceso La Nacion, sostiene: "De producirse una contingencia ambiental nos encontraríamos ante una catástrofe sanitaria, ya que se registran en el área al mismo tiempo altos niveles de contaminación en las aguas superficiales, suelos y en las aguas subterráneas, y una población vulnerable debido a que tiene necesidades básicas insatisfechas, lo que aumenta los niveles de riesgo".

Y agrega que en la red que operaba la empresa Aguas Argentinas, ahora en manos del Estado, "la toma de agua de General Belgrano se encuentra entre el emisario de Berazategui (que vierte cloacales sin tratamiento) y la desembocadura del Riachuelo, por lo que, en el caso de una contingencia meteorológica especial, podría producirse una contaminación que generaría emergencia sanitaria".

Según detalla el informe oficial, el vertido cloacal sin tratamiento es una de las principales fuentes de contaminación de las aguas por su aporte de materia orgánica, aunque también agrega que la situación se torna más compleja con la presencia en altos niveles de hidrocarburos y de metales pesados.

"A esto se le suma que en el área de Dock Sud [en el partido de Avellaneda] hay alrededor de 50 establecimientos industriales, entre los que se destacan, por su magnitud, dos refinerías de petróleo, ocho plantas de recepción y almacenaje de petróleo y sus derivados; el almacenaje de productos químicos y una central eléctrica", describe el trabajo. Las promesas oficiales hablaban de la mudanza gradual del Polo Petroquímico en una década. Pero los avances son lentos.

El informe también se refiere al área que cubre la Cuenca Matanza-Riachuelo, la que presenta una alta sensibilidad social: "Parte de los terrenos, depreciados, de bajo valor fiscal, se convirtieron en asiento del bolsón de pobreza más extendido del país: existen 13 villas de emergencia ubicadas en el curso inferior del río".

La Auditoría, además, observa que el Comité Ejecutor creado en la década del 90 fue casi un sinsentido. "Aunque el Comité nunca fue constituido como autoridad de cuenca y carecía de las funciones para cumplir con su cometido, se pretendió que llevara adelante un programa de saneamiento ponderado en más de 800 millones de dólares y que ponderó un préstamo BID que, junto a los aportes argentinos, significaba un presupuesto de 500 millones de dólares".

A esto se agrega –dice el informe– que "la ejecución del préstamo BID fue muy baja". Según el detalle, los fondos directos aportados por el organismo internacional sólo alcanzó a 7.762.790 dólares, de los 250 millones originales. Y, en cuanto a los fondos propios, la inversión llegó a 45.312.675 pesos/dólares. La mayor parte de ese dinero estuvo destinada a las tareas de consultoría y obras hidráulicas. Y, en 2002, 150 millones fueron redireccionados a Desarrollo Social.

Hace dos años, un informe de la Defensoría del Pueblo de la Nación había declarado la emergencia ambiental. Las alarmas siguen sonando.

Laura Rocha

En audiencia pública

Discuten la reforma del Código de Planeamiento

Para admitir que se instalen industrias

El ministro de Producción porteño, Enrique Rodríguez, y el de Medio Ambiente, Marcelo Vensentini, defendieron ayer durante una audiencia pública en la Legislatura un proyecto de ley que impulsa reformas al Código de Planeamiento Urbano, que permitirá la instalación de empresas industriales en más barrios y el emplazamiento de centros de reciclaje, entre otras cosas.

Rodríguez reiteró la intención del gobierno de "conformar una red de empresas industriales y de servicios, ya que la ciudad de Buenos Aires posee condiciones óptimas para lograrlo teniendo en cuenta que el 75 por ciento de las empresas son pymes". A su vez, agregó que "se trabajará junto al Banco Ciudad que aportará 40 millones de pesos para la producción".

Durante la audiencia, de la que par-



180

REITERAN PEDIDO DE PRONTO DESPACHO. SE RESUELVA.

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

DANIEL EDUARDO SALLABERRY, **HORACIO R. BELOSSI,** por la parte actora, con domicilio constituido en la calle Tucumán 1429 piso 7° depto. "D", Capital Federal en los autos caratulados: "**MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ Daños y Perjuicios por Contaminación Ambiental Cuenca Matanza Riachuelo", (Expte. N° M 1569 /2004)**, a V.E decimos:

Que, habiendo transcurrido ocho (8) meses de nuestro anterior requerimiento de pronto despacho y veintiún (21) meses desde que se presentamos la demanda y la medida cautelar (julio de 2004); lo que exeede ampliamente los limites de razonabilidad con que dichas medidas deben resolverse, mas aun, cuando -como en el caso- se encuentra en riesgo prioritarimante la salud de menores y el interés colectivo; y ante la posibilidad de una catástrofe sanitaria, situación que tiende a agravarse con el paso del tiempo, venimos a insistir en la necesidad de que V.E se pronuncie resolviendo la cuestión planteada.

Que, la necesidad y urgencia del pronunciamiento que se pide se encuentra motivada y avaladas por dos nuevos hechos estrechamente relacionadas con la causa en examen:

a) La nota publicada en el diario "La Nación" de fecha 24 de Marzo de 2006 Pág. 2, Secc. 2da., titulada "MONDINO PIDIO TRABAR CUENTAS", en la que el Sr. Defensor del Pueblo informa acerca de la responsabilidad de AGUAS ARGENTINAS por juicios contingentes, los que sumarían $ 1.712 millones. Resulta una obviedad decir que habiéndosele rescindido el

contrato a dicha empresa y aprestándose a retirarse del país, siendo ésta una de las codemandadas en esta causa, se encuentra ampliamente reunido a su respecto el requisito de "peligro de la demora" invocado en el escrito de inicio y, por ende, la viabilidad y procedencia de la medida.

b) La nota publicada en el Diario "La Nación"del día 6 de abril" y el informe de la **AUDITORÍA GENERAL DE LA NACION** sobre Auditoria de Gestión Ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo (1995-2005) presentado y difundido públicamente el día 06/04/06, que acompañamos en soporte magnético CD y papel, en el que se advierte que: ***"De producirse una contingencia ambiental, nos encontraríamos ante una catástrofe sanitaria, ya que se registran en el área, al mismo tiempo altos niveles de contaminación en las aguas superficiales, suelo y aguas subterráneas y una población vulnerable a las condiciones ambientales negativas, debido a que tiene necesidades básicas insatisfechas, lo que aumenta los niveles de riesgo",*** (Conclusiones, Pág. 40, 3er. Párrafo).

Que, así las cosas, corresponde y así lo solicitamos al Excmo. Tribunal, resuelva con carácter de urgente y pronto despacho en el mas breve plazo la medida cautelar solicitada haciendo lugar a la misma en todas sus partes.

Proveer de conformidad con lo solicitado, que

SERA JUSTICIA

Dr. HORACIO RODOLFO BELOSSI
C.S.J.N. Tº 1 - Fº 3094
C.A.L.P. Tº 54 - Fº 17

DANIEL E. SALLABERRY
ABOGADO
Tº 24 Fº 909 C.S.J.N.
Tº XXXV Fº 52 C.A.L.P.
CUIT 20-12605812-09

Si///

181

H/ que

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
JUICIOS ORIGINARIOS

06 ABR 07

001

sin

JOSE MARIA IRIGARAY
SECRETARIO LETRADO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

M. 1569. XL.
"Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios-daños derivados de la contaminación ambiental Río Matanza-Riachuelo".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
Juicios Originarios

///nos Aires, 20 de junio de 2006.

No corresponde dar curso a la intervención que el Defensor del Pueblo de la Nación pretende llevar a cabo como *Amigo del Tribunal* en esta etapa del proceso, pues la petición ha sido efectuada prematuramente en la medida en que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1° del reglamento aprobado por la acordada 28/2004, esas presentaciones sólo se admiten con posterioridad al llamamiento de autos para sentencia.

En consecuencia, resérvese en secretaría para su ulterior devolución al presentante.

CRISTIAN S. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

REGISTRADO EN EL
Tomo 257 Folio
EN EL LIBRO DE SENTENCIAS

Corte Suprema de Justicia de la Nación

CRISTIAN S. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Buenos Aires, Veinte de junio de 2006.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 14/108 se presentan las diecisiete personas que se individualizan en el punto 1 de ese escrito, ejerciendo derechos propios, y algunos de ellos también en representación de sus hijos menores, e inician demanda contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las cuarenta y cuatro empresas que allí se indican, por los daños y perjuicios que, según sostienen, se les han ocasionado, y acumulan a dicha acción la pretensión de que se condene a los demandados a fin de dar término y recomponer la situación que denuncian.

2°) Que los demandantes relatan que la cuenca del río Matanza - Riachuelo tiene una población de 3.000.000 de habitantes, y abarca parte de la Capital Federal y once partidos de la Provincia de Buenos Aires. Indican que desde el punto de vista ambiental las zonas más críticas de la cuenca son la portuaria del Riachuelo y aquélla altamente industrializada a lo largo del río, desde su desembocadura hasta las cercanías de Villa Diamante y Fiorito. Detallan los distintos tramos en los que aquél puede ser dividido y señalan que el que individualizan —según diversos estudios realizados— como Tramo II, y que nace a partir de la desembocadura de los arroyos Cañuelas y Chacón, es receptor de importantes efluentes industriales con tratamiento inadecuado o inexistente. Indican que a partir de allí desciende bruscamente su calidad, llegando a transformarse a la altura del arroyo Santa Catalina en un curso de agua que, según denuncian, "se asemeja a un líquido cloacal en condiciones anaeróbicas".

Señalan que entre las fuentes de contaminación del río se destacan las industrias, que en la mayoría de los casos vierten sin depuración al río y al suelo los líquidos que

utilizan, conjuntamente con residuos sólidos tóxicos y peligrosos. Las empresas que desarrollan dichas actividades, según afirman, evidencian un estancamiento tecnológico y un estado ambiental deficiente.

Manifiestan que el río en su parte media está fuertemente contaminado, pero en su parte inferior y zona portuaria está altamente contaminado, ya que contiene un grado muy elevado de metales pesados y compuestos orgánicos, con fuerte presencia de hidrocarburos totales y pesticidas "organoclorados".

A todo ello se agrega la inexistencia de sistemas cloacales y la consiguiente vertiente en el río de los desechos correspondientes, como así también de desperdicios de todo orden provenientes de basurales inadecuados.

Tal estado de cosas, según ponen de resalto en el escrito inicial, ha provocado también la existencia de un gran número de terrenos potencialmente contaminados, con impacto en las aguas subterráneas y superficiales, y en los suelos.

3°) Que en el escrito inicial, y a fin de especificar cuáles son los ítems y a cuánto asciende su reclamo por el resarcimiento de los daños ocasionados como consecuencia de la contaminación, los actores se dividen en dos grandes grupos. El primero de ellos, comprende a las personas que habitan en el asentamiento al que denominan "Villa Inflamable", situada en Dock Sud, partido de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires; y el segundo, a los que individualizan como los vecinos afectados que poseerían en común la característica de desempeñarse como profesionales, ya sean médicos, psicólogos, odontólogos, enfermeros, en el Hospital Interzonal de Agudos Pedro Fiorito de la ciudad de Avellaneda, y que se domicilian, según se denuncia en autos, en Wilde, Avellaneda,

ISTIAN G. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Villa Domínico, y Capital Federal en el barrio de "La Boca".

El resarcimiento que se pretende busca reparar la incapacidad sobreviniente que se alega, los gastos por tratamientos médicos, gastos por nueva radicación en los supuestos que específicamente indican, daño moral, daño psíquico sufrido por madres y padres y sus hijos, el daño futuro —comprensivo de los gastos que habrá que realizar, según sostienen, para liberar a los niños de la contaminación que portan en su organismo—, y la pérdida del valor locativo de los inmuebles que habitan según los casos. El total del reclamo asciende a la fecha de interposición de la demanda a la suma de 5.161.500 pesos.

4°) Que otras de las pretensiones que se plasman en la demanda son el interés de que se resarza el daño infringido al medio ambiente y la recomposición de éste.

Al efecto se expone que, según su postura, el art. 27 de la ley 25.675 diferencia el daño ambiental *per se* del daño a los individuos a través del ambiente; y que, en consecuencia, el juez debe meritar los daños perpetrados y adoptar la medidas, que también solicitan, teniendo en cuenta si el daño ambiental ocasionado es irreversible o no.

De esa distinción extraen diversas consecuencias, tales como que, en el caso de los bienes colectivos cuya situación pueda revertirse, se fije una indemnización destinada a crear un fondo común de recomposición, o patrimonio de afectación, para solventar los gastos que irrogue llevar adelante los mecanismos antrópicos de recomposición del ecosistema, el que debería contribuir a sustentar los costos de las acciones de restauración que lleven a minimizar el daño generado. Proponen a la consideración del Tribunal que ese "fondo público" persiga entre sus objetivos cuidar el ambiente, velar por su protección y su restauración a favor del benefi-

ciario de la fiducia que es el público en general, y contribuya a sustentar los costos de las acciones de la restauración que puedan minimizar el daño generado. Requieren que aquél se integre con fondos públicos y privados, provenientes estos últimos de las tasas que se impongan a los agentes demandados, sin perjuicio del derecho de regreso que corresponda contra el sujeto agente contaminador en el caso en que pueda ser identificado.

En cuanto a los bienes dañados en forma irreversible, requieren que se fije una indemnización en concepto de daño moral colectivo para reparar la minoración en el goce que la comunidad obtenía del bien dañado, a través de una compensación que deberá establecer el Tribunal dada la laguna legislativa existente al respecto, y que no tendrá un beneficiario en particular sino la comunidad vecinal toda. Los interesados piden a la Corte que, una vez constituido el fondo, su administración no quede a cargo de los estados demandados, ya que, según manifiestan, han sido ellos los que han omitido proteger el bien colectivo y de esa manera han contribuido a la afectación por la que reclaman.

5°) Que los actores le atribuyen al daño ambiental que denuncian particularidades especiales y, en su mérito, requieren que en el *sub lite* se flexibilicen las disposiciones procesales, en tanto no se conculque la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, requiriendo que el Tribunal tenga una participación activa, y que no se genere un expediente de largo trámite que, al decir de las posiciones doctrinales que citan, no sirve a la víctima, a la comunidad, ni a los que habrían ocasionado el daño que denuncian.

En ese marco, y sobre la base de considerar que la afectación al medio ambiente es intolerable y que puede ser irreversible, solicitan que se dicten distintas medidas cau-

CRISTINA S. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

telares, a cuyo efecto sostienen que resulta "una obviedad decir que la urgencia en evitar la actividad contaminante del medio ambiente y su incidencia directa sobre la salud de los actores y la población en general confluyen en el caso para dar motivación y fundamento suficiente a la medida innovativa y/o autosatisfactiva que se peticiona con base en esa alta probabilidad del derecho" (ver fs. 97); y agregan que al no haberse previsto en la actualidad acciones vinculadas con el saneamiento de la cuenca, existe la "elocuente posibilidad" de que si no se toman las medidas asegurativas que solicitan, se agrave la situación de los actores y del medio ambiente, y se corra el riesgo de que quienes en definitiva resulten individualizados como agentes contaminantes alteren su patrimonio o soliciten su concurso (ver fs. 98).

El requerimiento efectuado en ese sentido puede ser sintetizado en: a) la creación de un fondo público, que tenga por fin en su momento reparar el daño ocasionado a las víctimas, y que durante la sustanciación del proceso permita llevar adelante acciones que busquen modificar la situación denunciada; b) el pedido al Poder Ejecutivo Nacional de que reanude y continúe hasta su finalización el Plan de Gestión Ambiental de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza - Riachuelo; c) la implementación de medidas en orden a la inmediata atención de la salud de la población ribereña de la cuenca; d) la anotación de litis en la Inspección General de Justicia, en el Registro Público de Comercio y en los Libros de Accionistas de cada una de las empresas codemandadas.

6°) Que en este estado de la causa corresponde al Tribunal delimitar las pretensiones con precisión a fin de ordenar el proceso, debiendo, a tales fines, distinguirse dos grupos.

La primera reclamación se refiere al resarcimiento

de la lesión de bienes individuales, cuyos legitimados activos son las personas que se detallan en el considerando primero, y que reclaman por el resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente (punto 6. fs. 56 vta./75).

La segunda pretensión tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente (fs. 75/76). En este supuesto los actores reclaman como legitimados extraordinarios (Constitución Nacional, arts. 41, 43, y 30 de la ley 25.675) para la tutela de un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento (art. 28, ley citada).

En la presente causa y tal como fue planteada la demanda, la acumulación de pretensiones intentada resulta inadmisible en esta jurisdicción originaria de la Corte Suprema, pues la adecuada ponderación de la naturaleza y objeto respectivos demuestra que no todas ellas corresponden a la competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

7°) Que la cláusula incorporada por la reforma de 1994 en el art. 41 de la Constitución Nacional, situado en un nuevo capítulo de la parte dogmática llamado "Nuevos Derechos y Garantías" establece que "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley".

CRISTIAN S. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el art. 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna.

Desde esta premisa estructural, pues, es que el art. 7° de la ley 25.675 prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica en el *sub lite* en la medida en que, por un lado, están involucradas más de una jurisdicción estatal; y en que, por el otro, dos de las pretensiones promovidas tienen en mira ese presupuesto atributivo de competencia —la degradación o contaminación de recursos ambientales— al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial (art. 27, ley citada; causa C.1732.XL "Confederación General del Trabajo (C.G.T. - Consejo Directivo de la C.G.T., Regional Santiago del Estero c/ Tucumán, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo", sentencia del 20 de septiembre de 2005).

En las condiciones expresadas, el carácter federal de la materia y la necesidad de conciliar el privilegio al fuero federal que corresponde al Estado Nacional, con la condición de aforada a esta jurisdicción originaria de parte del Estado provincial, la única solución que satisface esas prerrogativas jurisdiccionales es declarar la competencia originaria del Tribunal que prevé el art. 117 de la Constitución Nacional con respecto a las pretensiones contenidas en el punto 7 del escrito de demanda.

8°) Que esa declaración, en cambio, no se extiende a la pretensión que tiene por objeto la indemnización de los daños individuales que los demandantes invocan sufrir en sus derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

En efecto, por un lado, en asuntos de esa naturaleza debe descartarse la presencia de una cuestión que corresponda a la competencia federal por razón de la materia (conf. causa V.930.XLI. "Verga, Ángela y otros c/ TAGSA S.A. y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del día de la fecha).

Desechada esa hipótesis, cabe recordar que en los pronunciamientos dictados por esta Corte en las causas B.2303.XL "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", C.4500.XLI "Contreras, Carlos Walter c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios" y "Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios", del 21 de marzo, del 18 de abril y del 9 de mayo de 2006, respectivamente, esta Corte ha tenido oportunidad de definir un nuevo contorno del concepto de causa civil —a los efectos de determinar la competencia originaria de este Tribunal por razón de la distinta vecindad o de extranjería— limitándolo a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la rela-

CRISTIAN S. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

ción jurídica de que se trata como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible.

9°) Que con particular referencia a los daños causados por el incumplimiento de parte de un Estado provincial de las atribuciones provenientes del ejercicio del poder de policía que le corresponde sobre bienes públicos y en materia de seguridad pública, el Tribunal afirmó en la causa A.820.XXXIX "Aguilar, Patricia Marcela c/ Rey y otra (Provincia de Buenos Aires)", sentencia del 30 de mayo de 2006, que la pretensión procesal subsume el caso, entonces, en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado local por las consecuencias de su comportamiento omisivo, con indiferencia de que el deber de responder que se imputa se califique en la presunta "falta de servicio" en que habría incurrido un órgano de la provincia demandada por el cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias con fundamento en el art. 1112 y concordantes del Código Civil (doctrina del voto concurrente en Fallos: 314:661); o en su carácter de titular de dominio de un bien público del Estado provincial destinado al uso y goce de los particulares, con fundamento en los arts. 2340, inc. 7, y 1113 del Código Civil (Fallos: 292:597; 315:2834; 317:144; 327:2764, considerando 4°; o en todo caso, que se sustente en la omisión o deficiente ejercicio del poder de policía de seguridad (Fallos: 312:2138 y su cita; 313:1636; 323:305, considerando 3°; 323:318; 326:750, dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante a cuyos fundamentos remitió este Tribunal; 327:2764; entre otros).

10) Que se trata, pues, cualquiera fuese el fundamento de la responsabilidad estatal que se invoque, de un

daño que se atribuye a la inactividad u omisión del Estado provincial cuando pesa sobre éste la obligación de actuar en ejercicio imperativo del poder de policía entendido —en el contexto que aquí está en estudio— como una "potestad pública" propia del estado de derecho tendiente a la protección de la vida e integridad física y patrimonial de los particulares.

11) Que con tal comprensión, no se verifica en el *sub lite* el recaudo de causa civil exigido por el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58 para dar lugar a la competencia originaria de este Tribunal reglada por el art. 117 de la Constitución Nacional, cuando una provincia es demandada por un extranjero o por vecinos de otra provincia.

No obsta a la conclusión alcanzada la circunstancia de que en estas actuaciones la pretensión comprenda como sujetos pasivos, también, al Estado Nacional y a la ciudad de Buenos Aires, pues el privilegio federal del primero está satisfecho con la intervención de los tribunales inferiores de la Nación (art. 116 de la Constitución Nacional; arts. 2, inc. 6°, y 12, ley 48; art. 111, inc. 5°, ley 1893); y en cuanto a la segunda, porque con arreglo a la doctrina establecida en los precedentes de Fallos: 322:2859, 323:1199 y 323:3991 *no es una provincia argentina y, en consecuencia, no* le corresponde la instancia originaria del Tribunal.

Ello es así pues los miembros del Tribunal que suscriben esta decisión consideran que debe abandonarse el supuesto de competencia originaria de esta Corte reconocido a partir del caso "Celina Centurión de Vedoya c/ Provincia de Misiones", sentencia del 7 de abril de 1983, registrada en Fallos: 305:441.

Razones de trascendencia institucional como las que dieron lugar a los precedentes I.349.XXXIX "Itzcovich, Mabel

CRISTIAN S. BRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

c/ ANSeS s/ reajustes varios", en que se declaró la inconstitucionalidad del recurso ordinario que contemplaba el art. 19 de la ley 24.463, y B.2303.XL "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", sentencias del 29 de marzo de 2005 y 21 de marzo de 2006, justifican para situaciones como la presente que esta Corte utilice un riguroso criterio hermenéutico de los supuestos que dan lugar a su competencia originaria y, de este modo, llevar a cabo una profundización de su firme y enfática decisión destinada a preservar sus limitados recursos humanos y materiales para el fiel ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente y, desde esta premisa estructural, dejar de lado todos aquellos supuestos en que al amparo de una regla interpretativa diversa de la enunciada o de entronizar a principios infraconstitucionales por sobre el inequívoco carácter de excepción y restringido que impone el art. 117 de la Constitución Nacional, se asumió una intervención que corresponde que sea declinada.

12) Que en situaciones como la ventilada en el *sub lite* y en el precedente del año 1983 del cual se aparta el presente, no está en tela de juicio que ninguna de las cuatro partes es aforada ante la jurisdicción originaria del Tribunal, en los términos expresados. Son demandadas una provincia, una ciudad autónoma y el Estado Nacional por personas que son vecinos de otro estado —y en algunos casos de la misma provincia— que reclaman la indemnización de daños que habrían sufrido en sus personas y en sus bienes a título individual, en una causa que no es de naturaleza civil según lo expresado en los considerandos 9°, 10 y 11, ni predominantemente federal a diferencia de la calificada por la materia en el considerando 8°. De haber sido emplazadas por las demandantes en forma autónoma, a éstos ni a ninguna de aquéllas le

hubiese correspondido ventilar este asunto ante la jurisdicción originaria que contempla el art. 117 de la Constitución Nacional, pues no se verifica ninguna de las seis situaciones que, con sustento en la doctrina del Tribunal, prevé aquella disposición.

Si todo ello es indiscutiblemente así, por las personas y por la materia, no hay razones suficientes para que el Tribunal tome intervención sobre la base de una acumulación subjetiva de pretensiones como la promovida por los demandantes, en ejercicio de una facultad de carácter discrecional por la cual, mediante una respetable estrategia procesal, han optado por agrupar en un solo proceso a todos los estados que consideran responsables comunes de los daños cuyo resarcimiento persiguen y, de este modo, generar un supuesto de competencia originaria.

13) Que si como ha sido subrayado en los precedentes citados para recordar una clásica expresión utilizada por el tribunal desde el caso "Eduardo Sojo" del 22 de septiembre de 1887 (Fallos: 32:120) hasta los pronunciamientos más recientes, la raíz constitucional de la competencia de que se trata impide insuperablemente el reconocimiento de que pueda ser ampliada por *persona ni poder alguno*, dicha formulación sería un vano recurso retórico desprovisto de sustancia si se aceptara que unas personas, las damnificadas, mediante la utilización de un reconocido y útil instrumento procesal como es el litisconsorcio pasivo o la actuación obligada de terceros, tengan bajo su potestad exclusiva, bajo su único y solo arbitrio, generar una competencia de excepción que jamás hubieran obtenido de haber demandado separadamente a cada una de las agencias estatales sindicadas como responsables, pues ninguna de ellas es aforada ante este estrado exclusivamente constitucional para asuntos en que se controvierten materias

CRISTIAN S. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

como las que dan lugar a estas pretensiones resarcitorias.

14) Que esta Corte no ignora ni retacea las consecuencias que se derivan de institutos de índole procesal de comprobada eficacia como los concernientes al litisconsorcio, a la intervención de terceros y, en general, a los procesos con pluralidad de partes legitimadas a fin de extender los efectos de las sentencias que se dicten.

Mas tan importantes y defendibles razones de economía procesal que apuntan a evitar la duplicidad de pleitos y, en ciertos casos, el escándalo jurídico, se desvanecen desde su matriz cuando pretenden sostener un desarrollo argumentativo de fuente infraconstitucional para sortear una nítida restricción que reconoce su origen en la Ley Fundamental (Fallos: 189:121 y su cita), con la llamativa conclusión, correspondiente antes a los teoremas matemáticos que a una ciencia del derecho, que mediante una fórmula de razonamiento que al sumar tres elementos negativos –por carecer por si solos de aptitud para obtener un resultado como son las pretensiones individualmente deducidas contra cada uno de los tres estados no aforados– obtiene un resultado positivo.

Y no debe olvidarse que un examen como el que se viene llevando a cabo, además de hacer pie en el rigor de los razonamientos lógicos, tiene por objeto mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe examinar y sentenciar este Tribunal así como de no entorpecer el responsable ejercicio de las atribuciones constitucionales que la Ley Suprema ha encomendado a este Cuerpo en los asuntos que corresponden a su jurisdicción más eminente, como intérprete final de aquélla, como guardián último de las garantías superiores de las personas y como partícipe en el proceso republicano de gobierno.

15) Que, por lo demás, no deben soslayarse otras

dos razones de peso que autorizan a excluir supuestos como el presente, y de análoga construcción argumental más allá de la vía procesal seguida, de la competencia originaria del Tribunal.

Por un lado, que preserva la debida coherencia con otra situación en que a pesar de la substancial semejanza que guardaba con el presente, el Tribunal —en cambio— mantuvo inalterada su decisión de no intervenir y continuó inhibiéndose de conocer, que es aquella en que se verifica un litisconsorcio activo demandando a una provincia y en la cual con apoyo en el art. 10 de la ley 48 siempre se exigió, y se continuó haciéndolo desde 1983, la distinta vecindad o extranjería de todos los litisconsortes, a pesar de que las importantes y buenas razones de economía procesal, de preservar la unidad de la causa y de evitar el escándalo jurídico se verificaban con igual alcance y riesgo en esta clase de procesos.

Por el otro, y todavía con mayor trascendencia, que de este modo se evitará que el Tribunal se entrometa en cuestiones que no configuran una causa civil sino —en numerosa cantidad de casos— de derecho público local en los términos señalados, preservando para los estados provinciales el conocimiento de asuntos de esa naturaleza y, con esta comprensión, el fiel respeto de sus autonomías locales que les asegura el sistema federal adoptado por nuestra Constitución Nacional.

16) Que en las condiciones expresadas la acumulación subjetiva postulada en la demanda no configura ninguno de los supuestos que el art. 117 de la Constitución Nacional atribuye a la competencia originaria y exclusiva de esta Corte, por lo que las reclamaciones individuales de esta naturaleza deberán ser reformuladas por los demandantes ante los tribunales que resultaren competentes; cuya determinación

CRISTIAN G. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

surgirá según que se demandare al Estado Nacional, a quien únicamente corresponde litigar ante la jurisdicción federal (art. 116 de la Constitución Nacional; ley 48, arts. 2°, inc. 6, y 12°; ley 1893, art. 111, inc. 5°, o al Estado provincial que en esta materia –que versa sobre aspectos del derecho público provincial– sólo puede ser demandado, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional, ante sus propios tribunales locales (Fallos: 318:992).

La duplicidad de actuaciones a que dará lugar el retorno a este criterio tradicional del Tribunal o la posibilidad de que tratándose de varios juicios se dicten resoluciones contradictorias, ha sido sabiamente anticipado, considerado y definido por esta Corte en el citado precedente de Fallos: 189:121, al subrayar que esas circunstancias no son causa bastante para alterar las reglas de jurisdicción dado que ese inconveniente deriva del régimen institucional adoptado por la misma Constitución, que hace posible esa diversidad de pronunciamiento. No hay dudas, pues, de que la indiscutida raigambre constitucional de la competencia originaria y exclusiva de esta Corte impide ampliar su rígido contenido con fundamento en reglas funcionales de orden procedimental, que, inclusive, ceden en ciertos supuestos por voluntad del propio legislador (art. 188, incs. 1° a 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

17) Que más allá de lo expresado, cabe señalar con respecto a dicha pretensión que, si bien, eventualmente, podrían ser calificados como intereses individuales homogéneos, en razón de que podría haber un solo hecho ilícito que cause lesiones diferenciadas a los sujetos peticionantes, ello no surge de la demanda, en la medida en que, por el contrario, menciona diferentes supuestos de causación.

Por otra parte, la demanda no contiene una descripción precisa que permita relacionar el nexo causal que existiría entre el daño sufrido por cada uno de los actores y cada una de las empresas demandadas y tampoco existe una adecuada descripción de los grados de incapacidad de cada uno de los demandantes, así como de la entidad de las lesiones sufridas en sus patrimonios como en sus personas; todo ello obsta a su acumulación en un solo proceso.

18) Que en virtud de lo expresado, la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento.

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

19) Que para la prosecución de estos objetos procesales, no existe la información adecuada, ya que la demanda

CRISTIAN S. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

no ilustra al tribunal aspectos esenciales sobre la cuestión litigiosa. El escrito introductorio tampoco se basa en estudios actualizados, ya que se remite a publicaciones periodísticas o a informes presentados por diversos organismos hace varios años. En cuanto al bien que la demanda denomina "reversible", se pretende la creación de un fondo público que ascienda, como mínimo, a quinientos millones de dólares, para atender a la recomposición del ambiente y la satisfacción de las indemnizaciones. Sin embargo, no se aporta ningún elemento serio que permita fundar esa decisión por parte de esta Corte Suprema. En cuanto al bien que denomina "irreversible" las demandantes peticionan el pago de una suma de dinero en concepto de daño moral colectivo. Se pretende darle una finalidad satisfactiva y se pide una obra que implique un disfrute para la comunidad, pero no se aporta ningún elemento que permita identificar cuál sería esa obra y cuáles sus beneficios satisfactivos.

20) Que con arreglo a lo expresado en los considerandos anteriores, corresponde hacer uso de las facultades ordenatorias e instructorias que la ley confiere al Tribunal (art. 32, ley 25.675), a fin de proteger efectivamente el interés general.

Por ello se resuelve:

I. No hacer lugar a la acumulación objetiva de pretensiones según el alcance precisado en el considerando 6°.

II. Declarar la competencia originaria del Tribunal con respecto a las pretensiones concernientes a la prevención, recomposición y el resarcimiento del daño colectivo individualizadas en el punto 7 del escrito de demanda.

III. Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en su instancia originaria con respecto a la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales re-

clamados en el punto 6. del escrito de demanda.

IV. Requerir a las empresas demandadas para que en el plazo de treinta días informen sobre los siguientes puntos:

1. Líquidos que arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción.

2. Si existen sistemas de tratamiento de los residuos;

3. Si tienen seguros contratados en los términos del art. 22 de la ley 25.675. (art. 22: Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación".

V. Requerir al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al Cofema para que en el plazo de treinta días y en los términos de la ley 25.675:

Presenten un plan integrado (art. 5: Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley" basado en el principio de progresividad (art. 4) el que prevé que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal. Dicho plan deberá contemplar:

1. Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9 y 10).

2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 10) "teniendo en cuenta los aspectos políti-

CRISTIAN S. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

cos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y, promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable".

3. Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata.

4. Un programa de educación ambiental (art. 14: La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población).

5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada (art. 16: "Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada." (art. 18: "Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre el puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evalua-

ción sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional".

VI. Convocar a una audiencia pública a realizarse en la sede de esta Corte el día 5 de septiembre de 2006 a las once, en la cual las partes deberán informar en forma oral y pública al Tribunal sobre el contenido de lo solicitado en el punto anterior.

VII. Hacer saber a la actora que deberá aportar a su escrito de demanda, en el plazo de treinta días, la información requerida según el alcance establecido en el considerando 19.

VIII. Diferir hasta que se cumpla con el recaudo señalado y la celebración de la audiencia el tratamiento y decisión de las medidas cautelares requeridas.

IX. Hacer saber a las demandadas que la información requerida en los puntos precedentes deberán acompañarla también en soporte informático. Notifíquese.

ENRIQUE S. PETRACCHI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARLOS S. FAYT

VO-//-

CARMEN M. ARGIBAY

RICARDO LUIS LORENZETTI

CRISTIAN S. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos del 1° al 7° del proyecto de la mayoría.

Considerando:

8°) Que esa declaración no comprende a la pretensión que tiene por objeto la indemnización de los daños individuales que los demandantes invocan sufrir en sus derechos patrimoniales y extrapatrimioniales.

Ello es así porque en el caso se encuentra en juego el poder de policía de salubridad o medio ambiente, al que resultan aplicables idénticas conclusiones que las expuestas por este Tribunal en materia del nacimiento de responsabilidad por el ejercicio del poder de policía de seguridad.

En consecuencia, el ejercicio aun deficiente de ese poder de policía que corresponde al Estado —o, en su caso, a las provincias—, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138; causa C.712.XL. "Córdoba, Ramona Ana Remigia y otro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ beneficio de litigar sin gastos", del 22 de marzo de 2005 y sus citas.

9°) Que ello excluye el carácter de parte sustancial de los estados demandados en este aspecto del reclamo, lo que determina que este último sea ajeno a la competencia originaria del Tribunal (Fallos: 316:604, entre muchísimos otros).

10) Que en virtud de lo expresado, la presente cau-

sa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento.

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

11) Que para la prosecución de estos objetos procesales, no existe la información adecuada, ya que la demanda no informa al tribunal aspectos esenciales sobre la cuestión litigiosa. El escrito introductorio tampoco se basa en estudios actualizados, ya que se remite a publicaciones periodísticas o a informes presentados por diversos organismos hace varios años. En cuanto al bien que la demanda denomina "reversible", se pretende la creación de un fondo público que ascienda, como mínimo, a quinientos millones de dólares, para atender a la recomposición del ambiente y la satisfacción de las indemnizaciones. Sin embargo, no se aporta ningún elemen-

CRISTIAN S. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

to serio que permita fundar esa decisión por parte de esta Corte Suprema. En cuanto al bien que denomina "irreversible" las demandantes peticionan el pago de una suma de dinero en concepto de daño moral colectivo. Se pretende darle una finalidad satisfactiva y se pide una obra que implique un disfrute para la comunidad, pero no se aporta ningún elemento que permita identificar cuál sería esa obra y cuáles sus beneficios satisfactivos.

12) Que con arreglo a lo expresado en los considerandos anteriores, corresponde hacer uso de las facultades ordenatorias e instructorias que la ley confiere al Tribunal (art. 32, ley 25.675), a fin de proteger efectivamente el interés general.

Por ello se resuelve:

I. No hacer lugar a la acumulación objetiva de pretensiones según el alcance precisado en el considerando 6°.

II. Declarar la competencia originaria del Tribunal con respecto a las pretensiones concernientes a la prevención, recomposición y el resarcimiento del daño colectivo individualizadas en el punto 7 del escrito de demanda.

III. Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en su instancia originaria con respecto a la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales reclamados en el punto 6. del escrito de demanda.

IV. Requerir a las empresas demandadas para que en el plazo de treinta días informen sobre los siguientes puntos:

1. Líquidos que arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción.

2. Si existen sistemas de tratamiento de los residuos;

3. Si tienen seguros contratados en los términos del art. 22 de la ley 25.675. (art. 22: Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgo-

sas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación".

V. Requerir al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al Cofema para que en el plazo de treinta días y en los términos de la ley 25.675:

Presenten un plan integrado (art. 5: Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley" basado en el principio de progresividad (art. 4) el que prevé que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal. Dicho plan deberá contemplar:

1. Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9 y 10).

2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 10) "teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y, promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable".

3. Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro

empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata.

4. Un programa de educación ambiental (art. 14: La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población).

5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada (art. 16: "Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada." (art. 18: "Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre el puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional".

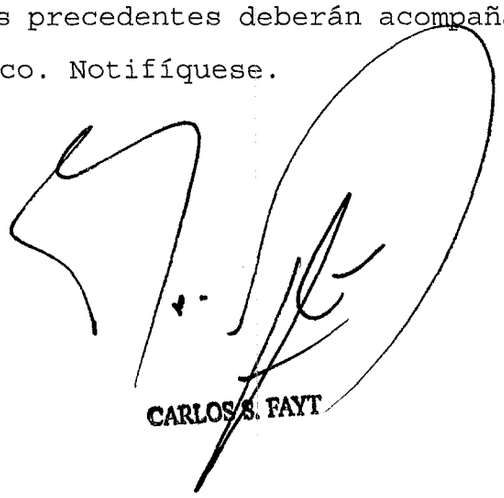
VI. Convocar a una audiencia pública a realizarse en la sede de esta Corte el día 5 de septiembre de 2006 a las once, en la cual las partes deberán informar en forma oral y pública al Tribunal sobre el contenido de lo solicitado en el punto anterior.

VII. Hacer saber a la actora que deberá aportar a su

escrito de demanda, en el plazo de treinta días, la información requerida según el alcance establecido en el considerando 11.

VIII. Diferir hasta que se cumpla con el recaudo señalado y la celebración de la audiencia el tratamiento y decisión de las medidas cautelares requeridas.

IX. Hacer saber a las demandadas que la información requerida en los puntos precedentes deberán acompañarla también en soporte informático. Notifíquese.



Profesionales intervinientes: **Los actores individualizados a fs. 14, representados por Miguel Araya, Daniel Eduardo Salaberry, Santiago Andrés Kaplun,** y asistidos por los doctores **Jorge Mosset Iturraspe y Horacio Rodolfo Belossi**

197

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACION
UJIERIA

Cédula N°: 12592/06
Urgente

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
JUICIOS ORIGINARIOS

Señor/a ARAYA MIGUEL
SALLABERRY DANIEL EDUARDO
KAPLUN SANTIAGO ANDRES
MOSSET ITURRASPE JORGE
BELOSSI HORACIO RODOLFO

Calle TUCUMAN 1429 PISO 7° "D" Constituido

La Secretaría de Juicios Originarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace saber que en los autos
MENDOZA, BEATRIZ SILVIA Y OTROS
C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (DAÑOS DERIVADOS DE LA CONTAMINACION AMBIENTAL DEL RIO MATANZA-RIACHUELO)

(Expte M- 1569/04 ORI), el Tribunal con fecha 20 de junio de 2006, ha dictado Resolución cuya copia se acompaña.

Buenos Aires, 20 de junio de 2006

Dr. SANTIAGO DERROTARAN
PROSECRETARIO JEFE
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

OHO

En 20 (veinte) de junio de 20 06 siendo las 15.45 horas solicité en el domicilio precedentemente indicado al requerido y 15 habiéndolo encontrado le entregué copia de la presente a Juez de Jg. y gr. Daniel Eduardo Salaberry, en Legajo de la mencionada resolución

firmado en prueba de ello ante mí de lo que doy fe.-

DANIEL SALABERRY

ALEJANDRO M. LARA
SECRETARIO ADMINISTRATIVO - UJIER
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

20/06/06 - 15.45 — Daniel Eduardo Salaberry (Juez)

El 21 de Junio de 2006 Juan Pablo Jorge (letrado autorizado por el Defensor del Pueblo de la Nación) retiró escrito presentado el 8 de Junio de 2006 junto con la documentación que en este se detalla, de conformidad con lo ordenado fs. 182. Conste ——.

En 26 de junio de 2006 el Sr. Daniel E. Salvador T 24 F 909 CSJN retiró 9 (nueve) fs. firmados dirigidos al Gobierno Ciudad Aut BS AS. Provincia BS AS y Estado Nacional. Conste.

NORA CAMAROTA
PROSECRETARIA ADMINISTRATIVA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 22 de junio de 2006.

A la Sra. Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la
Nación
Dra. Laura Monti
S / D

Me dirijo a Ud. en mi carácter de Secretario a cargo de la Secretaría de Juicios Originarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,, a fin de comunicarle que en el Acuerdo del 20 de junio ppdo., se dictó resolución -cuya copia se acompaña- en las siguientes causas en las que el Ministerio Público hubo tomado intervención:

- M.1569 "MENDOZA, BEATRIZ SILVIA Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"
- L.253 "LUZURIAGA, LISANDRO MARCELO C/ TIERRA DEL FUEGO, PROVINCIA DE S/ AMPARO"

Saludo a Ud. atentamente.

Juan Rodas
27/6/06

JPS

AMPLIO DEMANDA - SOLICITO SE AMPLIE RESOLUCION

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Dr. Daniel Eduardo Sallaberry, apoderado de la actora, con domicilio constituído en la calle Tucumán 1429 piso 7° D (zona 102) t.e. 4374-9974 belsar@doctor.com, con el patrocinio letrado del Dr. Horacio Rodolfo Belossi, en los autos caratulados: **"MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (DAÑOS DERIVADOS DE LA CONTAMINACION AMBIENTAL DEL RIO MATANZA - RIACHUELO)" expte. M - 1569/04 ORI**, a la Excma. Corte digo:

I) Que por decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 304/2006, la empresa Aguas y Saneamiento Sociedad Anónima (AySA S.A.) resulta la nueva prestadora del servicio de aguas y saneamiento en reemplazo de la codemandada Aguas Argentinas S.A., por lo que vengo a ampliar la demanda respecto de Aguas y Saneamiento Sociedad Anónima (AySA S.A.) con domicilio en la calle Ríobamba N° 750 de esta ciudad.

II) Que vengo a solicitar se amplíe el Punto "IV" -pag. 18- de la resolución de fecha 20/06/2006 en cuanto al requerimiento formulado a las empresas codemandadas para que además de que informen los líquidos que arrojan al río, (volumen, cantidad y descripción) lo hagan también respecto a residuos y desechos sólidos y emisión de gases.

Proveer de conformidad que SERA JUSTICIA.

DR. HORACIO RODOLFO BELOSSI
C.S.J.N. T° 1 - F° 398
C.A.L.P. T° 34 - F° 17

DANIEL E. SALLABERRY
ABOGADO
T° 24 F° 809 C.S.J.N.
T° XXXV F° 82 C.A.L.P.
CUIT 20-12695812-09

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA

06 JUL [illegible]

con
sin

NORA CAMAROTA
PROSECRETARIA ADMINISTRATIVA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Corte Suprema de Justicia de la Nación

///nos Aires, 27 de junio de 2006.

En orden a lo solicitado, amplíase el informe requerido en el punto IV, apartado 1, del pronunciamiento del pasado veinte de junio, incluyendo lo concerniente a los residuos y desechos sólidos y emisión de gases.

RICARDO LUIS LORENZETTI

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARLOS S. FAYT

CARMEN M. ARGIBAY

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Corte Suprema de Justicia de la Nación

///nos Aires, 27 de junio de 2006.

Tiénese por ampliada la demanda contra "Aguas y Saneamiento Sociedad Anónima" (AySA S.A.), a la que se le requerirá el informe ordenado por el Tribunal en su pronunciamiento del pasado 20 de junio.

CRISTIAN S. ABRITTA
SECRETARIO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

CIDH suspende construcción de represa hidroeléctrica Belo Monte, Brasil, y respalda derecho de los Pueblos Indígenas a la consulta previa
Re: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=529

Autor(a): Sandy El Berr
Latinoamérica
14-04-2011

El primero de abril del 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos (OEA), otorgó una medida cautelar[1] a beneficio de las comunidades indígenas de la Cuenca del Río Xingú, en el estado de Pará, Brasil. En ella solicita al gobierno de Brasil suspender de inmediato el proyecto de licencia y construcción de la mega represa hidroeléctrica Belo Monte. La CIDH sostiene que la obra pone en peligro la vida y la integridad personal de las comunidades indígenas habitantes de la cuenca, entre ellas, comunidades en aislamiento voluntario. La medida se tomó en respuesta a una denuncia en noviembre del 2010 por una coalición de organizaciones de la sociedad civil, en nombre de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto.

La CIDH solicita al gobierno de Brasil informar a la OEA, dentro de un plazo de 15 días, sobre el cumplimiento de la resolución, y presentar periódicamente información actualizada al respecto. Asimismo, exige al gobierno el cumplimiento de 4 condiciones mínimas antes de iniciar cualquier obra relacionada a la construcción de la represa[2]:

1. Realizar procesos de consulta previa, libre e informada, cuyo objetivo sea llegar a un acuerdo, a cada una de las comunidades beneficiarias de la medida cautelar, de manera que sean culturalmente adecuadas.
2. Garantizar de forma previa a la realización de consultas, el acceso de las comunidades indígenas a los Estudios de Impacto Ambiental y Social del proyecto, en un formato accesible en cuanto al contenido, y traducidos a los respectivos idiomas indígenas.
3. y 4. Adoptar medidas urgentes para proteger la vida de las comunidades indígenas en aislamiento voluntario y su existencia colectiva como tales, así como para prevenir la diseminación de epidemias y enfermedades entre las comunidades indígenas afectadas por el complejo hidroeléctrico.

Pautas importantes en cuanto al derecho a la consulta y al consentimiento

La decisión de la CIDH de suspender la obra de Belo Monte es un hito para los Pueblos Indígenas[3] y pobladores ribereños afectados, y diversas organizaciones ambientales, de Derechos Humanos y de la sociedad civil brasilera; en su larga lucha de más de 20 años contra el mega proyecto. Al mismo tiempo, respalda el derecho de los Pueblos Indígenas a la consulta previa, al consentimiento, y a sus tierras y territorios.

La resolución de la CIDH es coherente con su informe “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales”, publicado en su página web en 2010. Ambos documentos resaltan, por ejemplo, que el fin de la consulta debe ser el consentimiento o llegar a un acuerdo.[4] Es un punto importante a resaltar, tomando en cuenta la inclinación de varios gobiernos latinoamericanos de entender la consulta, si es que se realiza, como si fuera el cumplimiento de requisitos *pro forma*, tal como lo ha mostrado y criticado la CIDH en el mencionado informe.[5]

En el caso de la represa Belo Monte, que sería la tercera mayor del mundo, la obtención del consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas es de suma importancia, porque su construcción y posterior funcionamiento tendrá graves repercusiones sociales y ambientales. Según International Survival [6] y el Expert Panel [7], el proyecto prevé, por ejemplo, el desvío de una gran parte del curso del río Xingú y sus tributarios, y se calcula la destrucción de más de 1.500 km cuadrados de superficie de tierras, lo que provocará daños irreparables y la pérdida en la flora y fauna de la región, perjudicando a los pobladores ribereños e indígenas que dependen de los recursos naturales para su subsistencia. Asimismo, más de 20 mil personas serán desplazadas, y se estima una migración de aproximadamente 100.000 personas hacia la región. El último constituye un peligro particularmente amenazante para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, por la posibilidad de introducir enfermedades y epidemias.

En su informe, la CIDH menciona tres circunstancias donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es **obligatoria**, de los cuales dos aplican para el caso de Belo Monte. La primera “es la de los planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales”[8]. La segunda se basa en la sentencia[9], y la sentencia interpretativa[10] de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), del caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, y se aplica “en los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia”[11].

Otra pauta importante de la medida cautelar se refiere a la consulta informada. En la resolución, la CIDH explicita con más detalle que su informe, los requerimientos a cumplir para que la consulta sea informativa: el contenido deber ser inteligible para las comunidades indígenas afectadas por la obra, por lo que exige la traducción de toda la información a los respectivos idiomas indígenas. Además, la inteligibilidad implica, entre otros, la adecuación de la información a conceptos accesibles por las comunidades indígenas.

Actores renuentes

La respuesta del gobierno de Brasil a la medida cautelar no se hizo de esperar. El 5 de abril, el gobierno emitió una nota[12] en que toma conocimiento de la medida “con perplejidad” y cuestiona la legitimidad de tal resolución, al sostener que el carácter de los sistemas internacionales de protección de los

DDHH es subsidiario o complementario, razón por la cual su intervención será legítima solo en el caso de que se hayan agotado los recursos jurídicos internos.

Sin embargo, este criterio no se aplica a las medidas cautelares que otorga la CIDH. En efecto, el reglamento de la CIDH del año 2009, artículo 25, incisos 1 y 2 señala que:

1. **En situaciones de gravedad y urgencia** la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables **a las personas** o al objeto del proceso, en conexión **con una petición o caso pendiente**.
2. **En situaciones de gravedad y urgencia** la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares a fin de prevenir daños irreparables **a personas** que se encuentren bajo la jurisdicción de éste, **en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente**.

Concluyendo su nota, el gobierno califica de precipitadas e injustificadas las solicitudes de la CIDH.
A nivel interno, el Poder Judicial brasileño también se encuentra indeciso respecto a la ejecución de la obra. Tal es el caso reciente en que el juez federal Ronaldo Desterro, decidió el 26 de febrero del año en curso, la suspensión de la obra Belo Monte. Justificó su decisión en que el proyecto no cumple con los requerimientos ambientales.[13] Apenas una semana más tarde, el 3 de marzo, un juez superior revierte la decisión de la sentencia argumentando que no se debe cumplir con todos los requerimientos para iniciar la obra.[14]

Belo Monte: ¿Algo que ver con el Perú?
La hidroeléctrica Belo Monte se ejecuta en el marco del Programa de Aceleración de Crecimiento (PAC) que promueve el gobierno de Brasil, el cual proyecta una serie de hidroeléctricas en la cuenca amazónica. La finalidad es incrementar su seguridad energética. Para ello, el gobierno de Brasil firmó un tratado bilateral con el Perú en junio del 2010, llamado “Acuerdo para el Suministro de Electricidad al Perú y Exportación de Excedentes al Brasil”. Se prevé la construcción de al menos seis represas en el Perú, incluida la de Paquitzapango en la cuenca del rió Ene y territorio de los Asháninca de la Selva Central, en el departamento de Junín.[15] Según una publicación reciente de DAR, SER y CARE, el tratado no ha entrado en vigor todavía porque falta que lo ratifiquen los congresos de ambos países.[16]

Al igual que la hidroeléctrica Belo Monte, el proyecto de construcción de la represa hidroeléctrica Pakitzapango ha provocado la protesta de los pueblos indígenas de la región. En ese sentido, tenemos que por un lado, el Ministerio de Energía y Minas del Perú entregó en diciembre del 2008 la concesión temporal a la empresa Pakitzapango Energía S.A.C. para realizar los estudios de factibilidad. Mientras que por otro lado, uno de los impactos será la inundación de territorios de comunidades indígenas del río Ene, afectando aproximadamente a más de 10.000 asháninca.

Aún más, un mes después, la congresista de la Región de Junín, Nidia Vílchez, presentó al Congreso un proyecto de ley que proponía declarar de necesidad pública e interés nacional la construcción de esta represa.[17] En ningún momento fueron consultados los ashanincas ni consintieron al proyecto[18], como lo contempla la jurisdicción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, o el mismo Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia STC 0022-2009-PI/TC, emitida el 2010.

Cabe resaltar que el proyecto de ley fue archivado, y Pakitzapango ya no cuenta con una concesión temporal vigente. Si bien ello significa un avance, sigue el riesgo de que la empresa obtenga nuevamente la concesión. Además, se está promoviendo la construcción de otras represas, Tambo 40 y Tambo 60 en la cuenca del río Tambo, las que afectarán la cuenca del río Ene así como a las comunidades asháninca de ambas cuencas[19]. Es justamente por eso que la medida cautelar que otorgó la CIDH en el caso de Belo Monte sienta un precedente importante para respaldar los derechos de los pueblos indígenas ante proyectos de gran escala que están en ejecución o en planificación.

Al fin, la decisión de la CIDH demuestra los límites de políticas que fomentan el crecimiento económico y la inversión privada a cualquier costo, precisamente cuando están en juego los derechos humanos.

---

[1] Véase síntesis sobre la medida cautelar MC 382/10 en: http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.sp.htm.
[2] Lo siguiente es un resumen basado en el documento original que la CIDH envió al Gobierno de Brasil, en portugués.
[3] Son los Juruna de Paquiçamba, Arara de Volta Grande, además de los Xipaya, Kuruaya, Juruna, Arara y Kayapó.
[4] CIDH (2010), “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Véase capítulo IX del informe, sobre todo los párr. 281-286, 289-290, 315-316, 329-334.
[5] Ibíd., párr. 285, 326, así como el ejemplo del caso de Bolivia, ibíd., p. 127.
[6] Véase http://www.survival.es/noticias/7184
[7] Véase el documento “Experts Panel Assesses Belo Monte Dam Viability”, octubre de 2009, en:http://assets.survivalinternational.org/documents/266/Experts_Panel_BeloMonte_summary_oct2009.pdf
[8] CIDH (2010) ibíd., p. 126, párr. 334.1.
[9] Corte IDH (2007), “Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre del 2007. Serie C No. 172, párr. 134, 136.
[10] Corte IDH (2008), “Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam”. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto del 2008. Serie C No. 185, párr. 17.

[11] Citado de CIDH (2010) ibíd, p. 126, párr. 334.2.
[12] Véase nota no. 142, en: http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/solicitacao-da-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-cidh-da-oea.
[13] Véase http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-12586170
[14] Véase http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-12643261.
[15] Información de Agence France-Presse el 1 de marzo del 2011 en: http://noticias.latam.msn.com/pe/peru/articulo_afp.aspx?cp-documentid=27855573
[16] DAR, SER y CARE (2011), en: http://www.dar.org.pe/publicaciones/pdf/Acuerdo_energetico_peru_brasil.pdf, p. 3.
[17] Ibídem, p. 15s.
[18] Ibídem, p. 17.
[19] Ibídem, p. 15.

Se suspende la construcción de la polémica presa de Belo Monte

29 septiembre 2011

Re: http://www.survival.es/noticias/7748



Indígena kayapó. miles de indígenas dependen de la pesca que les proporciona el río Xingú.

© Antonio Bonsorte/Amazon Watch

Un juez brasileño ha decretado la paralización de la construcción de la megapresa de Belo Monte, en la Amazonia, ya que podría afectar a la pesca de la población local.

Miles de indígenas y otras muchas comunidades que viven en la región del río Xingú dependen de la pesca como un elemento fundamental de su dieta.

El juez ha prohibido que el consorcio constructor de la presa, Norte Energia S.A. lleve a cabo "cualquier trabajo que interfiera con el curso natural del río Xingú".

El consorcio se enfrenta a una multa diaria de 100.000 dólares si no cumple con la orden judicial.

De construirse, Belo Monte sería la tercera presa más grande del mundo. Además de afectar a la pesca de forma drástica, destruiría enormes extensiones de selva de la que depende el bienestar de miles de indígenas, entre ellos algunos indígenas aislados.

Sheyla Juruna, miembro del pueblo indígena juruna que se verá afectado por la presa, ha declarado: "Consideramos el río como nuestro hogar. No queremos la presa, no queremos este destructivo proyecto… queremos que se respeten nuestros derechos".

Los indígenas no han dado su consentimiento a la construcción de la presa, y han advertido de que, si el proyecto sigue adelante, el Xingú podría convertirse en un "río de sangre".

Han organizado numerosas manifestaciones en contra de Belo Monte. En agosto miles de personas en todo el mundo salieron a la calle para pedir al Gobierno de Brasil la paralización de la presa. Simpatizantes de Survival entregaron cartas en las embajadas brasileñas de Madrid, Berlín, Londres y París en las que expresaban su preocupación por los indígenas.

El Gobierno brasileño otorgó la licencia de construcción de la presa en abril de este año, a pesar de una petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que no se concediera el permiso hasta que no se asegurara el respeto a los derechos de los indígenas.

Un fallo suspende el proyecto minero de Pascua-Lama

La Corte Suprema de Chile ratificó un fallo de primera instancia e interrumpió el proyecto que la **Argentina desarrolla junto con Chile**. La decisión contra la **Barrick Gold** es por las infracciones medioambientales que produce la explotación

Re: http://www.infobae.com/2013/09/26/1511629-un-fallo-suspende-el-proyecto-minero-pascua-lama



Crédito: Télam

La Corte de Apelación de Copiapó había ordenado en abril paralizar el proyecto minero binacional Pascua-Lama entre la Argentina y Chile por la contaminación que esto produciría. Hoy, la Corte Suprema de Chile ratificó ese fallo y **el trabajo de la Barrick Gold deberá suspenderse hasta que se tomen las medidas necesarias para proteger el medioambiente.**

La decisión por parte de la Corte de suspender el proyecto responde a **un recurso judicial presentado por las comunidades indígenas diaguitas**. Entre las irregularidades que denunciaban, se encontraban la **destrucción de glaciares y la contaminación de las aguas**. Ante esto, **la Barrick Gold Corporation**, que en junio había postergado un año y medio el inicio de la producción, ratificó que esa obra debe seguir adelante más allá de los escollos judiciales en Chile. Esta empresa, la mayor productora de oro del mundo, **tiene previsto invertir en la región unos 16.500 millones de dólares.**

Asimismo, vale aclarar que el fallo de la Corte **no suspende para siempre la actividad de la Barrick Gold** en la zona, como solicitaban las comunidades indígenas, sino que **decidieron interrumpir el proyecto hasta que la firma canadiense asegure las condiciones ambientales.**
Además de las comunidades indígenas, **ambientalistas y comunidades locales también criticaron el plan minero que se llevará a cabo en la región fronteriza entre Chile y Argentina**.
Es por esto que la Corte Suprema ordenó la construcción de obras destinas a **dar protección al recurso hídrico y que se cumpla un plan de monitoreo ambiental.**
En la relación a esto, **la Superintendencia de Medio Ambiente de Chile** estimó recientemente que podría tomar hasta dos años el reinicio de la construcción del proyecto mientras Barrick Gold construye la infraestructura requerida.
Cabe recordar que **el proyecto binacional de Pascua-Lama contempla la explotación de una mina de oro a cielo abierto, ubicada a 4 mil metros sobre el nivel del mar**. La empresa Barrick Gold, tiene previsto iniciar la fase de producción sobre finales de 2014 o inicios de 2015, tras una primera inversión de 8 mil millones de dólares y otra de 8.500 millones de dólares.

Sentencia C-339/02
Derecho al ambiente sano y a la diversidad frente a actividades mineras

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Construcción conjunta del Estado y de los ciudadanos
RECURSOS NATURALES Y MEDIO AMBIENTE SANO-Protección como objetivo constitucional

En la Constitución de 1991 la defensa de los recursos naturales y medio ambiente sano es uno de sus principales objetivos, como quiera que el riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta sino el de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con esta o con otra biosfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia sí se destruye la biosfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana.

CONSTITUCION POLITICA-Carácter ecológico**/MEDIO AMBIENTE SANO**-Talante fundamental
MEDIO AMBIENTE SANO-Enfoque constitucional desde el punto de vista ético, económico y jurídico

Nuestra Constitución provee una combinación de obligaciones del Estado y de los ciudadanos junto a un derecho individual (artículos 8, 95 numeral 8 y 366). Es así como se advierte un enfoque que aborda la cuestión ambiental desde los puntos de vista ético, económico y jurídico: Desde el plano ético se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. Desde el plano económico, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado. En el plano jurídico el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales.

MEDIO AMBIENTE SANO-Deberes del Estado impuesto por la Constitución

La Constitución de 1991 impone para el Estado la necesidad de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar del derecho a un medio ambiente sano y promover la participación de los habitantes a través del establecimiento de deberes, acciones públicas y un cierto número de garantías individuales.

ACTIVIDAD MINERA/BIODIVERSIDAD-Conservación**/MEDIO AMBIENTE SANO**-Impacto ambiental
POLITICA NACIONAL DE BIODIVERSIDAD-Principios en que se fundamenta
BIODIVERSIDAD-Carácter vital para la existencia
MEDIO AMBIENTE SANO Y BIODIVERSIDAD EN EXPLOTACION MINERA-Principio de orden económico
MEDIO AMBIENTE SANO-Impacto por extracción de minerales
MINERIA-Conciliación del grave impacto ambiental**/MINERIA EN LA BIODIVERSIDAD Y MEDIO AMBIENTE SANO**-Conciliación del grave impacto ambiental**/DESARROLLO SOSTENIBLE**-Significado
DESARROLLO SOSTENIBLE-Alcance

El desarrollo sostenible no es solamente un marco teórico sino que involucra un conjunto de instrumentos, entre ellos los jurídicos, que hagan factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico de la naturaleza.

MEDIO AMBIENTE SANO-Desarrollo económico y tecnológico
ECOLOGIA Y ECONOMIA-Relación
DESARROLLO SOSTENIBLE DE EXPLOTACION MINERA Y BIODIVERSIDAD-Evaluación del impacto ambiental
BIODIVERSIDAD-Utilidad económica indudable
BIODIVERSIDAD-Beneficios económicos por la protección**/ACTIVIDAD MINERA**-Evaluación de impacto ambiental
EXPLOTACION MINERA-Consecuencias
MEDIO AMBIENTE SANO Y BIODIVERSIDAD-Políticas de planificación para la protección
LEY AMBIENTAL Y CODIGO DE MINAS-Criterio de especialidad
LEX ESPECIALIS
LEY AMBIENTAL Y CODIGO DE MINAS-Igual condición
LEY AMBIENTAL Y CODIGO DE MINAS-Predicado suum cuique tribuere
CODIGO DE MINAS-Criterio de especialidad ante posibles deficiencias
PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN MATERIA DE NORMAS-Aplicación en jerarquía igual
CODIGO DE MINAS-Enmarcación en normas constitucionales protectoras del medio ambiente
ACTIVIDAD MINERA-Regulación legislativa de problemática ambiental
ACTIVIDAD MINERA-Reglamentación de trámites y permisos
CODIGO DE MINAS-Regulación completa
ACTIVIDAD MINERA-Regulación integral**/LEY AMBIENTAL EN ACTIVIDAD MINERA**-Carácter general y reducción de ámbito material de validez**/CODIGO DE MINAS**-Aplicación preferente no obstaculiza aplicación de normas ambientales anteriores
CODIGO DE MINAS-Modificación de competencias de autoridad ambiental
ACTIVIDAD MINERA-Reglamentación

Resulta pertinente destacar los siguientes aspectos que hacen que los artículos 3 y 4 sean exequibles: a) La reglamentación de minas puede estar contenida en el código de la materia, en las leyes nacionales que se incorporan a éste o en las que lo integran, modifican o amplían, todo lo cual comporta el ejercicio de la misma potestad legislativa del artículo 150-2 de la Constitución; b) tal ordenamiento incluye todas las instituciones típicas y específicas de la aludida rama del derecho, con la limitación que resulta del propio texto constitucional; c) la variable ambiental de la minería es un aspecto que integra su régimen legal, conforme con las características peculiares, privativas de la materia.

ACTIVIDAD MINERA-Regulación general sin perjuicio de los ambientales
NEGOCIO MINERO-Regulación general
CONCESION MINERA-Requisitos a nacionales y extranjeros
MINERIA-Zonas excluibles
AUTORIDAD AMBIENTAL EN MINERIA-Establecimiento de zonas de exclusión por autoridad ambiental**/AUTORIDAD AMBIENTAL**-Deber de colaboración de autoridad minera no limita ni condiciona ejercicio de competencia
PRINCIPIO DE PRECAUCION POR AUTORIDAD AMBIENTAL-Aplicación
IN DUBIO PRO AMBIENTE
PRINCIPIO DE PRECAUCION EN MEDIO AMBIENTE-Falta de certeza científica absoluta frente a explotación minera
PRINCIPIO DE PRECAUCION EN EXPLOTACION MINERA
MINERIA-Zonas restringidas
MEDIO AMBIENTE Y SANO DESARROLLO SOSTENIBLE-Contextualización con la ciencia económica
EXPLOTACION MINERA-Permisión con limitaciones y restricciones
NORMA AMBIENTAL-Interdependencia con las propias del ordenamiento territorial

AUTORIDAD AMBIENTAL Y REGIONAL-Interacción con autoridades territoriales departamentales y municipales
MINERIA-Restricción en perímetro urbano de ciudades y poblados sujeta a normas ambientales y territoriales
MINERIA-Zonas de interés arqueológico, histórico o cultural
PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION-Protección por el Estado
PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION-Efectos de declaración de un bien como parte integrante
EXPLOTACION MINERA-Admisión en consonancia con la Constitución
EXPLOTACION MINERA Y PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION
PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA-Indeterminación de expresión
EXPLOTACION MINERA-Inconstitucionalidad por carácter indiscriminado de áreas no comprendidas en la ley
MINERIA-Expresión que desconoce gran cantidad de ecosistemas del país

Referencia: expediente D-3767

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 parcial, 4, 18 parcial, 34, 35 parcial literales a) y c) y 36 parcial de la ley 685 de 2001- Código de Minas-.

Demandante: Carlos Alberto Mantilla Gutiérrez

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá D.C., siete (7) de mayo de dos mil dos (2002)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Carlos Alberto Mantilla Gutiérrez demandó los artículos 3 parcial, 4, 18 parcial, 34, 35 parcial literales a) y c) y 36 parcial de la ley 685 de 2001 "por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones", por considerar que ellos vulneran el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 38, 44, 58, 63, 65, 72, 79, 80, 82, 84, 85, 93, 95, 150, 158, 209, 230, 277, 288, 313, 333, 334, 360 y 366 de la Constitución.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe y subraya el texto de las disposiciones acusadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. en el Diario Oficial número 44.522 del 17 de agosto de 2001 y se subraya lo demandado:

"Ley 685 de 2001
(agosto 15)

por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones

Artículo 3. *Regulación completa. Las reglas y principios consagrados en este Código desarrollan los mandatos del artículo 25, 80, del parágrafo del artículo 330 y los artículos 332, 334, 360 y 361 de la Constitución Nacional, en relación con los recursos mineros, en forma completa, sistemática, armónica y con el sentido de especialidad* ***y de aplicación preferente****. En consecuencia, las disposiciones civiles y comerciales que contemplen situaciones y fenómenos regulados por este Código, sólo tendrán aplicación en asuntos mineros, por remisión directa que a ellos se haga en este Código o por aplicación supletoria a falta de normas expresas.*

Parágrafo. En todo caso, las autoridades administrativas a las que hace referencia este Código no podrán dejar de resolver, por deficiencias en la ley, los asuntos que se les propongan en el ámbito de su competencia. En este caso, acudirán a las normas de integración del derecho y, en su defecto, a la Constitución Política.

Artículo 4. Regulación general. Los requisitos, formalidades, documentos y pruebas que señala expresamente este Código para la presentación, el trámite y resolución de los negocios mineros en su trámite administrativo hasta obtener su perfeccionamiento, serán los únicos exigibles a los interesados. Igual principio se aplicará en relación con los términos y condiciones establecidas en este Código para el ejercicio del derecho a explorar y explotar minerales y de las correspondientes servidumbres.

De conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política, ninguna autoridad podrá establecer ni exigir, permisos, licencias o requisitos adicionales para la procedencia de las propuestas o para la expedición, perfeccionamiento y ejercicio del título minero, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.

Artículo 18. Personas extranjeras. Las personas naturales y jurídicas extranjeras, como proponentes o contratistas de concesiones mineras, tendrán los mismos derechos y obligaciones que los nacionales colombianos. ***Las autoridades minera y ambiental no podrán, en el ámbito de sus competencias, exigirles requisitos, condiciones y formalidades adicionales o diferentes, salvo las expresamente señaladas en este Código****.*

Artículo 34. Zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras.

Las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero.

Para que puedan excluirse o restringirse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en

las zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, el acto que las declare deberá estar expresamente motivado en estudios que determinen la incompatibilidad o restricción en relación con las actividades mineras.

No obstante, la autoridad minera previo acto administrativo fundamentado de la autoridad ambiental que decrete la sustracción del área requerida, podrá autorizar que en las zonas mencionadas en el presente artículo, con excepción de los parques, puedan adelantarse actividades mineras en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas de extracción que no afecten los objetivos de la zona de exclusión. Para tal efecto, el interesado en el Contrato de Concesión deberá presentar los estudios que demuestren la compatibilidad de las actividades mineras con tales objetivos.

Artículo 35. Zonas de minería restringida. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación:

a. *Dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, señalado por los acuerdos municipales adoptados de conformidad con las normas legales sobre régimen municipal, salvo en las áreas en las cuales estén prohibidas las actividades mineras* ***de acuerdo con dichas normas;***

b. *En las áreas ocupadas por construcciones rurales, incluyendo sus huertas, jardines y solares anexos, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de su dueño o poseedor y no haya peligro para la salud e integridad de sus moradores;*

c. En las zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural siempre y cuando se cuente con la autorización de la autoridad competente;

d. *En las playas, zonas de bajamar y en los trayectos fluviales servidos por empresas públicas de transporte y cuya utilización continua haya sido establecida por la autoridad competente, si esta autoridad, bajo ciertas condiciones técnicas y operativas, que ella misma señale, permite previamente que tales actividades se realicen en dichos trayectos;*

e. *En las áreas ocupadas por una obra pública o adscritas a un servicio público siempre y cuando:*

i. Cuente con el permiso previo de la persona a cuyo cargo estén el uso y gestión de la obra o servicio;

ii. que las normas aplicables a la obra o servicio no sean incompatibles con la actividad minera por ejecutarse y

iii. que el ejercicio de la minería en tales áreas no afecte la estabilidad de las construcciones e instalaciones en uso de la obra o servicio.

f. *En las zonas constituidas como zonas mineras indígenas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código;*

g. *En las zonas constituidas como zonas mineras de comunidades negras siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código;*

h. *En las zonas constituidas como zonas mineras mixtas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código.*

Una vez consultadas las entidades a que se refiere este artículo, los funcionarios a quienes se formule la correspondiente solicitud deberán resolverla en el término improrrogable de treinta (30) días, so pena de incurrir en falta disciplinaria. Pasado este término la autoridad competente resolverá lo pertinente.

Artículo 36. Efectos de la exclusión o restricción. En los contratos de concesión se entenderán excluidas o restringidas de pleno derecho, las zonas, terrenos y trayectos en los cuales, ***de conformidad con los artículos anteriores****, está prohibida la actividad minera* ***o se entenderá condicionada a la obtención de permisos o autorizaciones especiales****. Esta exclusión o restricción no requerirá ser declarada por autoridad alguna, ni de mención expresa en los actos y contratos, ni de renuncia del proponente o concesionario a las mencionadas zonas y terrenos. Si de hecho dichas zonas y terrenos fueren ocupados por obras o labores del concesionario, la autoridad minera ordenará su inmediato retiro y desalojo, sin pago, compensación o indemnización alguna por esta causa. Lo anterior, sin perjuicio de las actuaciones que inicien las autoridades competentes en cada caso cuando a ello hubiere lugar.*

III. LA DEMANDA

El demandante considera que las disposiciones acusadas son inconstitucionales por las siguientes razones:

- La expresión *"y de aplicación preferente"* contenida en el artículo 3º de la Ley 685 de 2001 vulnera la Carta, pues *"en ninguno de los 380 artículos que conforman nuestra Constitución Nacional se ordena o faculta que las 'reglas y principios' de la subordinada y secundaria normatividad del Código de Minas, tengan o puedan llegar a tener aplicación preferente frente a las actividades, bienes, derechos, normatividades e intereses, consagrados, protegidos y privilegiados por las normas con rango constitucional (…)"* En criterio del actor, el aparte acusado busca proteger los intereses particulares de los mineros, situándolos por encima del interés general, lo cual es abiertamente inconstitucional, ya que las normas del Código de Minas tienen un carácter subordinado, dependiente, inferior y secundario, de modo que no pueden prevalecer sobre la Constitución ni los sujetos y bienes jurídicos que ella protege de manera privilegiada. En este sentido, afirma: *"las reglas, normas y principios del Código de Minas deben obediencia, están subordinadas primero a la Constitución y segundo a las leyes que comportan el interés general (…)"* Y continúa: *"muy al contrario de lo sostenido abusivamente en el artículo 3º demandado, todas las normas del Código de Minas son SUBORDINADAS a la Constitución Nacional; son SUBORDINADAS a las normas legales que desarrollan esos principios, actividades, bienes y derechos de suyo ya privilegiados por la norma de normas."*

En su sentir, la expresión acusada desconoce las normas ambientales que son de aplicación preferente y que tienen que ver con el deber de protección, preservación y conservación del medio ambiente. Agrega que las disposiciones relativas a la salud pública y el saneamiento ambiental son prevalentes frente al Código de Minas, teniendo en cuenta que la actividad minera es una actividad peligrosa para el ambiente. En efecto, el Constituyente de 1991 consagró el deber de protección y preservación de los recursos naturales, estableciendo áreas de explotación, conservación, restauración y sustitución para los usos del suelo del territorio nacional, lo cual no puede ser vulnerado por las normas sobre la actividad minera contenidas en el Código de Minas, pretendiendo que ellas son *"de aplicación preferente"*. Así, *"las áreas de especial importancia ecológica, como son los parques nacionales, las reservas forestales y santuarios de fauna y flora, cuya determinación de conservación tiene origen constitucional, son intocables para el desarrollo de actividades de explotación minera."*

En tal virtud, concluye: *"tratándose de una actividad peligrosa para el interés general no cabe duda que debe estar restringida y entonces es una actividad subordinada a las normas constitucionales y legales que comportan el interés general de conservación y protección del ambiente. (…) En conclusión, la pretensión del legislador de privilegiar mediante ley y en contra de lo establecido en las normas supralegales de la Constitución Política, a un sector de la economía con la disposición del artículo 3º de la Ley 685 de agosto 15 de 2001, que ordena la '… aplicación preferente…' de normas, reglas y principios del Código de Minas, de rango subordinado,*

en relación con los recursos mineros, es inconstitucional y así se solicita respetuosamente a la Honorable Corte Constitucional que lo declare."

- El artículo 4º es inconstitucional pues *"mediante la norma acusada el legislador patrocina la desprotección del ambiente al desactivar el cumplimiento de la normatividad ambiental en el campo minero." Según el demandante, a través de esta disposición se pretende obviar la obligatoriedad de las normas de protección y conservación ambiental, desconociendo que "existen ámbitos normativos cuya materia es general, totalizadora y superior, de jerarquía constitucional privilegiada, frente al ámbito particular, subordinado y secundario del Código de Minas"*, pues, en criterio del actor, ella hace inaplicables al sector minero las normas y reglas de protección proferidas por el Ministerio del Medio Ambiente, las cuales expide con fundamento en el artículo 5º de la Ley 99 de 1993. Así, *"tampoco es de recibo en materia constitucional, porque así lo prohibe el artículo 158 de la Constitución Nacional, que el Código de Minas derogue por vía general toda la normatividad , todas las disposiciones de otras materias que no se relacionan con la materia minera, pero que son de trascendental importancia para el interés general."* Así, sostiene que pretender que la autoridad minera solamente exija para la actividad minera los requisitos, formalidades, documentos y pruebas que señale expresamente ese Código de Minas, para la presentación, trámite y resolución de los negocios mineros en su trámite administrativo, deroga abusivamente la normatividad ambiental superior preferente y privilegiada constitucionalmente, desprotegiendo al medio ambiente.

El demandante agrega que *"mediante las normas acusadas se viola el principio constitucional de unidad de materia para las leyes, puesto que por vía de la expedición de un Código de Minas, referente a la minería, se deroga la normatividad protectora del ambiente, con grave perjuicio para el interés general."*

Considera que el artículo 4º de la Ley 685 también vulnera el artículo 58 superior, ya que *"deroga los términos y condiciones para el otorgamiento e imposición de los gravámenes de servidumbre, consignados en la normatividad pertinente del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil, necesarias para el ejercicio del derecho a explorar y explotar minerales." Igualmente, se viola el artículo 80 de la Carta, pues se desconoce la obligación del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, la cual se ejerce mediante actos administrativos que exigen requisitos, formalidades, documentos y pruebas para la presentación, trámite y resolución de los negocios mineros hasta obtener su perfeccionamiento, o para ejercer el derecho a explorar y explotar minerales, o para utilizar las servidumbres. De esta forma, afirma: "en plena contravía de la Constitución Nacional, el artículo demandado ordena que para el ejercicio del derecho a explorar y explotar minerales y las correspondientes servidumbres, los únicos requisitos exigibles a los interesados sean los que determina ese Código de Minas, lo cual desconoce de plano toda la normatividad de protección al respecto."*

- Respecto del aparte demandado del artículo 18 de la ley 685 de 2001, el actor aduce similares argumentos a los anteriores para sustentar su acusación, esto es, que la expresión implica la desprotección del medio ambiente, a través de la desaparición de la normatividad ambiental que previene su deterioro. En su criterio, *"lo que ordena el legislador por esta norma demandada es que a partir del día de vigencia de la Ley 685 de 2001, la autoridad ambiental deje de cumplir con su función constitucional de proteger el ambiente"*, pues con la frase acusada se impide la aplicación de la reglamentación ambiental al campo minero, lo cual es abiertamente inconstitucional, ya que *"la actividad minera es una actividad eminentemente extractiva, que implica el descapote del manto terrestre, la apertura de carreteras, la utilización de maquinaria pesada y explosivos"*, de modo que *"sus tareas deben ser objeto de regulación permanente por la autoridad ambiental, para prevenir y controlar el deterioro ambiental."*

- La totalidad el artículo 34 de la ley 685 de 2001 es inconstitucional pues está encaminado a dejar sin

efecto las normas que previenen y controlan los factores de deterioro ambiental en asuntos de suma sensibilidad ambiental y social, como son las áreas de protección ecológica, tales como las reservas forestales, los parques nacionales y los santuarios de fauna y flora, y a favorecer una actividad económica que es por naturaleza peligrosa y lesiva para el ambiente como es la minera. El demandante sostiene que *"mediante la norma acusada el legislador patrocina la destrucción de las áreas de especial importancia ecológica"*, pues se permite la exploración, explotación y extracción de minerales en áreas donde ello está prohibido por mandato expreso del Constituyente. Afirma que la norma permite afectar con trabajos y obras de explotación minera las áreas de especial importancia ecológica que la Constitución prohibe dañar, al establecer que el área de prohibición debe ser declarada y delimitada de conformidad con la normatividad vigente, pues implica que aquellas que se hayan constituido con base en disposiciones derogadas por los artículos 3º y 4º del Código de Minas no serán respetadas. En tal virtud, considera que el precepto acusado, al pretender la explotación de zonas de conservación, contraría el ordenamiento superior, puesto que *"las áreas de especial importancia ecológica, como son los parques nacionales, las reservas forestales y los santuarios de fauna y flora, cuya determinación de conservación tiene origen constitucional, son intocables para el desarrollo de actividades de explotación minera allí. Así lo estableció el Constituyente de 1991en el inciso 2º del artículo 79 (…)"*

- La expresión de acuerdo con dichas normas del artículo 35 del Código de Minas es contraria a la Constitución ya que, en criterio del actor , restringe o imposibilita la aplicación de las normas de jerarquía superior, ya sean constitucionales o legales, *"al pretender que solamente 'de acuerdo con dichas normas' del orden municipal puedan provenir las prohibiciones de exploración y explotación mineras. Ese carácter restrictivo de la norma de inferior jerarquía respecto de normas de orden superior obliga la inconstitucionalidad de la frase demandada porque se desconocen los principios constitucionales de obligatoriedad y de prevalencia jerárquica de la norma superior"*, máxime teniendo en cuenta que el legislador puede determinar la prohibición de explotación minera en los perímetros urbanos de los municipios.

El otro aparte demandado del artículo 35 de la ley 685 de 2001 que reza: en las zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural siempre y cuando se cuente con la autorización de la autoridad competente, vulnera la Carta pues permite la realización de actividades mineras en áreas que son patrimonio de la Nación, lo que constituye un *"asalto a la normatividad constitucional de protección de la identidad nacional, esto es, la destrucción de la identidad nacional."*

- Los apartes acusados del artículo 36 del Código de Minas son inconstitucionales pues con ellos se pretende *"crear un cuerpo normativo en lo minero, del todo impermeable frente a lo ordenado en la Constitución, norma superior y de obligatorio acatamiento por el legislador"*, ya que con ellos se busca que las únicas áreas de conservación prohibidas para la actividad minera sean aquellas que señala el Código de Minas y no las que consagra la Constitución. En su sentir, *"para esas áreas de especial importancia ecológica no hay lugar ni siquiera al otorgamiento por autoridad alguna de los novedosos permisos o autorizaciones especiales" ya que tal autorización desprotege la diversidad, la integridad del ambiente y las riquezas naturales, expresamente protegidos por los artículos 8 y 79 de la Carta."*

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Comunidad Aurora Alta

El ciudadano Dagoberto Ramírez Villamil, actuando en representación de la Comunidad Aurora Alta, interviene en este proceso para defender la constitucionalidad de las disposiciones demandadas, con base en los argumentos que se resumen a continuación.

- Señala que con la ley 685 de 2001, *"el legislativo se dio a la tarea de corregir las deficiencias de que adolece la Ley 99 de 1993 (…) protegiendo derechos adquiridos y respetando la seguridad jurídica."* Agrega que las acusaciones del actor se basan en una mala interpretación de los apartes y disposiciones demandadas y lo explica de la siguiente manera:

- La expresión y de aplicación preferente contenida en el artículo 3 significa que las reglas y principios consagrados en el Código de Minas prevalecen sobre las normas civiles y comerciales que versen sobre situaciones y fenómenos regulados en la ley 685 de 2001, de manera que sólo tendrán aplicación por remisión directa del Código de Minas o como normas supletorias en caso de vacío legal. De esta forma, se puede *"concluir la lectura fraccionada de este artículo y su consecuente interpretación errada."*

- Respecto de la acusación contra el artículo 4º, afirma que el demandante omitió leer los artículos 195 a 213, 282 y 294 de la ley 685 de 2001, en los cuales se consagra la protección a los recursos naturales renovables y, en consecuencia, su censura carece de fundamento.

- La imputación contra el aparte del artículo 18 también es infundada, ya que con la expresión demandada, esto es, las autoridades minera y ambiental no podrán, en el ámbito de sus competencias, exigirles requisitos, condiciones y formalidades adicionales o diferentes, salvo las expresamente señaladas en este Código, se establecen unas reglas de juego definidas, asegurando un marco legal regulador y de control previamente establecido, lo que garantiza el ejercicio de la actividad minera bajo unos parámetros claros. Concluye afirmando que *"todos los desmanes y abusos de los funcionarios de turno fueron erradicados con la entrada en vigencia del nuevo Código de Minas y en especial del artículo 18, que establece la obligatoriedad para los funcionarios ambientales de ceñirse a lo estrictamente definido por las leyes y abstenerse de actuar a su antojo. Esto no tiene nada de inconstitucional, muy por el contrario, es una herramienta plenamente constitucional, justa y equitativa."*

- Frente a los cargos contra el artículo 34, sostiene que con esta norma se busca *"conminar a los funcionarios ambientales, para que antes de establecer zonas excluibles de la minería, se elaboren estudios juiciosos y serios en materia social, minera y ambiental"*, estudios que afirma no se realizaban en el pasado de manera concertada con el Ministerio de Minas y Energía y las comunidades, lo cual es perfectamente ajustado al Ordenamiento Superior.

- En cuanto a la acusación contra los apartes de los literales a) y c) del artículo 35, el interviniente señala que *"lo que busca la norma demandada es precisamente respetar la autonomía de los entes regionales y permitirles ejercer sus controles dentro de sus jurisdicciones, en el entendido de que los actos administrativos proferidos por éstos serán debidamente motivados social, técnica y ambientalmente y se enmarcarán dentro de lo establecido en nuestra Constitución."*

- Finalmente, respecto de los cargos contra las expresiones demandadas del artículo 36, afirma que lo que se pretende con ellas es *"reglamentar, controlar y restringir las actividades mineras en aquellas zonas previamente delimitadas con base en estudios técnicos, sociales, mineros y ambientales. En ninguna parte de nuestra Constitución se prohibe la actividad lícita de la minería per se. Otra cosa es que se restrinja o se limite después de verdaderos estudios."*

En este orden de ideas, concluye que la normas y apartes acusados se ajustan a la Carta y, por tanto, solicita se declare su exequibilidad.

2. Intervención del ciudadano Ricardo Vanegas Sierra.

El ciudadano Ricardo Vanegas Sierra, obrando como persona natural, solicita a la Corte declarar la constitucionalidad de las normas y expresiones demandadas, con base en los siguientes argumentos.

- Luego de hacer un recuento de las razones históricas que llevaron a la expedición de la ley 685 de 2001, rebate el primer cargo contra el artículo 3º afirmando éste se basa en una interpretación errada, ya que la expresión acusada significa que las disposiciones del Código de Minas se aplican de manera preferente sobre las normas civiles y comerciales, por tratarse de una actividad de utilidad pública y de interés social.

- Así mismo, la imputación contra el artículo 4 carece de fundamento, pues basta leer la totalidad de la disposición para darse cuenta que ella consagra la sumisión a la autoridad ambiental, de modo que no se desprotege al medio ambiente.

- Agrega que el cargo contra la expresión demandada del artículo 18 es infundado, pues el actor omitió la lectura del capítulo Aspectos Ambientales del Código de Minas, en el cual se establece que la autoridad ambiental debe reglamentar, vigilar, limitar, restringir y autorizar todo lo que hace referencia a cuestiones ambientales en la actividad minera.

- Respecto del artículo 34 afirma: *"el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, en buena hora derogó el párrafo segundo del artículo 61 de la Ley 99 de 1993, norma que le permitía a los funcionarios arrogantes del Ministerio del Medio Ambiente, sin estudios previos, sin participación de la comunidad, en forma abusiva y displicente, en forma totalmente subjetiva, dejando comunidades enteras en la miseria, decidir donde se podía o no hacer minería."*

- Igualmente, *"es clarísimo que cuando el legislador habla en el artículo 35, literal a) de la Ley 685 de 2001 … de acuerdo con dichas normas… se refiere con claridad absoluta a las normas urbanísticas municipales dentro del perímetro urbano. Es de sentido común que dentro del perímetro urbano de una ciudad y lógicamente luego de haber sido derogado el párrafo segundo del artículo 61 de la Ley 99 de 1993, serán los municipios en equipo con los funcionarios del Medio Ambiente, del Ministerio de Minas y las comunidades, los que resuelvan en forma democrática el destino y el uso del suelo dentro de su perímetro municipal."*

- Por último, la acusación contra el aparte del artículo 36 se basa en una presunción de mala fe por parte del demandante que carece de fundamento. Por todo lo anterior solicita se declare la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

3. Intervención del Ministerio del Medio Ambiente

La ciudadana María Idalid Moreno Ramírez, actuando como apoderada del Ministerio del Medio Ambiente, solicita a la Corte declarar exequibles las disposiciones y apartes demandados, salvo la referencia a la autoridad ambiental contenida en el artículo 18 de la ley 685 de 2001. Estos son sus argumentos:

- En relación con el artículo 3º, sostiene que *"en ningún caso debe entenderse que la Ley 685 de 2001 nuevo Código de Minas, tenga aplicación preferente sobre las disposiciones y regulaciones ambientales (…) esa preferencia debe predicarse única y exclusivamente para los asuntos netamente mineros, mas no puede cobijar todos y cada uno de los aspectos de carácter ambiental. (…) En consecuencia debe interpretarse que el Código de Minas no tiene carácter excluyente o preferente respecto de las normas ambientales."*

- En cuanto al artículo 4º, *"el Ministerio del Medio Ambiente considera que lo dispuesto en este artículo debe referirse única y exclusivamente a los requisitos, formalidades, documentos y pruebas que señala expresamente el código para la presentación, el trámite y resolución de los negocios mineros. En ningún caso debe entenderse que se limite a las autoridades ambientales para exigir dentro del ámbito de sus competencias la aplicación de las diferentes normas ambientales, requisitos, procedimientos y otros aspectos de carácter ambiental."*

- Frente al aparte censurado del artículo 18, las autoridades minera y ambiental no podrán, en el ámbito de sus competencias, exigirles requisitos, condiciones y formalidades adicionales o diferentes, salvo las expresamente señaladas en este Código, considera que debe suprimirse la referencia a las autoridades ambientales, *"a fin de que quede claro que éstas, de acuerdo con la normatividad ambiental vigente, están facultadas para exigir y aplicar los requisitos y procedimientos de carácter general previstos en la normatividad ambiental vigente y no solamente los previstos en el Código de Minas"*, pues, en su sentir, *"tal y como está redactada la norma, se restringe el deber constitucional de las autoridades ambientales de velar por la protección y conservación del medio ambiente."*

- El artículo 34 es constitucional pues reconoce que en la áreas de protección y conservación de recursos naturales no pueden llevarse a cabo obras de exploración y explotación minera, salvo cuando la autoridad ambiental lo autorice mediante acto administrativo motivado, exceptuando los parques naturales. Además, *"en ningún caso puede entenderse que con la expedición del nuevo Código de Minas y su artículo 34, se hayan derogado las áreas de manejo especial declaradas y delimitadas de acuerdo con lo previsto en la normatividad ambiental."*

- Frente a la acusación contra los artículos 35 y 36, sostiene que *"lo dispuesto en el Código de Minas debe interpretarse que es sin perjuicio de las competencias de las autoridades ambientales previstas en las normas ambientales generales vigentes"*, de manera que *"las normas que establecen regímenes especiales de administración y manejo de los recursos naturales renovables en materia ambiental, tales como distritos de conservación de suelos, distritos de manejo integrado, cuencas hidrográficas en ordenación, rondas de protección de los ríos, se entienden vigentes y por lo tanto son aplicables para los diferentes procedimientos establecidos en materia ambiental en el caso de exploraciones mineras."*

4. Intervención del Ministerio de Minas y Energía

La ciudadana María Clemencia Díaz López, actuando en representación del Ministerio de Minas y Energía, interviene en este proceso para defender la constitucionalidad de las disposiciones y apartes demandados.

- En primer lugar señala que *"el legislador orienta el sentido de las normas contenidas en el mencionado Código hacia un sentido de especialidad y aplicación preferente, pero no sobre las normas constitucionales, pues es muy claro en advertir, a renglón seguido, que (…) las disposiciones civiles y comerciales que contemplen situaciones y fenómenos regulados por el Código de Minas, sólo tendrán aplicación en asuntos mineros, por remisión directa que a ellas se haga en el mismo código o por aplicación supletoria a falta de normas expresas."* Para sustentar su posición, cita la sentencia C-093 de 2001 en la cual la Corte se pronunció sobre la labor del legislador.

- *"El artículo 4º del Código de Minas tiene como eje central el 'negocio minero', y precisamente es alrededor del mismo que regula de manera general los requisitos, formalidades, documentos y pruebas, al igual que los términos y condiciones establecidas. Por lo tanto, no se puede aceptar la interpretación que del artículo en mención está haciendo el actor puesto que la intención del legislador está muy lejos de desconocer las normas constitucionales y legales que protegen el medio ambiente, más aún cuando el Código de Minas dedica un capítulo sobre el tema. (…) En cuanto al principio de unidad de materia, considera este Ministerio que la disposición demandada no está refiriéndose a un tema distinto al de la materia objeto de esta Ley, cual es la actividad minera, toda vez que el legislador en forma expresa se refiere a ella cuando habla del 'negocio minero'."*

- Frente a la demanda contra el artículo 34 de la ley 685, afirma: *"no se trata de desconocer las normas constitucionales que protegen los recursos naturales, sino de una interpretación que el demandante ha acomodado, olvidando que en desarrollo de los preceptos superiores, el legislador ya se ocupó del tema y delegó*

en la autoridad estatal competente la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para que prevenga y controle los factores de deterioro ambiental, para que imponga las sanciones legales y para que exija la reparación de los daños causados. Así las cosas, lo único que el legislador plantea en la norma es el desarrollo excepcional de la minería en zonas reservadas, pero con la autorización de la autoridad ambiental mediante un acto administrativo fundamentado."

- En cuanto al artículo 35, sostiene que éste se sujeta a los acuerdos u normas del régimen municipal, otorgando un papel preponderante a la Ley de Ordenamiento Territorial, en la cual hay zonas restringidas para la minería dentro del perímetro urbano o de las ciudades o poblados. Igualmente, al hablar de zonas de especial interés arqueológico, histórico o cultural, el legislador se sujeta a los parámetros constitucionales, según los cuales los bienes que pertenecen a estas áreas son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y el hecho de desarrollar una actividad minera en ellas no implica que se enajenen, pues el título minero no confiere la propiedad sobre el suelo.

- En lo que respecta al artículo 36, afirma que los apartes demandados no son más que la muestra de que el legislador se sujeta a las normas superiores y a las autoridades competentes, de modo que tampoco puede ser tildado de inconstitucional.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, en concepto No. 2745 recibido el 30 de noviembre de 2001, solicita a la Corte declarar la constitucionalidad de las normas demandadas, con base en los siguientes argumentos:

- El demandante realiza una interpretación errónea de la expresión de aplicación preferente contenida en el artículo 3º de la ley 685 de 2001, *"pues es natural que el legislador dé alcance a la función constitucional de expedir los códigos, señalando que las normas insertas en él son de aplicación preferente, frente a cualquier regulación, salvo la constitucional, que por su naturaleza prevalece así no se manifieste esto expresamente. (…) Cuando la norma censurada señala que el código es de aplicación preferente, es claro que dicha jerarquía se expresa frente a normas de su misma o inferior naturaleza, dado que por encima suyo, siempre prevalecen las normas constitucionales, tal como enfáticamente lo señala el artículo 4 de la Constitución, y es ese el sentido que le imprimió el legislador cuando utilizó dicha expresión."*

- Sobre los artículo 4 y 18 señala que *"la afirmación del demandante en el sentido de que los artículos impugnados derogaron toda la normatividad ambiental y que desconocieron los preceptos constitucionales relacionados con el medio ambiente, es abiertamente contraria a la misma disposición que se acusa, puesto que, vista la literalidad del aparte final del artículo 4º de la Ley 685 de 2001, ésta es clara y expresa al reconocer que los requisitos y formalidades que consagra el Código Minero son sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental, igual circunstancia se reitera en el artículo 18, cuando preceptúa que las autoridades minera y ambiental no podrán, en el ámbito de sus competencias, exigir requisitos, condiciones y formalidades adicionales o diferentes, salvo las expresamente señaladas en ese código. De lo cual se infiere que nunca el legislador pretendió desconocer la competencia de las autoridades ambientales (…) y no reguló la actividad minera con el fin exclusivo de destruir el medio ambiente como lo advierte el actor."*

- El artículo 34 de la ley 685 de 2001 es una norma que protege los recursos naturales y le da cumplimiento a normas constitucionales en materia ambiental. En efecto, la disposición *"garantiza que en las zonas delimitadas no podrá llevarse a cabo la actividad minera. La apreciación del demandante respecto a que el legislador está desprotegiendo las riquezas de la nación es inconcebible, ya que con la disposición demandada precisamente se le está dando cumplimiento al mandato constitucional del inciso 2 del artículo 79, que establece que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de*

especial importancia ecológica." Respecto del inciso 2 del artículo 34, afirma: *"las zonas de exclusión deben estar claramente delimitadas por la autoridad ambiental competente, puesto que no se puede pretender que todo el territorio sea per se un área de exclusión. (…) Así mismo, el último inciso del artículo 34 de la mencionada ley, permite que con la debida motivación de la autoridad ambiental, se adelanten actividades mineras en forma restringida y utilizando métodos y sistemas de extracción que no afecten los objetivos de la zona de exclusión, haciendo la salvedad de que los parques están indiscutiblemente por fuera de dicha actividad."* La consagración de estas normas garantiza que el operador jurídico de la ley tenga en cuenta la imposibilidad de desarrollar la actividad minera en las áreas debidamente establecidas, de acuerdos con procedimientos técnicos y estudios que señalen la conveniencia o inconveniencia de la exploración y explotación de los recursos mineros.

- El aparte demandado del artículo 35 literal a) *"respeta la Constitución y le da cumplimiento a los preceptos contemplados en los numerales 7 y 9 del artículo 313 que facultan a los Concejos Municipales para reglamentar los usos del suelo y dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio."* De igual manera, el literal c) respeta los cánones constitucionales, pues no permite el desarrollo de actividades mineras en zonas definidas como de interés arqueológico, histórico o cultural y, en el evento de ser permitidas, debe cumplirse con las condiciones que consagra la misma ley 685.

- Finalmente, al referirse a los apartes acusados del artículo 36, sostiene: *"es de elemental apreciación que la regulación de las áreas de exclusión y restricción minera estén contempladas en dicho Código y que el legislador no remitiera a otras disposiciones. (…) la frase impugnada corresponde al espíritu de la norma constitucional consignada en el artículo 150 numeral 2, que le concede al Congreso de la República la facultad de expedir los Códigos como normas que de manera armónica y sistemática regulan una materia determinada. (…) El legislador al consagrar la exclusión y restricción de la actividad minera en las zonas en donde se establezca su existencia, no hizo otra cosa que cumplir con los mandatos constitucionales que obligan a actuar bajo ese derrotero…"*

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Dado que las disposiciones acusadas pertenecen a una Ley de la República, corresponde a esta Corporación resolver sobre su constitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241-4 del Estatuto Superior.

2. Derecho a un medio ambiente sano: Construcción conjunta del Estado y de los ciudadanos.

En la Constitución de 1991 la defensa de los recursos naturales y medio ambiente sano es uno de sus principales objetivos (artículos 8º, 79 y 80 de la Constitución), como quiera que el riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta sino el de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con esta o con otra biosfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia sí se destruye la biosfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana.

Desde esta perspectiva la Corte ha reconocido el carácter ecológico de la Carta de 1991, el talante fundamental del derecho al medio ambiente sano y su conexidad con el derecho fundamental a la vida (artículo 11)[1], que impone deberes correlativos al Estado y a los habitantes del territorio nacional.

1 Cfr. Sentencias T-092 de 1993 M. P. Simón Rodríguez Rodríguez y C-671 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Nuestra Constitución provee una combinación de obligaciones del Estado y de los ciudadanos junto a un derecho individual (artículos 8, 95 numeral 8 y 366). Es así como se advierte un enfoque que aborda la cuestión ambiental desde los puntos de vista ético, económico y jurídico: Desde el plano ético se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. Desde el plano económico, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado (artículos 333 y 334). En el plano jurídico el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales (artículos 67 inciso 2, 79, 88, 95 numeral 8).

Acerca de los deberes del Estado, la jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado:

> *"Mientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas -quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-, por la otra se le impone al Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera."*[2]

En síntesis, la Constitución de 1991 impone para el Estado la necesidad de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar del derecho a un medio ambiente sano y promover la participación de los habitantes a través del establecimiento de deberes (artículo 95-8), acciones públicas (artículo 88) y un cierto número de garantías individuales (artículos 11, 49 incisos 1 y 2, 67 inciso 2 y 330 numeral 5).

3. La actividad minera y la conservación de la biodiversidad: Impacto Ambiental.

El Ministerio del Medio Ambiente y el Departamento de Planeación Nacional, con le apoyo del Instituto Humboldt elaboraron un documento sobre "La Política Nacional de Biodiversidad"[3] aprobado por el Consejo Ambiental en 1995 y que se fundamenta en los siguientes principios:

- La biodiversidad es patrimonio de la nación y tiene un valor estratégico para el desarrollo presente y futuro de Colombia.
- La diversidad biológica tiene componentes tangibles a nivel de moléculas, genes y poblaciones, especies y comunidades, ecosistemas y paisajes. Entre los componentes intangibles están los conocimientos, innovaciones y prácticas culturales asociadas.
- La biodiversidad tiene un carácter dinámico en el tiempo y el espacio, y se deben preservar sus componentes y procesos evolutivos.
- Los beneficios derivados del uso de los componentes de la biodiversidad deben ser utilizados de manera justa y equitativa en forma concertada con la comunidad.

2 Sentencia C-431 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

3 De acuerdo con el documento biodiversidad se define *"como la variación de las formas de vida y se manifiesta en la diversidad genética de poblaciones, especies, comunidades, ecosistemas y paisajes."*

Conforme con los principios anteriores, se reconoce que la biodiversidad es vital para nuestra existencia, por los servicios ambientales que se derivan de ella y su múltiples usos, entre los cuales el documento resalta:

> *"Nuestra alimentación proviene de la diversidad biológica, los combustibles fósiles son subproducto de ella, las fibras naturales también. El agua que tomamos y el aire que respiramos están ligados a ciclos naturales con gran dependencia en la biodiversidad, la capacidad productiva de los suelos depende de su diversidad biológica, y muchos otros servicios ambientales de los cuales depende nuestra supervivencia. Desde la perspectiva biológica, la diversidad es vital, porque brinda las posibilidades de adaptación a la población humana y a otras especies frente a variaciones en el entorno. Así mismo, la biodiversidad es el capital biológico del mundo y representa opciones críticas para su desarrollo sostenible."*[4]

Esta situación revela la conservación de la biodiversidad como un objetivo esencial para la sociedad en general, siendo responsabilidad prioritaria de todas las instituciones del Estado armonizar su protección con los objetivos de crecimiento económico y desarrollo de la actividad minera. Por si sola la diversidad biológica representa un valor económico incalculable, si se tiene en cuenta que en Colombia se encuentra el 10% de la biodiversidad mundial, a pesar de representar únicamente el 0.7% de la superficie continental mundial[5]. Este nuevo esquema en las relaciones entre el hombre y la naturaleza, hace que el tema ambiental, aún en el campo jurídico, no pueda mirarse aislado del proceso económico o únicamente enfocado frente a un sector de la producción.

3.1. El medio ambiente y la protección de la biodiversidad como un principio de orden económico para la explotación minera.

Es un hecho evidente que la industria extractiva produce una gran cantidad de desechos y desperdicios. El proceso de transformación de grandes masas de materiales para el aprovechamiento de los minerales útiles deja forzosamente materiales residuales que deterioran el entorno físico de la región en la cual se adelantan las labores afectando el paisaje y los suelos agrícolas. En los Estados Unidos de Norte América por lo menos 48 sitios "Superfund" (sitios de limpieza de residuos peligrosos, financiados por el gobierno federal) fueron anteriormente operaciones mineras. Resulta especialmente ilustrativo el estudio realizado por el Environmental Law Institute[6] sobre el impacto ambiental ocasionado con la extracción de minerales:

> *"Cada vez que un mineral es extraído de la superficie o del subsuelo, un elemento estructural es removido. A menos de que sean controladas cuidadosamente, las técnicas superficiales de extracción pueden causar inestabilidad en las pendientes y erosión del suelo. En el caso de la minería del subsuelo, la capa superficial del sitio explotado puede moverse y/o hundirse en un movimiento geológico conocido como "hundimiento". En la superficie, esto puede causar sumideros u hoyos. Debido al colapso del estrato y las fracturas dentro de las rocas del estrato, el agua superficial puede filtrarse a través de la cavidad de la mina y disminuir el nivel de agua freática. Los niveles de agua freática pueden además ser interrumpidos o eliminados. El bombeo necesario para mantener el área de extracción limpia durante las operaciones mineras puede disminuir los niveles de agua freática. Estos esquemas de flujo distorsionados no pueden ser mejorados necesariamente durante la recuperación.*

4 Ministerio del Medio Ambiente y Departamento de Planeación Nacional. Política Nacional de Biodiversidad.
5 Ibid.
6 Mecanismos para regular el Impacto Ambiental de la Minería en los Estado Unidos: Capítulo V del libro "Consideraciones de un régimen jurídico ambiental para la minería en Argentina". Estudio Analítico No. 5. 1995.

El drenaje de la mina ocasionado por la sobrecarga de explosivos u otros materiales removidos para tener acceso al mineral, puede contener sedimento, metal y sulfuro. El drenaje "ácido de la mina" se da cuando la pirita se descompone por medio de la exposición al oxígeno y agua atmosféricos. El agua ácida, en cambio, puede ocasionar la colación de metales pesados de las rocas a su alrededor. La contaminación del agua causada por el drenaje ácido o la contaminación metalúrgica, puede ocurrir al mismo tiempo de la extracción y continuar filtrándose desde las minas, túneles, y "jales" por cientos de años, después de que la extracción ha finalizado.

El proceso utilizado para producir mineral concentrado de carbón o mineral metálico, puede crear o contribuir a la contaminación del agua. Algunas sustancias químicas como el cianuro de sodio, ácidos y otras soluciones, son utilizadas para separar el mineral concentrado de los minerales metálicos. Los jales, residuos generados como resultado de la concentración de mineral, a menudo pueden contener estos químicos y de esta manera contribuir a la contaminación de los acuíferos cercanos y aguas superficiales. Los compuestos de sulfuro y metales en las pilas de residuos, pueden también generar contaminación del agua. Además, la acumulación de jales, puede ser una fuente de polvo factible de ser dispersado por el viento.

La fundición, el proceso que separa los metales deseados de otros materiales, puede producir contaminación atmosférica por medio de la dispersión de gas y polvo del metal pesado. Las emisiones pueden contener dióxido de sulfuro, arsénico, plomo, cadmio y otras sustancias tóxicas. El sulfuro produce precipitaciones ácidas que consecuentemente deterioran los ecosistemas de los lagos y bosques. Alrededor de las operaciones fundidoras incontroladas, existen "zonas muertas" donde la tierra permanece árida. Además, el residuo generado por las fundidoras, la escoria, es rico en silicato de calcio. Otras preocupaciones ambientales relacionadas con la minería incluyen la contaminación por el ruido de las explosiones y otras operaciones mineras, destrucción de hábitat, pérdida de la productividad de la tierra y deterioro visual del paisaje."

Dentro de este contexto es necesario conciliar el grave impacto ambiental de la minería con la protección de la biodiversidad y el derecho a un medio ambiente sano, para que ni uno ni otro se vean sacrificados. Es aquí donde entra el concepto del **desarrollo sostenible** acogido en el artículo 80 de nuestra Constitución y definido por la jurisprudencia de la Corte como un desarrollo que *"satisfaga las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades."*[7]

El desarrollo sostenible no es solamente un marco teórico sino que involucra un conjunto de instrumentos, entre ellos los jurídicos, que hagan factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico de la naturaleza. En anteriores oportunidades esta Corte trató el concepto del desarrollo sostenible a propósito del "Convenio sobre la Diversidad Biológica" hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992. En esa oportunidad destacó:

"La Constitución Política de Colombia, con base en un avanzado y actualizado marco normativo en materia ecológica, es armónica con la necesidad mundial de lograr un desarrollo sostenible, pues no sólo obliga al Estado a planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales sino que además, al establecer el llamado tríptico económico determinó en él una función social, a la que le es inherente una función ecológica, encaminada a la primacía del interés general y del bienestar

7 Sentencia C- 671 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería, refiriéndose al documento de la Comisión sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Nuestro Futuro Común (El Informe Brundtland). Oxford University Press, 1987.

> *comunitario. Del contenido de las disposiciones constitucionales citadas se puede concluir que el Constituyente patrocinó la idea de hacer siempre compatibles el desarrollo económico y el derecho a un ambiente sano y a un equilibrio ecológico."*[8]

Desde esta perspectiva el desarrollo económico y tecnológico en lugar de oponerse al mejoramiento ambiental, deben ser compatibles con la protección al medio ambiente y la preservación de los valores históricos y culturales. El concepto de desarrollo sostenible no es nuevo, los principios 4, 8, 11 y 14 de la Declaración de Estocolmo[9] establecen la importancia de la dimensión económica para el desarrollo sostenible, que luego fue reproducido por el Tratado de la Cuenca del Amazonas, del cual Colombia es uno de sus miembros exclusivos, en el cual se refirió a la relación entre ecología y economía de la siguiente manera: *"(…) con el fin de alcanzar un desarrollo integral de sus respectivos territorios amazónicos, es necesario mantener un equilibrio entre el crecimiento económico y la conservación del medio ambiente*".

3.1.1. Evaluación del impacto ambiental[10] y el reconocimiento de la política nacional de biodiversidad para la actividad minera.

Para poder hablar de un desarrollo sostenible de la explotación minera que respete la biodiversidad, es indispensable tener en cuenta como instrumento la evaluación de impacto ambiental, entendida como instrumento administrativo y como instrumento de gestión que permite articular los diversos aspectos ambientales de la actividad minera tales como la mitigación de la contaminación, la protección de especies y la recuperación post-clausura de las explotaciones y exploraciones mineras[11].

Como lo reconoce la el documento de "Política Nacional de Biodiversidad" de nuestro país, la protección de la biodiversidad no solamente persigue la conservación del paisaje en beneficio de los poetas, sino que representa una utilidad económica indudable, que incluso supera con creces a la de la explotación minera:

> *"(...) En términos generales existen usos directos como alimentación. Medicina, construcción, etc., y también indirectos, como turismo, productividad, caudales de agua, combustibles fósiles etc. A continuación se exponen algunos ejemplos.*

---

8 Sentencia C-519 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

9 Organización de la Naciones Unidas. Declaración del Medio Ambiente Humano. Estocolmo, 16 de junio de 1972. **Principio 4:** "El hombre tiene una especial responsabilidad de salvaguardar y manejar sabiamente el legado de la vida silvestre y su hábitat, los cuales se encuentran ahora en grave riesgo debido a una combinación de factores adversos. La conservación de la naturaleza, incluyendo la vida silvestre, debe, en consecuencia, ser tenida en consideración al momento de planear el desarrollo económico". **Principio 8:** "El desarrollo económico y social es esencial para asegurar una vida favorable y un ambiente funcional, y para crear las condiciones necesarias -en el planeta- para el mejoramiento de la calidad de vida". **Principio 11:** "las políticas ambientales de todos los Estados deberían mejorar y no afectar adversamente el potencial del desarrollo presente y futuro de los países en vías de desarrollo, así como tampoco deberían ellos estorbar la consecución de mejores condiciones de vida para todos, y los Estados y organizaciones internacionales deberían dar pasos apropiados con miras a lograr acuerdos para acceder a las posibles consecuencias económicas nacionales e internacionales que resulten de la aplicación de las medidas ambientales". **Principio 14:** "La planeación racional constituye una herramienta esencial para reconciliar cualquier conflicto entre las necesidades de desarrollo y la necesidad de mejorar el medio ambiente".

10 En la Sentencia C-526 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell, se dijo sobre el impacto ambiental: "*El fundamento constitucional de la exigencia legal de la declaración de impacto o de efecto ambiental, se encuentra en el derecho constitucional que tienen todas las personas, las de las generaciones presentes y futuras, de gozar un ambiente sano, que emerge del siguiente conjunto normativo configurativo del sistema ambiental en la Constitución Política de 1991.*"

11 Cfr. WLASH, Juan Rodrigo. Instrumentos de gestión ambiental e instrumentos económicos para un régimen minero ambiental en la Argentina: Capítulo IV del libro "Consideraciones de un régimen jurídico ambiental para la minería en Argentina". Estudio Analítico No. 5. 1995.

En la agricultura, la totalidad de las plantas cultivadas comercialmente y que consumimos a diario son producto del manejo de la biodiversidad. Este manejo se da a través del mejoramiento genético para incrementar su productividad, la tolerancia a condiciones climáticas extremas y la resistencia a diferentes clases de plagas y patógenos. De las 270.000 especies de plantas vasculares conocidas, aproximadamente 3.000 son comestibles, y tan sólo unas 200 han sido domesticadas para cultivos. En la actualidad alrededor de 90% de los alimentos de origen vegetal se derivan de sólo 20 especies, sobre todo parientes de pastos silvestres, como el arroz, el trigo y la cebada. Varios de los cultivos principales tienen su centro de origen en América Latina, entre ellos, el fríjol (Phaseolus vulgaris), la papa (Solanum tuberosum), el tomate (Lycopersicon esculentum), la yuca (Manihot esculenta) y el cacao (Theobroma cacao). Asimismo, existe una gran variedad de plantas silvestres que han sido utilizadas tradicionalmente por comunidades, con un potencial de uso importante.

Muchas de las cosechas agrícolas que utilizamos dependen de insectos y vertebrados para su polinización. Ejemplos claros de esta interacción entre plantas y animales son el cacao, polinizado por dípteros (moscas), y el algodón, polinizado por abejas. Un ejemplo de la importancia económica para Colombia es el banano, el cual es polinizado por murciélagos. Estos cultivos son susceptibles a numerosas plagas causadas por insectos, hongos y virus, los cuales se pueden combatir, en muchos casos, usando agentes de control biológico naturales. Algunos ejemplos de estos usos son las avispas que se utilizan para el control del gusano barrenador de la caña de azúcar, y los hongos, para el control de la broca del café.

En el sector de la pesca y la acuicultura, la pesca marina y continental es una fuente importante de alimento e ingreso económico para poblaciones rurales en muchas regiones de Colombia. Se estima que en el mundo cerca de 900 millones de personas dependen de la pesca como fuente principal de proteína, y que esta genera cerca de 200 millones de empleos.

Alrededor del 80% de la pesca es el resultado de pesca marina, tan sólo el 6% proviene de pesca continental y el resto de acuicultura. La mayor producción pesquera continental proviene de la cuenca amazónica, con cerca de 15.000 toneladas anuales, seguida por la cuenca del Magdalena, con aproximadamente 5.000 toneladas por año.

La producción marina en Colombia proviene principalmente del Océano Pacífico, con cerca de 91.000 toneladas en el año, mientras que la pesca en el Océano Atlántico colombiano es tan sólo de 15.000 toneladas por año.

En Colombia la producción de pesca y acuicultura para 1995 se estimó en 167.000 toneladas. En ese mismo año las exportaciones pesqueras sumaron $228 millones de dólares y las importaciones $ 146 millones de dólares. El sector pesquero representó tan sólo el 0.7% del Producto Interno Bruto (PIB) y 3,5% del PIB del sector agropecuario. Teniendo en cuenta que casi la mitad del territorio de Colombia está en los mares y sus dos costas, y que Colombia es el cuarto país en el mundo en aguas continentales, el sector pesquero tiene un enorme potencial de desarrollo.

En cuanto al uso de la madera, numerosas especies de árboles son indispensables como fuente de madera, leña y fibra para papel. La madera es un elemento fundamental para la vida rural, por ejemplo se utiliza en construcción de viviendas y como fuente de energía en forma de leña y carbón. Si bien la mayor parte de la producción maderera mundial proviene de los países de zonas templadas, existe un número creciente de especies de árboles tropicales con gran potencial comercial. En Colombia, el consumo de maderas se calcula en 20 millones de metros cúbicos anuales, utilizados principalmente

como leña y carbón (16 millones) y en la industria (4 millones). La producción de papel se estima en 582.000 toneladas métricas, con un incremento aproximado de 50% en la última década.

Los usos de la biodiversidad en la medicina son vitales para el hombre y para especies domesticadas. Una proporción importante de los remedios utilizados en países como Colombia provienen de extracción de plantas y medicinas sintetizadas a partir de compuestos naturales.

Se estima que cerca de 20.000 especies de plantas a nivel mundial pueden tener usos tradicionales como medicinas, y tan sólo 5.000 de éstas han sido investigadas para evaluar su potencial farmacéutico. En la actualidad cerca de 120 sustancias químicas utilizadas en drogas provienen de 90 especies de plantas en el mundo y más de 3.000 antibióticos, como la penicilina y la tetraciclina, se originan de microorganismos. Asimismo, se ha considerado que 1.400 plantas descritas poseen propiedades anticancerígeras.

En Colombia, algunas familias de plantas son utilizadas como ornamentales sobre todo las orquídeas (Orchidiaceae), anturios (Araceae), bromelias (Bromeliaceae) y los platanillos (Heliconiaceae). Adicionalmente, muchas especies domesticadas y mejoradas genéticamente en otras regiones del globo son cultivadas para exportación hasta el punto que nuestro país es el segundo exportador mundial de flores cortadas. Se calcula que el valor total del mercado es superior a los 3.500 millones de dólares anuales.

En cuanto a ganadería y zoocría, la principal fuente de proteína que consumimos en Colombia proviene del uso de animales domesticados. La ganadería vacuna para carne y leche representa un rubro valioso en la economía regional y nacional, y se deriva del uso de la biodiversidad. Si bien el centro de origen y domesticación de las principales especies utilizadas está fuera de Colombia, existen razas adaptadas a las condiciones regionales que tienen un potencial importante como animales ornamentales, incluyendo algunas especies de aves y peces.

El turismo es uno de los sectores de la economía mundial de mayor crecimiento, La importancia de países tropicales como destinos turísticos es cada vez mayor. Incluso el turismo nacional muestra tendencias crecientes a diversificarse hacia actividades de visita a regiones naturales tales como parque nacionales. Este turismo ecológico o ecoturismo es una fuente potencial de ingresos para pobladores de zonas rurales y para Colombia en general.

La diversidad biológica en sus diferentes manifestaciones provee muchos beneficios indirectos. La productividad de muchos ecosistemas está ligada directamente con la actividad biológica de hongos y microorganismos del suelo, los cuales descomponen la materia orgánica, reciclan nutrientes y fijan nitrógeno. Estos procesos son esenciales para el desarrollo de plantas y los ciclos de vida que sustentan. Otros servicios que proveen los ecosistemas son la regulación de los ciclos hidrológicos y de los caudales, la producción de oxígeno y la regulación del clima. Adicionalmente, los bosques, praderas y cultivos son importantes fijadores de CO2 actuando de manera indirecta sobre los proceso de cambio global. Finalmente, es importante resaltar que la mayor parte de los combustibles que utilizamos son derivados de seres vivos, incluyendo fósiles como el carbón y el petróleo."

Los abrumadores beneficios económicos que proporciona la protección de la biodiversidad, incrementan la importancia de la evaluación de impacto ambiental de la actividad minera, que sin lugar a dudas posee un potencial de impacto negativo sobre la diversidad biológica que varía conforme con la ubicación de los yacimientos, en relación con los ecosistemas y las especies que habitan en las zonas de explotación y exploración.

Las explotaciones mineras por lo general se encuentran acompañadas de obras de infraestructura como tendidos de transmisión energética, accesos viales o ferroviarios, además de la abstracción de cantidades importantes de agua. Igualmente, puede impactar sobre los hábitos de las flora y fauna a través del ruido, polvo y las emanaciones provenientes de los procesos de molienda.

Es por ello que la Constitución de 1991 reafirma la propiedad del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables (artículo 332), para establecer una serie de políticas de planificación dirigidas a la protección ambiental y de la biodiversidad, en armonía con el aprovechamiento de los recursos naturales (artículos 80 y 339). Es así como el artículo 58 establece una función ecológica inherente de la propiedad privada e incluso incluye el respeto por el derecho a un medio ambiente sano y la protección del medio ambiente enmarcados en los tratados internacionales que en materia ecológica se han reconocido (artículos 9, 94 y 226)[12].

Dentro de este marco general se realizará a continuación el análisis correspondiente de los artículos demandados.

4. Artículos 3, 4 y 18. Criterio de especialidad en el Código de Minas.

La expresión *"preferente"* del artículo 3, todo el artículo 4 y el aparte del artículo 18 que dice: *"Las autoridades minera y ambiental no podrán, en el ámbito de sus competencias, exigirles requisitos, condiciones y formalidades adicionales o diferentes, salvo las expresamente señaladas en este Código."*, son considerados inconstitucionales por el actor al establecer, a su juicio, una preponderancia desmedida del Código de Minas sobre todas las demás normas, incluyendo la Constitución. Permitiendo así que se desconozcan los preceptos legales sobre protección ambiental.

La Corte considera:

El artículo 3 solamente establece el criterio de especialidad como una regla de aplicación dirigida a las autoridades judiciales y administrativas, para dirimir las posibles antinomias que se susciten con otras normas, además de las de carácter civil o comercial. En tal sentido el criterio *lex especialis* en la norma bajo estudio, establece que frente a conflictos jurídicos que se presenten entre el Estado y los particulares, o entre los particulares entre sí, dentro de las materias reguladas por la ley 685 de 2001 (artículo 2), se debe realizar una interpretación restrictiva de las normas generales provenientes de otros cuerpos normativos, inclusive el ambiental, a favor de las normas del Código de Minas (ley 685 de 2001). Es un presupuesto equivocado el mencionado por el demandante y los intervinientes, de creer que las normas legales ambientales se respetan *per se*, aunque exista una norma posterior que derogue o inaplique las normas legales sobre medio ambiente.

Las leyes sobre medio ambiente se encuentran en la misma condición que la ley 685 de 2001. El criterio establecido en el artículo 3 únicamente traduce la exigencia de justicia contenida en el predicado *suum cuique tribuere*, que supone dar un tratamiento distinto (especial y preferente) a una categoría distinta (especial y preferente) de sujetos, en razón de las diferencias que presentan con respecto a la categoría general. El reconocimiento expreso de este principio en nada atenta contra normas de superior jerarquía como la Constitución, pues, precisamente, el parágrafo del artículo 3 demandado permite acudir a normas de

12 Sobre sentencias de constitucionalidad relacionadas con leyes aprobatorias de tratados internacionales sobre la materia ambiental se encuentran, entre otras: C-519 de 1994.M.P. Vladimiro Naranjo Mesa (Convenio sobre la Diversidad Biológica), C-200 de 1999.M.P. Carlos Gaviria Díaz (Convenio Internacional de Maderas Tropicales), C-671 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería (Enmienda al Protocolo de Montreal).

integración del derecho y a los principios orientadores de la Constitución para resolver aquellas controversias que no puedan resolverse por el criterio de especialidad ante posibles deficiencias en la ley 685 de 2001.

El principio de especialidad se aplica entre normas de igual jerarquía, en este caso entre leyes y es claro que no se aplica a normas de distinta jerarquía, esto es, entre la Constitución y la Ley ya que en este evento se aplica la norma constitucional. Desde este punto de vista, la interpretación restrictiva o la inaplicación de normas ambientales en razón al criterio temporal y de especialidad que efectúa el Código de Minas, debe enmarcarse en las normas constitucionales protectoras del medio ambiente. Es decir, que si el constituyente de 1991 decidió que fuera el legislador el encargado de dictar disposiciones que regulan las relaciones que nacen de la actividad minera, también queda a cargo de éste el establecimiento de las normas que regulen la problemática ambiental en el campo de la minería, que en la ley 685 de 2001 se encuentra en el capítulo XX (artículos 194 a 216).

Concordante con lo anterior, el artículo 4 se limita a señalar que los trámites y permisos realizados en la actividad minera se encuentran reglamentados por la ley 685 de 2001, reproduciendo el mandato constitucional del artículo 84 que a la letra dice:

> *"Artículo 84. Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio."*

Mediante el artículo 4 se pretende dotar de la coercibilidad necesaria a los mecanismos dirigidos a la protección y efectividad de los derechos, con el fin de hacerlos exigibles cuando las autoridades públicas o los particulares no los acaten. Es equivocada la apreciación realizada por algunos de los intervinientes al señalar que la expresión *"sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental"* deja a salvo las normas ambientales; como se explicó antes, es indudable que al establecerse en la ley 685 de 2001 la regulación integral de la actividad minera, las normas legales anteriores sobre medio ambiente que se referían a dicha actividad quedan como normas generales y reducidas en su ámbito material de validez, ya que en materia minera se deben aplicar de manera preferente las contenidas en el Estatuto Minero; lo que no es obstáculo para aplicar normas ambientales anteriores, que no sean incompatibles con el Estatuto Minero o que sirvan para llenar los vacíos de las normas ambientales existentes en el Estatuto Minero; y sin perjuicio de las normas constitucionales que protegen el medio ambiente.

Si bien es cierto que la norma demandada deja a salvo la competencia de la autoridad ambiental y en consecuencia quienes eran autoridades ambientales, antes de la expedición del Código Minero, siguen siéndolo ahora, no menos cierto es el hecho que su competencia se modifica con las nuevas normas que se expiden.

En relación con lo expuesto resulta pertinente destacar los siguientes aspectos que hacen que los artículo 3 y 4 sean exequibles por los cargos demandados: a) La reglamentación de minas puede estar contenida en el código de la materia, en las leyes nacionales que se incorporan a éste o en las que lo integran, modifican o amplían, todo lo cual comporta el ejercicio de la misma potestad legislativa del artículo 150-2 de la Constitución; b) tal ordenamiento incluye todas las instituciones típicas y específicas de la aludida rama del derecho, con la limitación que resulta del propio texto constitucional; c) la variable ambiental de la minería es un aspecto que integra su régimen legal, conforme con las características peculiares, privativas de la materia.

La Corte debe precisar que la regulación general contenida en el artículo 4 de la ley 685 de 2001 que señala los requisitos, formalidades, documentos y pruebas, señalados en este Código, serán los únicos exigibles, hay que entenderlo sin perjuicio de los ambientales, tanto de los ambientales previstos en este

Código como de otras normas ambientales ya existentes, que no sean incompatibles con las contenidas en este Código o que sirvan para llenar los vacíos o lagunas existentes en materia ambiental. Advierte también la Corte que además de los requisitos ambientales en las zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural, se deben adicionalmente aplicar, los requisitos establecidos en las leyes o normas especiales que protegen el patrimonio arqueológico, histórico o cultural y los derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

Ahora bien, el aparte demandado del artículo 18 si bien es cierto pretende recoger la filosofía del artículo 84 de la Constitución, presenta dos sentidos normativos: el primer sentido normativo es inconstitucional, porque genera una contradicción con la primera parte del artículo 18 al establecer que las personas naturales y jurídicas extranjeras tienen los mismos derechos y obligaciones de los nacionales colombianos, para a renglón seguido establecer una aplicación desigual de la Ley al someter a los extranjeros solamente a los requisitos, condiciones y formalidades expresamente señaladas en la ley 685 de 2001 y dar a entender que para los nacionales colombianos, sí se pueden exigir requisitos, condiciones y formalidades adicionales.

El segundo sentido normativo es constitucional al interpretar el aparte demandado como un complemento de la primera aparte en el cual tanto los nacionales colombianos como los extranjeros se encuentran sometidos solamente a los requisitos, condiciones y formalidades expresamente señaladas en la ley 685 de 2001.Como se explicó para los artículos 3 y 4, esta interpretación recoge el principio de especialidad que no choca con la Constitución y por lo tanto deberá condicionarse el aparte demandado a que se interprete de conformidad con este segundo sentido normativo.

La Corte advierte que el artículo 18 cobija tanto a los nacionales colombianos como a las personas extranjeras, y que a ambas categorías es aplicable el condicionamiento hecho al artículo 4 de la ley 685 de 2001; condicionamiento que se reitera respecto del artículo 18.

5. Artículo 34. Zonas excluibles de la minería.

El demandante considera inconstitucional este artículo porque permite la explotación minera en zonas reservadas a la conservación de la flora y la fauna. Para determinar la solidez de la afirmación anterior, se realizará a continuación un examen detenido de la norma.

El inciso primero prohibe los trabajos de explotación y exploración minera en zonas que sean delimitadas y declaradas conforme con la normatividad vigente, como de protección de los recursos naturales renovables o del ambiente, o que expresamente excluyan el trabajo minero. Hasta aquí no existe ninguna objeción sobre la norma, porque concuerda con los postulados axiológicos de la Constitución tendentes a las protección del medio ambiente y de los recursos naturales, reseñados al comienzo de estas consideraciones.

El inciso segundo señala que las zonas de exclusión se encuentran integradas por las siguientes áreas: a) el sistema de parques nacionales naturales, b) los parques naturales de carácter regional y, c) las zonas de reserva forestal. Con lo anterior se pretende la protección de la biodiversidad, de acuerdo con la gran importancia de Colombia a nivel mundial como lo reconoció la Corte cuando analizó el tema[13]. La Corte precisa que además de las zonas de exclusión previstas en esta Ley, pueden existir otras, ya declaradas con anterioridad o que se declaren en el futuro por la autoridad ambiental.

13 Sentencia C-519 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Naturalmente las zonas excluidas deben ser claramente delimitadas geográficamente y esta función se le asigna a la autoridad ambiental en integración y armonía con lo preceptuado por el artículo 5 de la ley 99 de 1993. Además incluye la colaboración de la autoridad minera en las áreas de interés minero, con lo cual se hace efectivo el principio de protección prioritaria de la biodiversidad del país junto con un aprovechamiento en forma sostenible, de acuerdo con lo principios universales y de desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992, ratificada por Colombia.

Se hace necesario para la Corte señalar que la autoridad minera tiene el deber de colaborar con la autoridad ambiental, pero que este deber de colaboración no limita ni condiciona el ejercicio de la competencia de la autoridad ambiental quien es la que puede establecer las zonas de exclusión; por esta razón en la parte resolutiva se condicionará la exequibilidad del inciso segundo del artículo 34 de la ley 685 de 2001.

En la aplicación del inciso 3 se debe seguir el principio de precaución, principio que se puede expresar con la expresión *"in dubio pro ambiente"*. El mismo principio debe aplicarse respecto del inciso cuarto del artículo 34 y que este debe ser observado también al estudiar y evaluar los métodos y sistemas de extracción, en consonancia con el principio número 25 de la Declaración de Río de Janeiro que postula: *"La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables"*.

Así mismo, como lo recordó esta Corporación en una reciente decisión de constitucionalidad[14] sobre el artículo 1 numeral 6 de la ley 99 de 1993 que recoge el principio de precaución; la "Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo", ratificada por Colombia, en materia ambiental el **principio de precaución** determina lo siguiente:

> *"Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme con 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."*

Para el asunto que nos ocupa, esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada; la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba una grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias.

6. Artículo 35. **Zonas de minería restringida.**

La Corte señaló en la Sentencia C-216 de 1993[15] que el establecimiento de zonas restringidas para la minería corresponde a un desarrollo de la función legislativa que permite condicionar las actividades mineras a la expedición de autorizaciones por parte de la autoridad ambiental competente o exigiendo la utilización de métodos de extracción de minerales que no afecten los aprovechamientos económicos de la superficie y sobre la base de que los mineros autorizados, deben garantizar su preservación y asumir responsabilidad real y efectiva frente a ellos.

Como lo hemos venido afirmando a lo largo de estas consideraciones, se trata esencialmente de reconocer la necesidad de contextualizar el tema del medio ambiente y el desarrollo sostenible con la ciencia económica. Consecuencia de lo anterior, es menester implementar desarrollos tecnológicos y acciones de gestión ambiental que permitan una explotación minera sin detrimento de la calidad de

14 Sentencia C-293 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
15 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

las áreas que por sus valores excepcionales para el patrimonio nacional a causa de sus características naturales, culturales o históricas, se reservan para el beneficio de los habitantes del país.

El artículo 35 objeto de análisis es una norma general permisiva, que permite la exploración y explotación minera pero con limitaciones o restricciones. Pretende recoger las normas constitucionales explicadas en la primera parte de esta sentencia, que limitan la actividad minera al bien común, al plan de desarrollo, al derecho a un medio ambiente sano y la protección de biodiversidad en general.

6.1. Literal a). Zonas urbanas.

El actor considera inconstitucional la expresión *"de acuerdo con dichas normas"* contenida al final del literal a) del artículo 35 al remitirse únicamente a normas de carácter municipal, con lo cual se desconocerían las normas de superior jerarquía en materia ambiental.

Nuevamente, el demandante realiza una interpretación equivocada de la norma, al establecer un supuesta prevalencia o preponderancia inexistente de la norma demandada sobre las demás. Esta Corporación en anterior oportunidad señaló la interdependencia que debe existir entre las normas ambientales y las propias del ordenamiento territorial, para explicar que aunque existe un ámbito global de la protección ambiental, la actuación local es un imperativo racional y físico en razón a la imposibilidad de actuar globalmente. Es así como se interrelacionan las autoridades ambientales nacionales y regionales con las autoridades territoriales, departamentales y municipales en una total solidaridad jurídica. En dicha oportunidad se dijo:

> *"Pues bien, en aras de la consecución de los presupuestos constitucionales que propugnan por un medio ambiente sano, el legislador expidió las Leyes 99 de 1993 y 388 de 1997. La primera creó el Ministerio del Medio Ambiente, reorganizó el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente e instituyó el Sistema Nacional Ambiental (SINA). La segunda modificó las Leyes 9ª de 1989 y 3ª de 1991 buscando armonizarlas, en materia de medio ambiente, con las nuevas orientaciones constitucionales, con la Ley Orgánica del Plan de desarrollo (Ley 152 de 1994), con la Ley Orgánica de Areas Metropolitanas (Ley 128 de 1994) y con la precitada Ley 99 de 1993.*
>
> *A través de la Ley 99 de 1993, se establecieron entonces los fundamentos de la política ambiental colombiana dentro del propósito general de asegurar el desarrollo sostenible de los recursos naturales, proteger y aprovechar la biodiversidad del país y garantizar el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (art. 1°). En este contexto, se reconoció al Ministerio del Medio Ambiente como el organismo rector de la gestión ambiental correspondiéndole definir las políticas y regulaciones a las que queda sometida la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y el medio ambiente (art. 2°).*
>
> *En igual medida, se reorganizo el Sistema Nacional Ambiental (SINA) como el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la aplicación práctica de aquellos objetivos que propenden por la protección del patrimonio natural de la Nación y el mantenimiento de un ambiente sano. Desde el punto de vista de su organización jerárquica, el SINA quedó integrado, en orden descendente, por el Ministerio del Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales, los departamentos y distritos o municipios (art. 4°).*
>
> *En lo que toca con las Corporaciones Autónomas Regionales, éstas se constituyen en entes corporativos de carácter público, con autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica,*

encargadas de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables para asegurar su desarrollo sostenible (art. 23). En el marco general de sus funciones, se les reconoce entonces como las máximas autoridades ambientales a nivel de sus respectivas jurisdicciones, asignándoles la labor de participar con los demás organismos y entes competentes en los respectivos procesos de planificación y ordenamiento territorial, con el propósito de que el factor ambiental sea tenido en cuenta frente a las decisiones que se adopten en tales procesos (art. 31). En la misma medida les corresponde a las corporaciones autorizar las concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas para el desarrollo y ejecución de cualquier actividad –industrial, forestal, portuaria, de explotación y exploración, de obra, etc- que de acuerdo con la ley o los reglamentos pueda afectar el medio ambiente, alterar el normal desarrollo sostenible de los recursos naturales renovables o, en su defecto, introducir modificaciones notorias al paisaje. (arts. 31, 49 y 50).

Por su parte, la Ley 388 de 1997 actualizó las normas existentes sobre planes de desarrollo municipal (Ley 9ª de 1989) y sobre el sistema nacional de vivienda de interés social (Ley 3ª de 1991), estableciendo los mecanismos que le permiten a los municipios, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, y la preservación y defensa del patrimonio ecológico localizado en su jurisdicción (art. 1°).

Haciendo referencia expresa al concepto de ordenamiento territorial, se dispuso en la ley que el mismo comprende el conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, tendientes a disponer de instrumentos eficaces para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y, de esta manera, regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, en armonía con las estrategias de desarrollo socioeconómico y de conservación del medio ambiente (art. 5°).

Se fijan en la preceptiva legal citada, las competencias en materia de ordenamiento territorial correspondiéndole a la Nación el señalamiento de la política general en ese campo, al nivel departamental la elaboración de las directrices y orientaciones para la organización de su territorio, al nivel metropolitano la formulación de los planes integrales de desarrollo metropolitano y, a los municipios y distritos, la adopción de los planes de ordenamiento territorial en armonía con las políticas nacionales, departamentales y metropolitanas (art. 7°).

Dentro de ese contexto, se define igualmente el plan de ordenamiento territorial (POT) como "el conjunto de objetivos directrices políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo" (art. 9°). También se instituyen los denominados planes parciales, entendiendo como tal aquellos instrumentos mediante los cuales se desarrollan y complementan las normas que integran los planes de ordenamiento territorial cuando se trata de determinadas áreas del suelo urbano, áreas incluidas en el suelo de expansión urbana y aquellas que deban desarrollarse mediante unidades de actuación urbanística, macroproyectos u otras operaciones urbanas especiales (art. 19).

A partir de la finalidad asignada a los planes de ordenamiento, se dispone su adopción obligatoria y se prohibe a los agentes públicos o privados la realización de actuaciones urbanísticas por fuera de las previsiones contenidas en éstos, en los planes parciales y, en general, en las normas que los complementan y adicionan. En este sentido, para efectos del otorgamiento de licencias urbanísticas y para la definición de programas y proyectos de los planes de desarrollo de los municipios, las autoridades administrativas deberán tener en cuenta, entre otros, los criterios ambientales fijados en los planes de ordenamiento territorial (arts. 20 y 21).

> *En atención a que la administración del medio ambiente en todo el territorio nacional está a cargo de las Corporaciones Autónomas Regionales –ejercido a nivel de sus respectivas jurisdicciones-, y a que los planes de ordenamiento territorial buscan fijar las políticas y directrices sobre desarrollo físico del territorio y uso del suelo, el artículo 24 de la propia Ley 388 regula lo relativo a las instancias de consulta y concertación que deben surtir los POT a efecto cumplirse el respectivo control ambiental. Se dispone en la norma que, con anterioridad a la presentación del proyecto al Concejo distrital o municipal para su correspondiente aprobación, el POT debe ser sometido a la consideración de la respectiva Corporación Autónoma Regional para que, dentro de los 30 días siguientes, proceda a dar su consentimiento en aquello que guarda relación con los asuntos exclusivamente ambientales. En el artículo 27 se regula el mismo trámite en tratándose de los planes parciales, los cuales deben ser conocidos por la autoridad ambiental competente para que emita concepto dentro de los 8 días siguientes."*[16]

Conforme con lo anterior, la restricción de la minería en el perímetro urbano de las ciudades y poblados se encuentra sujeta a las normas ambientales y de ordenamiento territorial vigentes, agregando una exclusión de la explotación y exploración minera en aquellas áreas donde las normas territoriales lo prohíban expresamente.

Para la Corte es obligatorio advertir que dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, donde no estén prohibidas las actividades mineras, estas actividades sólo podrán efectuarse previo cumplimiento de las normas ambientales.

En el caso que nos ocupa le asiste la razón al demandante, en cuanto a que la expresión *"de acuerdo con dichas normas"* da lugar a varios sentidos normativos. Uno de ellos permitiría interpretar que únicamente se refiere a las normas de carácter municipal excluyendo las demás, lo cual atentaría contra la protección ambiental constitucional, al desconocer la relación armónica que deben existir entre la Constitución, las normas de ordenamiento territorial, las normas ambientales nacionales y departamentales y las de cada municipio.

El otro sentido normativo que estaría de acuerdo con los postulados Constitucionales incluye las normas ambientales nacionales, regionales y municipales en concordancia con el Plan de Ordenamiento Territorial, como se señaló en la sentencia C-431 de 2000.

6.2. Literal c). Zonas de interés arqueológico, histórico o cultural.

El demandante considera que autorizar la exploración y la explotación minera en las zonas de interés arqueológico, histórico o cultural constituyen un atentado contra la identidad cultural de la nación al permitir su destrucción.

La Corte Considera:

La Constitución de 1991 establece en sus artículos 8, 63 y 72 la voluntad del Constituyente de encargar al Estado la protección del patrimonio cultural[17]. Así mismo, los bienes que le conforman pertenecen a la Nación[18], con carácter inalienable, imprescriptible e inembargable debiendo incluso la Ley proveer los

16 Sentencia C-431 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

17 El artículo 4 de la ley 397 de 1997 hace expresa referencia a los inmuebles que poseen un especial interés histórico, arquitectónico, ambiental, estético, plástico, etc. Y, específicamente, en el parágrafo de este artículo, se establece que los bienes declarados monumentos nacionales con anterioridad a la ley, son bienes de interés cultural.

18 *"Vale la pena hacer mención aquí de la interpretación que la jurisprudencia de esta Corporación ha efectuado de los conceptos de Estado y Nación, para concluir que, en este caso, al referirse el artículo 72 al deber del Estado de proteger el patrimonio cultural de la Nación, está vinculando a todas las autoridades territoriales y no sólo al poder central. Existiendo, por tanto, una competencia*

mecanismos necesarios para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares. Si bien es cierto la norma constitucional no prohibe la explotación minera de estas áreas, ello no es obstáculo para preservar el delicado equilibrio entre el desarrollo económico, el desarrollo sostenido y los objetivos del Estado de protección, conservación, rehabilitación y divulgación del patrimonio cultural.

Como se explicara en la sentencia C-366 de 2000[19], significa lo anterior que la declaración de un bien como parte integrante del patrimonio cultural de la Nación, lleva consigo una serie de restricciones al derecho de propiedad, e imposición de cargas para los propietarios de éstos que, en concepto de esta Corporación, se relacionan con su disponibilidad y ello incluye, por supuesto, el uso o destinación que ha de darse al bien para efectos de su conservación y protección.

Sería impensable permitir, por vía de ejemplo, la destrucción del castillo de San Felipe en Cartagena o del parque arqueológico de San Agustín en beneficio de la actividad minera. Es por ello que el legislador admite la exploración y explotación de la minería en consonancia con la Constitución, pero con límites y bajo la condición de que medie una autorización previa de la autoridad competente en concordancia con la autoridad minera, con lo cual se refuerza el control y la protección del patrimonio cultural.

En el caso que se estudia, la Corte encuentra que la expresión *"autoridad competente"* debe ser condicionada, porque de la manera como se encuentra redactada atenta contra el principio de seguridad jurídica (principio constitucional y de filosofía del Derecho), al no determinar cuál es la autoridad competente, y por ende, cuáles son las normas aplicables.

La indeterminación es de tal magnitud que incluso, si su sentido normativo se dirigiera a referirse solamente a la autoridad minera, esta autoridad no se encuentra claramente definida, como puede observarse en el artículo 317 de la ley 685 de 2001 en el que se dispone:

> ***Artículo 317. Autoridad minera****. Cuando en este Código se hace referencia a la autoridad minera o concedente, sin otra denominación adicional, se entenderá hecha al Ministerio de Minas y Energía o en su defecto a la autoridad nacional, que de conformidad con la organización de la administración pública y la distribución de funciones entre los entes que la integran, tenga a su cargo la administración de los recursos mineros, la promoción de los aspectos atinentes a la industria minera, la administración del recaudo y distribución de las contraprestaciones económicas señaladas en este Código, con el fin de desarrollar las funciones de titulación, registro, asistencia técnica, fomento, fiscalización y vigilancia de las obligaciones emanadas de los títulos y solicitudes de áreas mineras.*

De tal manera que para garantizar la protección adecuada del patrimonio, arqueológico, histórico y cultural de la Nación de conformidad con los artículos 63 y 72 de la Constitución se condicionará la expresión *"autoridad competente"* entendiendo que comprende además de la autoridad minera, a la autoridad ambiental y a las autoridades encargadas de cuidar el patrimonio arqueológico, histórico y cultural.

7. Artículo 36. Efectos de la restricción o la exclusión.

El actor considera inconstitucionales las expresiones *"de conformidad con los artículos anteriores"* y *"o se entenderá condicionada a la obtención de permisos o autorizaciones especiales",* por cuanto que impide la aplicación de las normas Constitucionales frente a la ley 685 de 2001 y los permisos y autorizaciones desprotegen la diversidad, la integridad del ambiente y las riquezas naturales.

compartida entre unas y otras." (Cfr, Sentencia C-366 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

19 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

La Corte Considera:

La expresión *"de conformidad con los artículos anteriores"* es inconstitucional porque limita las zonas de exclusión y restricción a lo determinado estrictamente en la ley 685 de 2001, con lo cual se desconoce el límite constitucional impuesto en los artículos 333 y 334 de la Constitución, permitiendo una exploración y explotación minera indiscriminada de áreas que no se encuentren comprendidas en la mencionada Ley. De una parte, desconoce las leyes vigentes que protegen zonas distintas de los parques naturales nacionales, los parques naturales regionales y las reservas forestales; y de otra, cierra la posibilidad de que le sean oponibles leyes posteriores que establezcan nuevas zonas de exclusión o restricción de la actividad minera, por razones ambientales y de protección de la biodiversidad.

No debe olvidarse que además de las tres zonas mencionadas, también tienen protección constitucional, los ecosistemas integrados por vegetación original que no siempre forman parte de parques naturales. De acuerdo con una evaluación del estado de los ecosistemas (Biomas) en Colombia[20], la cobertura actual es la siguiente:

BIOMA	AREA ACTUAL (KM2)	AREA ORIGINAL (KM2)	IVR (%REL)
Páramos	18.000	18.000	100.0%
Selvas Amazónicas	14.000	14000	100.0%
Vegetación herbácea arbustiva de cerros amazónicos	7.500	7.500	100.0%
Bosques bajos y catingales amazónicos	36.000	36.000	100.0%
Sabanas llaneras	106.500	113.000	50.0%
Matorrales xerofíticos y desiertos	9.500	11.000	86.4%
Bosques aluviales (de vegas)	95.000	118.000	80.5%
Bosques húmedos tropicales	378.000	550.000	68.7%
Bosques de manglar	3.300	6.000	55.0%
Bosques y otra vegetación de pantano	6.500	13.000	50.0%
Sabanas del Caribe	1.000	3.500	28.6%
Bosques Andinos	45.000	170.000	26.5%
Bosques secos o subhúmedos tropicales	1.200	80.000	1.5%

De igual manera, el inciso demandado desconoce abiertamente la protección de las cuencas hidrográficas cuya perturbación puede significar que la regulación hídrica pueda alterarse como ya se pudo corroborar con la escasez de agua durante el "fenómeno del Niño" de 1992 y 1998 y por las inundaciones y deslizamientos en las estaciones lluviosas. Colombia cuenta con cinco (5) grandes cuencas hidrográficas:

a) Cuenca Caribe Oriental integrada por el río Ranchería, la Ciénaga Grande de Santa Marta, el río Magdalena y el río Cauca.
b) Cuenca del Orinoco integrada por los ríos Cauca, Catatumbo, Casanare, Meta, Vichada, Guaviare e Inírida.
c) Cuenca Amazónica integrada por los ríos Vaupés, Caquetá y Putumayo.
d) Cuenca Caribe Occidental integrada por los ríos Sinú, Mulatos y Atrato.
e) Cuenca Océano Pacífico integrada por los ríos San Juan, San Juan del Micay y otros dos no identificados.

20 Cfr. PALACIO, Germán y otros. Naturaleza en disputa. Ed. Unijus: 2001. pag 337.

Dentro de estas cuencas hidrográficas, la cuenca caribe occidental se encuentra totalmente transformada, mientras que la cuenca amazónica está aún conservada. Además, la cuenca del río Magdalena es la cuenca social y económicamente más significativa[21].

En este orden de ideas, la expresión *"de conformidad con los artículos anteriores"* atenta contra los principios de la Constitución de 1991, de una legislación minera enmarcada en la protección del medio ambiente y la conservación de la biodiversidad como objetivo esencial, al desconocer la gran cantidad de ecosistemas del país, y el amparo legal por normas vigentes[22] o que eventualmente podría producir el legislador hacia el futuro.

No ocurre lo mismo con la expresión *"o se entenderá condicionada a la obtención de permisos o autorizaciones especiales"*. Al contrario de lo afirmado por el demandante, la expresión refleja la responsabilidad y el compromiso del Estado para con la protección ambiental en la hipótesis de las concesiones mineras. En la sentencia C-126 de 1998[23], de manera extensa lo manifestó esta Corporación para el caso de las concesiones de aguas y sus argumentos son plenamente aplicables para el caso que se estudia:

> *"32- Tal y como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia de esta Corte y de otras corporaciones judiciales[24], por medio de la concesión, las entidades estatales otorgan a una persona, llamada concesionario, la posibilidad de operar, explotar, o gestionar, un bien o servicio originariamente estatal, como puede ser un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público. Las labores se hacen por cuenta y riesgo del concesionario pero bajo la vigilancia y control de la entidad estatal, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación. Como vemos, el contenido de la relación jurídica de concesión comprende un conjunto amplio de deberes y derechos del concesionario, así como de facultades y obligaciones de la autoridad pública, todo lo cual se encuentra regulado de manera general en la ley pero puede completarse, en el caso específico, al otorgarse la respectiva concesión. Pero en todo caso es propio de la concesión que el Estado no transfiere el dominio al concesionario, ya que éste sigue siendo de titularidad pública. Por esa razón, esta Corte ha admitido el otorgamiento de concesiones para la explotación de recursos de propiedad estatal, como las salinas, pues es claro que por medio de esta figura se procura la explotación y administración de estos bienes de tal manera que se preserva la titularidad "que se le reconoce (al Estado) y de la cual no puede desprenderse.[25]" De otro lado, y ligado al interés público que acompaña este tipo de relaciones jurídicas, las autoridades deben ejercer una permanente vigilancia sobre el concesionario a fin de que cumpla adecuadamente sus obligaciones, "lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.[26]" Así, específicamente en materia de recursos naturales, como el agua, esta Corte ha especificado que la concesión simplemente otorga "el derecho al aprovechamiento limitado de las aguas, pero nunca el dominio sobre éstas", por lo cual "aun cuando la administración haya autorizado la concesión, sin embargo, conserva las potestades propias que le confiere la ley para garantizar el correcto ejercicio de ésta, así como la utilización eficiente del recurso, su preservación, disponibilidad y aprovechamiento de acuerdo con las prioridades que aquélla consagra.[27]"*

21 PALACIO, Germán, Op. Cit. Pag. 339.
22 Entre otros, la ley 2 de 1959 sobre economía forestal de la nación y conservación de los recursos naturales renovables; el decreto-ley 2811 de 1974 (Código de recursos naturales), el decreto 1681 de 1978 que reglamenta el tema de los recursos hidrológicos del Código de Recursos naturales, la ley 99 de 1993 y la ley 165 de 1994 (Convenio sobre la diversidad biológica).
23 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
24 Ver, por ejemplo, Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.
25 Sentencia C-647 de 1997. MP Fabio Morón Díaz.
26 Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara
27 Sentencia T-379 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Consideración de la Corte 5.

> *33- La anterior presentación de la figura de la concesión es suficiente para mostrar que el empleo de ese instrumento jurídico para autorizar a los particulares el uso de determinados recursos naturales no implica que el Estado se desprenda de sus responsabilidades ambientales, ya que es deber de las autoridades vigilar que el concesionario utilice el respectivo recurso natural de conformidad con la protección constitucional al medio ambiente."*

En consecuencia la expresión *"o se entenderá condicionada a la obtención de permisos o autorizaciones especiales"* será declarada exequible.

DECISION

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar EXEQUIBLE la expresión *"y de aplicación preferente"* del artículo 3 de la ley 685 de 2001.

SEGUNDO: Declarar EXEQUIBLE el artículo 4 de la ley 685 de 2001 solamente por los cargos estudiados, en el entendido que la expresión *"únicos"* no excluye la aplicación de los requisitos establecidos en leyes especiales que protegen el patrimonio histórico, arqueológico o cultural de la nación y los derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

TERCERO: Declarar EXEQUIBLE la expresión "*Las autoridades minera y ambiental no podrán, en el ámbito de sus competencias, exigirles requisitos, condiciones y formalidades adicionales o diferentes, salvo las expresamente señaladas en este Código"* contenida en el artículo 18 de la ley 685 de 2001; siempre y cuando se entienda que esta Ley se aplica tanto a los nacionales colombianos como a los extranjeros, en las mismas condiciones señaladas en el artículo 4 de la ley 685 de 2001.

CUARTO: Declarar EXEQUIBLE el inciso 1 del artículo 34 de la ley 685 de 2001.

QUINTO: Declarar EXEQUIBLE el inciso 2 del artículo 34 de la ley 685 de 2001, en el entendido que el deber de colaboración de la autoridad minera no condiciona el ejercicio de la competencia de la autoridad ambiental.

SEXTO: Declarar EXEQUIBLES los incisos 3 y 4 del artículo 34 de la ley 685 de 2001, en el entendido que la autoridad ambiental deberá aplicar el principio de precaución.

SÉPTIMO: Declarar INEXEQUIBLE la expresión *"de acuerdo con dichas normas"* contenida en el literal a) del artículo 35 de la ley 685 de 2001 y EXEQUIBLE el resto del literal a) del artículo 35 de la ley 685 de 2001, siempre que se entienda que incluye las normas ambientales nacionales, regionales y municipales, en concordancia con el Plan de Ordenamiento Territorial.

OCTAVO: Declarar EXEQUIBLE el literal c) del artículo 35 de la ley 685 de 2001 siempre que se entienda que la expresión *"autoridad competente"* comprende, en sus respectivos ámbitos de competencia, además de la autoridad minera, a la autoridad ambiental y a las autoridades encargadas de cuidar el patrimonio arqueológico, histórico y cultural.

NOVENO: Declarar INEXEQUIBLE la expresión *"de conformidad con los artículos anteriores",* contenida en el artículo 36 de la ley 685 de 2001.

DÉCIMO: Declarar EXEQUIBLE la expresión y *"o se entenderá condicionada a la obtención de permisos o autorizaciones especiales"*, contenida en el artículo 36 de la ley 685 de 2001.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Sentencia C-746/12

FACULTAD PARA QUE LA ADMINISTRACION EXPIDA LICENCIA AMBIENTAL DE PROYECTOS QUE AFECTAN EL SISTEMA DE PARQUES NATURALES-No desconoce los mandatos constitucionales previstos en los artículos 8, 63, 79 y 80 de la Constitución Política

LICENCIA AMBIENTAL EN PROYECTOS QUE AFECTAN EL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES-Competencia para su expedición

CONCEPTO Y FUNCION DE LA LICENCIA AMBIENTAL-Desarrollo jurisprudencial**/LICENCIA AMBIENTAL-**Concepto y función desde la perspectiva constitucional/**LICENCIA AMBIENTAL EN PROYECTOS QUE AFECTAN EL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES-**Objeto/**LICENCIA AMBIENTAL-**Mecanismo de protección de derechos individuales y colectivos en el marco de un régimen preventivo de libertades

AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES-Contenido normativo/**AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES-**Competencia para otorgar licencia ambiental en proyectos que afectan el sistema de parques nacionales

LICENCIA AMBIENTAL-Criterios jurisprudenciales en torno al concepto y función/**LICENCIA AMBIENTAL-**Carácter protector

Con fundamento en la jurisprudencia constitucional, se concluye que la licencia ambiental: (i) es una autorización que otorga el Estado para la ejecución de obras o la realización de proyectos o actividades que puedan ocasionar un deterioro grave al ambiente o a los recursos naturales o introducir una alteración significativa al paisaje (Ley 99/93 art. 49); (ii) tiene como propósitos prevenir, mitigar, manejar, corregir y compensar los efectos ambientales que produzcan tales actividades; (iii) es de carácter obligatoria y previa, por lo que debe ser obtenida antes de la ejecución o realización de dichas obras, actividades o proyectos; (iv) opera como instrumento coordinador, planificador, preventivo, cautelar y de gestión, mediante el cual el Estado cumple diversos mandatos constitucionales, entre ellos proteger los recursos naturales y el medio ambiente, conservar áreas de especial importancia ecológica, prevenir y controlar el deterioro ambiental y realizar la función ecológica de la propiedad; (v) es el resultado de un proceso administrativo reglado y complejo que permite la participación ciudadana, la cual puede cualificarse con la aplicación del derecho a la consulta previa si en la zona de influencia de la obra, actividad o proyecto existen asentamientos indígenas o afrocolombianos; (vi) tiene simultáneamente un carácter técnico y otro participativo, en donde se evalúan varios aspectos relacionados con los estudios de impacto ambiental y, en ocasiones, con los

diagnósticos ambientales de alternativas, en un escenario a su vez técnico científico y sensible a los intereses de las poblaciones afectadas (Ley 99/93 arts. 56 y ss); y, finalmente, (vii) se concreta en la expedición de un acto administrativo de carácter especial, el cual puede ser modificado unilateralmente por la administración e incluso revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito de su titular, cuando se advierta el incumplimiento de los términos que condicionan la autorización (Ley 99/93 art. 62). En estos casos funciona como garantía de intereses constitucionales protegidos por el principio de prevención y demás normas con carácter de orden público.

SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES-Desarrollo jurisprudencial/**SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES-**Concepto y función

SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES-Criterios jurisprudenciales en torno al concepto y función

El Sistema de Parques Nacionales Naturales es un conjunto de áreas de diverso tipo: (i) que tiene un valor excepcional y que se reserva en beneficio de los habitantes del territorio colombiano y de la humanidad; (ii) que representa características y condiciones especiales y sus componentes han sido clasificados atendiendo la siguiente tipología: parque nacional, reserva natural, área natural única, santuario de fauna, santuario de flora y vía parque (Decreto 2811/1974 art. 329), cada una con un régimen de manejo particular según sus características especiales; (iii) cuyos componentes son reservados y delimitados por la autoridad nacional competente, y su administración y manejo corresponde a la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales (Decreto 2371/2010 art. 11); (iv) que está protegido de forma especial por la Constitución en los artículos 8, 63, 79 y 80 y por los tratados internacionales, en especial el Convenio sobre la diversidad biológica aprobado en la Ley 165 de 1994; (v) que se encuentra sometido a un régimen jurídico propio acorde con las finalidades específicas de conservación y protección, y en el que las únicas actividades permitidas son conservación, investigación, educación, recreación pasiva, cultura, y recuperación y control (Decreto 2811/1974 art. 332); (vi) cuyos componentes tienen el carácter de inembargables, imprescriptibles e inalienables; (viii) que desde una perspectiva macro-ecológica es entendido como un factor imprescindible del desarrollo sostenible, en tanto presta servicios ambientales de primer orden, sirve para proteger la biodiversidad y para atenuar los efectos del calentamiento global; (ix) de propiedad mixta, en la medida en que la titularidad de los derechos de dominio sobre los territorios que lo integran puede recaer en el Estado o en particulares; en este último caso, la propiedad opera bajo un régimen jurídico especial: su titular no puede enajenar sus derechos y se debe allanar a las finalidades del sistema y a las actividades allí permitidas; y por último, (x) cuya administración y protección le corresponde a autoridades ambientales del orden nacional, en especial al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y a la Unidad Especial de Parques Nacionales Naturales. No

queda duda que la conceptualización del Sistema de Parques Nacionales Naturales responde a la configuración de un tipo específico de reserva, la cual se constituye a su vez por distintas clases de áreas con diversas destinaciones, cuyo valor excepcional para el patrimonio nacional, por sus características naturales, culturales o históricas, demanda una especial protección acorde con lo previsto en los artículos 8, 63, 79 y 80 de la Constitución y en el Convenio sobre la diversidad biológica aprobado mediante la Ley 165 de 1994.

SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES-Mandatos constitucionales de protección, conservación y planificación

Referencia: expediente D- 8960

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 9 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993 "*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones.*"

Demandante: Andrea Catalina Castilla Guerrero

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 numeral 4º de la Constitución, la ciudadana Andrea Catalina Castilla Guerrero demandó la inconstitucionalidad del numeral 9 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto del artículo acusado, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 41.146 de diciembre 22 de 1993, destacando y subrayando los apartes demandados:

"LEY 99 DE 1993
(Diciembre 22)

Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones.

(...)

ARTÍCULO 52. COMPETENCIA DEL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. El Ministerio del Medio Ambiente otorgará de manera privativa la Licencia Ambiental en los siguientes casos:

1. Ejecución de obras y actividades de exploración, explotación, transporte, conducción y depósito de hidrocarburos y construcción de refinerías.

2. Ejecución de proyectos de gran minería.

3. Construcción de presas, represas o embalses con capacidad superior a doscientos millones de metros cúbicos, y construcción de centrales generadoras de energía eléctrica que excedan de 100.000 Kw de capacidad instalada así como el tendido de las líneas de transmisión del sistema nacional de interconexión eléctrica y proyectos de exploración y uso de fuentes de energía alternativa virtualmente contaminantes.

4. Construcción o ampliación de puertos marítimos de gran calado.

5. Construcción de aeropuertos internacionales.

6. Ejecución de obras públicas de las redes vial, fluvial y ferroviaria nacionales.

7. Construcción de distritos de riego para más de 20.000 hectáreas.

8. Producción e importación de pesticidas, y de aquellas sustancias, materiales o productos sujetos a controles por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales.

9. Proyectos que afecten el Sistema de Parques Nacionales Naturales.

10. Proyectos que adelanten las Corporaciones Autónomas Regionales a que hace referencia el numeral 19 del artículo 31 de la presente Ley.

11. Transvase de una cuenca a otra de corrientes de agua que excedan de 2 mt3/segundo durante los períodos de mínimo caudal.

12. Introducción al país de parentales para la reproducción de especies foráneas de fauna y flora silvestre que puedan afectar la estabilidad de los ecosistemas o de la vida salvaje.

13. Generación de energía nuclear.

PARÁGRAFO 1. La facultad de otorgar licencias ambientales para la construcción de puertos se hará sin perjuicio de la competencia legal de la Superintendencia General de Puertos de otorgar concesiones portuarias. No obstante la licencia ambiental es prerrequisito para el otorgamiento de concesiones portuarias.

PARÁGRAFO 2. El Ministerio del Medio Ambiente otorgará una Licencia Ambiental Global para la explotación de campos petroleros y de gas, sin perjuicio de la potestad de la autoridad ambiental para adicionar o establecer condiciones ambientales específicas requeridas en cada caso, dentro del campo de producción autorizado."

III. DEMANDA

A juicio de la demandante, el numeral 9º del artículo 52 de la Ley 99 de 1993 vulnera los artículos 8, 63, 79 y 80 de la Constitución Política.

En su criterio, el legislador no puede habilitar al Ministerio del Medio Ambiente (en la actualidad Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) para la expedición de licencias ambientales de cualquier proyecto que afecte los parques nacionales naturales, pues con ello "desconoce la finalidad que tienen estas áreas como lugares para la protección de las riquezas naturales de la Nación" (CP art. 8).

En este sentido, afirma que al tratarse de bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables (CP art. 63), "no es viable que el legislador le permita a la administración decidir sobre la realización de proyectos que los puedan afectar, alterando [su] destinación específica (…) y desnaturalizando su esencia jurídica y finalidad ambiental". Para la accionante, las áreas de parques deben mantenerse sometidas a las finalidades que rigen su naturaleza, las cuales se encuentran previstas en el artículo 328 del Código de Recursos Naturales: conservación, perpetuación, protección, mantenimiento de diversidad y de estabilidad ecológica, con la finalidad de que "áreas específicas del país [sean] conservadas y protegidas en su complejidad natural." En este orden de ideas, sostiene que "conservar la inalterabilidad de

los parques naturales es la manera como se pueden mantener incólumes estos espacios tan importantes para la diversidad biológica (…) y para el desarrollo cultural de la Nación".

En desarrollo de lo expuesto, indica que "el licenciamiento ambiental sobre parques les haría perder su inalienabilidad al permitir que particulares pudieran empezar a negociar con estas áreas y con lo que puedan representar para el comercio", en contra del principio de que dichas tierras son "indisponibles, bajo cualquier criterio que no sea el de protección y cuidado ambiental".

Con la habilitación prevista en la disposición demandada, en opinión de la demandante, el legislador desconoce el deber del Estado de "proteger la diversidad e integridad del ambiente" y de "conservar las áreas de especial importancia ecológica" (CP art. 79). Expresamente, señala que no puede el legislador otorgar la potestad a la administración para "realizar afectaciones tan graves a estos lugares, como lo son los proyectos que requieren de licenciamiento ambiental."

Adicionalmente, se considera que con esta habilitación, el legislador desconoce el mandato de "prevenir y controlar los factores de riesgo ambiental" (CP art. 80), pues la permisión de intervenir en los parques naturales "implica una afectación y una desprotección sobre estas áreas, que no permiten (…) afectaciones graves como lo haría un proyecto que requiera licencia ambiental."

En este punto, la argumentación se desarrolla en dos ejes: en primer lugar, en lo referente a la definición y propósito de la licencia ambiental y, en segundo término, en la caracterización jurídica de los parques nacionales naturales. En líneas generales, se sostiene que "los parques naturales son contrapuestos a las licencias ambientales en cuanto al contenido y alcance de [estas]."

Así, señala que la licencia ambiental es exigible cuando "obras, proyectos o el desarrollo de actividades puedan producir un deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o pueda introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje" (L 99/93 art. 49). En otras palabras, es de la naturaleza de la licencia ambiental, "la existencia de un deterioro grave o de modificaciones considerables o notorias al paisaje", circunstancia que contrasta con "las finalidades que tienen los parques naturales", lo que evidencia "la incoherencia que existe al permitir que se otorguen licencias para proyectos sobre estas zonas." Por está razón, si la licencia ambiental supone la carga para el titular de adelantar conductas enderezadas a la "prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada" (L 99/93 art. 50), ello significa "que existe un impacto (…) que debe ser manejado (…) por lo que resulta evidente (…) que el concepto, alcance y fin de las licencias ambientales se contrapone legal y constitucionalmente hablando al concepto de parques nacionales naturales."

Añade la demandante que la licencia, en la medida en que busca "prevenir factores de riesgo ambiental y establecer obligaciones a quien la detente para obligar a la restauración del ambiente por los daños que se generaron", supone "un claro impulso del principio de desarrollo sostenible" y se opone a los propósitos de "conservación y protección" propios del establecimiento de las áreas protegidas como los parques naturales. De otra parte, indica que las intervenciones posibles en los parques nacionales (proyectos de conservación y protección ambiental) no requieren la expedición de una licencia ambiental. Esta afirmación se apoya en el artículo 8 del Decreto 2820 de 2010 que precisa la competencia del Ministerio del Medio Ambiente (en la actualidad Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) para la expedición de licencias ambientales "que afecten las áreas del sistema de parques nacionales naturales (…) en el marco de las actividades allí permitidas." Estas actividades son: conservación, investigación, educación, recreación, cultura y recuperación y control. En consecuencia, "en ninguna de estas actividades se requiere de la solicitud de licencia ambiental, por cuanto ninguna de ellas genera un impacto negativo a los recursos naturales."

En relación con los parques nacionales naturales, la demandante sostiene que "el sistema de áreas protegidas [persigue] salvaguardar el patrimonio cultural y natural de la nación y conservar las áreas de importancia ecológica para el país" a su vez, "las áreas de parques naturales se presentan y constituyen para la conservación de los recursos naturales, por lo que se propone que se han de mantener afectadas a las finalidades que les son propias por su naturaleza, definidas en el artículo 328 del Código de Recursos Naturales" (conservación, perpetuación, mantenimiento de diversidad y de estabilidad ecológica, y protección). Lo anterior, entre otras, en consonancia con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, integrado al orden interno mediante Ley 165 de 1994, que prevé como "acción de conservación *in situ*" el establecimiento de un sistema de áreas protegidas, entendidas como "un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación" (art. 2). Según se afirma en la demanda, "las áreas protegidas resultan de relevante importancia no sólo para el ambiente sino también para la cultura de la Nación [por lo que] bajo ningún aspecto [se] puede permitir el desarrollo de proyectos de alto impacto dentro de sus límites." Por último, afirma que de declararse la inconstitucionalidad de la disposición acusada, ello no implicaría que "queden sin piso ni control las actividades que se desarrollarán en las zonas de parques" pues "existe ya un marco jurídico [relacionado con los proyectos que se pueden desarrollar] en las áreas del sistema de parques Nacionales Naturales sin que implique ello el otorgamiento de licencias ambientales", estas intervenciones, en su opinión, "seguirían un trámite distinto ante la autoridad ambiental competente en la revisión y vigilancia de los parques nacionales."

IV. INTERVENCIONES

4.1. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

El apoderado del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la disposición demandada. Sostiene el interviniente que la Corte carece de competencia por falta de objeto y por inepta demanda. Al respecto, señala que con la expedición del Decreto 3573 de 2011 operó una derogatoria de la norma demandada, pues se creó la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y le confió la competencia de otorgar o negar las licencias y demás permisos de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. También solicita a la Corte declararse inhibida, pues la demanda carece de "análisis y precisión acerca de cuál es el concepto de la violación". A su juicio "las razones de inconstitucionalidad no guardan relación con la exposición de todos los elementos de juicio indispensables" para que exista un pronunciamiento de constitucionalidad.

En todo caso, esgrime varias razones de fondo para justificar la exequibilidad de la disposición demandada. Así, para el interviniente, la licencia tiene la función de evaluar el impacto ambiental en íntima relación con el principio de prevención, pilar fundamental del derecho ambiental en Colombia. Por lo que, "[d]esde el punto de vista epistemológico, el principio de prevención supera el modelo correctivo y se ubica en una gestión ambiental justamente preventiva."

La acción preventiva "tiene por finalidad evitar los daños ambientales para lo cual es necesario conocerlos anticipadamente y diseñar las medidas necesarias para que no se produzcan o aminorar sus efectos. (…) la evaluación del impacto ambiental, se convierte en la expresión máxima o concreta del principio de prevención que orienta la legislación ambiental colombiana.

Debe advertirse que el trámite, otorgamiento o negación de cualquier licencia en las áreas del Sistema de Parques Naturales, está sujeto a las finalidades principales del Sistema de Parque Naturales y a los usos y actividades permitidas dentro de las áreas del Sistema al tenor de lo dispuesto en los artículos 328 y 331" del Código de Recursos Naturales.

A continuación, el interviniente invoca apartes de las sentencias C-366 de 2011 (sobre conservación de Parques Nacionales Naturales como zonas excluibles de minería), C-497A de 1994 (sobre el carácter de interés nacional que detenta la protección del ambiente), C-578 de 1999 y C-1340 de 2000 (sobre el carácter sistémico del régimen de protección del ambiente y los recursos naturales) y C-431 de 2000 (sobre el deber estatal de proteger el medio ambiente).

De lo anterior, concluye que "para entender el real alcance de las áreas protegidas, es necesario indicar que la Ley 2ª de 1959 *sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables* fue expedida por el legislador, entre otras razones, con el fin de contrarrestar la amenaza que para la flora, la fauna, el agua y los suelos constituía la colonización agrícola indiscriminada. Consciente de la carencia de recursos para vigilar eficazmente la caza, la pesca y la explotación de bosques, el Congreso consideró necesario escoger zonas en los diferentes climas de Colombia, las

cuales serían cerradas totalmente a la colonización y a todas aquellas actividades que pudieran causarles algún perjuicio con fines de conservación. Tales áreas servían como refugios intocables y más tarde se convertirían en parques nacionales, cuya extensión no perjudicaba el desarrollo agrícola y ganadero del país y, por el contrario, sus beneficios de conservación eran muy grandes. (Historia de las Leyes Exposición de Motivos del proyecto de Ley *sobre conservación de recursos naturales y fundación de parques nacionales*, Congreso de la República, Tomo IV, 1959, páginas 119 y 120)".

4.2. Parques Nacionales Naturales de Colombia

El apoderado de Parques Nacionales Naturales de Colombia solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la disposición demandada. Los argumentos de su intervención son, en su mayoría, idénticos a los reseñados en el caso de la intervención del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, ante lo cual, la Corte se abstiene de repetirlos. No obstante, en su escrito se incluye un apartado nuevo, bajo el acápite "análisis de la viabilidad jurídica de proyectos de infraestructura al interior de las áreas del sistema de parques nacionales naturales", cuyos argumentos principales se reseñan.

Para tal efecto, se afirma que con la expedición de la Ley 2 de 1959, sobre zonas de reserva forestal y bosques de interés nacional, fueron declarados como Parques Nacionales Naturales, "las zonas que el gobierno nacional, previo concepto favorable de la Academia Colombiana de Ciencias, Exactas, Físicas y Naturales, delimitara y reservara de manera especial, con el objeto de conservar la flora y la fauna nacionales" (art. 13). En atención a este propósito "la norma establece la prohibición perentoria de adjudicar baldíos en su interior, comprar y vender tierras, cazar, pescar y desarrollar toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta al turismo o de aquellas que el gobierno considere convenientes para la conservación o embellecimiento del área." Sobre esta prohibición la Corte se pronunció en la Sentencia C-189 de 2006.

A su vez, mediante el Decreto Ley 2811 de 1974 (Código de Recursos Naturales), se creó "el Sistema de Parques Nacionales Naturales, dentro de las áreas de manejo especial, (…) para la administración, manejo y protección del ambiente y de los recursos naturales" que se define en el artículo 327 como "el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional, que se reserva y declara, en beneficio de los habitantes de la Nación, debido a sus características naturales, culturales, históricas." Dicho sistema está conformado en la actualidad por "54 áreas declaradas según las distintas categorías" de ley. El código también fijó las finalidades de dicho sistema: conservación, perpetuación en estado natural, y protección de especies de fauna y flora, y de fenómenos naturales, históricos y culturales (art. 328). Igualmente, con el propósito de alcanzar tales finalidades se indicaron "de manera taxativa las actividades permitidas en las mismas [en concreto, la] conservación, investigación, educación, recreación, cultura, recuperación y control" (art. 332).

Por su parte, el Decreto 622 de 1977 establece una extensa lista de prohibiciones relacionadas con actividades que podrían alterar el ambiente natural de estas áreas: vertimiento de tóxicos, actividades agropecuarias o industriales incluidas las hoteleras, mineras y petroleras, tala, encender fuego, excavaciones, caza, pesca, recolección de especies, introducción de semillas o animales, arrojar basura, producir ruido, etc. (art. 30). Este Decreto subdividió las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales con fines de manejo para su adecuada administración. La división comprende: "zona primitiva, zona intangible, zona de recuperación natural, zona histórico cultural, zona de recreación general exterior y zona de alta densidad de uso" (art. 5).
Igualmente, el Decreto 622 de 1997 permitía la ejecución de "obras de interés público dentro de las áreas del sistema de parques" cuando ello fuera "imprescindible" y siempre que estuvieran precedidas del requisito ambiental de los estudios ecológicos y ambientales necesarios para que el entonces INDERENA determinara la viabilidad del proyecto (art. 20). Este es el antecedente de la licencia ambiental regulada en los artículos 49 y ss de la Ley 99 de 1993. El nuevo régimen legal establece que "requerirán de licencia ambiental (…) los proyectos que afecten el sistema de parques nacionales naturales." A su vez, el Decreto 1220 de 2005, estableció que serían tales, los proyectos que se realicen al interior del parque o en su zona de amortiguación, previamente delimitada.

Para el interviniente "cualquier proyecto que se pretenda realizar al interior de estas áreas, deberá contar con el trámite para la obtención de una licencia ambiental. Sin embargo, es preciso aclarar que este tipo de proyectos en ningún caso pueden contemplar actividades prohibidas dentro de [tales] áreas, pues la licencia ambiental no podría amparar la violación del régimen de prohibiciones y por lo tanto la licencia ambiental podrá exigirse sólo para el desarrollo de actividades permitidas dentro de las áreas. Es preciso señalar que incluso, aquellas actividades permitidas, sólo podrán ser realizadas siempre y cuando no causen alteraciones significativas al ambiente natural, tal como lo establece el artículo 23 del Decreto 622 de 1977."

En relación con el deber de proteger "las áreas de especial importancia ecológica" (CP art. 79) el interviniente invoca apartes de la Sentencia T-666 de 2002 (obligación de conservar los humedales permitiendo exclusivamente usos compatibles con la conservación), y apoyado en doctrinantes, indica que dichas áreas deben estar "sometidas a un régimen de protección más estricto que el aplicable al resto del territorio nacional". Igualmente, manifiesta que a pesar de que dicho concepto no tiene una definición legal, la jurisprudencia de la Corte ha indicado que las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales lo son, y en esa medida, les son aplicables todas las consecuencias jurídicas del caso, y "exigen del Estado el deber especial de conservarlas, no buscando un desarrollo sostenible sino la preservación de los ecosistemas y su intangibilidad, definiendo en su interior usos compatibles con la conservación y partiendo de la prohibición de explotación."

Dicha protección, en criterio del interviniente, está enlazada con la calificación de los Parques Nacionales Naturales como "inalienables, inembargables, imprescriptibles", en los términos del artículo 63 del Texto Superior. Estas limitaciones tienen el propósito de mantener "incólumes e intangibles" las áreas de tales Parques, por lo que las mismas "no pueden ser objeto de sustracción o cambio de destinación (…) por cualquier medio." Por esta razón, concluye que existe una clara "imposibilidad constitucional de desarrollar al interior del Sistema de Parques Nacionales Naturales proyectos distintos a las actividades de conservación y demás actividades permitidas que van dirigidas al cumplimiento de las finalidades que le son propias." En este orden ideas, "cualquier proyecto que pueda afectar las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, incluso aquel que se pretenda realizar al interior de estas áreas, deberá adelantar el trámite para la obtención de una licencia ambiental. Este tipo de proyectos no podrán contemplar actividades prohibidas dentro de las áreas (…) la licencia ambiental podrá exigirse sólo para el desarrollo de actividades permitidas dentro de las áreas, las cuales incluso, sólo pueden realizarse siempre y cuando no sean causa de alteración significativa del ambiente natural."

4.3. Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR

El apoderado de la CAR de Cundinamarca solicita a la Corte declarar inexequible la disposición demandada. Para el interviniente, a partir de la definición y finalidad de la licencia ambiental (L 99/93 arts. 49 y 50) es claro que tales licencias se otorgan frente a "proyectos, obras o actividades capaces de causar deterioro grave al medio ambiente y los recursos naturales, sujetas a medidas de prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales." De tal forma que la disposición acusada, al prever la competencia para conceder licencias ambientales frente a proyectos en los Parques Nacionales Naturales, afecta "un ecosistema protegido por la Carta Política, en el artículo 63, en armonía con los artículos 8, 79 y 80."

En su parecer, si la Corte Constitucional en la sentencia C-649 de 1997 consideró inexequible la disposición que permitía la sustracción de áreas del sistema de parques, "tampoco sería posible otorgar licencias ambientales en áreas protegidas en los (sic) cuales los usos que se permiten son los de conservación."

Finalmente, el interviniente sostiene que no obstante la norma demandada ha sido derogada tácitamente por el artículo 3º del Decreto 3573 de 2011 e independientemente de quién sea la autoridad para proferir tales licencias, lo cierto es que sigue existiendo la posibilidad de expedirlas en zonas o áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, en contravía del deber de protección del Estado y de los mandatos de los artículos 63, 79 y 80 del Texto Superior.

4.4. Defensoría del Pueblo

El Defensor Delegado para los Asuntos Constitucionales solicita emitir un pronunciamiento inhibitorio por inepta demanda y, en subsidio, declarar la exequibilidad condicionada de la disposición acusada.

En relación con la solicitud principal, el interviniente indica que los argumentos de la demanda son "subjetivos e imprecisos" puesto que "faltan a la verdad al señalar que las actividades permitidas en áreas de parques no requieren licencia ambiental", y "desconocen la finalidad real del mecanismo denominado licencia ambiental [al asimilar su exigencia] a impacto grave y negativo." Frente a lo cual, indica, "resulta indispensable someter el cumplimiento de los requerimientos del licenciamiento ambiental al estudio de los impactos –sean estos negativos o beneficiosos– que se puedan generar por la ejecución de proyectos, obras o actividades." En tal orden de ideas, "no cabe duda que la licencia ambiental es una herramienta de protección de los recursos naturales, que no altera el carácter inalienable de los Parques Naturales y que persigue prevenir y controlar factores de deterioro ambiental."

Igualmente, indica que a la demandante le falta razón al señalar que las regulaciones sobre licenciamiento ambiental y áreas protegidas persiguen propósitos opuestos. Tal apreciación desconoce que la legislación ambiental es un sistema que debe leerse de forma armónica "para lograr el desarrollo sostenible así como la conservación y protección del medio ambiente."

En relación con la solicitud subsidiaria, se describen algunos elementos de la legislación ambiental relacionados con la licencia ambiental y con el Sistema de Parques Naturales, en concreto disposiciones de las Ley 99 de 1993 y 165 de 1994 (Convenio sobre la diversidad biológica) y los Decreto 2820 de 2010, 2811 de 1974 y 622 de 1977, todos mencionados por otros intervinientes.

Además, señala que recientemente la Contraloría General de la República, emitió "función de advertencia" en materia de las licencias ambientales concernientes al Ministerio de Ambiente y a la ANLA, donde se destacan "graves deficiencias y debilidades del proceso de licenciamiento en el país" y se critica el régimen legal creado por el Decreto 2820 de 2010. Para el interviniente, este documento de la Controlaría ilustra la importancia de la institución de la licencia ambiental, y de que la misma "cuente con una regulación integral y armónica que no de cabida a vacíos de interpretación."

Para la Defensoría, el problema jurídico del caso consiste en: "establecer si el legislador, al atribuir al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible la facultad de otorgar licencias ambientales para proyectos que afecten áreas protegidas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, a través del numeral 9 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, desconoció 'el deber de conservar las áreas de especial importancia ecológica' consagrado en el artículo 79 de la Carta Política."

En opinión del interviniente, *prima facie,* la respuesta a este problema sería negativa. Ya que es posible "una interpretación sistemática de la norma conforme a la cual se entienda que dichas licencias ambientales serían viables

en el marco de las actividades que estén autorizadas por la Constitución Política y en la legislación atinente al Sistema de Parques Nacionales Naturales (Decretos 2811 de 1974 y 622 de 1977).” No obstante, ante la posibilidad de diferentes lecturas de la norma, en especial la derivada del “numeral 12, del artículo 8 del Decreto 2820 de 2010, mediante la cual se posibilita la ejecución de proyectos, obras o actividades en diversos sectores económicos e industriales dentro de las zonas amortiguadoras del Sistema de Parques Nacionales Naturales, la Defensoría estima que la precisión resulta necesaria.” En este sentido, se solicita a la Corte condicionar la exequibilidad de la disposición demandada, “siempre que se entienda que la concesión de licencias ambientales, por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, no abarca o no implica autorización para el desarrollo de actividades en sectores productivos que generen impactos graves y negativos en las zonas amortiguadoras y que se planteen en el marco del plan de manejo ambiental que para ellas se defina.”

4.5. Universidad del Rosario

La Universidad del Rosario solicita declarar la exequibilidad condicionada de la disposición demandada, en el sentido de entender que la licencia “se solicita sobre cualquier actividad –que impacte los recursos naturales– que se desarrolle al interior del Sistema de Parques Nacionales, excluyendo aquellas que no son compatibles con sus usos del suelo o con el Plan de manejo Ambiental de dichas zonas”.

En criterio del interviniente, el problema jurídico del caso consiste en definir si: “¿es posible que la Agencia Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– conceda licencias ambientales para el desarrollo de proyectos, obras o actividades al interior del Sistema de Parques Nacionales Naturales?”

Para tal efecto, se argumenta que la “exigencia de licenciamiento ambiental se constituye en una mayor garantía de protección sobre el medio ambiente, por cuanto las actividades que generalmente están sujetas a permisos ambientales como las emisiones atmosféricas, en el caso de los Parques Nacionales Naturales, requerirán licencia ambiental.” La facultad de la ANLA para otorgar licencias en estos casos, permite “vigilar que [las actividades] se adecuen a los usos permitidos de acuerdo con la ley, pues es claro que [según] el numeral 12 b) del Decreto 2820 de 2010 dichas actividades deben realizarse de conformidad con el Plan de Manejo Ambiental de las respectivas zonas.”

Igualmente, indica que “solicitar una licencia ambiental, no implica necesariamente su otorgamiento”, la ANLA puede considerar, según el caso, que “no es conveniente otorgar la licencia ambiental, como podría suceder con algunas de las actividades contenidas en el artículo 8 del Decreto 2820 de 2010, de suyo incompatibles con los usos de dichas zonas.”

Por esta razón, concluye que si no fuera por la existencia de esta norma, “las actividades al interior de los parques nacionales estarán en vigilancia de las Corporaciones Autónomas Regionales a través de los permisos y

autorizaciones que éstos pueden dar, más (sic) no en cabeza de la ANLA, bajo la autorización ambiental más estricta de todas, la licencia ambiental."

4.6. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)

La ANDI solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la disposición demandada. En su opinión, la demandante hace una interpretación incorrecta de la norma al "no guarda[r] armonía con otras disposiciones de la legislación ambiental". En este sentido, cita los artículos 331 y 332 del Código de Recursos Naturales (sobre actividades permitidas en el sistema de parques nacionales) y los artículos 36 y 37 del Decreto 2372 de 2010 (sobre la obligación de obtener permiso, concesión, licencia o autorización de autoridad ambiental competente para la realización de actividades en, entre otros, el sistema de parques nacionales). Del conjunto de normas objeto de referencia, señala que la disposición demandada no debe entenderse "como una patente de corso para desarrollar todo tipo de actividades en los parques nacionales naturales, sino como una medida para controlar las actividades permitidas que requieran licencia ambiental."

Para el interviniente, una declaración de inconstitucionalidad en este caso, "en vez de proteger los parques nacionales naturales, daría lugar a que las actividades permitidas en ellos sean adelantadas de manera directa por parte de los habitantes u ocupantes de los mismos, y sin control alguno por parte de las autoridades ambientales." Finalmente, considera que "de acuerdo con el principio de la buena fe, debe partirse de la base de que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, ejercerá de manera responsable la atribución prevista en la norma impugnada."

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación solicitó declarar inexequible la disposición demandada. Después de breves alusiones a los artículos 8, 63, 79 y 80 de la Constitución, a la Ley 165 de 1994 (aprobatoria del Convenio sobre la diversidad biológica), a la Sentencia C-649 de 1997 (sobre la intangibilidad de los parques nacionales naturales) y a la Ley 99 de 1993, la Vista Fiscal señala que "la mera exigencia de licencia ambiental, o la mera existencia de la misma, implica un posible deterioro grave del medio ambiente o una modificación considerable o notoria al paisaje. No se trata pues de una afectación menor o de poco alcance." Indicó también que tal licencia "se requiere por la índole de la obra o del proyecto y por su impacto, sin que sea relevante el lugar en el cual ésta o éste se realizarán." No obstante, el Legislador, al otorgarle competencia al Ministerio para la expedición de la licencia, "asume que es posible realizar obras de significativo impacto ambiental en los parques naturales, siempre y cuando medie la correspondiente licencia."

A continuación señala que "la creación de un parque natural no es una decisión caprichosa o arbitraria, sino que obedece al hecho científico de que existe un área del territorio nacional que es menester proteger y conservar, en razón de su especial valor y sus particulares características. (…) La relevancia

de preservar de manera íntegra el Sistema de Parques Naturales nacionales y regionales es tan evidente, que el propio legislador, en el Código de Minas, así lo reconoce, al excluir las zonas que integran este sistema de la minería." Por tanto, teniendo en cuenta el gran valor de las zonas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales, "y dada la afectación que implica una tarea, obra o proyecto que requiere licencia ambiental, de la especial protección constitucional de que gozan dichas zonas se sigue que ninguna autoridad, sea Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible o cualquier otra, puede tener competencia para otorgar licencia ambiental para el desarrollo de 'proyectos que afecten el Sistema de Parques Nacionales Naturales.' Y no la puede tener, porque dicha tarea, obra o proyecto no puede emprenderse, ni con licencia, ni mucho menos sin licencia."

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 9º, del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, presentada por la ciudadana Andrea Catalina Castilla Guerrero, en los términos del artículo 241 numeral 4º de la Constitución.

6.2. Presentación del caso y problema jurídico

2. Para la demandante, la disposición acusada vulnera los artículos 8, 63, 79 y 80 de la Constitución. En su criterio, la habilitación legal al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para expedir licencias ambientales en los parques nacionales: (a) desconoce la finalidad de conservación propia de estas áreas y desnaturaliza su esencia jurídica y ambiental; (b) permite que se realicen actividades, obras o proyectos de alto impacto, que niegan la condición inalienable de dichas áreas y el deber de conservarlas dada su especial importancia ecológica; y (c) supone "un claro impulso del principio de desarrollo sostenible" que se opone a los propósitos de "conservación y protección" propios de los parques naturales.

3. Frente a estos cargos, algunos intervinientes consideran que la Corte debería inhibirse porque: (a) la norma demandada fue derogada tácitamente por el Decreto 3573 de 2011, que creó la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y le confió la competencia relacionada con la expedición de licencias del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; y (b) porque la demanda no satisface los requisitos de claridad, especificidad y pertinencia, en la medida en que las razones de inconstitucionalidad invocadas no son suficientes, y su pretensión está soportada en una lectura inadecuada de las disposiciones ambientales relevantes (por ejemplo, al afirmar que la licencia ambiental y el régimen de parques persiguen propósitos opuestos).

4. Para Parques Nacionales Naturales, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la ANDI la disposición es exequible en el contexto de una lectura sistemática de la legislación ambiental. Señalan que la habilitación para la

expedición de la licencia ambiental: (a) no significa que esta pueda otorgarse para el desarrollo de actividades prohibidas en las zonas de parques; (b) tiene una naturaleza protectora que permite controlar las actividades que se pueden llevar cabo en dichas áreas, y está en íntima relación con el principio de prevención, pilar fundamental del derecho ambiental en Colombia; finalmente, consideran que (c) debe interpretarse bajo el principio de buena fe, el cual indica que dicha competencia será ejercida conforme al orden jurídico y a la protección de los valores que los parques representan.

5. La Defensoría del Pueblo y la Universidad del Rosario solicitaron declarar la exequibilidad condicionada de la disposición demandada. Para la Universidad, la licencia ante el Ministerio supone la más alta garantía de protección al medio ambiente, de suerte que sin ella serían las CAR las encargadas de controlar las actividades sobre los parques nacionales naturales. Para la Defensoría, la exequibilidad de la norma debe someterse a que la posible expedición de la licencia no implique autorización para el desarrollo de actividades que generen impactos graves en las zonas amortiguadoras o aquellas que sean incompatibles con el plan de manejo ambiental de dichas zonas.

6. Para el Procurador General y la CAR de Cundinamarca la disposición es inexequible porque: (a) la exigencia de licencia ambiental implica en términos lógicos un posible deterioro grave del medio ambiente o una modificación considerable o notoria al paisaje; (b) este tipo de afectaciones están prohibidas por la Constitución y la ley en relación con el Sistema de Parques Nacionales Naturales; y (c) por tanto, ninguna autoridad, sea el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible o cualquier otra, puede tener competencia para otorgar licencia ambiental para el desarrollo de proyectos que afecten al citado Sistema.

7. Con fundamento en lo expuesto, corresponde a esta Corte decidir si la habilitación del legislador al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible o a otra autoridad del orden nacional, para otorgar de manera privativa la licencia ambiental en el caso de proyectos que afecten el Sistema de Parques Nacionales Naturales, desconoce los mandatos constitucionales previstos en los artículos 8, 63, 79 y 80 del Texto Superior.

Para resolver el citado problema jurídico, inicialmente, la Corte definirá el alcance de su competencia dada la expedición del Decreto Ley 3573 de 2011 (6.3); con posterioridad precisará el concepto y la función de la licencia ambiental desde la perspectiva constitucional (6.4); a continuación se pronunciará sobre el concepto y la función del Sistema de Parques Nacionales Naturales (6.5); luego se referirá a los mandatos constitucionales de protección, conservación y planificación de los recursos naturales de la Nación (6.6); para con estos elementos, solucionar el caso concreto (6.7).

6.3. Cuestión Previa. Sobre la derogatoria del numeral 9 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993

8. Según algunos intervinientes, la Corte debería inhibirse porque la norma demandada fue derogada tácitamente por el Decreto Ley 3573 de 2011, que creó la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y le confió la competencia relacionada con la expedición de licencias ambientales del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. La Corte no comparte esta petición.

Una revisión del texto del Decreto Ley 3573 de 2011, *"Por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– y se dictan otras disposiciones"* permite concluir que la norma demandada (habilitación a una autoridad para la expedición de licencias ambientales que afecten el Sistema de Parques Nacionales Naturales) continúa vigente[1]. El único cambio operado es el traslado de dicha competencia, en términos administrativos, del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a la recién creada Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Esta reasignación de competencias en nada supone la derogatoria de la disposición demandada, pues dicha atribución continúa vigente, aunque, debido a los efectos del Decreto Ley 3573 de 2011 sea otra autoridad a quien le corresponda adelantarla.

Para la Corte, la citada Agencia tiene la competencia de otorgar licencias ambientales que afecten el Sistema de Parques Naturales Nacionales, precisamente porque dicha atribución está asignada por el artículo 52 de la Ley 99 de 1993 al Ministerio de Ambiente, como se desprende del tenor literal del artículo 3º del referido Decreto Ley. Esta conclusión se infiere de su contenido normativo, el cual dispone que: *"Artículo 3. Funciones. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– cumplirá, las siguientes funciones: // 1. Otorgar o negar las licencias, permisos y trámites ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con la ley y los reglamentos (...)"*. De este modo, para establecer cuál es la competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–, resulta imprescindible, por expresa remisión legal, acudir al citado artículo 52 de la Ley 99 de 1993, el que, por consiguiente, conserva su vigencia en el aspecto que ha sido objeto de demanda, esto es, en lo referente al otorgamiento de licencias ambientales sobre proyectos que afecten el Sistema de Parques Nacionales Naturales.

De aceptarse la tesis contraria, la Corte debería aceptar la desaparición de la competencia para la expedición de licencias ambientales que afecten el Sistema de Parques Nacionales Naturales, o que la Agencia Nacional de

[1] Decreto Ley 3573 de 2011 *"Por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– y se dictan otras disposiciones"*. "*Artículo 1º. Creación autoridad nacional de licencias ambientales–ANLA–.* Créase la Unidad Administrativa Especial del orden nacional, denominada Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– en los términos del artículo 67 de la Ley 489 de 1998, con autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica, la cual hará parte del Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible". "*Artículo 2º. Objeto*. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– es la encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normativa ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del País. "*Artículo 3º. Funciones.* La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– cumplirá, las siguientes funciones: // 1. Otorgar o negar las licencias, permisos y trámites ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con la ley y los reglamentos."

Licencias Ambientales carece de competencia para ello. Ambas posiciones conducen al absurdo de suponer que el Decreto Ley tiene el efecto simultáneo de derogar las competencias del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y vaciar de competencias a la entidad recién creada.

Para la Corte, la norma está vigente con el cambio de autoridad para el otorgamiento de la licencia ambiental, en los términos previstos en el artículo 3 del Decreto Ley previamente citado. Por esta razón, la Sala se pronunciará de fondo en el presente asunto.

6.4. Concepto y función de la licencia ambiental desde la perspectiva constitucional

9. En la Ley 99 de 1993 se precisa que la licencia ambiental se requiere para "la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje" (art. 49). Para la demandante y algunos intervinientes, esta conceptualización legal tiene una connotación asociada a la dinámica del desarrollo sostenible, incompatible con la función de conservación y el carácter intangible de las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales. A su vez, otros intervinientes, consideran que la licencia tiene una función protectora y preventiva, y constituye un mecanismo que le permite al Estado cumplir con sus obligaciones legales y constitucionales de protección del medio ambiente y de los recursos naturales en general. Con fundamento en lo anterior, la Corte procederá a caracterizar el alcance de la licencia ambiental desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional.

10. El ejercicio de caracterización de la licencia ambiental, como herramienta técnica para la concreción de los mandatos de la Constitución Ecológica, tiene su origen en la Sentencia C-328 de 1995. En dicha oportunidad, a propósito de la declaratoria de inconstitucionalidad de la figura del silencio administrativo positivo en el trámite de la licencia ambiental requerida para la construcción de proyectos de transporte e infraestructura[2], la Corte fundamentó su decisión en la faceta garantista de la licencia ambiental entendida como mecanismo de protección de los derechos individuales y colectivos, en el marco de un régimen preventivo de libertades. Al respecto consideró:

> "11. La licencia ambiental es el acto administrativo de autorización que otorga a su titular el derecho de realizar una obra o actividad con efectos sobre el ambiente, de conformidad con las condiciones técnicas y jurídicas establecidas previamente por la autoridad competente. La licencia ambiental es esencialmente revocable. Para el efecto no se

[2] En este caso, la norma de la Ley 105 de 1993 demandada, disponía que operaría el silencio administrativo positivo si después de 60 días de presentados los estudios de impacto ambiental, la administración no se pronunciaba. Para la Corte, el principio de eficacia administrativa, que pretendía hacerse valer con la figura del silencio administrativo positivo, no podía desplazar el deber especial de protección del ambiente, que se concreta –precisamente– en la necesidad de la licencia ambiental, como mecanismo de control y protección de los derechos individuales y colectivos.

requiere del consentimiento expreso o escrito de su beneficiario, cuando no se estén cumpliendo las condiciones o exigencias establecidas en el acto de su expedición (L.99 de 1993, art. 62).

La razón de ser de las licencias ambientales es la protección de los derechos individuales y colectivos. Corresponde a las autoridades públicas velar por estos derechos, en particular cuando el riesgo de su vulneración aumenta debido al desarrollo de actividades riesgosas. (…)

16. El deber de prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, entre otras formas, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado. Solamente el permiso previo de las autoridades competentes, hace jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos potenciales sobre el ecosistema. (…)

La finalidad de la licencia ambiental no es otra que la protección de los derechos individuales y colectivos, mediante el ejercicio oportuno del control estatal.

(…) El mecanismo del silencio administrativo positivo, diseñado para asegurar la continuidad del progreso y el acceso de todos a los beneficios del desarrollo, debilita el carácter imperativo de los deberes del Estado de proteger el ambiente sano y los recursos naturales (C.P. arts. 78, 79 y 80).”

11. Con posterioridad, en la Sentencia C-035 de 1999, a propósito de una demanda contra las normas que establecen el requisito de presentar diagnóstico ambiental de alternativas en el trámite de la licencia ambiental, la Corte caracterizó su naturaleza jurídica reconociéndola como un instrumento cautelar y planificador, consustancial a los deberes especiales del Estado en la protección de los recursos naturales y del ambiente. Al respecto, afirmó:

“La licencia habilita a su titular para obrar con libertad, dentro de ciertos límites, en la ejecución de la respectiva obra o actividad; pero el ámbito de las acciones u omisiones que aquél puede desarrollar aparece reglado por la autoridad ambiental, según las necesidades y conveniencias que ésta discrecional pero razonablemente aprecie, en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos o impactos ambientales que la obra o actividad produzca o sea susceptible de producir. De este modo, la licencia ambiental tiene indudablemente un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o reversar, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente.

2.3. Como puede observarse, la licencia es el resultado del agotamiento o la decisión final de un procedimiento complejo que debe cumplir el

interesado para obtener una autorización para la realización de obras o actividades, con capacidad para incidir desfavorablemente en los recursos naturales renovables o en el ambiente.

El referido procedimiento es participativo, en la medida en que la Ley 99/93 (arts. 69, 70, 71, 72 y 74), acorde con los arts. 1, 2 y 79 de la Constitución, ha regulado los modos de participación ciudadana en los procedimientos administrativos ambientales, con el fin de que los ciudadanos puedan apreciar y ponderar anticipadamente las consecuencias de naturaleza ambiental que se puedan derivar de la obtención de una licencia ambiental. (…)

El deber de prevención, control del deterioro ambiental, mitigación de los impactos, corrección y restauración de los elementos ambientales lo cumple el Estado en diferentes formas, entre ellas la exigencia de la obtención de licencias ambientales. (…)

Por lo demás, es indudable que la exigencia del diagnóstico ambiental de alternativas favorece la eficacia en el pronunciamiento sobre la petición de licencia, en la medida en que se erige en un instrumento que orienta y facilita la elaboración del estudio de impacto ambiental, y concierta las voluntades de la administración y del peticionario de la licencia, en cuanto a la mejor manera de impedir los efectos desfavorables de la obra o actividad en el ambiente."

12. A continuación, en la Sentencia C-328 de 1999, como resultado del control de constitucionalidad automático de los decretos legislativos expedidos con ocasión de la emergencia social de 1999 (terremoto del eje cafetero), la Corte, por un lado, declaró la constitucionalidad de las normas que introducían modificaciones transitorias al trámite de la licencia ambiental relacionada con obras y proyectos a realizarse en la zona de influencia del terremoto (reducción de términos, introducción de guías de manejo ambiental especiales, etc.) y, por el otro, reiteró el precedente de la Sentencia C-328 de 1995, al declarar la inconstitucionalidad de una norma que permitía el silencio administrativo positivo en el caso de la solicitud de licencias ambientales[3]. Como fundamento de sus decisiones, esta Corporación volvió a pronunciarse sobre el carácter de la licencia ambiental en los términos que a continuación se exponen:

"[A]l Estado corresponde cumplir una serie de deberes específicos en materia ambiental, que el legislador no puede desconocer aún en épocas de excepción. El deber de prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, entre otras formas, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado. De esa forma, solamente el permiso previo de las autoridades competentes, hace

[3] La Corte consideró la inconstitucionalidad de la medida incluso en un contexto de emergencia social, pues suponía revelar a las autoridades de su "deber constitucional de prevenir y controlar el deterioro ambiental".

jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos potenciales sobre el ecosistema.

Uno de los mecanismos técnicos de que dispone el Estado para el cumplimiento de su deber de prevenir y controlar el deterioro ambiental (CP. art. 80), es el establecimiento de estudios ambientales previos que permitan a la autoridad a (sic) conceder o no la correspondiente licencia y sólo así, la administración estará en capacidad de evaluar si la persona o entidad, pública o privada, ha tenido en cuenta todas las consecuencias de la intervención en el ambiente y ha elaborado los planes adecuados, necesarios y suficientes para controlar sus resultados. (…)

[C]oncluye la Corte, que el objetivo de estas normas de excepción de imprimirle celeridad a la realización de las obras y proyectos destinados a la reconstrucción y el desarrollo de la zona afectada por el terremoto, tiene relación directa con la situación de emergencia que se busca conjurar, sin que con ello se sacrifiquen las finalidades perseguidas por los artículos 78 a 80 de la Constitución, de garantizar la protección y efectividad del derecho a un ambiente sano y el adecuado mane

Sin embargo, la última parte de esta norma que establece un silencio administrativo positivo, en favor de quienes presentan la solicitud de licencia ambiental ante las corporaciones autónomas regionales, presenta problemas de inconstitucionalidad. [Pues] la norma autoriza emprender una obra sin que se haya pronunciado de fondo la correspondiente autoridad ambiental, con lo cual estarían en conflicto la eficacia y celeridad de la administración (…) con la protección del ambiente y de los recursos naturales (...)"

13. En la Sentencia C-894 de 2003, la Corte se pronunció sobre la caracterización de la licencia ambiental como límite de los derechos individuales (libertades económicas). En el marco de la protección especial que la Constitución ordena en relación con los recursos naturales, el ambiente y las áreas de especial importancia ecológica, se consideró que la norma que permitía el recurso de apelación contra las decisiones de las CAR que ponen fin al trámite de licencias ambientales referentes a intereses exclusivamente regionales, desconocía el contenido mínimo de autonomía que el Texto Constitucional le había otorgado a las citadas entidades estatales. Sobre la naturaleza de la licencia ambiental entendida como herramienta de gestión ambiental, se sostuvo que:

"El artículo 80 de la Carta Política establece que el Estado debe planificar "*el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.*" Así mismo, dispone que le corresponde "*prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental...*"

Los anteriores dos apartes de la Constitución tienen una relación mediática, puesto que un adecuado manejo y aprovechamiento de los

recursos naturales requiere que el Estado cuente con instrumentos que le permitan prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental. Uno de tales mecanismos lo constituye la facultad del Estado para limitar los derechos económicos, exigiendo licencias ambientales a quienes pretendan explotarlos, o llevar a cabo proyectos o inversiones que puedan tener una incidencia negativa sobre el medio ambiente. De tal modo, esta Corporación ha sostenido en oportunidades anteriores, que las licencias ambientales cumplen un papel preventivo de protección medioambiental, y en esa medida, constituyen un instrumento de desarrollo del artículo 80 constitucional. (…)

Por lo tanto, la exigencia de licencias ambientales constituye un típico mecanismo de intervención del Estado en la economía, y una limitación de la libre iniciativa privada, justificada con el propósito de garantizar que la propiedad cumpla con la función ecológica que le es inherente (C.N. art. 58). (…)

De tal modo, el otorgamiento de licencias ambientales es una función en la que concurren las competencias del legislador, y de la administración central, y descentralizada territorialmente y por servicios. Esta concurrencia tiene su fundamento en la necesidad de prevenir posibles afectaciones del medio ambiente, en cuya calificación se tendrán en consideración los siguientes dos bienes jurídico-constitucionales: a) la pluralidad de concepciones del ser humano en relación con su ambiente, y b) la diversidad y especialidad de los ecosistemas regionales.

Ahora bien, para preservar los anteriores bienes jurídicos es necesario que las respectivas entidades competentes cuenten con suficiente autonomía para decidir si otorgan licencias ambientales en los niveles regional, departamental y municipal."

14. Recientemente, en la Sentencia C-703 de 2010, la Corte hizo énfasis en la faceta preventiva de la licencia ambiental a propósito de la declaratoria de constitucionalidad de varias medidas provisorias de carácter sancionatorio en materia ambiental[4]. En dicha oportunidad, se precisó la relación que existe entre el principio de prevención y la licencia como herramienta de gestión ambiental. Sobre este punto, se señaló:

"En materia ambiental la acción preventiva tiene distintas manifestaciones y su puesta en práctica suele apoyarse en variados principios, dentro de los que se destacan los de prevención y precaución. (…)

[4] En esta sentencia se declaró la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 1333 de 2009 que introducen medidas preventivas en materia ambiental. En concreto, el decomiso y aprehensión preventiva de especímenes de fauna y flora o de recursos hidrobiológicos, y la suspensión de obras, proyectos o actividades que puedan generar o estén generando daños a la salud humana o al ambiente, o se adelanten sin la expedición previa de licencia ambiental o del permiso respectivo, o en incumplimiento de los términos y condiciones que tales autorizaciones imponen.

> La afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente constituyen el punto de partida de la formulación de los principios que guían el derecho ambiental y que persiguen, como propósito último, dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante esas situaciones que comprometen gravemente el ambiente y también los derechos con él relacionados.
>
> Tratándose de daños o de riesgos se afirma que en algunos casos es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente puede adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas y cuando tal hipótesis se presenta opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente.
>
> (…) en la Sentencia C-293 de 2002 la Corte puntualizó que "acudiendo al principio de precaución", y con "los límites que la propia norma legal consagra", una autoridad ambiental puede proceder "a la suspensión de la obra o actividad que desarrolla el particular, mediante el acto administrativo motivado, si de tal actividad se deriva daño o peligro para los recursos naturales o la salud humana, así no exista la certeza científica absoluta". (…)
>
> La consecuencia del riesgo consiste en que el deterioro ambiental debe ser neutralizado desde sus propios orígenes y sin retardar la actuación hasta el momento mismo en que los efectos negativos se produzcan o generen mayor daño. La expedición de licencias o el otorgamiento de permisos son, en buena medida, manifestaciones de una actividad administrativa dirigida a precaver riesgos o efectos no deseables y ese mismo propósito se encuentra en el derecho administrativo sancionador."

15. Por último, en diferentes salas de revisión de tutelas, la Corte ha considerado que el trámite de la licencia ambiental es -en algunas ocasiones- el escenario institucional en el que, a partir del principio de participación y las características particulares de ciertas obras, actividades o proyectos, debe adelantarse la consulta previa de las comunidades indígenas y afrocolombianas[5].

16. Con fundamento en la jurisprudencia constitucional, se concluye que la licencia ambiental: (i) es una autorización que otorga el Estado para la ejecución de obras o la realización de proyectos o actividades que puedan ocasionar un deterioro grave al ambiente o a los recursos naturales o introducir una alteración significativa al paisaje (Ley 99/93 art. 49); (ii) tiene como

[5] Sobre la materia se pueden consultar las Sentencias T-129 de 2011, T-693 de 2011 y T-698 de 2011.

propósitos prevenir, mitigar, manejar, corregir y compensar los efectos ambientales que produzcan tales actividades; (iii) es de carácter obligatoria y previa, por lo que debe ser obtenida antes de la ejecución o realización de dichas obras, actividades o proyectos; (iv) opera como instrumento coordinador, planificador, preventivo, cautelar y de gestión, mediante el cual el Estado cumple diversos mandatos constitucionales, entre ellos proteger los recursos naturales y el medio ambiente, conservar áreas de especial importancia ecológica, prevenir y controlar el deterioro ambiental y realizar la función ecológica de la propiedad; (v) es el resultado de un proceso administrativo reglado y complejo que permite la participación ciudadana, la cual puede cualificarse con la aplicación del derecho a la consulta previa si en la zona de influencia de la obra, actividad o proyecto existen asentamientos indígenas o afrocolombianos; (vi) tiene simultáneamente un carácter técnico y otro participativo, en donde se evalúan varios aspectos relacionados con los estudios de impacto ambiental y, en ocasiones, con los diagnósticos ambientales de alternativas, en un escenario a su vez técnico científico y sensible a los intereses de las poblaciones afectadas (Ley 99/93 arts. 56 y ss); y, finalmente, (vii) se concreta en la expedición de un acto administrativo de carácter especial, el cual puede ser modificado unilateralmente por la administración e incluso revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito de su titular, cuando se advierta el incumplimiento de los términos que condicionan la autorización (Ley 99/93 art. 62). En estos casos funciona como garantía de intereses constitucionales protegidos por el principio de prevención y demás normas con carácter de orden público.

De acuerdo con lo expuesto, se procederá al examen del concepto y la función del Sistema de Parques Nacionales Naturales, como aspecto indispensable para la solución del problema jurídico planteado.

6.5 Concepto y función del Sistema de Parques Nacionales Naturales desde la perspectiva constitucional

17. En relación con la caracterización del Sistema de Parques Nacionales Naturales, la Corte advierte consenso entre los intervinientes. No parecen discutirse las funciones primordiales de conservación, protección, investigación y recreación pasiva que identifican las diversas áreas que integran el Sistema de Parques. Tampoco existe mayor discusión sobre las actividades prohibidas en dichas áreas. Así las cosas, se revisará la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, con el fin de determinar el alcance conceptual del citado Sistema.

18. El primer ejercicio de caracterización tuvo lugar en la Sentencia C-649 de 1997, a propósito de la declaratoria de inexequibilidad de la norma que permitía la sustracción de áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales. Luego de la descripción del régimen jurídico contenido principalmente en los artículos 327 y siguientes del Decreto 2811 de 1974 o Código de Recursos Naturales, se definió la naturaleza constitucional del citado Sistema en los siguientes términos:

"2.2.5. El artículo 327 del Código de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Ambiente define los parques nacionales, así: "Se denomina sistema de parques nacionales el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio que, en beneficio de los habitantes de la Nación y debido a sus características naturales, culturales, o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las categorías que adelante se enumeran".

De dicha definición se concluye que los parques nacionales configuran un tipo específico de reserva, la cual a su vez, está constituida por diferentes clases de áreas que tienen diversas destinaciones, según se desprende del art. 329 de dicho Código que expresa: "El sistema de parques nacionales tendrá los siguientes tipos de áreas: [parque nacional, reserva natural, área natural única, santuario de flora, santuario de fauna y vía parque]."

Es necesario precisar, que dentro de las zonas delimitadas y, por consiguiente, reservadas o destinadas a parques naturales, no sólo se comprenden terrenos de propiedad estatal, sino de propiedad privada. Si bien en estos casos subsiste la propiedad privada, que es enajenable, ella esta (sic) afectada a la finalidad de interés público o social propia del sistema de parques nacionales, afectación que implica la imposición de ciertas limitaciones o cargas al ejercicio de dicho derecho, acordes con dicha finalidad. (…)

2.2.7. Como se ha explicado la constitución de reservas tiene fundamento en el sistema normativo del ambiente en la Constitución Política, pues ellas constituyen mecanismos para el manejo, la protección, la preservación, restauración y sustitución de los recursos naturales renovables. (…)

La protección que el art. 63 de la Constitución establece al determinar que los bienes allí mencionados son inalienables, inembargables e imprescriptibles, debe interpretarse, con respecto a los parques naturales, en el sentido de que dichas limitaciones las estableció el Constituyente con el propósito de que las áreas alindadas o delimitadas como parques, dada su especial importancia ecológica (art. 79), se mantengan incólumes e intangibles y, por lo tanto, no puedan ser alteradas por el legislador, y menos aún por la administración, habilitada por éste.

El sistema ambiental que ha configurado la Constitución fue una respuesta del Constituyente al preocupante y progresivo deterioro del ambiente y de los recursos naturales renovables. (…) En tal virtud, entiende la Corte que la voluntad del Constituyente fue que las áreas integradas al sistema de parques nacionales se mantuvieran afectadas a las finalidades que le son propias; por consiguiente, la calidad de inalienables de los parques naturales, reconocida en el art. 63 debe entenderse, en armonía con los arts. 79 y 80, en el sentido indicado antes,

esto es, que las áreas o zonas que los integran no pueden ser objeto de sustracción o cambio de destinación."

19. Con posterioridad, en la Sentencia C-189 de 2006, la Corte caracterizó el Sistema de Parques Nacionales naturales como un límite a los derechos individuales. En dicha oportunidad, se declaró constitucional la norma que prohíbe la venta de los derechos de propiedad privada sobre terrenos que hagan parte del citado Sistema[6]. En general, la *ratio decidendi* del caso estuvo soportada en el principio de sometimiento de las libertades económicas, *v.gr.* la propiedad privada, al cumplimiento de las finalidades del Sistema de Parques. Al respecto, se dijo que:

"[M]ediante el Sistema de Parques Nacionales Naturales, tal y como lo reconoce la doctrina, se delimitan áreas que por los valores de conservación de sus ecosistemas, o por sus condiciones especiales de flora y fauna, representan un aporte significativo para la investigación, educación, recreación, cultura, recuperación o control, no sólo de nuestro país sino en general del patrimonio común de la humanidad. (…)

Como lo ha reconocido esta Corporación, el Sistema de Parques Nacionales Naturales se convierte en un límite al ejercicio del derecho a la propiedad privada, en cuanto a que las áreas que se reservan y declaran para tal fin, no sólo comprenden terrenos de propiedad estatal, sino de propiedad particular. En estos casos, los propietarios de los inmuebles afectados por dicho gravamen, deben allanarse por completo al cumplimiento de las finalidades del sistema de parques [establecidas en el artículo 328 del DL 2811 de 1974] y a las actividades permitidas en dichas áreas de acuerdo al tipo de protección ecológica que se pretenda realizar. Así, por ejemplo, al declararse un parque como *"santuario de flora"* solamente se pueden llevar a cabo actividades de conservación, recuperación, control, investigación y educación [cita los artículos 331 y 332 del CRN sobre actividades permitidas en el sistema de PNN].

Lo anterior no implica que los bienes de carácter privado cambien o muten de naturaleza jurídica, por ejemplo, en cuanto a los legítimos dueños de los terrenos sometidos a reserva ambiental, sino que, (…) se someten a las limitaciones, cargas y gravámenes que se derivan de dicho reconocimiento, lo que se traduce, en tratándose de los parques naturales, en la imposibilidad de disponer dichos inmuebles por fuera de las restricciones que surgen de su incorporación al citado sistema. (…)

---

[6] La norma declarada exequible se encuentra en el artículo 13 de la Ley 2 de 1959, que prescribe lo siguiente: "Con el objeto de conservar la flora y fauna nacionales, declárense "Parques Nacionales Naturales" aquellas zonas que el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Agricultura, previo concepto favorable de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, delimite y reserve de manera especial, por medio de decretos, en las distintas zonas del país y en sus distintos pisos térmicos, y en las cuales quedará prohibida la adjudicación de baldíos, las ventas de tierras, la caza, la pesca y toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta a la del turismo o a aquellas que el Gobierno Nacional considere convenientes para la conservación o embellecimiento de la zona." (se subraya el aparte declarado exequible)

En criterio de esta Corporación, es innegable que en virtud de lo previsto en el artículo 79 de la Constitución Política, es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica, como lo son, los denominados Parques Nacionales Naturales. Dentro de las atribuciones reconocidas para cumplir con dicha obligación constitucional, se le confiere al legislador en el artículo 80 Superior, la posibilidad de establecer *medidas de protección* dirigidas a velar por la conservación, restauración o sustitución de los recursos naturales, con el propósito de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental que puedan causar daño a los ecosistemas de especial importancia ecológica. (…)

En el presente caso, es claro que a través de la prohibición de enajenación prevista en la norma demandada, se pretende preservar, salvaguardar y perpetuar los recursos ambientales presentes en el Sistema de Parques Nacionales Naturales. Así se reconoció en los antecedentes legislativos de la Ley 2ª de 1959, al consagrar que la sustracción del comercio de los inmuebles de propiedad privada que se encuentran en las citadas zonas de reserva ecológica, apunta a impedir su explotación económica indiscriminada derivada de la colonización agrícola que amenaza destruir gran parte de la diversidad de la flora y fauna colombiana [Historia de las leyes. Legislatura de 1959. Tomo IV. Segunda etapa. Págs. 119 y 149]".

20. Finalmente, en la Sentencia C-598 de 2010, se declaró inexequible la norma que permitía la sustracción de áreas de los parques naturales regionales, al considerar que el mandato del artículo 63 del Texto Superior, que establece el carácter inalienable de los parques naturales, también incluía a los de carácter regional. Para fundamentar su decisión, se planteó una cierta analogía entre los dos tipos de parques naturales, y de paso se precisó su contenido e implicaciones jurídicas. Así se señaló:

"3.4.2. El que el Decreto 2372 de 2010 haya incluido a los Parques Naturales Regionales en la categoría de Áreas Protegidas –del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP)–, bajo el concepto de Áreas Protegidas Públicas, muestra el propósito de cumplir con los mandatos derivados del Convenio sobre Biodiversidad (sic) Biológica hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 y aprobado por Colombia mediante la Ley 165 de 1994. En efecto, su artículo 2º trae una lista de los términos utilizados en el mismo, y entre ellos, la definición de la expresión *"área protegida"* entendida como *"un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación"*. (…)

[E]ncuentra la Corte factible deducir que los Parques Naturales –sean ellos de orden nacional, regional o local–, resultan clave para la preservación de un medio ambiente sano así como para la protección de la biodiversidad en los términos del referido Convenio sobre la Biodiversidad (sic) (…) [y] contribuyen de manera directa a atenuar los

efectos que para la ecología sobrevienen con el denominado "Calentamiento Global", proceso éste, que como es bien conocido, ha desencadenado a lo largo y ancho del planeta tierra, cambios climáticos con consecuencias devastadoras para la especie humana, animal y vegetal. En suma, el recurso hídrico, el aire, la biodiversidad y también la belleza del paisaje que estas áreas de Parques Naturales comprenden, convierten estas zonas en piezas imprescindibles del desarrollo sostenible. (…)

4.4.4. De lo anterior se desprende que una vez hecha la declaración por parte del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial –en el caso de los Parques Naturales Nacionales– o por parte de las Corporaciones Autónomas Regionales –en el caso de los Parques Regionales–, y dados los criterios que suelen tenerse en cuenta para el cambio de afectación o destinación, carece por entero de justificación sea que se trate de parques de orden nacional o regional. Las dos categorías contribuyen a prestar servicios ambientales de primordial importancia, por ejemplo, el agua y el oxígeno. Pero también aportan en el sentido de disminuir los factores de vulnerabilidad por las consecuencias negativas del cambio climático (…). Se trata, entonces, de áreas de especial importancia ecológica que son vitales, pues el territorio no es sostenible sin la preservación de los recursos que allí se encuentran.

(…) El reproche de inconstitucionalidad prospera porque no existe una diferencia entre la protección que se les debe conferir a los Parques Nacionales y la que merecen los Parques Regionales y porque el artículo 63 de la Constitución Política otorgó a la categoría de Parques Nacionales la protección materializada en la indisponibilidad de dichos bienes como inalienables, inembargables e imprescriptibles, sin contraer su ámbito de aplicación a los nacionales con exclusión, por ejemplo, de los regionales. En suma, la inconstitucionalidad que se declara se basa en la oposición que se presenta entre la facultad de sustraer áreas de valores excepcionales en materia ambiental y la realización de los fines sociales y ecológicos propios del Estado Social de Derecho."

21. Siguiendo lo expuesto, la Corte concluye que el Sistema de Parques Nacionales Naturales es un conjunto de áreas de diverso tipo: (i) que tiene un *valor excepcional* y que se reserva en beneficio de los habitantes del territorio colombiano y de la humanidad; (ii) que representa características y condiciones especiales y sus componentes han sido clasificados atendiendo la siguiente tipología: parque nacional, reserva natural, área natural única, santuario de fauna, santuario de flora y vía parque (Decreto 2811/1974 art. 329), cada una con un régimen de manejo particular según sus características especiales; (iii) cuyos componentes son reservados y delimitados por la autoridad nacional competente, y su administración y manejo corresponde a la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales (Decreto 2371/2010 art. 11); (iv) que está protegido de forma especial por la Constitución en los artículos 8, 63, 79 y 80 y por los tratados internacionales, en especial el Convenio sobre la diversidad biológica aprobado en la Ley 165 de 1994; (v) que se encuentra sometido a un régimen jurídico propio acorde

con las finalidades específicas de conservación y protección, y en el que las únicas actividades permitidas son conservación, investigación, educación, recreación pasiva, cultura, y recuperación y control (Decreto 2811/1974 art. 332); (vi) cuyos componentes tienen el carácter de inembargables, imprescriptibles e inalienables; (viii) que desde una perspectiva *macro-ecológica* es entendido como un factor imprescindible del desarrollo sostenible, en tanto presta servicios ambientales de primer orden, sirve para proteger la biodiversidad y para atenuar los efectos del calentamiento global; (ix) de propiedad mixta, en la medida en que la titularidad de los derechos de dominio sobre los territorios que lo integran puede recaer en el Estado o en particulares; en este último caso, la propiedad opera bajo un régimen jurídico especial: su titular no puede enajenar sus derechos y se debe allanar a las finalidades del sistema y a las actividades allí permitidas; y por último, (x) cuya administración y protección le corresponde a autoridades ambientales del orden nacional, en especial al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y a la Unidad Especial de Parques Nacionales Naturales.

No queda duda que la conceptualización del Sistema de Parques Nacionales Naturales responde a la configuración de un tipo específico de reserva, la cual se constituye a su vez por distintas clases de áreas con diversas destinaciones, cuyo valor excepcional para el patrimonio nacional, por sus características naturales, culturales o históricas, demanda una especial protección acorde con lo previsto en los artículos 8, 63, 79 y 80 de la Constitución y en el Convenio sobre la diversidad biológica aprobado mediante la Ley 165 de 1994.

6.6. De los mandatos constitucionales de protección, conservación y planificación relacionados con los recursos naturales de la Nación y, en concreto, con el Sistema de Parques Nacionales Naturales

22. La protección de las riquezas naturales y culturales de la Nación es uno de los principios fundamentales de la Constitución (CP art. 8). En desarrollo de este principio, los constituyentes le otorgaron el carácter de inalienable, imprescriptible e inembargable a los parques naturales (CP art. 63), ordenaron establecer medidas de protección a favor de "la diversidad e integridad del ambiente" y de "las áreas de especial importancia ecológica" (CP art. 79), y dispusieron la planificación del "manejo de los recursos naturales para garantizar su conservación" (CP art. 80).

23. La concreción de estos mandatos tiene diversos escenarios. La existencia de leyes con vocación protectora como la Ley 99 de 1993, que pretendió brindar una regulación integral de la institucionalidad ambiental o la Ley 1333 de 2010, sobre el procedimiento sancionatorio ambiental. También lo es la permanencia de normas preconstitucionales pero afines con estas finalidades, como la Ley 2 de 1959, sobre reservas forestales, o el propio Decreto Ley 2811 de 1974, que establece una regulación general en materia de recursos naturales. A su vez, la celebración de tratados internacionales que vinculan el orden interno con el derecho internacional ambiental, también es una forma de realización de tales mandatos (se destacan el Convenio sobre la diversidad biológica, Ley 165 de 1994, y la Convención sobre humedales,

Ley 357 de 1997). Igualmente han sido importantes la expedición de varios decretos reglamentarios como lo son el Decreto 622 de 1977, sobre el Sistema de Parques Naturales Nacionales o el Decreto 2372 de 2010, sobre áreas protegidas.

24. Desde el punto de vista constitucional, esta Corporación ha precisado que ambas instituciones jurídicas, la licencia ambiental y el Sistema de Parques Nacionales Naturales, constituyen herramientas jurídicas con las cuales el Estado concreta el principio constitucional de "protección de las riquezas naturales de la Nación".

25. En desarrollo de lo expuesto, se ha interpretado, por ejemplo, que la integración de diversas áreas al Sistema de Parques Naturales es una forma de desarrollar los mandatos constitucionales de protección de las riquezas naturales (CP art. 8) y de salvaguarda de la diversidad e integridad del ambiente (CP art. 79), en la medida en que dichas áreas están sometidas a estrictas finalidades previstas en el ordenamiento jurídico, como se desprende de lo dicho por la Corte en la Sentencia C-598 de 2010, ya reseñada.

Igualmente, la Corte ha señalado que en razón del *valor excepcional* que tienen las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales, ellas constituyen espacios "de especial importancia ecológica", lo que se traduce en el deber específico de conservación en cabeza del Estado y de los particulares, como bien se infiere del mandato previsto en el artículo 79 del Texto Superior y de lo expuesto en la Sentencia C-189 de 2006, previamente mencionada. Esta regla se reafirma en las Sentencias C-649 de 1997 y C-598 de 2010, relacionadas con la prohibición de sustracción de áreas del Sistema de Parques Naturales, tanto nacionales como regionales. En dichas providencias se reconoce el valor que detentan como "áreas protegidas", bajo una interpretación conforme con las obligaciones internacionales del Estado, según los específicos términos del artículo 8 (que ordena ciertas obligaciones de conservación *in situ*) del Convenio sobre la diversidad biológica, incorporado mediante Ley 165 de 1994.

Por otra parte, la Corte ha interpretado el mandato de inalienabilidad de los parques naturales, en un sentido amplio y protector, según el cual, una vez se designe una cierta área de terreno como parque nacional, e integre así el Sistema de Parques Nacionales Naturales, la misma no puede ser sustraída de su régimen jurídico protector. Esto bajo la idea de que los parques deben mantenerse "incólumes e intangibles" como lo ha declarado en las Sentencias C-694 de 1997 y C-598 de 2010.

El mandato de inalienabilidad también supone una restricción frente al derecho de propiedad sobre predios ubicados en el Sistema de Parques Nacionales Naturales. Esta Corporación ha entendido que tales propietarios no pueden transferir mediante venta su derecho, y que en el ejercicio del mismo deben "allanarse por completo a las finalidades del sistema de parques" y a "las actividades permitidas" en dichas áreas. Como quedó

claramente establecido en la *ratio decidendi* de la Sentencia C-189 de 2006, ya reseñada.

26. En fin, la figura del Sistema de Parques Nacionales Naturales entendida como una técnica de reserva de ciertas áreas del territorio, y su afectación a un régimen jurídico especial es, para este Tribunal, una forma adecuada y concreta de cumplir con los mandatos constitucionales antes mencionados. Es precisamente este régimen el que le da contenido jurídico, como conjunto de competencias, mandatos y prohibiciones, que permite la realización de un sistema especial de protección ambiental.

Dicho régimen jurídico está compuesto por cinco elementos revestidos de una especial relevancia constitucional. Primero, que el uso, manejo y destinación de dichas áreas está sujeto de forma estricta a unas finalidades específicas de conservación, perpetuación en estado natural de muestras, y protección de diferentes fenómenos naturales y culturales, perfiladas en el artículo 328 del CRN[7]. Segundo, que en concordancia con lo anterior, las actividades permitidas en el área de parques naturales son exclusivamente: conservación, investigación, educación, recreación, cultura, y recuperación y control, en los términos de los artículos 331 y 332 del CRN[8]. Tercero, que en dichas áreas están prohibidas conductas que puedan traer como consecuencia la alternación del ambiente natural; en especial están prohibidas las actividades mineras, industriales, incluso las hoteleras, agrícolas y ganaderas[9]. Cuarto,

---

[7] Dispone, el artículo 328 del Decreto 2811 de 1974: "Las finalidades principales del sistema de parques nacionales son: a) Conservar con valores sobresalientes de fauna y flora y paisajes o reliquias históricas, culturales o arqueológicas, para darles un régimen especial de manejo fundado en una planeación integral con principios ecológicos, para que permanezcan sin deterioro; b) La de perpetuar en estado natural muestras de comunidades bióticas, regiones fisiográficas, unidades biogeográficas, recursos genéticos y especies silvestres amenazadas de extinción, y para: 1. Proveer puntos de referencia ambientales para investigaciones científicas, estudios generales y educación ambiental. 2. Mantener la diversidad biológica. 3. Asegurar la estabilidad ecológica, y c) La de proteger ejemplares de fenómenos naturales culturales, históricos y otros de interés internacional, para contribuir a la preservación del patrimonio común de la humanidad."

[8] Disponen los artículos 331 y 332 del Decreto 2811 de 1974: "Artículo 331. Las actividades permitidas en el sistema de parques nacionales son las siguientes: a) En los parques nacionales, las de conservación, de recuperación y control, investigación, educación, recreación y de cultura; b) En las reservas naturales las de conservación, investigación y educación; c) En las áreas naturales únicas las de conservación, investigación y educación; d) En los santuarios de flora y fauna, las de conservación, de recuperación y control, de investigación y educación, y e) En las vías parques las de conservación, educación, cultura y recreación".
"Artículo 332. Las actividades permitidas en las áreas de sistemas de parques nacionales deberán realizarse de acuerdo con las siguientes definiciones: a) De conservación: son las actividades que contribuyen al mantenimiento en su estado propio los recursos naturales renovables y al de las bellezas panorámicas y fomentan el equilibrio biológico de los ecosistemas; b) De investigación: son las actividades que conducen al conocimiento del ecosistema y de aspectos arqueológicos y culturales, para aplicarlo al manejo y uso de los valores naturales e históricos del país; c) De educación: son las actividades permitidas para enseñar lo relativo al manejo, utilización y conservación de valores existentes y las dirigidas a promover el conocimiento de las riquezas naturales e históricas del país y de la necesidad de conservarlas; d) De recreación: son las actividades de esparcimiento permitidas a los visitantes de áreas del sistema de parques nacionales; e) De cultura: son las actividades tendientes a promover el conocimiento de valores propios de una región, y f) De recuperación y control: son las actividades, estudios e investigaciones, para la restauración total o parcial de un ecosistema o para acumulación de elementos o materia que lo condicionan."

[9] Dispone el artículo 30 del Decreto 622 de 1977 "Prohíbense las siguientes conductas que pueden tener como consecuencia la alteración del ambiente natural de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales. // 1. El vertimiento, introducción, distribución, uso o abandono de sustancias tóxicas o contaminantes que puedan perturbar los ecosistemas o causar daños en ellos. // 2. La utilización de cualquier producto químico de efectos residuales o explosivos, salvo cuando los últimos deban emplearse en obra autorizada.// 3. Desarrollar actividades agropecuarias o industriales incluidas las hoteleras, mineras o petroleras.// 4. Talar. socavar, entresacar o efectuar rocerías. // 5. Hacer cualquier clase de fuegos fuera de los sitios o instalaciones en las cuales se autoriza el uso de hornillas o de barbacoas para la preparación de comidas al aire libre. // 6. Realizar

que dichas áreas están clasificadas según una cierta tipología (parque natural, área natural única, santuarios de flora y de fauna, y vía parque) basada en el reconocimiento de su valor excepcional, y en sus condiciones y características especiales, en los términos previstos en el artículo 329 del CRN[10]. Y, por último, que dichas áreas están zonificadas para efectos de su mejor administración[11]. Esta zonificación incluye también las zonas amortiguadoras ubicadas por fuera de tales áreas protegidas; estas zonas están sometidas a un régimen jurídico asimilable en algunos aspectos al del Sistema de Parques Nacionales Naturales, por lo cual es posible que en su territorio sean impuestas restricciones al ejercicio de los derechos y libertades, con el fin de atenuar los efectos nocivos que tales actividades puedan generar a las referidas áreas protegidas[12].

27. Como se ha visto, la figura jurídica del sistema de parques nacionales naturales es una herramienta indispensable para el cumplimiento de los mandatos constitucionales relacionados con la protección de los recursos naturales. Esta misma conclusión puede formularse respecto de la figura jurídica de la licencia ambiental, conforme se expone a continuación.

---

excavaciones de cualquier índole, excepto cuando las autorice el INDERENA por razones de orden técnico o científico.// (…) 8. Toda actividad que el INDERENA determine que pueda ser causa de modificaciones significativas del ambiente o de los valores naturales de las distintas áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.// 9. Ejercer cualquier acto de caza, salvo con fines científicos. // 10. Ejercer cualquier acto de pesca, salvo la pesca con fines científicos debidamente autorizada por el INDERENA, la pesca deportiva y la de subsistencia en las zonas donde por sus condiciones naturales y sociales el INDERENA permita esta clase de actividades, siempre y cuando la actividad autorizada no atente contra la estabilidad ecológica de los sectores en que se permita. // 11. Recolectar cualquier producto de flora, excepto cuando el INDERENA lo autorice para investigaciones y estudios especiales. // 12. Introducir transitoria o permanentemente animales, semillas, flores o propágulos de cualquier especie. (…)"

[10] Dispone el artículo 329 del Decreto 2811 de 1974: "El sistema de parques nacionales tendrá los siguientes tipos de áreas: // Parque Nacional: Area de extensión que permita su autorregulación ecológica y cuyos ecosistemas en general no han sido alterados sustancialmente por la explotación u ocupación humana, y donde las especies vegetales de animales complejos geomorfológicos y manifestaciones históricas o culturales tiene valor científico, educativo, estético y recreativo nacional y para su perpetuación se somete a un régimen adecuado de manejo; // Reserva natural: Area en la cual existen condiciones primitivas de flora, fauna y gea, y está destinada a la conservación, investigación y estudio de sus riquezas naturales; // Area natural única: Area que, por poseer condiciones especiales de flora o gea es escenario natural raro; // Santuario de flora: Area dedicada a preservar especies o comunidades vegetales para conservar recursos genéticos de la flora nacional; // Santuario de fauna: Area dedicada a preservar especies o comunidades de animales silvestres, para conservar recursos genéticos de la fauna nacional; // Vía parque: Faja de terreno con carretera, que posee bellezas panorámicas singulares o valores naturales o culturales, conservada para fines de educación y esparcimiento".

[11] Dispone el artículo 18 del Decreto 622 de 1977 "La zonificación de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales podrá comprender: // 1. EN LOS PARQUES NACIONALES NATURALES // a) Zona intangible // b) Zona primitiva // c) Zona de recuperación natural // d) Zona histórico-cultural // e) Zona de recreación general exterior // f) Zona de alta densidad de uso // g) Zona amortiguadora // 2. EN LAS RESERVAS NATURALES // a) Zona intangible // b) Zona primitiva // c) Zona de recuperación natural // d) Zona histórico-cultural // e) Zona de recreación general exterior // f) Zona amortiguadora // 3. EN LAS AREAS NATURALES UNICAS //a) Zona intangible // b) Zona primitiva // c) Zona de recuperación natural // d) Zona histórico-cultural // e) Zona de recreación general exterior // f) Zona de alta densidad de uso //g) Zona amortiguadora // 4. EN LOS SANTUARIOS DE FAUNA Y FLORA // a) Zona intangible // b) Zona primitiva // c) Zona de recuperación natural // d) Zona histórico-cultural // e) Zona de recreación general exterior // f) Zona de alta densidad de uso // g) Zona amortiguadora // 5. EN LAS VIAS PARQUE // a) Zona intangible // b) Zona primitiva // c) Zona de recuperación natural // d) Zona histórico-cultural // e) Zona de recreación general exterior // f) Zona de alta densidad de uso // g) Zona amortiguadora."

[12] Por ejemplo, el artículo 330 del Decreto 2811 de 1974 dispone: "De acuerdo con las condiciones de cada área del sistema de parques nacionales de los ordinales a) a e) del artículo precedente, se determinarán zonas amortiguadoras en la periferia para que atenúen las perturbaciones que pueda causar la acción humana. // En esas zonas se podrán imponer restricciones y limitaciones al dominio."

28. Como se señaló en las consideraciones 10 a 16 de esta providencia, la licencia ambiental es uno de los mecanismos jurídicos más importantes con que cuenta el Estado para el cumplimiento de los mandatos de protección y conservación de los recursos naturales, y de prevención y control de los factores de deterioro ambiental.

29. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-328 de 1995, se consideró a la licencia ambiental como una autorización condicionada en el caso de obras, proyectos o actividades que puedan afectar los recursos naturales o el ambiente; tal autorización está supeditada al cumplimiento de "las condiciones técnicas y jurídicas establecidas previamente por la autoridad competente", a partir de la valoración de los estudios de impacto ambiental y del diagnóstico ambiental de alternativas, cuando sea del caso. La licencia ambiental funciona entonces como una herramienta con la cual el Estado, a través de las autoridades ambientales, ejerce y conserva la competencia de protección de los recursos naturales y del ambiente, y de prevención y control de los factores de deterioro ambiental.

Lo anterior, por cuanto la licencia "es esencialmente revocable" por la autoridad ambiental que la expide, sin necesidad de contar con "el consentimiento expreso o escrito de su beneficiario" (Ley 99/93 art. 62), en los términos previstos en la Sentencia C-328 de 1995, ya reseñada. Asimismo la licencia se puede "otorgar, negar o cancelar", en tanto la misma es una herramienta que permite concretar los deberes estatales de prevención y control del deterioro ambiental, conforme se expuso en la Sentencia C-328 de 1999. Por lo demás, la licencia puede ser "suspendida" cuando se advierta la posibilidad de que la actividad, obra o proyecto autorizados generen daños o alteraciones al paisaje no previstos al momento de su concesión, pero que según las circunstancias es posible evitar, atendiendo a lo expuesto en las Sentencias C-293 de 2002 y C-703 de 2010.

30. Permitir al Estado mecanismos concretos de prevención de daños o de control al deterioro ambiental es una de las características de la licencia ambiental. Es por ello que se afirma que dicha licencia tiene, entre otras, una función planificadora y preventiva. Ahora bien, el propósito de prevención que va envuelto en todo caso de licenciamiento ambiental es posible por la forma en que está concebido su trámite. Este, por un lado, incluye el aspecto técnico de la evaluación de los estudios de impacto ambiental y del diagnóstico ambiental de alternativas y, por el otro, es el escenario donde las comunidades o los posibles afectados por la obra, proyecto o actividad a realizar, pueden participar y ser escuchados. Esta visión de la licencia ambiental ordenado por un fin preventivo o precautorio es la que caracteriza la decisión adoptada en la Sentencia C-035 de 1999, previamente reseñada.

Esta comprensión constitucional de la licencia ambiental la emparenta con otras figuras del derecho ambiental, como los permisos y autorizaciones y los diferentes mecanismos del derecho ambiental sancionatorio, mediante los cuales el Estado cumple sus obligaciones de protección de los recursos naturales. Por ello, esta Corte ha avalado la constitucionalidad de distintos

mecanismo de derecho sancionatorio ambiental, como el decomiso y aprehensión preventiva de especies, o incluso la suspensión de obras o actividades, contenidos en la Ley 1333 de 2010. En la medida en que está ordenada la neutralización del deterioro ambiental "la expedición de licencias o el otorgamiento de permisos son manifestaciones de una actividad administrativa dirigida a precaver riesgos o efectos no deseables", propósito que comparten con el derecho administrativo sancionador, según los términos de la Sentencia C-703 de 2010, igualmente reseñada.
31. Por último, la licencia ambiental como instrumento técnico-jurídico tiene una relación especial con los derechos reconocidos en la Constitución. En primer lugar, la licencia ha sido considerada como una garantía de los derechos individuales y colectivos asociados a la conservación y al aprovechamiento del ambiente y de los recursos naturales, como bien lo precisó la Corte en la Sentencia C-328 de 1995. Pero también ha sido vista como una garantía de los derechos a la participación y a la consulta previa en el caso de las comunidades indígenas y afrocolombianas, como se desprende de las Sentencias T-129 de 2011 y T-698 de 2011. En este sentido, la licencia ambiental y su trámite, permiten articular los mandatos constitucionales relacionados con la protección de los recursos naturales, con algunos de los derechos reconocidos en la Constitución. Y, en segundo término, la licencia ambiental también ha sido considerada como un "típico mecanismo de intervención del Estado en la economía", y como una forma de "limitación de la libre iniciativa privada" que encuentra justiticación en el cumplimiento de la "función ecológica" de la propiedad, como se expuso en la Sentencia C-894 de 2003. De esta manera, la licencia es una herramienta que permite precisar las fluidas fronteras de la función ecológica de la propiedad, bajo la protección del ambiente y los recursos naturales, y la introducción de condicionamientos verificables al ejercicio de las libertades individuales.

Para la Sala estas dos facetas de la licencia ambiental, como garante de los derechos individuales y colectivos, y como límite al ejercicio de los derechos individuales, la tornan en una institución de la mayor relevancia constitucional. En efecto, es la licencia la figura jurídica que permite armonizar los mandatos constitucionales de protección de los recursos naturales, con los contenidos protegidos de los derechos individuales y colectivos previstos en el Texto Superior.

32. Hasta este punto la Sala ha precisado cómo la licencia ambiental y el Sistema de Parques Nacionales Naturales fungen como herramientas jurídicas de la mayor relevancia para el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de protección del ambiente y de los recursos naturales del territorio nacional. Estas precisiones han estado antecedidas por una caracterización constitucional de ambas instituciones a la luz de la jurisprudencia de la Corte. Con fundamento en lo anterior, entra la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

6.7. Caso concreto

33. Corresponde a esta Corte decidir si la habilitación del legislador al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible o a otra autoridad del orden nacional, para otorgar de manera privativa la licencia ambiental en el caso de proyectos que afecten el Sistema de Parques Nacionales Naturales, desconoce los mandatos constitucionales previstos en los artículos 8, 63, 79 y 80 del Texto Superior.

34. Para la Sala, la habilitación del legislador a la administración nacional para la expedición de la citada licencia ambiental no desconoce los mandatos constitucionales previamente señalados, por las razones que a continuación se exponen:

35. El argumento principal de la demandante es del siguiente tenor: la licencia ambiental ha sido definida en términos legales como una autorización estatal para "la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que (…) pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje", según el artículo 49 de la Ley 99 de 1993; ello implica necesariamente una contradicción teleológica con la figura jurídica de parques nacionales naturales, entendida en términos legales como "el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional que (…) se reserva" y se vincula con unas finalidades específicas de conservación y protección, según lo previsto en los artículos 327 y 328 del Decreto Ley 2811 de 1974. En desarrollo de lo anterior, se considera que las licencias ambientales que afecten áreas del Sistema de Parques Naturales deben estar proscritas, en la medida en que la Constitución establece unos deberes específicos de protección y conservación de los parques naturales y de las áreas de especial importancia ecológica (CP art. 63, 79 y 80). Para la Corte el cargo esgrimido se origina en un entendimiento del alcance y contenido de las citadas instituciones jurídicas alejado de la perspectiva constitucional que las conceptualiza.

36. Como ha quedado de manifiesto en las consideraciones previas, la caracterización constitucional de la licencia ambiental no coincide con la nuda definición legal contenida en el artículo 49 de la Ley 99 de 1993. La licencia tiene múltiples propósitos relacionados con la prevención, el manejo y la planificación, y opera como un instrumento coordinador, previsor y cautelar, mediante el cual el Estado cumple –entre otros– con los mandatos constitucionales de protección de los recursos naturales y del ambiente, el deber de conservación de las áreas de especial importancia ecológica y la realización de la función ecológica de la propiedad (CP art. 8, 58 inc. 2º, 79 y 80). Por demás, es el resultado de un proceso administrativo reglado y complejo que tiene simultáneamente un carácter técnico y otro participativo.

La Corte no puede entonces prohijar la concepción restringida de la licencia ambiental ligada únicamente a la potencialidad de generación de daños o alteraciones al paisaje que propone la demandante. No puede hacerlo, porque significaría eclipsar el potencial planificador, preventivo y cautelar que precisamente caracteriza la figura de la licencia ambiental desde una

perspectiva constitucional. En este sentido, se comparte lo esgrimido en las intervenciones del Ministerio de Ambiente, de la Unidad de Parques Nacionales y de la Defensoría del Pueblo, quienes insisten en identificar la licencia ambiental como una figura jurídica que se enmarca en un modelo "de gestión ambiental preventiva", mediante la cual el Estado puede desplegar sus competencias relacionadas con los deberes constitucionales de protección del ambiente, y de prevención y control de los factores de deterioro ambiental.

37. Por otra parte, no existe una contradicción entre los fines de la licencia ambiental y del Sistema de Parques Nacionales. Para la Sala estas dos figuras revisten una especial importancia para el cumplimiento de los mandatos constitucionales relacionados con la protección de los recursos naturales y del ambiente, como quedó expuesto en las consideraciones 24 a 31 de esta providencia. Ambas figuras son susceptibles de armonización en escenarios concretos. Esto es así en diversos casos, por ejemplo, en todos aquellos en los que preexistan a la declaratoria de un área como perteneciente al Sistema de Parques Nacionales Naturales, obras, actividades o proyectos, ubicados o desarrollados, o con efectos sobre el territorio reservado de tales áreas.

38. Tampoco puede esta Corte pasar por alto, que algunas de las áreas que integran el sistema de parques deben tener un plan de manejo sensible a las circunstancias bióticas, ecológicas, sociales, históricas y culturales que las caracterizan. Consciente de esta particularidad la autoridad reglamentaria, desde 1977 previó la zonificación de dichas áreas según las siguientes categorías: intangible, primitiva, de recuperación natural, histórico-cultural, de recreación general exterior, de alta densidad de uso y amortiguadora. (D. 622 de 1977, art. 18), aspecto que por demás integra el régimen jurídico especial de los Parques Nacionales Naturales conforme se expuso en la consideración 26 de esta providencia.

Por otra parte, no ignora la Sala que algunas de las áreas protegidas del Sistema de Parques Nacionales Naturales tienen una zona de alta densidad de uso destinada a actividades recreativas y turísticas. Frente a la necesidad de adecuación de las facilidades ecoturísticas, la licencia funge igualmente como una herramienta de gestión y de prevención de los posibles impactos que tales obras puedan aparejar.

Tampoco desconoce la Sala que, debido a razones de tipo histórico, algunas zonas del sistema de parques tienen asentamientos humanos desde antes de que tales áreas fueran reservadas. Por ello, la Sala encuentra compatible con la Constitución que frente a la posibilidad de que las comunidades que habitan estas zonas decidan, por ejemplo, adelantar la construcción o adecuación de un acueducto, se exija la existencia de una licencia ambiental administrada por autoridades nacionales. Esta licencia con su carácter previo, obligatorio y cautelar, fungiría en este tipo de casos como un dispositivo protector del Sistema de Parques Nacionales Naturales, que permite concretar los mandatos de los artículos 79 y 80 de la Constitución.

No sobra recordar que la zonificación y los tipos de áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales, por disposición del legislador y como lo reconoció en su intervención Parques Nacionales Naturales de Colombia, tiene consecuencias en cuanto a las actividades permitidas y prohibidas en dichas zonas, consintiendo la ejecución de determinadas actividades u obras que, pese a su impacto, están sometidas a la obligación de obtener una licencia ambiental. Así, por ejemplo, ocurre con el área denominada "vía parque", la cual, en virtud de lo previsto en el artículo 329 del Decreto 2811 de 1977, es un faja de terrero con carretera para fines de educación o esparcimiento. Desde esta perspectiva, la existencia de carreteras, acueductos u obras de prevención que puedan causar deterioro al Sistema de Parques Nacionales Naturales y que exigen el otorgamiento de la licencia ambiental, dependerá del tipo de área y su zonificación previstas en el ordenamiento jurídico, acorde con las finalidades de perpetuación, conservación, mantenimiento de la diversidad biológica y aseguramiento de la estabilidad ecológica, entre otras, que constituyen el soporte de estas áreas de especial protección.

39. De otro lado, considera la Corte que el argumento de la demandante no sólo se aleja de la perspectiva constitucional que conceptualiza al Sistema de Parques Nacional Naturales y a la licencia ambiental, sino que de ser acogido podría llevar a resultados opuestos a los perseguidos. En efecto, una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que exige la licencia para proyectos que afecten el Sistema de Parques Nacionales, podría ocasionar precisamente una situación de desprotección de dichas áreas. Circunstancia que, de presentarse, sí reñiría con los mandatos de protección, conservación y planificación, reconocidos en los artículos 79 y 80 de la Constitución.

40. Otro argumento que permite desestimar el cargo está relacionado con el carácter de la licencia ambiental como herramienta protectora de relevancia constitucional. Para la Corte, el carácter protector de la licencia frente a las posibles intervenciones en el Sistema de Parques Nacionales Naturales se concreta de diversas maneras:

41. Una primera es la función que cumple la licencia en el marco del régimen preventivo de las libertades en el que, en algunas ocasiones, el ejercicio de los derechos de contenido económico está sometido a autorización previa, como expresión de control y supervisión del Estado.

La licencia es protectora precisamente porque es de su esencia la posibilidad de que la autorización en que consiste sea negada por el órgano competente. La sola posibilidad de que se otorguen licencias que afecten el Sistema de Parques Nacionales, en los términos del artículo ahora demandado, no significa que las mismas deben ser siempre concedidas. La autoridad ambiental del orden nacional debe negar la licencia ambiental cuando advierta que el proyecto pueda tener efectos gravosos para el ambiente y los recursos naturales, o que el mismo no se aviene con el régimen jurídico especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales (finalidades, actividades permitidas

y prohibidas, planes de manejo y zonificación) en los términos de la consideración 26 de esta providencia.

Asimismo, la licencia es protectora porque es de su esencia la posibilidad de someter la autorización del proyecto a la condición de que el beneficiario de la misma observe una serie de parámetros técnicos y jurídicos de estricto cumplimiento; requisitos a los que deberá someterse durante la construcción, ejecución y terminación del proyecto, so pena de suspensión o cancelación de la autorización.

42. Otra forma en que se concreta el carácter protector de la licencia ambiental se observa en la función que cumple como herramienta de gestión y de control de los recursos naturales. Por definición la licencia puede ser objeto de modificación, suspensión e incluso cancelación por parte de la autoridad ambiental competente, sin necesidad de contar con el requisito de la autorización previa, escrita y expresa del beneficiario, como se señaló en las consideraciones 16 y 29 de esta providencia. Esta faceta de la licencia como instrumento de gestión y control puede ser utilizada por la autoridad ambiental, cuando advierta que el proyecto, obra o actividad puede causar daños no previstos inicialmente en la licencia, pero que es obligatorio evitar debido al valor excepcional de dichas áreas y a su condición de especial importancia ecológica, o cuando el beneficiario de la licencia ha incumplido con las condiciones técnicas y jurídicas de la misma.

Para la Corte es claro que la licencia ambiental no funciona como una prerrogativa del beneficiario de la misma, como puede que operen otro tipo de actos administrativos. Por el contrario, la licencia es entendida en clave constitucional como una herramienta para el cumplimiento de los mandatos constitucionales relacionados con la protección de los recursos y riquezas naturales, en concordancia con el principio de prevención. Por esta razón, la licencia se encuentra vinculada a las condiciones que en ella se expresen, y a que en todo caso no se causen daños inadmisibles a las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales, como se deriva de lo previsto en el artículo 79 de Texto Superior.

43. Finalmente, la Sala considera que una lectura armónica de las dos instituciones jurídicas, la licencia ambiental y el sistema de parques nacionales naturales, de conformidad con los mandatos constitucionales relacionados con la protección del ambiente, permite superar cualquier duda sobre la constitucionalidad de la disposición demandada.

Esta lectura armónica sería la siguiente: el trámite, otorgamiento o negación de cualquier licencia ambiental para proyectos, obras o actividades en las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales debe estar sujeto a sus precisas finalidades y a los usos y actividades permitidas dentro de las áreas del Sistema, siempre que tales actividades no causen alteraciones significativas al ambiente, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones 22 a 31 de esta providencia, razón por la cual se declarará la constitucionalidad de la disposición demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** por los cargos formulados, el numeral 9 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993 "*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones.*"

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Presidente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Ausente con excusa

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Sentencia C-632/11

MEDIDAS COMPENSATORIAS PARA RESTABLECER LOS DAÑOS CAUSADOS POR UNA INFRACCION AMBIENTAL- No tienen la naturaleza de sanción y por lo mismo, no desconocen los principios de legalidad, tipicidad, non bis ídem y la reserva de ley

MEDIDAS COMPENSATORIAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO AMBIENTAL- Contenido normativo

MEDIO AMBIENTE SANO-Bien jurídico de especial protección/ **MEDIO AMBIENTE-**Su afectación proviene de causas antropogénicas/ **PRESERVACION DEL MEDIO AMBIENTE SANO-**Objetivo de principio y punto de partida de una política universal a través de la cual se busca lograr un desarrollo sostenible/**INTERNACIONALIZACION DE LAS RELACIONES ECOLOGICAS-**Instrumentos

Tal y como lo ha puesto de presente esta Corporación, la protección y el mejoramiento del medio ambiente se ha convertido en motivo de preocupación para los Estados, quienes han encontrado en el deterioro y la destrucción del entorno ecológico, una causa importante de afectación del bienestar y el desarrollo de los pueblos. En el mundo contemporáneo, se reconoce que el mayor grado de afectación del medio ambiente proviene de causas antropogénicas, esto es, de causas surgidas de la propia actividad humana, producidas en el proceso de satisfacción de sus necesidades. Tales actividades, adquirieron especial relevancia desde el siglo anterior, cuando los procesos de industrialización y tecnificación, sumados al crecimiento de la población mundial, se aceleraron de forma desmedida, sin un criterio de sostenibilidad, generando un impacto negativo sobre los recursos naturales y el ecosistema global. En este contexto, la preocupación ambientalista vino a tomarse en serio, solo cuando existió el pleno convencimiento del grave daño que el desarrollo incontrolado y la explotación sin límites de los recursos naturales, ha causado al propio ser humano y a su entorno ecológico. Tales daños se han materializado, entre muchos otros, (i) en niveles peligrosos de contaminación de agua, aire, tierra y seres vivos, (ii) agotamiento de la capa de ozono, (iii) calentamiento global, (iv) degradación de hábitats y deforestación, (v) destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y, con ello, (vi) graves deficiencias en el ambiente que resultan nocivas para la salud física, mental y social del hombre. Como respuesta a la creciente degradación de que ha sido víctima el medio ambiente, la gran mayoría de países del mundo han asumido el compromiso ineludible de lograr que la capacidad y el poder del hombre para transformar lo que lo rodea, sea utilizada con discernimiento y prudencia, de manera que se logren los beneficios del desarrollo, pero respetando la naturaleza y sin perturbar sus procesos esenciales. Ello, sobre la base de considerar que la existencia de la especie

humana, depende en gran medida del respeto incondicional al entorno ecológico, y de la defensa a ultranza del medio ambiente sano, en tanto factor insustituible que le permite existir y garantizar una subsistencia y vida plenas. La preservación de un medio ambiente sano para las generaciones presentes y futuras, se ha convertido así, en un objetivo de principio, y en el punto de partida de una política universal a través de la cual se busca lograr un desarrollo sostenible, entendido éste como aquél desarrollo que "satisfaga las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades". Desde ese punto de vista, el crecimiento económico y tecnológico, antes que oponerse al mejoramiento ambiental, debe ser compatible con la protección al medio ambiente y con la preservación de los valores históricos y culturales, de manera que se encamine siempre hacia la primacía del interés general y del bienestar comunitario. El propósito universal de propiciar un medio ambiente sano, viene impulsando, desde un primer plano, el desarrollo de los instrumentos de derecho interno, para permitir a los países enfrentar y contrarrestar la degradación creciente y las amenazas de una degradación futura. Tales instrumentos se han encaminado a facilitar un conocimiento profundo sobre el medio ambiente terráqueo y, con ello, a lograr que ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones, acepten las responsabilidades que les corresponden en la materia y participen en la labor común de preservar la naturaleza y de actuar con prudencia frente a ella. De igual manera, buscan dotar a las autoridades competentes de los mecanismos jurídicos necesarios para actuar ante situaciones de peligro, riesgo o daño del medio ambiente. Paralelamente, desde un segundo plano, el citado propósito de preservar el medio ambiente, también ha conducido a la intensificación de la internacionalización de las relaciones ecológicas, dado que "[l]os problemas ambientales y los factores que conducen a su deterioro no pueden considerarse hoy en día como asuntos que conciernen exclusivamente a un país, sino que, dado el interés universal que revisten y la necesidad de su preservación, incumbe a todos los Estados". En punto a este último aspecto, habrá de reiterarse que la internacionalización de las relaciones ecológicas se ha venido manifestando a través de la expedición de una serie de instrumentos de derecho internacional, cuyo objetivo es el de establecer una alianza mundial y de cooperación entre los Estados, en interés de todos los países, para proteger la integridad del sistema ambiental, responder al fenómeno de la degradación y garantizar un desarrollo sostenible para las generaciones presentes y futuras. Tal y como lo ha mencionado la Corte en decisiones precedentes, dentro de los instrumentos internacionales que se han suscrito con los propósitos enunciados, es menester destacar: (i) la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972; (ii) la Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982; (iii) el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, adoptado en 1987; (iv) la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas de 1992; (v) la Convención Marco de las Naciones

Unidas sobre Cambio Climático de 1992; (vi) el Protocolo de Kyoto de las Naciones Unidas a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1997; (vii) la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas de 2000; y (viii) el Acuerdo de Copenhague de 2009. Los citados instrumentos, junto con otros que acompañan también al interés universal por la protección de un medio ambiente sano, consagran y desarrollan los principios, objetivos, herramientas e instituciones de gestión ambiental, que deben ser tenidos en cuenta por los Estados para lograr el fin propuesto de garantizar la diversidad e integridad de los ecosistemas.

MEDIO AMBIENTE SANO-Protección constitucional/**CONSTITUCION ECOLOGICA-**Jurisprudencia constitucional

MEDIO AMBIENTE COMO BIEN JURIDICO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO-Dimensiones

La Corte ha calificado al medio ambiente como un bien jurídico constitucionalmente protegido, en el que concurren las siguientes dimensiones: (i) es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación; (ii) aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales; (iii) tiene el carácter de servicio público, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país; y (iv) aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección.

CLASIFICACION DEL MEDIO AMBIENTE DENTRO DEL GRUPO DE LOS LLAMADOS DERECHOS COLECTIVOS- Importancia/**DERECHOS COLECTIVOS Y DEL AMBIENTE-** Protección de derechos humanos de tercera generación y de generaciones que están por nacer

En su reconocimiento general como derecho, la Constitución clasifica el medio ambiente dentro del grupo de los llamados derechos colectivos (C.P. art. 79), los cuales son objeto de protección judicial directa por vía de las acciones populares (C.P. art. 88). La ubicación del medio ambiente en esa categoría de derechos, lo ha dicho la Corte, resulta particularmente importante, "ya que los derechos colectivos y del ambiente no sólo se le deben a toda la humanidad, en cuanto son protegidos por el interés universal, y por ello están encuadrados dentro de los llamados derechos humanos de 'tercera generación', sino que se le deben incluso a las generaciones que están por nacer", toda vez que "[l]a humanidad del

futuro tiene derecho a que se le conserve, el planeta desde hoy, en un ambiente adecuado a la dignidad del hombre como sujeto universal del derecho".

MEDIO AMBIENTE-Carácter de derecho fundamental por conexidad/**DERECHO AL AMBIENTE SANO-**Relación con derechos a la salud y a la vida

Aun cuando el reconocimiento que le hace el ordenamiento constitucional es el de un derecho colectivo (C.P. art. 88), dados los efectos perturbadores y el riesgo que enfrenta el medio ambiente, "que ocasionan daños irreparables e inciden nefastamente en la existencia de la humanidad", la Corte ha sostenido que el mismo tiene también el carácter de derecho fundamental por conexidad, "al resultar ligado indefectiblemente con los derechos individuales a la vida y a la salud de las personas". La relación entre el derecho a un ambiente sano y los derechos a la vida y a la salud, fue claramente explicada por la Corte en una de sus primeras decisiones, la Sentencia T-092 de 1993, en la que hizo las siguientes precisiones: "El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental".

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA AMBIENTAL-Jurisprudencia constitucional

POTESTAD SANCIONATORIA EN MATERIA AMBIENTAL- Contenido y alcance

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION- Fundamento constitucional/**POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION-**Modalidades/**POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y POTESTAD PUNITIVA PENAL-**Diferencias

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Alcance dentro del contexto de la potestad sancionatoria en materia ambiental

Dentro del contexto de la potestad sancionatoria en materia ambiental, la Corte considera necesario referirse de manera específica al principio non bis in ídem y a sus principales características. Ello, teniendo en cuenta que buena parte de los cargos que en esta causa se estructuran contra las normas acusadas, parten de la presunta violación del citado principio. Conforme lo ha destacado esta Corporación, el artículo 29 de la Carta Política consagra, como una de las garantías estructurales del debido

proceso, el derecho de toda persona "a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho". La citada garantía constitucional, también conocida como prohibición de doble enjuiciamiento o principio non bis in ídem, ha sido materia de estudio por parte de esta Corporación, quien, a través de distintos pronunciamientos, ha venido identificando los aspectos más relevantes que determinan su campo de aplicación. En las Sentencias C-870 de 2002 y C-478 de 2007, recogiendo los criterios fijados en decisiones precedentes.

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Características

La Corte hizo un recuento de las características que gobiernan la prohibición del doble enjuiciamiento, las cuales pueden resumirse de la siguiente manera: (i) El principio del non bis in ídem tiene el carácter de derecho fundamental de aplicación directa e inmediata, y con él se busca "evitar que las personas sean sometidas por el Estado a permanentes y sucesivas investigaciones y sanciones a partir de un mismo comportamiento, colocándolas en estado de absoluta indefensión y de continua ansiedad e inseguridad". (ii) Su importancia radica en que, "cualquier individuo puede tener la confianza y la certeza de que las decisiones definitivas dictadas en su contra, fruto de los procesos que definen su responsabilidad en la comisión de conductas contrarias a derecho, realizan la justicia material en cada caso concreto e impiden que tales comportamientos ya juzgados puedan ser objeto de nuevos debates sin distinta formula de juicio". (iii) El fundamento de su existencia son los principios de seguridad jurídica y justicia material, los cuales a su vez se amparan en el principio de la cosa juzgada, por cuyo intermedio se le reconoce carácter definitivo e inmutable a las decisiones judiciales ejecutoriadas, impidiendo "que los hechos o conductas debatidos y resueltos en un determinado proceso judicial vuelvan a ser discutidos por otro funcionario en un juicio posterior". (iv) Teniendo en cuenta el ámbito de protección, el non bis in ídem no solo se dirige a prohibir la doble sanción sino también el doble juzgamiento, pues no existe justificación jurídica válida para someter a una persona a juicios sucesivos por el mismo hecho. En este sentido, la expresión "juzgado", utilizada por el artículo 29 de la Carta para referirse al citado principio, comprende las diferentes etapas del proceso y no sólo la instancia final, es decir, la correspondiente a la decisión. (v) La prohibición del doble enjuiciamiento se extiende a los distintos campos del derecho sancionador, esto es, a todo régimen jurídico cuya finalidad sea regular las condiciones en que un individuo puede ser sujeto de una sanción como consecuencia de una conducta personal contraria a derecho. Así entendida, la cita institución se aplica a las categorías del "derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético-disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)". (vi) El principio del non bis ídem le es oponible no solo a las autoridades públicas titulares del ius puniendi del Estado, sino también a los particulares que por mandato legal

están investidos de potestad sancionatoria. De manera particular, y dada su condición de garantía fundamental, al Legislador le está prohibido expedir leyes que permitan o faciliten que una misma persona pueda ser objeto de múltiples sanciones o de juicios sucesivos ante una misma autoridad y por unos mismos hechos. (vii) Conforme con su finalidad, la prohibición del doble enjuiciamiento, tal y como ocurre con los demás derechos, no tiene un carácter absoluto. En ese sentido, su aplicación "no excluye la posibilidad de que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando la conducta enjuiciada vulnere diversos bienes jurídicos y atienda a distintas causas y finalidades". (viii) Así entendido, el principio non bis in ídem no impide que "una misma conducta sea castigada y valorada desde distintos ámbitos del derecho, esto es, como delito y al mismo tiempo como infracción disciplinaria o administrativa o de cualquier otra naturaleza sancionatoria". Desde este punto de vista, el citado principio solo se hace exigible cuando, dentro de una misma área del derecho, y mediante dos o más procesos, se pretende juzgar y sancionar repetidamente un mismo comportamiento.

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Alcance según la jurisprudencia de la Corte Constitucional/**NON BIS IN IDEM-**Posibilidad de juzgar y sancionar varias veces un mismo comportamiento, sin que ello implique la violación de dicho principio

Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales recogidos en las Sentencias C-870 de 2002 y C-478 de 2007, la Corte ha dejado establecido que es posible juzgar y sancionar varias veces un mismo comportamiento, sin que ello implique una violación del non bis in ídem, (i) cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa.

PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO AMBIENTAL-Contenido normativo

DAÑO AMBIENTAL-Afectación personal y natural/**MEDIO AMBIENTE-**Derecho ligado íntimamente con la vida, la salud y la integridad física

PROCESO DE RESTITUCION O RESTAURACION ECOLOGICA QUE SE ADELANTA A TRAVES DE LAS MEDIDAS COMPENSATORIAS-Requerimiento de valoración técnica del daño o impacto negativo causado al medio ambiente con la infracción, por cuenta de la autoridad ambiental competente/**MEDIDAS COMPENSATORIAS PREVISTAS EN EL REGIMEN SANCIONATORIO AMBIENTAL-**Deben guardar estricta proporcionalidad/**MEDIDA COMPENSATORIA-**Solo

puede determinarse una vez se establezca la clase y la magnitud del daño sufrido por el ecosistema en cada situación particular y concreta

El proceso de restitución o restauración ecológica que se adelanta a través de las llamadas medidas compensatorias, requiere, en cada caso, de una valoración técnica del daño o impacto negativo causado al medio ambiente con la infracción, por cuenta de la autoridad ambiental competente. Tal circunstancia, descarta de plano que el ordenamiento jurídico ambiental pueda hacer una descripción o enumeración taxativa de las medidas compensatorias. En efecto, el componente tecnológico e incluso científico que identifica el manejo medio ambiental, exige que la medida compensatoria a adoptar, solo pueda determinarse una vez se establezca la clase y magnitud del daño sufrido por el ecosistema en cada situación particular y concreta. De este modo, la naturaleza, alcance y tipo de medida, corresponde definirlo a la entidad técnica ambiental de acuerdo con la evaluación que ésta haga de cada daño, lo cual asegura además, que la misma resulte equilibrada y coherente y permita cumplir el objetivo de restituir in natura el valor del activo natural afectado. La circunstancia de que las medidas compensatorias no se encuentren descritas en la ley, no significa, en todo caso, que su imposición quede a la simple discrecionalidad de la autoridad ambiental competente, pues éstas solo se ordenan una vez surtido el respectivo juicio de proporcionalidad. A este respecto, el propio artículo 31 de la Ley 1333 de 2009 es claro en señalar que la sanción y las medidas compensatorias "deberán guardar una estricta proporcionalidad", lo que permite entender que el alcance de la medida compensatoria es limitado, pues se circunscribe a la proporción del daño ambiental y, en todo caso, no podría ser excesivamente más gravosa que la sanción misma. Además, en cuanto se trata de medidas adoptadas por una autoridad técnica ambiental, éstas pueden ser sometidas a los respectivos controles administrativos y jurisdiccionales, por parte de quienes se consideren injustamente afectados con ellas.

MEDIDAS COMPENSATORIAS-No constituyen sanción/**MEDIDAS COMPENSATORIAS-**No tienen el alcance de una sanción por cuanto no se imponen a título de pena

SANCION ADMINISTRATIVA-Concepto

Se ha entendido por sanción administrativa la medida penal que impone la autoridad competente como consecuencia de una infracción a la normatividad, sea por desconocimiento de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos. Siendo ello así, es claro que la sanción se constituye en la reacción ante la infracción ambiental, buscando exclusivamente castigar la actuación irregular del infractor. El carácter represivo, es entonces el fundamento sobre el que se edifica el concepto de sanción, objetivo que no coincide con el de las medidas compensatorias, las cuales están enfocadas específicamente, como se ha dicho, en la restauración del daño ecológico derivado de la infracción, o lo que es

igual, en lograr la reparación del medio ambiente que ha resultado dañado.

MEDIDAS COMPENSATORIAS-Características particulares que permiten identificarlas y distinguirlas de las medidas propiamente sancionatorias y preventivas

Las medidas compensatorias presentan características particulares que permiten identificarlas y distinguirlas de los otros dos tipos de medidas (propiamente sancionatorias y preventivas) que hacen parte del régimen sancionatorio ambiental previsto en la Ley 1333 de 2009. Entre las características que identifican las citadas medidas compensatorias, se pueden destacar las siguientes: (i) están dirigidas, única y exclusivamente, a restaurar in natura el medio ambiente afectado, buscando que éste retorne a la situación en que se encontraba antes del daño ambiental, o a lograr su recuperación sustancial; (ii) las mismas se encuentran a cargo de organismos técnicos de naturaleza administrativa, y solo resultan imponibles si se demuestra la existencia de la infracción ambiental y del daño ocasionado al medio ambiente o a los recursos naturales; (iii) en razón a su carácter estrictamente técnico, no están definidas previamente en la ley y su determinación depende del tipo de daño que se haya causado al medio ambiente; (iv) cualquiera sea la medida compensatoria a adoptar, la misma debe guardar estricta proporcionalidad con el daño ambiental, pudiendo, en todo caso, ser objeto de los respectivos controles administrativo y judicial; finalmente, (v) tales medidas no tienen naturaleza sancionatoria, pues el fin que persiguen es esencialmente reparatorio.

Referencia:
Expedientes D-8379

Asunto:
Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 31 y 40 (parcial) de la Ley 1333 de 2009 *"Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones".*

Demandante:
Luis Eduardo Montealegre Lynett

Magistrado Ponente:
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil once (2011).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano Luis Eduardo Montealegre Lynett demandó los artículos 31 y 40 (parcial) de la Ley 1333 de 2009 "*Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones"*.

Mediante Auto del once (11) de febrero de dos mil once (2011), el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia, ordenó además comunicar el proceso al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Ambiental, y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Externado de Colombia, del Rosario y del Norte, para que, si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de impugnar o defender la constitucionalidad de la disposiciones acusadas.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcriben textualmente los artículos 31 y 40 de la Ley 1333 de 2009, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 47.417, del 21 de julio de 2009, destacando en negrilla y con subraya los apartes demandados:

"LEY 1333 DE 2009

(julio 21)

"Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones."

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA:

(…)

ARTÍCULO 31. ***MEDIDAS COMPENSATORIAS. La imposición de una sanción no exime al infractor del cumplimiento de las medidas que la autoridad ambiental competente estime pertinentes establecer para compensar y restaurar el daño o el impacto causado con la infracción. La sanción y las medidas compensatorias o de reparación deberán guardar una estricta proporcionalidad****.*

(…)

ARTÍCULO 40. SANCIONES. Las sanciones señaladas en este artículo se impondrán como principales o accesorias al responsable de la infracción ambiental. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos a los que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, los establecimientos públicos que trata el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, impondrán al infractor de las normas ambientales, de acuerdo con la gravedad de la infracción mediante resolución motivada, alguna o algunas de las siguientes sanciones:

1. Multas diarias hasta por cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
2. Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio.
3. Revocatoria o caducidad de licencia ambiental, autorización, concesión, permiso o registro.
4. Demolición de obra a costa del infractor.
5. Decomiso definitivo de especímenes, especies silvestres exóticas, productos y subproductos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.
6. Restitución de especímenes de especies de fauna y flora silvestres.
7. Trabajo comunitario según condiciones establecidas por la autoridad ambiental.

PARÁGRAFO 1o. ***La imposición de las sanciones aquí señaladas no exime al infractor de ejecutar las obras o acciones ordenadas por la autoridad ambiental competente, ni de restaurar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje***

<u>afectados. Estas sanciones se aplicarán sin perjuicio de las acciones civiles, penales y disciplinarias a que hubiere lugar</u>.

PARÁGRAFO 2o. ***<u>El Gobierno Nacional definirá mediante reglamento los criterios para la imposición de las sanciones de que trata el presente artículo, definiendo atenuantes y agravantes. Se tendrá en cuenta la magnitud del daño ambiental y las condiciones socioeconómicas del infractor</u>***.

(…)*"*.

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

El demandante estima que las disposiciones objeto de censura constitucional contenidas en la Ley 1333 de 2009 *"Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones",* contravienen lo dispuesto en los artículos 29 y 116 de la Constitución Política, los numerales 2° y 3° del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el numeral 2° del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. Fundamentos de la demanda

2.1. El actor comienza por señalar que las disposiciones demandadas, contenidas en la Ley 1333 de 2009, no son claras, pues dan lugar a varias interpretaciones que, de cualquier modo, resultan contrarias a la Constitución Política y a tratados internacionales de derechos humanos, en la medida en que desconocen garantías básicas del debido proceso de sus destinatarios, en particular, los principios de *non bis in ídem*, de legalidad de la sanción, de reserva de ley y de separación de funciones públicas.

Bajo esa premisa, sostiene como razones de inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas, las siguientes:

2.1.1. Para el demandante, un primer acercamiento hermenéutico lleva a la conclusión de que las medidas compensatorias no tienen carácter sancionatorio, sino simplemente reparatorio, toda vez que el legislador no las definió expresamente como sanciones administrativas, ni las incluyó o reguló en el capítulo correspondiente a las sanciones y medidas preventivas. A ello, se suma el hecho de que, conforme al parágrafo 1° del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009, al finalizar el procedimiento sancionatorio ambiental, además de las sanciones, pueden imponerse otras medidas administrativas, lo cual permite indicar que no se trata del mismo instrumento.

A partir de esa primera interpretación, según la cual, las medidas compensatorias no son sanciones sino formas de reparación del daño

ambiental, advierte que presentan dos problemas de constitucionalidad que necesariamente conducirían a que fueran retiradas del ordenamiento jurídico.

2.1.1.1. El primer problema consiste en que al autorizarse dentro del proceso sancionatorio la reparación de los perjuicios causados al medio ambiente, y, al mismo tiempo, permitir el ejercicio de la acción civil para reparar esos mismos daños, se vulnera el principio de *non bis in ídem*, previsto en el artículo 29 Superior, debido a que un solo hecho constitutivo de infracción al ambiente genera dos procesos distintos con igual pretensión, y la consecuencia de ello es una doble indemnización de perjuicios: la ordenada por la autoridad administrativa ambiental y la ordenada por la autoridad judicial correspondiente. Lo anterior, a su vez, produciría un enriquecimiento sin justa causa de la administración, en tanto que obtendría una doble reparación del daño y un provecho económico injustificado por una misma conducta dañina, lo cual se traduce en violación del *principio de interdicción de la arbitrariedad*, consagrado en el Preámbulo de la Constitución y en los artículos 1° y 2° del mismo ordenamiento.

2.1.1.2. Por otro lado, el segundo problema se deriva del hecho de que la norma le atribuye funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas ambientales, sin que se cumplan los presupuestos previstos en la Constitución Política para dicho efecto. A juicio del actor, definir si existe el deber jurídico de reparar los perjuicios ocasionados por el daño al medio ambiente, así como el monto de la indemnización a cargo del particular responsable, es una función jurisdiccional que ha sido asignada de manera exclusiva a los jueces de la República. Sin embargo advierte, con apoyo en la jurisprudencia constitucional, que la libertad de configuración legislativa del Congreso de la República para otorgar funciones jurisdiccionales a determinadas autoridades administrativas, se encuentra limitada a que las competencias atribuidas estén claramente definidas y determinadas en la ley, y a que dichas autoridades gocen de la independencia e imparcialidad de un juez. En el caso de las autoridades administrativas ambientales, en criterio del libelista, no existe esa independencia e imparcialidad que se exige para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, ya que su estructura orgánica y funcional es absolutamente jerarquizada y, en materia sancionatoria ambiental, no existe separación de las funciones de investigación y de sanción. Además, estima que la norma no es clara en señalar cuál de todas las autoridades ambientales ejercerá las funciones jurisdiccionales.

A manera de ejemplo, sostiene que existen varias disposiciones en el ordenamiento jurídico que consagran expresamente la potestad sancionatoria ambiental en cabeza de determinadas autoridades administrativas, sin separar el ejercicio de funciones preventivas, de investigación y de sanción, como sucede en el caso del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas

Regionales, los Establecimientos Públicos Ambientales y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques.

2.1.2. A juicio del demandante, una segunda interpretación de las normas demandadas podría ser aquella según la cual, las medidas compensatorias, aunque accesorias, son de tipo sancionador, toda vez que el artículo 4° de la Ley 1333 de 2009 le atribuye expresamente una función compensatoria a las sanciones administrativas.

El anterior argumento podría reforzarse con la idea de que, adicionalmente, (i) estas medidas se aplican en el marco del proceso sancionatorio ambiental; (ii) únicamente pueden imponerse en el acto administrativo que pone fin a la actuación administrativa y (iii) solo surgen si se logra demostrar la existencia de la infracción o el daño ocasionado al medio ambiente o a los recursos naturales.

2.1.2.1. Sin embargo, para el actor esta opción interpretativa no resuelve los problemas de constitucionalidad que presentan las disposiciones acusadas, pues a través de ellas se desconocen por entero los principios de legalidad y de tipicidad que gobiernan el derecho administrativo sancionador, en la medida en que el legislador omitió establecer los tipos de medidas compensatorias y no definió los criterios claros, objetivos y suficientes para determinarlas.

En efecto, tras un breve recuento jurisprudencial acerca de la aplicación del principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador, sostiene que dicho principio constituye una garantía irrenunciable de los administrados, que si bien es cierto debe entenderse en un sentido más amplio o flexible que en el campo del derecho penal, dadas las garantías que allí se involucran, también lo es que exige la precisión de criterios o elementos que definan, tanto la infracción como la sanción administrativa, de tal forma que se evite la ambigüedad del texto, su indeterminación o la apreciación discrecional del operador jurídico.

No obstante, refiriéndose concretamente al contenido del artículo 31 de la Ley 1333 de 2009, advierte que el legislador no definió cuáles eran las medidas compensatorias, ni remitió a ninguna norma para regular el vacío, además, no complementó el concepto con otras disposiciones de la misma ley y tampoco indicó criterio alguno para determinarlas. Dicha generalidad, a su juicio, revela un alto grado de inseguridad jurídica y vulnera el principio de legalidad, pues dentro de las posibilidades de compensar y reparar el daño ambiental caben múltiples opciones que van, desde el pago de sumas de dinero hasta la construcción de grandes obras para mitigar el impacto ambiental, cuya imposición queda al arbitrio del funcionario competente.

Así las cosas, conforme a lo expuesto en precedencia, el demandante solicita a este Tribunal que declare la inexequibilidad de la totalidad del

artículo 31 y de los parágrafos 1° y 2° del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

Mediante escrito oportunamente allegado a esta Corporación, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial intervino en el trámite del presente juicio con la pretensión de que las disposiciones objeto de reproche constitucional sean declaradas exequibles.

A manera de consideración general, inicia su intervención con una reflexión acerca de la importancia que reviste la preservación de un medio ambiente sano para las generaciones presentes y futuras en un contexto de grave afectación jurídica, natural y legal del medio ambiente, como un bien público de especial importancia ecológica, debido al mal manejo de los recursos naturales renovables y no renovables por parte del hombre.

Bajo esa orientación, señala el interviniente que la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente constituyen el punto de partida de la formulación de los principios que guían el derecho ambiental y que persiguen, como propósito último, dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante esas situaciones que comprometen gravemente el ambiente y también los derechos con él relacionados.
Siendo así, aduce que las medidas compensatorias previstas en las disposiciones censuradas resultan idóneas y acordes con el ordenamiento constitucional, pues es legítimo que las autoridades ambientales competentes ordenen la compensación del daño ambiental ocasionado por acciones u omisiones de los particulares, si se tiene en cuenta que se trata de un bien jurídico esencial para la preservación de la vida.

Por último, hace una breve referencia al alcance de los principios que rigen en materia penal y que se proyectan al derecho administrativo sancionador, para significar con ello que su aplicación en este último campo es menos rigurosa, lo que tiene por resultado una manera diferente de procurar la protección del debido proceso, en razón a que los bienes jurídicos que allí se involucran y que pueden resultar afectados por una determinada sanción son esencialmente distintos.[1]

2. Universidad del Norte

A través de una docente del Departamento de Derecho, la Universidad del Norte se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad de la

[1] Los restantes argumentos contenidos en el escrito de intervención del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, si bien corresponden a temas puntuales relacionados con el medio ambiente y los principios constitucionales y legales que regulan la materia, no guardan relación directa con los cargos formulados en la presente demanda de inconstitucionalidad.

referencia, con el propósito de defender la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Inicialmente, puso de presente que en ejercicio del *ius puniendi estatal*, la administración goza de la potestad de imponer sanciones para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas de los administrados y, de esa manera, lograr sus cometidos.

Sin embargo, advierte que para hacer uso de dicha prerrogativa siempre se debe acudir a los principios que orientan el debido proceso, tales como: el principio de reserva de ley, de tipicidad, de culpabilidad, de presunción de de inocencia, de *non bis in ídem*, entre otros, cuya aplicación será más flexible en el campo de la actividad sancionadora de la administración que en el derecho penal, debido a la naturaleza de los bienes jurídicos en juego y a la textura abierta de las conductas sancionables que permiten un amplio margen de interpretación.

Al mismo tiempo, señala que no toda carga que se le impone al administrado como consecuencia de una infracción de carácter administrativo constituye una sanción. A manera de ejemplo, cita las medidas coercitivas, las medidas de policía, la revocación de autorizaciones y licencias, y la caducidad de concesiones.

Para la interviniente, un mismo hecho puede ser merecedor de una sanción administrativa y al mismo tiempo puede generar responsabilidad civil por los daños producidos, pero se trata de dos instituciones jurídicas distintas, cuya consecuencia jurídica sirve a fines distintos, pues en el primer caso la finalidad es represiva, mientras que en el segundo es reparatoria, sin que ello implique la vulneración del artículo 29 Superior.

Así las cosas, considera que el legislador, al haber establecido medidas compensatorias con el objeto de lograr el resarcimiento de los perjuicios ocasionados al medio ambiente, no hizo más que asegurar la protección de ese bien jurídico, no solo a través de las acciones que pueden instaurarse ante las autoridades judiciales, sino también, mediante los mecanismos de que disponen las autoridades administrativas para dicho efecto.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 5137, del cuatro (04) de abril de dos mil once (2011), se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia y le solicitó a la Corte declarar exequible el artículo 31 y los parágrafos 1° y 2° del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009, con base en las siguientes consideraciones:

Para la Vista Fiscal, el problema jurídico a resolver se contrae a la necesidad de establecer si las normas demandadas, al regular las medidas compensatorias en materia ambiental, desconocen el derecho al debido

proceso, en especial en cuanto atañe a los principios de *non bis in ídem*, de legalidad de la sanción, de reserva de ley y de separación del poder, conforme a lo previsto en las normas que se consideran infringidas.

Para tal efecto, inicia por destacar que la mera existencia de una sanción legal no le permite al Estado dejar de exigir la reparación de los daños causados al medio ambiente, ni puede servir de justificación para que la persona responsable de ellos omita repararlos, habida cuenta que el artículo 80 de la Constitución Política le impone al Estado el deber de procurar el resarcimiento de dichos perjuicios.

Tras realizar un breve recuento de las normas que anteceden la expedición de la Ley 1333 de 2009 y de analizar el contenido de las disposiciones objeto de censura, advierte que la reparación del daño ocasionado al medio ambiente no corresponde a una sanción, pues el artículo 31 y el parágrafo 1° de la Ley 1333 de 2009 distinguen entre una y otra, al señalar expresamente que la imposición de una sanción no exime al infractor de reparar el daño causado.

Desde esa perspectiva, para el Ministerio Público no existe desconocimiento alguno del principio de *non bis in ídem*, pues al tratarse de figuras distintas, mal podría entenderse la norma como un doble reproche de la conducta del infractor o una doble indemnización de perjuicios.

Por otro lado, sostiene que las medidas compensatorias suponen una valoración técnica del daño o impacto causado al ambiente y una pronta reparación del mismo, siendo razonable que a la luz de lo dispuesto en el artículo 80 Superior, una unidad técnica y autónoma, como lo son las Corporación Autónomas Regionales, adopten dichas medidas, a efecto de que puedan ser sometidas a controles administrativos y jurisdiccionales.

Finalmente, en cuanto hace a la posible vulneración del principio de reserva de ley, el Señor Procurador apunta a que es necesario precisar que la facultad de reglamentación otorgada al Gobierno Nacional no comprende la de determinar las sanciones, sino la de fijar los criterios a tener en cuenta para efectos de su imposición. En virtud de ello, señala que tanto las sanciones como las bases objetivas para fijar dichos criterios están dadas por la ley, de manera que el Gobierno solo se limita a establecer ciertas orientaciones para imponerlas.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, esta Corporación es competente para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad que se formula contra los artículos 31 y 40 de la Ley 1333 de 2009.

2. Alcance de la presente demanda y problema jurídico

2.1. En la presente causa, el actor le solicita a la Corte que declare la inexequibilidad del artículo 31 y de los parágrafos 1° y 2° del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009, *"Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones"*.

2.2. De acuerdo con el planteamiento de la demanda, tales contenidos normativos, al regular el tema de las medidas compensatorias dentro del procedimiento sancionatorio ambiental, desconocen los artículos 29 y 116 de la Constitución Política, cualquiera sea el alcance que se les pueda atribuir. Explica el actor que, a la luz de las disposiciones acusadas, la naturaleza jurídica de las medidas compensatorias no es clara y, por tanto, pueden interpretarse, o bien como simples formas administrativas de reparación del daño ambiental, o bien como sanciones propiamente dichas.

- En el primer caso, de considerarse herramientas administrativas para reparar el daño ambiental, tales medidas vulneran el principio del *non bis in ídem* (C.P. art. 29), pues al tiempo que se permite la compensación de los perjuicios causados al medio ambiente dentro del proceso administrativo sancionatorio, también se autoriza el ejercicio de la acción civil para reparar esos mismos daños, con lo cual un solo hecho constitutivo de infracción ambiental genera una doble reparación: la ordenada por la autoridad administrativa y la ordenada por la autoridad judicial correspondiente. De igual manera, la compensación conlleva también una violación del mandato constitucional de reserva judicial (C.P. art. 116), pues se les estaría asignando funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas ambientales, sin el lleno de los requisitos legales.

- En el segundo caso, si se les atribuye a las medidas compensatorias un contenido sancionatorio, éstas desconocen los principios de legalidad y de tipicidad que gobiernan el derecho administrativo sancionador (C.P. art. 29), en la medida en que ni las normas acusadas, ni ninguna otra disposición de orden legal, establecen los tipos de medidas compensatorias, ni definen criterios claros, objetivos y suficientes para determinarlas.

2.3. Los distintos intervinientes y el Ministerio Público, se manifiestan en contra de la aludida acusación. Coinciden en afirmar que no toda carga administrativa que se impone a los administrados constituye una sanción, siendo éste el caso de las medidas compensatorias, pues por su intermedio se persigue un fin reparatorio y no represivo, cual es el de lograr el resarcimiento de los perjuicios ocasionados al medio ambiente. En ese

contexto, afirman que las medidas compensatorias pueden ser impuestas por autoridades administrativas en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y no desconocen el principio del *non bis in ídem*, ni ninguna otra garantía del debido proceso, ya que un mismo hecho puede ser merecedor de una medida administrativa y simultáneamente generar responsabilidad civil por los daños producidos. Ello, en razón a que se trata de instituciones jurídicas distintas, que, como tal, persiguen objetivos y finalidades diversas. Concluyen señalando que la facultad reglamentaria otorgada al Gobierno Nacional en una de las normas acusadas no es para establecer las sanciones ambientales a que haya lugar, pues éstas ya están definidas en la propia ley, sino para fijar los criterios a tener en cuenta para efectos de su imposición, con lo cual no se afecta el principio de reserva de ley.

2.4. De acuerdo con los planteamientos de la demanda y las distintas intervenciones, en esta oportunidad le corresponde a la Corte establecer si el legislador, al incluir las medidas compensatorias dentro del régimen sancionatorio ambiental, y asignarle a las autoridades administrativas la competencia para adoptarlas, desconoció las garantías de *non bis in ídem*, de legalidad de la sanción y reserva de ley, así como también el principio de separación de poderes.

2.5. Para resolver el anterior problema jurídico, la Corte se referirá a los siguientes temas: *(i)* el medio ambiente como bien jurídico de especial protección, *(ii)* la potestad sancionatoria en materia ambiental, y (iii) el régimen sancionatorio ambiental que rige en Colombia. Definidos tales aspectos, se pasará al análisis de constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

3. El medio ambiente sano como bien jurídico de especial protección

3.1. Tal y como lo ha puesto de presente esta Corporación, la protección y el mejoramiento del medio ambiente se ha convertido en motivo de preocupación para los Estados, quienes han encontrado en el deterioro y la destrucción del entorno ecológico, una causa importante de afectación del bienestar y el desarrollo de los pueblos.

3.2. En el mundo contemporáneo, se reconoce que el mayor grado de afectación del medio ambiente proviene de causas antropogénicas, esto es, de causas surgidas de la propia actividad humana, producidas en el proceso de satisfacción de sus necesidades. Tales actividades, adquirieron especial relevancia desde el siglo anterior, cuando los procesos de industrialización y tecnificación, sumados al crecimiento de la población mundial, se aceleraron de forma desmedida, sin un criterio de sostenibilidad, generando un impacto negativo sobre los recursos naturales y el ecosistema global[2].

[2] Cfr. Sentencias C-671 de 2001, C-750 de 2008, C- 703 de 2010 y C-595 de 2010, entre otras.

3.3. En este contexto, la preocupación ambientalista vino a tomarse en serio, solo cuando existió el pleno convencimiento del grave daño que el desarrollo incontrolado y la explotación sin límites de los recursos naturales, ha causado al propio ser humano y a su entorno ecológico. Tales daños se han materializado, entre muchos otros, *(i)* en niveles peligrosos de contaminación de agua, aire, tierra y seres vivos, *(ii)* agotamiento de la capa de ozono, *(iii)* calentamiento global, *(iv)* degradación de hábitats y deforestación, *(v)* destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y, con ello, *(vi)* graves deficiencias en el ambiente que resultan nocivas para la salud física, mental y social del hombre[3].

3.4. Como respuesta a la creciente degradación de que ha sido víctima el medio ambiente, la gran mayoría de países del mundo han asumido el compromiso ineludible de lograr que la capacidad y el poder del hombre para transformar lo que lo rodea, sea utilizada con discernimiento y prudencia, de manera que se logren los beneficios del desarrollo, pero respetando la naturaleza y sin perturbar sus procesos esenciales. Ello, sobre la base de considerar que la existencia de la especie humana, depende en gran medida del respeto incondicional al entorno ecológico, y de la defensa a ultranza del medio ambiente sano, en tanto factor insustituible que le permite existir y garantizar una subsistencia y vida plenas.

3.5. La preservación de un medio ambiente sano para las generaciones presentes y futuras, se ha convertido así, en un objetivo de principio, y en el punto de partida de una política universal a través de la cual se busca lograr un desarrollo sostenible, entendido éste como aquél desarrollo que "satisfaga las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades"[4]. Desde ese punto de vista, el crecimiento económico y tecnológico, antes que oponerse al mejoramiento ambiental, debe ser compatible con la protección al medio ambiente y con la preservación de los valores históricos y culturales, de manera que se encamine siempre hacia la primacía del interés general y del bienestar comunitario[5].

3.6. El propósito universal de propiciar un medio ambiente sano, viene impulsando, desde un primer plano, el desarrollo de los instrumentos de derecho interno, para permitir a los países enfrentar y contrarrestar la degradación creciente y las amenazas de una degradación futura. Tales instrumentos se han encaminado a facilitar un conocimiento profundo sobre el medio ambiente terráqueo y, con ello, a lograr que ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones, acepten las responsabilidades que les corresponden en la materia y participen en la labor común de preservar la naturaleza y de actuar con prudencia frente a ella. De igual manera,

---

[3] Declaración de Estocolmo Sobre el medio Ambiente Humano de 1972. Sobre el tema de los daños ambientales también se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-671 de 2001, C-750 de 2008 y C-595 de 2010.
[4] Sentencia C-671 de 2001. El concepto de desarrollo sostenible ha sido desarrollado por la Corte, entre otras, en las Sentencias C-519 de 1994, C-671 de 2001 y C-339 de 2002.
[5] Sentencia C-245 de 2004.

buscan dotar a las autoridades competentes de los mecanismos jurídicos necesarios para actuar ante situaciones de peligro, riesgo o daño del medio ambiente.

Paralelamente, desde un segundo plano, el citado propósito de preservar el medio ambiente, también ha conducido a la intensificación de la internacionalización de las relaciones ecológicas, dado que "[l]os problemas ambientales y los factores que conducen a su deterioro no pueden considerarse hoy en día como asuntos que conciernen exclusivamente a un país, sino que, dado el interés universal que revisten y la necesidad de su preservación, incumbe a todos los Estados"[6].

3.7. En punto a este último aspecto, habrá de reiterarse que la internacionalización de las relaciones ecológicas se ha venido manifestando a través de la expedición de una serie de instrumentos de derecho internacional, cuyo objetivo es el de establecer una alianza mundial y de cooperación entre los Estados, en interés de todos los países, para proteger la integridad del sistema ambiental, responder al fenómeno de la degradación y garantizar un desarrollo sostenible para las generaciones presentes y futuras. Tal y como lo ha mencionado la Corte en decisiones precedentes[7], dentro de los instrumentos internacionales que se han suscrito con los propósitos enunciados, es menester destacar: *(i)* la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972; *(ii)* la Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982; *(iii)* el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, adoptado en 1987; *(iv)* la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas de 1992; *(v)* la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992; *(vi)* el Protocolo de Kyoto de las Naciones Unidas a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1997; *(vii)* la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas de 2000; y *(viii)* el Acuerdo de Copenhague de 2009.

3.8. Los citados instrumentos, junto con otros que acompañan también al interés universal por la protección de un medio ambiente sano, consagran y desarrollan los principios, objetivos, herramientas e instituciones de gestión ambiental, que deben ser tenidos en cuenta por los Estados para lograr el fin propuesto de garantizar la diversidad e integridad de los ecosistemas.

4. La protección constitucional del medio ambiente sano

4.1. En Colombia, la Constitución Política de 1991, atendiendo a la inquietud mundial por la preservación y defensa de los ecosistemas naturales, le reconoció al medio ambiente el carácter de interés superior, a través de un catálogo amplio de disposiciones que configuran la

[6] Sentencia C-595 de 2010.
[7] Sobre el punto de pueden consultar, entre otras, las Sentencias C- 245 de 2004, C-671 de 2001 y C-703 de 2010.

denominada *"constitución ecológica"* o *"constitución verde"*. En dichas disposiciones, que ascienden en número a más de 49, se consagran, según lo ha señalado ya la Corte, una serie de principios, derechos y deberes, inmersos dentro de la noción del Estado social de derecho, que al tiempo de perseguir el objetivo de proteger el medio ambiente y garantizar un modelo de desarrollo sostenible, buscan que el ser humano, fundamento del ordenamiento constitucional, pueda vivir dentro de un entorno apto y adecuado que le permita desarrollar su existencia en condiciones dignas y con mayor calidad de vida[8].

4.2. En efecto, teniendo en cuenta que el medio ambiente hace parte del entorno vital del hombre y que resulta indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, la actual Carta Política, de manera acertada y en forma prolífera, reconoció la importancia de dicho bien y se ocupó de fijar los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza, partiendo de mandatos específicos de conservación y protección del ambiente.

4.3. El especial reconocimiento dado por la Constitución al medio ambiente, resulta aún más relevante, si se tiene en cuenta que Colombia ha sido calificado por la Comunidad internacional como un país *"megabiodiverso"*, es decir, un país con "fuentes de riquezas naturales invaluables, sin par en el resto del planeta, que amerita, bajo una corresponsabilidad universal, una protección especial para el bienestar de la humanidad"[9], y que le impone, a su vez, realizar enormes esfuerzos para mantener y no anular "una de las ventajas comparativas más críticas en las relaciones internacionales y la economía del siglo XXI: los recursos genéticos y la diversidad biológica"[10]; ventaja que en muchos casos es absoluta "cuando se trata de especies endémicas, es decir únicas y no repetidas en lugar alguno del planeta…"[11].

4.4. Con respecto a ese conjunto de normas que conforman la llamada *"constitución ecológica"*, la jurisprudencia ha destacado el contenido de los artículos 8°, 49, 79 y 80, por considerar que en ellos se condensan los aspectos de mayor relevancia en materia ambiental, los cuales a su vez se proyectan sobre las demás disposiciones que tratan la materia. Así, en relación las citadas normas, se encuentra lo siguiente:

- En el artículo 8°, se le impone al Estado y a las personas la obligación general de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

- En el artículo 49, se reconoce el saneamiento ambiental como un servicio público a cargo del Estado.

---

[8] Cfr. Sentencia C-671 de 2001.
[9] Sentencia C-595 de 2010.
[10] Sentencia C-519 de 1994. También se pueden consultar las Sentencias C-519 de 2010 y C-703 de 2010, entre otras.
[11] Sentencia C-519 de 1994. Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-519 de 2010 y C-703 de 2010.

- En el artículo 79, se consagra *(i)* el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano; *(ii)* se le atribuye a la ley el deber de garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo; y *(iii)* se radica en cabeza del Estado el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro efectivo de estos fines (C.P. art. 79).

- Y en el artículo 80, se le encarga al Estado *(i)* planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; *(ii)* se le asigna la obligación de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados y, finalmente, *(iii)* se le impone el deber de cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas en las zonas fronterizas.

4.5. A partir de los citados mandatos, la jurisprudencia ha señalado que, desde el punto de vista constitucional, el 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 y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural"[12].

4.6. En ese mismo contexto, la Corte ha calificado al medio ambiente como un bien jurídico constitucionalmente protegido, en el que concurren las siguientes dimensiones: *(i)* es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación; *(ii)* aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales; *(iii)* tiene el carácter de servicio público, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país; y *(iv)* aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección.

4.7. En su reconocimiento general como derecho, la Constitución clasifica el medio ambiente dentro del grupo de los llamados derechos colectivos (C.P. art. 79), los cuales son objeto de protección judicial directa por vía de las acciones populares (C.P. art. 88). La ubicación del medio ambiente en esa categoría de derechos, lo ha dicho la Corte, resulta particularmente importante, "ya que los derechos colectivos y del ambiente no sólo se le deben a toda la humanidad, en cuanto son protegidos por el interés universal, y por ello están encuadrados dentro de los llamados derechos

[12] Sentencia T-254 de 1993.

humanos de 'tercera generación', sino que se le deben incluso a las generaciones que están por nacer", toda vez que "[l]a humanidad del futuro tiene derecho a que se le conserve, el planeta desde hoy, en un ambiente adecuado a la dignidad del hombre como sujeto universal del derecho"[13].

4.8. Ahora bien, aun cuando el reconocimiento que le hace el ordenamiento constitucional es el de un derecho colectivo (C.P. art. 88), dados los efectos perturbadores y el riesgo que enfrenta el medio ambiente, "que ocasionan daños irreparables e inciden nefastamente en la existencia de la humanidad"[14], la Corte ha sostenido que el mismo tiene también el carácter de derecho fundamental por conexidad, "al resultar ligado indefectiblemente con los derechos individuales a la vida y a la salud de las personas"[15]. La relación entre el derecho a un ambiente sano y los derechos a la vida y a la salud, fue claramente explicada por la Corte en una de sus primeras decisiones, la Sentencia T-092 de 1993[16], en la que hizo las siguientes precisiones:

> "El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental".

4.9. De este modo, lo ha señalado la Corte, la actual Carta Política, en armonía con los instrumentos internacionales, atiende entonces a la necesidad universal que propugna por la defensa del medio ambiente y de los ecosistemas, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, consagrando una serie de principios y medidas dirigidos a la protección y preservación de tales bienes jurídicos, objetivos que deben lograrse no sólo mediante acciones aisladas del Estado, sino con la participación de los individuos, la sociedad y los demás sectores sociales y económicos del país. En ese sentido, reconoce la Carta, por una parte, la protección del medio ambiente como un derecho constitucional, ligado íntimamente con la vida, la salud y la integridad física, y por la otra, como un deber, por cuanto exige de las autoridades y de los particulares acciones dirigidas a su protección.

4.10. Debe tenerse en cuenta, además, que la propia Constitución defiere de manera expresa al legislador, la potestad para definir la configuración de

---

[13] Sentencia C-401 de 1995.
[14] Sentencia C-595 de 2010.
[15] Sentencia C- 595 de 2010. En el mismo sentido se pueden consultar las siguientes sentencias: T-092 de 1993, C-432 de 2000, C-671 de 2001, C-293 de 2002, C-339 de 2002, T-760 de 2007 y C-486 de 2009.
[16] El carácter de derecho fundamental del medio ambiente, dada su relación con derechos de esa índole, fue reiterado por la Corte, entre muchas otras, en las Sentencias C-432 de 2000, C-671 de 2001, C-293 de 2002 y C-595 de 2010.

cada una de las herramientas e instrumentos de gestión ambiental, cuando le atribuye al Estado, a través de los artículos 79 y 80, la responsabilidad de proteger la diversidad e integridad del ambiente, planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, e imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

4.11. Si bien la Constitución establece el derecho al ambiente sano y radica en cabeza del Estado un conjunto de responsabilidades orientadas a su preservación, la misma no define de manera precisa las actividades que debe desarrollar las autoridades e instituciones públicas para el cabal cumplimiento de esas responsabilidades. De este modo, hay un amplio margen de configuración para que el legislador, de acuerdo con su apreciación, defina, por ejemplo, la estructura administrativa en materia ambiental, o las normas que deben regir la explotación de los recursos naturales, o la definición de las infracciones ambientales y el establecimiento de las sanciones imponibles, o, finalmente, el procedimiento aplicable, tanto en sede administrativa, como judicial, al trámite de las acciones sancionatorias o de reparación[17].

5. La potestad sancionatoria en materia ambiental

5.1. Como ya se mencionó, el artículo 80 de la Constitución Política, en forma expresa, le impone al Estado el deber de *"prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados"*. De dicho mandato surge la potestad sancionatoria del Estado en materia ambiental, ejercida dentro del propósito de garantizar la conservación, preservación, protección y uso sostenible del medio ambiente y de los recursos naturales.

5.2. Sobre la potestad sancionatoria estatal, no sobra recordar que la misma es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, la cual está llamada a ser ejercida, tanto por autoridades jurisdiccionales, particularmente del orden penal, como por autoridades administrativas.

5.3. En diferentes pronunciamientos[18], la Corte ha explicado que, en el Estado contemporáneo, los deberes y obligaciones de los particulares y las funciones de los servidores públicos, se han incrementado notablemente y, con ello, también el repertorio de infracciones en que se ven comprometidos unos y otros. Tal hecho ha conducido a que la represión de los ilícitos, que correspondía de manera exclusiva a la Rama Judicial, a través de la justicia penal, tenga ahora que ser compartida con autoridades administrativas de diverso orden, en virtud del principio de colaboración armónica, ante la imposibilidad de los primeros para asumir el conocimiento y juzgamiento de todo tipo de infracciones.

---

[17] Cft. Las Sentencias C-245 de 2004, C-401 de 2010 y C703 de 2010, entre otras.
[18] Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes Sentencias: C-214 de 1994, C-818 de 2005, C-595 de 2010 y C-703 de 2010.

5.4. De este modo, en la actualidad, "la potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos"[19].

5.5. Se trata, en esencia, de un poder de sanción, que no es discrecional sino reglado, radicado en cabeza de las autoridades administrativas y ejercido directamente por éstas, cuando se constata el incumplimiento de los distintos mandatos que la ley impone a los administrados y a las mismas autoridades públicas. Dicho poder, dentro del campo en el que se desarrolla, conlleva, además, que la intervención de la autoridad judicial solo sea eventual y con posterioridad a la actuación de la administración, cuando los afectados hagan uso de las acciones contenciosas previstas en el ordenamiento jurídico.

5.6. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el fundamento de la potestad sancionadora de la administración, "se suele situar en la función de policía que pretende asegurar el orden público y en el poder de policía que, con la finalidad de garantizar el orden público, permite regular el ejercicio de las libertades individuales e imponer sanciones orientadas al cumplimiento de las medidas de policía"[20]. Si los órganos de la administración tienen la facultad jurídica para fijar obligaciones o para regular una conducta con miras a lograr la realización del interés general, el incumplimiento de ese mandato debe necesariamente conllevar, correlativamente, la asignación de atribuciones sancionatorias en cabeza de la autoridad que impuso la obligación o de otra del mismo género, con el propósito de garantizar su cumplimiento y, por esa vía, asegurar la vigencia del orden jurídico mediante la imposición de los castigos correspondientes.

5.7. En plena armonía con lo dicho, también ha precisado la jurisprudencia que, en todo caso, la potestad sancionatoria de la administración encuentra un claro fundamento constitucional en distintas disposiciones de la Carta, "que van desde el señalamiento de los fines del Estado, contemplados en el artículo 2º, hasta el establecimiento, en el artículo 209, de los principios que guían la función administrativa y, señaladamente, el de eficacia, pasando por el artículo 29 superior que, al estatuir la aplicación del debido proceso 'a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas', reconoce, de modo implícito, que la administración está facultada para imponer sanciones"[21].

5.8. En relación con sus manifestaciones, también ha dicho este Tribunal que la potestad administrativa sancionadora suele asumir dos modalidades

---

[19] Sentencia C-214 de 1994.
[20] Sentencia C-703 de 2010. El tema también puede ser consultado en las Sentencias C-214 de 1994, C-506 de 2002 y C-818 de 2005, entre otras.
[21] Sentencia C-703 de 2010.

específicas. Una es la potestad disciplinaria, que se ejerce frente a los propios servidores públicos que desconocen los deberes y prohibiciones impuestos por el ordenamiento; y la otra es la potestad correccional, que opera para reprimir las infracciones en que incurren los particulares por desconocer las obligaciones o restricciones impuestas por las leyes, ya sea en el campo de los servicios públicos o en las otras actividades de la administración -higiene, tránsito, financiera, fiscal, ambiental, etc-. A este respecto, ha aclarado la Corte que la "naturaleza jurídica de dicha potestad es indudablemente administrativa, y naturalmente difiere de la que le asigna la ley al juez para imponer la pena, con motivo de un ilícito penal".

5.9. A propósito de esto último, la jurisprudencia[22] ha destacado que, no obstante pertenecer ambas al campo del derecho sancionador general, entre la potestad sancionadora administrativa y la potestad punitiva penal, existen claras y marcadas diferencias, surgidas de la finalidad que una y otra persiguen, de los bienes jurídicos que son objeto de protección, del tipo de sanciones que adoptan y del grado de afectación de los derechos que resultan comprometidos con la imposición de las respectivas sanciones. En la Sentencia C-703 de 2010, la Corte, retomando lo dicho en pronunciamientos anteriores, explicó las citadas diferencias de la forma que sigue:

> "En cuanto la finalidad, se afirma que el derecho penal tiene los objetivos sociales más amplios tales como 'la protección del orden social colectivo' y, tratándose de la persona del delincuente, el logro de 'un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador', mientras que el derecho administrativo sancionador 'busca garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades sociales' a cargo de la administración.
>
> Los bienes jurídicos de cuya protección se ocupa el derecho penal tienen la mayor relevancia en el ordenamiento, en tanto que la importancia de los bienes jurídicos protegidos mediante el derecho administrativo sancionador se mide a partir del conjunto de competencias o facultades asignadas a la administración para permitirle cumplir las finalidades que le son propias y, desde luego, en atención a estas diferencias, las sanciones son distintas, dado que al derecho penal se acude como ultima ratio, pues comporta las sanciones más graves contempladas en el ordenamiento jurídico, mientras que, tratándose del derecho administrativo sancionador, el mal que inflinge la administración al administrado pretende asegurar el funcionamiento de la administración, el cumplimiento de sus cometidos o sancionar el incumplimiento de los deberes, las prohibiciones o los mandatos previstos.
>
> Como consecuencia de lo anterior, la afectación de los derechos correspondientes al destinatario de la sanción es más grave en el

[22] Cfr., entre otras, las Sentencias C-214 de 1994, C-506 de 2002,C-818 de 2005, C-595 de 2010 y C-703 de 2010.

> derecho penal, ya que la infracción puede dar lugar a la privación de la libertad, sanción que, en cambio, no se deriva de la infracción administrativa, que solo da lugar a sanciones disciplinarias, a la privación de un bien o de un derecho o a la imposición de una multa."

5.10. Cabe destacar que, por expreso mandato del artículo 29 Superior, el debido proceso y los principios que lo informan, son aplicables tanto en el campo del derecho penal, como en la esfera de las actuaciones y decisiones administrativas, en este último caso, con las adaptaciones que corresponde a la naturaleza jurídica propia de tales acciones. Sobre este particular, la Corte ha sostenido que "la actuación administrativa requerida para la aplicación de sanciones, en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración - correctiva y disciplinaria - está subordinada a las reglas del debido proceso que deben observarse en la aplicación de sanciones por la comisión de ilícitos penales"[23].

5.11. Conforme con ello, el propio artículo 29 de la Carta consagra las garantías principales del debido proceso a las cuales debe sujetarse la justicia penal o la administración, cuando se requiera la aplicación de una medida punitiva, destacándose los principios de legalidad, tipicidad, la presunción de inocencia, el principio del juez natural, el de la inviolabilidad de la defensa y, por supuesto, el principio del *non bis in ídem*, el cual comporta la prohibición de que a nadie se le podrá sancionar dos veces por el mismo hecho.

5.12. No obstante lo dicho, la misma jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que, aun cuando los principios propios del derecho penal están llamados a irradiar toda la actividad sancionatoria del Estado, tales principios no se aplican con el rigor propio de esa disciplina al campo del derecho administrativo sancionador, toda vez que, como se mencionó, entre ellos existen claras y marcadas diferencias, surgidas de la finalidad que persiguen, de los bienes jurídicos objeto de protección, del tipo de sanciones que adoptan y del grado de afectación de los derechos en ellas comprometidos, lo que materialmente impide una asimilación directa y un traslado total de las citadas garantías penales al escenario punitivo de la administración. Sobre este particular, en la Sentencia C-703 de 2010, la Corte precisó:

> "Así pues, los principios de derecho penal, 'como forma paradigmática del control de la potestad punitiva' no se aplican al derecho administrativo sancionador con el rigor propio de esta disciplina, lo que tiene por resultado una manera diferente de procurar la protección del debido proceso y, en todo caso, desprovista del máximo rigor que alcanza la aplicación estricta del debido proceso en materia penal, ya que los bienes jurídicos afectados por las respectivas sanciones son distintos y no ameritan que el mismo rigor deba ser observado en la totalidad de los casos".

[23] Sentencia C-214 de 1994.

5.13. En consecuencia, cuando el Estado, como desarrollo de su poder de policía impone sanciones a los administrados o a sus propios servidores por desconocer las regulaciones expedidas para mantener el orden social y el adecuado funcionamiento del aparato estatal, debe ser cuidadoso de no afectar los principios básicos que rigen el debido proceso, entre ellos, los principio de legalidad, tipicidad y contradicción, sin que ello signifique "que sea dable asimilar el radio de acción de éstos en el campo penal y en el campo administrativo, porque la aplicación irrestricta de éstos, puede desconocer la finalidad misma de la infracción administrativa"[24].

5.14. Se reitera entonces que, la no aplicación total de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que "mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.[25]"

5.15. En suma, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y con el pleno respeto de las garantías del debido proceso, las autoridades administrativas se encuentran plenamente habilitadas para adoptar medidas represivas, contra los administrados y contra los mismos servidores públicos, cuando aquellos adopten conductas que resulten contrarias al orden jurídico preestablecido.

5.16. En relación con esto último, es de interés resaltar que, en materia ambiental, la actividad sancionatoria tiene un claro raigambre administrativo, toda vez que, por expreso mandato Superior, corresponde a las autoridades de ese sector, con sujeción a la Constitución y a la ley, formular y diseñar las políticas en ese campo, como también llevar a cabo las labores de control, inspección y vigilancia de las entidades y particulares que utilizan, aprovechan o afectan el medio ambiente y los recursos naturales (C.P. arts. 49, 70, 80, 188-11-22 y 370) .

6. Alcance del principio *non bis in ídem*

6.1. Dentro del contexto de la potestad sancionatoria en materia ambiental, la Corte considera necesario referirse de manera específica al principio *non bis in ídem* y a sus principales características. Ello, teniendo en cuenta que buena parte de los cargos que en esta causa se estructuran contra las normas acusadas, parten de la presunta violación del citado principio.

---

[24] Sentencia C-564 de 2000. Sobre el punto se pueden consultar también, entre otras, las Sentencias T-145 de 1993, C-214 de 1994; C-597 de 1996 y C-690 de 1996; C-160 de 1998.
[25] Sentencia T-145 de 1993.

6.2. Conforme lo ha destacado esta Corporación, el artículo 29 de la Carta Política consagra, como una de las garantías estructurales del debido proceso, el derecho de toda persona *"a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho"*. La citada garantía constitucional, también conocida como prohibición de doble enjuiciamiento o principio *non bis in ídem,* ha sido materia de estudio por parte de esta Corporación, quien, a través de distintos pronunciamientos, ha venido identificando los aspectos más relevantes que determinan su campo de aplicación.

6.3. En las Sentencias C-870 de 2002 y C-478 de 2007, recogiendo los criterios fijados en decisiones precedentes, la Corte hizo un recuento de las características que gobiernan la prohibición del doble enjuiciamiento, las cuales pueden resumirse de la siguiente manera:

- El principio del *non bis in ídem* tiene el carácter de derecho fundamental de aplicación directa e inmediata, y con él se busca "evitar que las personas sean sometidas por el Estado a permanentes y sucesivas investigaciones y sanciones a partir de un mismo comportamiento, colocándolas en estado de absoluta indefensión y de continua ansiedad e inseguridad"[26].

- Su importancia radica en que, "cualquier individuo puede tener la confianza y la certeza de que las decisiones definitivas dictadas en su contra, fruto de los procesos que definen su responsabilidad en la comisión de conductas contrarias a derecho, realizan la justicia material en cada caso concreto e impiden que tales comportamientos ya juzgados puedan ser objeto de nuevos debates sin distinta formula de juicio"[27].

- El fundamento de su existencia son los principios de seguridad jurídica y justicia material, los cuales a su vez se amparan en el principio de la cosa juzgada, por cuyo intermedio se le reconoce carácter definitivo e inmutable a las decisiones judiciales ejecutoriadas, impidiendo "que los hechos o conductas debatidos y resueltos en un determinado proceso judicial vuelvan a ser discutidos por otro funcionario en un juicio posterior"[28].

- Teniendo en cuenta el ámbito de protección, el *non bis in ídem* no solo se dirige a prohibir la doble sanción sino también el doble juzgamiento, pues no existe justificación jurídica válida para someter a una persona a juicios sucesivos por el mismo hecho. En este sentido, la expresión "*juzgado"*, utilizada por el artículo 29 de la Carta para referirse al citado principio,

[26] Sentencia C-478 de 2007.
[27] Sentencia Ibídem.
[28] Sentencia C-194 de 2005.

comprende las diferentes etapas del proceso y no sólo la instancia final, es decir, la correspondiente a la decisión.

-

- La prohibición del doble enjuiciamiento se extiende a los distintos campos del derecho sancionador, esto es, a todo régimen jurídico cuya finalidad sea regular las condiciones en que un individuo puede ser sujeto de una sanción como consecuencia de una conducta personal contraria a derecho[29]. Así entendida, la cita institución se aplica a las categorías del "derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético-disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)"[30].

- El principio del *non bis ídem* le es oponible no solo a las autoridades públicas titulares del *ius puniendi* del Estado, sino también a los particulares que por mandato legal están investidos de potestad sancionatoria. De manera particular, y dada su condición de garantía fundamental, al Legislador le está prohibido expedir leyes que permitan o faciliten que una misma persona pueda ser objeto de múltiples sanciones o de juicios sucesivos ante una misma autoridad y por unos mismos hechos.

- Conforme con su finalidad, la prohibición del doble enjuiciamiento, tal y como ocurre con los demás derechos, no tiene un carácter absoluto. En ese sentido, su aplicación "no excluye la posibilidad de que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando la conducta enjuiciada vulnere diversos bienes jurídicos y atienda a distintas causas y finalidades"[31].

- Así entendido, el principio *non bis in ídem* no impide que "una misma conducta sea castigada y valorada desde distintos ámbitos del derecho, esto es, como delito y al mismo tiempo como infracción disciplinaria o administrativa o de cualquier otra naturaleza sancionatoria". Desde este punto de vista, el citado principio solo se hace exigible cuando, dentro de una misma área del derecho, y mediante dos o más procesos, se pretende juzgar y sancionar repetidamente un mismo comportamiento.

---

[29] Cfr. Sentencias T-438 de 1992, T-438 de 1994, SU-637 de 1996 y C-1265 de 2005, entre otras.
[30] Sentencia C-554 de 2001.
[31] Sentencia C-478 de 2007.

6.4. Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales recogidos en las Sentencias C-870 de 2002 y C-478 de 2007, la Corte ha dejado establecido que es posible juzgar y sancionar varias veces un mismo comportamiento, sin que ello implique una violación del *non bis in ídem*, (i) cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa.

7. El procedimiento sancionatorio ambiental

7.1. Según se ha venido mencionado, el artículo 80 de la Constitución Política le impone al Estado el deber de *"prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados"*.

7.2. En ejercicio de tales atribuciones, y dentro del objetivo constitucional de garantizar la protección, preservación y conservación del medio ambiente, las autoridades han venido adoptado una serie de medidas coercitivas dirigidas no solo a castigar a los infractores de las normas ambientales, sino también, a prevenir y reparar los posibles daños ocasionados a los recursos naturales. Tales medidas constituyen lo que se ha denominado *"El Régimen Sancionatorio Ambiental"*, en el que se consignan las circunstancias generadoras de responsabilidad administrativa para las personas que usan, aprovechan o afectan el medio ambiente y los recursos naturales.

7.3. Puede afirmarse que el régimen sancionatorio ambiental en Colombia se remonta a la Ley 23 de 1973, mediante la cual se le otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables. En ella, además, se consagran algunas medidas en materia de prevención y control a la contaminación ambiental, y para el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales, medidas que estuvieron acompañadas también de ciertos mecanismos coercitivos para quienes desconocieran tales mandatos y pusieran en riesgo el bienestar de las personas.

7.4. Posteriormente, en desarrollo de las facultades otorgadas por dicha ley, el Gobierno Nacional expidió el Decreto-Ley 2811 de 1974, el cual vino a constituir el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, que se ha constituido desde entonces, en el eje de la regulación en materia de manejo de los recursos renovables en Colombia. En él, se adoptaron también algunas medidas de tipo sancionatorio para quienes violaran las normas sobre manejo y uso de los recursos naturales renovables, remitiendo a su vez, en lo no previsto en dicho código, a las leyes y decretos que contemplaran sanciones sobre la materia.

7.5. A partir de la expedición del Decreto-Ley 2811 de 1974, las autoridades competentes optaron por establecer como estrategia, la de adicionar en cada uno de los decretos reglamentarios que se expidieran para regular el manejo de los distintos recursos naturales, un procedimiento sancionatorio ambiental independiente. Ello ocurrió, por ejemplo, con los decretos 1541 de 1978, que reglamentó el tema de aguas, el 1608 de 1978, sobre fauna silvestre, y con el 1681 de ese mismo año, que se ocupó de lo referente a los recursos hidrobiológicos.

7.6. Más adelante se dictó la Ley 9ª de 1979, que contiene el Código Sanitario Nacional, y en él se consagró un régimen sancionatorio organizado, en el que aparece, por una parte, la división, clasificación y definición de las llamadas medidas sanitarias o de policía, y por la otra, las sanciones propiamente dichas. Años después se expidió el Decreto 1594 de 1984, reglamentario del Código Sanitario, en el que se estableció el procedimiento para la imposición de medidas preventivas y también sancionatorias en los temas de aguas y residuos líquidos, y en general, para las conductas previstas en el Código Sanitario.

7.7. Durante la década de los noventa, el Congreso expidió la Ley 99 de 1993, por la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, se reordenó el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organizó el Sistema Nacional Ambiental - SINA y se dictaron otras disposiciones. En dicha ley, se establecieron entonces los fundamentos de la política ambiental colombiana dentro del propósito general de asegurar el desarrollo sostenible de los recursos naturales, proteger y aprovechar la biodiversidad del país y garantizar el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (art. 1°). En este contexto, se reconoció al Ministerio del Medio Ambiente como el organismo rector de la gestión ambiental correspondiéndole definir las políticas y regulaciones a las que queda sometida la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y el medio ambiente (art. 2°). En igual medida, se reorganizó el Sistema Nacional Ambiental (SINA) como el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la aplicación práctica de aquellos objetivos que propenden por la protección del patrimonio natural de la Nación y el mantenimiento de un ambiente sano. Desde el punto de vista de su organización jerárquica, el SINA quedó integrado, en orden descendente, por el Ministerio del Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales, los departamentos y distritos o municipios (art. 4°).

Cabe destacar que, entre los artículos 83 a 86, que se integran al Título XII de la citada ley, sobre sanciones y medidas de policía, se fijó propiamente un régimen sancionatorio ambiental. En dichas preceptivas, se previó que cuando ocurriere violación de las normas sobre protección ambiental o sobre manejo de recursos naturales renovables, el Ministerio o las Corporaciones Autónomas Regionales impondrían las sanciones y medidas

preventivas previstas en la misma ley, según el tipo de infracción y la gravedad de ellas, remitiendo para efectos del procedimiento sancionatorio que debía aplicarse, al previsto en el Decreto 1594 de 1984 (arts. 84 y 85).

7.8. Finalmente, el régimen sancionatorio ambiental contenido en la Ley 99 de 1993, fue subrogado por la Ley 1333 de 2009, algunas de cuyas normas son objeto de cuestionamiento en esta causa.

7.9. Con la entrada en vigencia de la Ley 1333 de 2009, se quiso actualizar y modernizar el sistema sancionatorio ambiental. Se estableció así, a lo largo de sus nueve títulos y 66 artículos, un nuevo régimen sancionatorio en la materia, dentro del cual se contemplan, entre otros aspectos, la titularidad de la potestad sancionatoria en el campo ambiental, las facultades de prevención de la Administración, los principios rectores del sistema sancionatorio, las infracciones en materia ambiental, el procedimiento para la imposición de medidas preventivas y el procedimiento sancionatorio, así como las distintas etapas de los mismos, y las medidas preventivas, compensatorias y las sanciones propiamente dichas.

7.9.1. En el artículo 1° de la citada ley, se identifican de manera expresa las autoridades administrativas ambientales que se encuentran facultadas para hacer uso de la potestad sancionatoria. En ese sentido, señala el precepto que la potestad sancionatoria en materia ambiental radica en cabeza del Estado, y que éste la ejerce a través del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, los establecimientos públicos ambientales a que se refiere el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, Uaespnn, de conformidad con las competencias establecidas por la ley y los reglamentos. En tal precepto, se consagra también la presunción de culpa o dolo del infractor en materia ambiental[32], y se precisa que tal presunción dará lugar a las medidas preventivas, y a la sanción definitiva si no se logra desvirtuar la presunción de culpa o dolo -atribuyéndole al infractor la carga de la prueba y la posibilidad de utilizar todos los medios probatorios legales-.

7.9.2. En el artículo 2° se consagra la competencia a prevención en cabeza de las citadas autoridades, quedando estás habilitadas para imponer y ejecutar las medidas preventivas consagradas en esta ley y que sean aplicables, según el caso, sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades.

7.9.3. En el artículo 4º se precisa que las sanciones administrativas en materia ambiental tienen una función preventiva, correctiva y compensatoria, para garantizar la efectividad de los principios y fines

[32] En la Sentencia C- 595 de 2010, la Corte Constitucional declaró exequible el parágrafo del artículo 1° de la Ley 1333 de 2009, que contempla la presunción de culpa o dolo en materia de responsabilidad ambiental.

previstos en la Constitución, los tratados internacionales, la ley y el reglamento, al paso que las medidas preventivas, tienen como función prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana.

7.9.4. En su artículo 5º define las infracciones ambientales como toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes que las sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente. Agrega esa disposición, que también constituye infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria. De acuerdo con la norma citada, en las hipótesis de daño, la aplicación de la sanción administrativa ambiental se hará, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil. Así, de manera expresa, se dispone que el infractor será responsable ante terceros de la reparación de los daños y perjuicios causados por su acción u omisión.

7.9.5. En el artículo 36 se establecen como medidas preventivas, de ejecución inmediata y no susceptibles de recurso alguno, *(i)* las de amonestación escrita; *(ii)* decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción; *(iii)* aprehensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres, y *(iv)* suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión, autorización o licencia ambiental o ejecutado incumpliendo los términos de los mismos.

7.9.6. A su vez, en el artículo 40 de la ley se contemplan las sanciones que, como principales o accesorias, se impondrán al responsable de la infracción ambiental y que consisten en: *(i)* multas diarias hasta por cinco mil salarios mínimos mensuales legales vigentes; *(ii)* cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio; revocatoria o caducidad de licencia ambiental, autorización, concesión, permiso o registro; *(iii)* demolición de obra a costa del infractor; *(iv)* decomiso definitivo de especímenes, especies silvestres exóticas, productos y subproductos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción; *(v)* restitución de especímenes de especies de fauna y flora silvestres; y *(vi)* trabajo comunitario según condiciones establecidas por la autoridad ambiental. En el parágrafo primero de este mismo artículo, objeto de cuestionamiento, se dispone que la imposición de las sanciones allí señaladas no exime al infractor de ejecutar las obras o acciones ordenadas por la autoridad ambiental competente, ni de restaurar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje afectados y que las mismas se aplicarán sin perjuicio

de las acciones civiles, penales y disciplinarias a que hubiere lugar. De igual manera, en el parágrafo segundo se faculta al Gobierno para reglamentar los criterios a seguir para imponer las sanciones descritas, teniendo en cuenta la magnitud del daño ambiental y las condiciones socioeconómicas.

7.9.7. La previsión contenida en el parágrafo primero del citado artículo 40, ya había sido contemplada en el artículo 31 de la ley, que por supuesto también hace parte de la presente acusación, conforme a la cual la imposición de una sanción no exime al infractor del cumplimiento de las medidas que la autoridad ambiental competente estime pertinentes para compensar y restaurar el daño o el impacto causado con la infracción.

8. Naturaleza jurídica de las medidas compensatorias previstas en el régimen sancionatorio ambiental

8.1. Los artículos 31 y 40 de la ley 1333 de 2009, en lo acusado, regulan aspectos relacionados con las medidas compensatorias y con los tipos de responsabilidad que pudieran derivarse del daño ambiental. Concretamente, en ellos se advierte, por una parte, que la imposición de una sanción no exime al infractor de cumplir las medidas compensatorias adoptadas para restaurar el daño o el impacto causado al medio ambiente con la infracción, y por la otra, que la imposición de la sanción procede sin perjuicio de las acciones civiles, penales y disciplinarias a que hubiere lugar.

8.2. El demandante cuestiona de manera general lo referente a las medidas compensatorias, sobre la base de sostener que, si las mismas se consideran como sanciones propiamente dichas, con ellas se desconocen los principios de legalidad y de tipicidad que gobiernan el derecho administrativo sancionador, en la medida en que ni las normas acusadas, ni ninguna otra disposición de orden legal, establecen los tipos de medidas compensatorias, ni definen criterios claros, objetivos y suficientes para determinarlas. Sostiene igualmente que sí, por el contrario, las medidas compensatorias se consideran simples medidas administrativas, vulneran el principio del *non bis in ídem*, pues al tiempo que se permite la compensación de los perjuicios causados al medio ambiente dentro del proceso administrativo sancionatorio, también se autoriza el ejercicio de la acción civil para reparar esos mismos daños, con lo cual un solo hecho constitutivo de infracción ambiental genera una doble reparación.

8.3. Al respecto, cabe anotar, inicialmente, que el régimen sancionatorio ambiental contenido en la Ley 1333 de 2009, hace referencia a tres tipos de medidas: las preventivas, las sancionatorias y las compensatorias. Tratándose de las medidas preventivas y compensatorias, se les ha querido atribuir a ellas, como se pretende ahora, la naturaleza de verdaderas medidas sancionatorias, y, por esa vía, imputarles el presunto desconocimiento de algunas de las garantías que conforman el debido proceso.

8.4. Pues bien, recientemente, esta Corporación precisó que la naturaleza jurídica de las medidas adoptadas en materia ambiental, lo determina la finalidad perseguida con las mismas, esto es, los objetivos y propósitos que con ellas se pretendan satisfacer, y no su gravedad o nivel de intensidad, ni tampoco las consecuencias que de ellas se pudieran derivar.

8.5. En la Sentencia C-703 de 2010, la Corte tuvo oportunidad de referirse al punto, a propósito de una demanda formulada por quien en esta causa también funge como actor, promovida contra distintas disposiciones de la citada Ley 1333 de 2009. En dicha ocasión, el demandante le atribuía a las medidas preventivas un contenido sancionatorio, y tras de ello, las acusaba también de desconocer el principio del *non bis in ídem*.

En el mencionado fallo, la Corte manifestó que las medidas preventivas encuentran fundamento en los principios de *"prevención"* y de *"precaución"*, propios del derecho internacional y recogidos por nuestra legislación interna, en virtud de los cuales se pretende que las autoridades ambientales adopten medidas anticipadas para conjurar un hecho o situación que afecte el medio ambiente o genere un riesgo grave que se debe prevenir. Conforme con ello, la Corte definió las medidas preventivas como aquellas que "responden a un hecho, situación o riesgo que, según el caso y de acuerdo con la valoración de la autoridad competente, afecte o amenace afectar el medio ambiente y que, como su nombre lo indica, su propósito consiste en concretar una primera y urgente respuesta ante la situación o el hecho de que se trate, para precaver la eventual ocurrencia de un daño irreversible o de muy difícil o costoso tratamiento que podría generarse si no se interviene oportunamente o para hacer cesar la actividad o situación causante de la afectación previamente valorada por la autoridad ambiental que adopta la medida".

A partir de los anteriores presupuestos, la Corte concluyó que las medidas preventivas, en razón a la finalidad que persiguen, no son sanciones. Explicó sobre el particular, que aun cuando la medida preventiva pueda producir consecuencias gravosas y restrictivas, se aplica en un contexto distinto a aquél que da lugar a la imposición de una sanción y, por tanto, no tiene esa condición. Concretamente, señaló la Corte en el citado fallo que: "[n]o es, entonces, la gravedad de la intervención administrativa o de sus consecuencias lo que define la índole preventiva o el carácter de sanción reconocido a determinada medida, sino la finalidad perseguida que, en un caso, es responder eficazmente y de manera inicial a una situación respecto de la cual se crea, con un criterio fundado, que afecta o pone en riesgo el medio ambiente y en el otro consiste en reaccionar ante la infracción ambiental comprobada después de haberse surtido el procedimiento administrativo legalmente previsto. La valoración general acerca de la manera de actuar en una u otra circunstancia le corresponde al legislador en ejercicio de su facultad de configuración, y únicamente queda por señalar que no le asiste razón al actor cuando sostiene que las medidas preventivas son, en realidad, sanciones."

8.6. Tratándose de las medidas compensatorias, ya se ha mencionado que a ellas se refieren los artículos 31 y 40 (parágrafo) de la Ley 1333 de 2009, cuando señalan que el infractor que ha sido objeto de una sanción por daño ambiental, debe también cumplir con *"las medidas que la autoridad ambiental competente estime pertinentes establecer para compensar y restaurar el daño o el impacto causado con la infracción"*. Aun cuando tales mandatos no consagran una definición clara y precisa de las medidas compensatorias, a partir de sus contenidos normativos se puede identificar cuál es su alcance y cuales los propósitos y objetivos que con ellas se persiguen.

8.7. Así, de acuerdo con tales disposiciones, por medidas compensatorias se entiende el conjunto de acciones ordenadas por la autoridad ambiental competente, dirigidas a lograr la recuperación, rehabilitación o restauración de los sistemas ecológicos que han sido degradados, dañados o destruidos como consecuencia de una infracción ambiental, y que le corresponde adelantar al infractor una vez ha quedado establecida su responsabilidad. En ese sentido, las medidas compensatorias están enfocadas directamente a la protección de la naturaleza, en cuanto buscan el retorno de los recursos naturales o el ambiente a la situación previa al impacto ambiental, o en su defecto, a lograr que tales bienes o su entorno sean mejorados o recuperados sustancialmente.

8.8. La interpretación que hace la Corte acerca de las medidas compensatorias, a partir de las normas de la Ley 1333 de 2009, coincide a su vez con el entendimiento que la doctrina especializada tiene de ellas, en el sentido de sostener que *"[l]as medidas compensatorias en asuntos ambientales se han entendido como aquellas tareas que la administración asigna a quien genera un impacto ambiental con el fin de retribuir in natura por el efecto negativo generado"*[33].

8.9. Teniendo en cuenta el objetivo que persiguen, las medidas compensatorias se inscriben, entonces, dentro de los mecanismos que el sistema jurídico ambiental ha instituido en defensa de los derechos de la naturaleza. Sobre este particular, es bueno recordar que el daño ambiental da lugar a la afectación de dos tipos de intereses: los personales y los naturales. Conforme con ello, el ordenamiento jurídico, al constituir los medios de defensa y garantía de los derechos, ha previsto la reparación a favor de las personas que puedan resultar afectadas en sus patrimonios y derechos (a través del resarcimiento propio de las acciones civiles -individuales y colectivas-), y la compensación o restauración para garantizar y asegurar los derechos de la naturaleza, concretamente, en relación con los derechos a mantener y regenerar sus ciclos vitales.

[33] Ver *"Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental"*, Universidad Externado de Colombia, primera edición, abril de 2010, Compiladores Oscar Darío Amaya Navas y María del Pilar García Pachón, pág202.

8.10. Como ya se anotó, dentro del propósito universal de propiciar un medio ambiente sano, y bajo el reconocimiento al medio ambiente como un derecho ligado íntimamente con la vida, la salud y la integridad física, los países tienen el compromiso ineludible de dotar a las autoridades competentes de los mecanismos jurídicos necesarios para actuar ante situaciones de peligro, riesgo o daño del medio ambiente. Y aun cuando en el área ambiental se ha precisado que la normatividad debe estar volcada hacia la finalidad preventiva, para los casos en que las acciones preventivas resulten fallidas o insuficientes, deben concebirse también mecanismos jurídicos de responsabilidad que permitan atender los efectos adversos del daño ambiental, no solo respecto de las víctimas sino también de los ecosistemas, en procura de lograr su reestablecimiento a las condiciones existentes ante del daño. En relación con esto último, es bueno considerar que en la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados. En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza.

8.11. Ahora bien, el proceso de restitución o restauración ecológica que se adelanta a través de las llamadas medidas compensatorias, requiere, en cada caso, de una valoración técnica del daño o impacto negativo causado al medio ambiente con la infracción, por cuenta de la autoridad ambiental competente. Tal circunstancia, descarta de plano que el ordenamiento jurídico ambiental pueda hacer una descripción o enumeración taxativa de las medidas compensatorias.

En efecto, el componente tecnológico e incluso científico que identifica el manejo medio ambiental, exige que la medida compensatoria a adoptar, solo pueda determinarse una vez se establezca la clase y magnitud del daño sufrido por el ecosistema en cada situación particular y concreta. De este modo, la naturaleza, alcance y tipo de medida, corresponde definirlo a la entidad técnica ambiental de acuerdo con la evaluación que ésta haga de cada daño, lo cual asegura además, que la misma resulte equilibrada y coherente y permita cumplir el objetivo de restituir *in natura* el valor del activo natural afectado.

8.12. La circunstancia de que las medidas compensatorias no se encuentren descritas en la ley, no significa, en todo caso, que su imposición quede a la simple discrecionalidad de la autoridad ambiental competente, pues éstas solo se ordenan una vez surtido el respectivo juicio de proporcionalidad. A este respecto, el propio artículo 31 de la Ley 1333 de 2009 es claro en señalar que la sanción y las medidas compensatorias *"deberán guardar una estricta proporcionalidad"*, lo que permite entender que el alcance de la medida compensatoria es limitado, pues se circunscribe a la proporción del daño ambiental y, en todo caso, no podría ser excesivamente más gravosa que la sanción misma. Además, en cuanto se trata de medidas adoptadas por una autoridad técnica ambiental, éstas pueden ser sometidas a los

respectivos controles administrativos y jurisdiccionales, por parte de quienes se consideren injustamente afectados con ellas.

8.13. No sobra agregar, al respecto, que las medidas compensatorias se inspiran en principios incorporados a convenios internacionales de protección al medio ambiente. Sobre el particular, la Declaración de Estocolmo de 1972, consagra en el Principio 3 que *"[d]ebe mantenerse y, siempre que sea posible, restaurarse o mejorarse la capacidad de la tierra para producir recursos vitales renovables"*. En concordancia con ello, el artículo 174 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea -TCE-, establece, dentro de los principios que gobiernan la política ambiental europea, el principio *"quien contamina paga"*, también conocido como *contaminador-pagador*, en virtud del cual, las personas físicas o jurídicas que sean responsables de contaminación o daño ambiental deben asumir los costos de las medidas que sea necesario adoptar para evitarlo, corregirlo o reducirlo[34].

8.14. A su vez, en lo que toca con nuestra legislación interna, las medidas compensatorias encuentran también un claro fundamento constitucional en el artículo 80 de la Carta, el cual le atribuye al Estado la obligación, no solo de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, sino también, de imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al medio ambiente. El concepto de reparación a que hace referencia la norma en cita tiene por su puesto una doble dimensión, en el sentido que incluye, tanto la reparación personal o humana, como la reparación ecosistémica, es decir, la dirigida a lograr la recuperación *in natura* del medio ambiente.

8.15. Atendiendo pues a la finalidad que persiguen las medidas compensatorias, encuentra la Corte que, al igual que ocurre con las medidas preventivas, las mismas no tienen el alcance de una sanción por cuanto no se imponen a título de pena. Tal y como ha sido explicado, aquellas no están dirigidas a reprimir la conducta contraria a la ley -que es el propósito de la sanción- sino a lograr la recuperación *in natura* del medio ambiente que ha resultado afectado a causa de la infracción.

8.16. Se ha entendido por sanción administrativa la medida penal que impone la autoridad competente como consecuencia de una infracción a la normatividad, sea por desconocimiento de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos. Siendo ello así, es claro que la sanción se constituye en la reacción ante la infracción ambiental[35], buscando exclusivamente castigar la actuación irregular del infractor. El carácter represivo, es entonces el fundamento sobre el que se edifica el concepto de sanción, objetivo que no coincide con el de las medidas compensatorias, las cuales están enfocadas específicamente, como se ha dicho, en la restauración del daño ecológico derivado de la infracción, o lo que es igual, en lograr la reparación del medio ambiente que ha resultado dañado.

---

[34] A dicho principio se refirió la Corte en la Sentencia C-595 de 2010.
[35] Cfr. Sentencia C-703 de 2010.

8.17. En esa misma dirección, un sector de la doctrina sostiene "que el objeto de sanción administrativa, en esencia, está encaminado a reprimir e imponer las condenas pecuniarias cuando se produce una infracción, pero no obedece a la fijación de obligaciones o medidas compensatorias"[36]. De tal afirmación se puede deducir que las medidas compensatorias y las sanciones persiguen fines y propósitos distintos y, por tanto, que se trata de instituciones jurídicas que no pueden asimilarse. Es claro que, "cuando se impone una medida compensatoria, se entiende que existe un daño derivado de la infracción que no puede ser superado con la simple imposición de la sanción o con el recaudo de la pena pecuniaria"[37].

8.18. Así las cosas, las medidas compensatorias no constituyen sanción. Coincidiendo con lo expresado por el Ministerio Público, tales medidas no buscan prevenir las infracciones y tampoco buscan reparar lo daños causados a personas determinadas. Se trata de medidas administrativas a través de las cuales se protege el medio ambiente en su componente estrictamente natural, esto es, aplicadas al objeto general de recuperar los recursos naturales renovables. Sobre el punto, debe tenerse presente que no toda carga que las autoridades administrativas imponen a un administrado, a causa o como consecuencia de la comisión de una infracción, tiene la naturaleza de una sanción. Precisamente, en la Sentencia C-401 de 2010, la Corte sostuvo que el régimen sancionatorio ambiental es independiente del que procede en materia de restitución del medio ambiente y de la indemnización a los afectados, buscando precisar con ello que las medidas que se tomen en esos ámbitos específicos, entre las cuales se encuentran las medidas compensatorias, no tienen carácter sancionatorio. En relación con el tema, sostuvo la Corporación en el citado fallo:

> "Debe tenerse en cuenta, además, que la misma Constitución defiere, de manera expresa, al legislador, la potestad para definir el contenido de las sanciones en materia ambiental, cuando le atribuye al Estado la responsabilidad de imponer las *"sanciones legales"* a los responsables del deterioro ambiental (Art. 80 C.P.) y que esas sanciones administrativas no son el único instrumento a través del cual puede obtenerse la protección del ambiente. De hecho, es posible señalar que la consecuencia más gravosa para quien cause daños al ambiente no es, necesariamente, la sanción, sino que de ordinario lo es la obligación, también prevista de manera expresa en el artículo 80 de la Constitución, de reparar el daño y los perjuicios, lo cual se tramita por vías distintas, que no están sujetas al término previsto en la norma demandada.
>
> En este sentido, cabe observar que el régimen sancionatorio en asuntos ambientales es independiente del que procede en materia de reparación del daño causado o de la indemnización a los afectados, que se rigen por estatutos propios que no se ven afectados por la

[36] Ver *"Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental"*, Universidad Externado de Colombia, primera edición, abril de 2010, Compiladores Oscar Darío Amaya Navas y María del Pilar García Pachón, pág. 120.
[37] Cfr. Ibídem.

> posibilidad de aplicar o no las sanciones ambientales. De hecho, la propia ley en la que se inserta la disposición demandada es expresa en señalar que la imposición de las sanciones allí señaladas no exime al infractor de ejecutar las obras o acciones ordenadas por la autoridad ambiental competente, ni de restaurar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje afectados, y que las mismas se aplicarán sin perjuicio de las acciones civiles, penales y disciplinarias a que hubiere lugar".

8.19. De acuerdo con los criterios antes señalados, a juicio de la Corte, las medidas compensatorias presentan características particulares que permiten identificarlas y distinguirlas de los otros dos tipos de medidas (propiamente sancionatorias y preventivas) que hacen parte del régimen sancionatorio ambiental previsto en la Ley 1333 de 2009. Entre las características que identifican las citadas medidas compensatorias, se pueden destacar las siguientes: *(i)* están dirigidas, única y exclusivamente, a restaurar *in natura* el medio ambiente afectado, buscando que éste retorne a la situación en que se encontraba antes del daño ambiental, o a lograr su recuperación sustancial; *(ii)* las mismas se encuentran a cargo de organismos técnicos de naturaleza administrativa, y solo resultan imponibles si se demuestra la existencia de la infracción ambiental y del daño ocasionado al medio ambiente o a los recursos naturales; *(iii)* en razón a su carácter estrictamente técnico, no están definidas previamente en la ley y su determinación depende del tipo de daño que se haya causado al medio ambiente; *(iv)* cualquiera sea la medida compensatoria a adoptar, la misma debe guardar estricta proporcionalidad con el daño ambiental, pudiendo, en todo caso, ser objeto de los respectivos controles administrativo y judicial; finalmente, *(v)* tales medidas no tienen naturaleza sancionatoria, pues el fin que persiguen es esencialmente reparatorio.

8.20. La circunstancia de que las medidas compensatorias no tengan el alcance de una sanción, sumado al hecho de que las mismas persigan un fin concreto y específico, como es el de proteger el medio ambiente en su componente estrictamente natural, deja sin piso las acusaciones que el actor formula en contra del artículos 31 y del parágrafo 1° del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009.

8.21. Cabe recordar al respecto, que los cargos sobre la presunta violación de los principios de legalidad y tipicidad, fueron estructurados por el actor tras considerar que las medidas compensatorias constituían verdaderas sanciones. Descartado que éstas tengan naturaleza sancionatoria, no es posible entonces atribuirle a las mismas la violación de los citados principios.

7.22. No obstante, sobre ese mismo particular, debe reiterar la Corte que, contrario a lo que se afirma en la demanda, aun cuando por razones técnicas no es posible que la ley lleve a cabo una descripción de las medidas compensatorias, su imposición por parte de las autoridades ambientales se encuentra sometida al principio de proporcionalidad y, por tanto, no son el

resultado de una actuación discrecional. Conforme fue explicado, el mismo artículo 31 de la Ley 1333 de 2009 dispone que la sanción y las medidas compensatorias *"deberán guardar una estricta proporcionalidad"*, lo que lleva a concluir que el alcance de las medidas compensatorias es limitado, en cuanto debe guardar relación de causalidad con el daño ambiental y estar dirigidas exclusivamente a la recuperación natural del ambiente afectado. En todo caso, dada su naturaleza jurídica, tales medidas se encuentran sometidas, además, a los respectivos controles administrativos y jurisdiccionales, lo cual garantiza que las mismas puedan ser controvertidas y controladas en el evento de existir razones para cuestionar su legitimidad.

8.21. En punto al cargo por la aparente violación del principio *non bis in ídem*, el mismo tampoco está llamado a prosperar. Inicialmente, por cuanto ni las medidas compensatorias ni las decisiones tomadas en ejercicio de la acción civil, a causa de haberse producido un daño ambiental, son adoptadas a título de sanción. Desde este punto de vista, no es posible darle aplicación al citado principio, pues, como lo ha dicho ya la Corte[38] y se reiteró en al apartado 5 del presente fallo, éste solo está llamado a operar en el ámbito del derecho sancionador, sobre la base de considerar que por su intermedio se trata de "evitar que las personas sean sometidas por el Estado a permanentes y sucesivas investigaciones y sanciones a partir de un mismo comportamiento [y por cuenta de una misma jurisdicción], colocándolas en estado de absoluta indefensión y de continua ansiedad e inseguridad"[39].

Pero tampoco es posible considerar la violación del principio *non bis in ídem* desde el punto de vista de su génesis, pues las medidas compensatorias y las acciones civiles, a la luz de la ocurrencia de un daño ambiental, persiguen fines distintos y protegen diferentes bienes jurídicos. En el caso de las medidas compensatorias, éstas son adoptadas por una autoridad administrativa y su objetivo es la recuperación, rehabilitación o restauración de los sistemas ecológicos que han sido degradados, dañados o destruidos como consecuencia de una infracción ambiental. Tratándose de las acciones civiles, sus decisiones son adoptadas por autoridades judiciales dentro del propósito de lograr el resarcimiento del daño ambiental a favor de la persona o personas que hayan podido resultar afectadas.

Ciertamente, como ya fue mencionado, esta Corporación ha considerado que, uno de los casos en que se puede juzgar y sancionar un mismo comportamiento, sin violar el principio *non bis in ídem*, tiene lugar cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicamente protegidos y cuando los procesos y sanciones atiendan a distintas finalidades. Tales circunstancias se encuentran cumplidas en el presente caso, ya que, mientras las medidas compensatorias o de restitución son impuestas por autoridades administrativas y buscan garantizar los derechos de la naturaleza, las acciones civiles se tramitan ante autoridades judiciales (los jueces civiles) y persiguen la reparación a favor de las personas que han resultado afectadas en sus derechos y bienes a causa del daño ambiental.

[38] Cfr. Las Sentencias C-870 de 2002, T-544 de 2004 y C-478 de 2007, entre otras.
[39] Sentencia C-478 de 2007.

Sin duda que en uno y otro caso, se busca proteger distintos bienes jurídicos -el interés público y el interés privado-, a través de autoridades que persiguen fines distintos y que pertenecen a distintas ramas del poder público.

8.22. Finalmente, en relación con la posible violación del principio de reserva de ley, que el demandante atribuye al parágrafo 2° del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009, entiende la Corte que el cargo se estructuró también bajo el criterio equivocado, de reconocerle a las medidas compensatorias carácter sancionatorio. Ello es así, pues sólo bajo esa premisa era posible derivar, que al no haberse fijado tales medidas directamente por la ley, le correspondería hacerlo al Gobierno, con base en la competencia asignada en dicha norma, lo cual violaba el citado principio. Ninguno otro puede ser el entendimiento del cargo, si se tiene en cuenta que, tratándose del régimen sancionatorio ambiental, las sanciones aplicables aparecen descritas y enumeradas taxativamente en el mismo artículo 40 de la Ley 1333 de 2009. Por ello, en el contexto del referido régimen, la facultad que se otorga al Gobierno no puede comprender la de establecer directamente las sanciones ambientales, pues, como se ha dicho, éstas ya están definidas en la misma ley. En realidad, tal atribución se reduce, según lo consagra y lo reconoce la propia disposición acusada, a la de fijar *"los criterios para la imposición de las sanciones de que trata el presente artículo"* con sus *"atenuantes y agravantes"*, a partir de dos bases objetivas: *"la magnitud del año ambiental y las condiciones socioeconómicas del infractor"*.

Los contenidos precisos del parágrafo 2° del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009, referidos a la facultad reglamentaria otorgada al Gobierno para fijar los criterios de imposición de las sanciones, no fueron entonces cuestionados por el actor, como se dijo, a la luz de las penas descritas por la norma citada, sino sobre la base de considerar las medidas compensatorias como verdaderas sanciones y de ello deducir, que al no haber sido previstas directamente por la ley, delegar tal facultad al Gobierno implicaba violar el principio de reserva de ley. Así, considerando que las medidas compensatorias no son una sanción, según quedó plenamente establecido en esta sentencia, el cargo por la presunta violación del principio de reserva de ley tampoco está llamado a prosperar, pues, en ese ámbito, no existen sanciones por definir, ni por el Congreso ni, en gracia de discusión, por el propio Ejecutivo.

8.23. De acuerdo con las consideraciones expuestas en el presente fallo, la Corte procederá a declarar la exequibilidad del inciso primero del artículo 31 y de los parágrafos 1° y 2° del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009, únicamente por los cargos analizados en la presente causa.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE,** por los cargos propuestos y analizados, el inciso primero del artículo 31 y los parágrafos 1° y 2° del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Sentencia T-154/13

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DE DERECHOS COLECTIVOS-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA-Criterios para determinar su procedencia cuando se afectan derechos colectivos

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Relación con derechos a la salud y a la vida

PRESERVACION DEL MEDIO AMBIENTE SANO-Objetivo de principio y punto de partida de una política universal a través de la cual se busca lograr un desarrollo sostenible

La conservación del ambiente no solo es considerada como un asunto de interés general, sino principalmente como un derecho internacional y local de rango constitucional, del cual son titulares todos los seres humanos, "en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud". Al efecto, la Constitución de 1991 impuso al Estado colombiano la obligación de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar de un ambiente sano, y dispuso el deber de todos de contribuir a tal fin, mediante la participación en la toma de decisiones ambientales y el ejercicio de acciones públicas y otras garantías individuales, entre otros.

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR- Partículas de carbón en el aire que afectan el ambiente sano

CONTAMINACION AMBIENTAL-Emisión de partículas de carbón vulnera derechos a la intimidad, a la vida y a la salud

Ante la realización por una empresa o entidad de una actividad económica que pueda producir contaminación del ambiente, resultando ineficaces o insuficientes los controles que por ella misma corresponde implantar, al igual que aquellos radicados en las autoridades competentes para mantener las condiciones básicas ambientales que permitan preservar la calidad de vida y proporcionar un bienestar general, se vulnera el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de quienes resulten afectados por la contaminación en distintas formas, más notoriamente la auditiva y la paisajística en esa perturbación contra la intimidad. Sin duda, la explotación, transporte y almacenamiento de carbón genera dispersión de partículas, que afectan la pureza del aire, al igual que la tierra y el agua donde finalmente caen. En tal virtud, esas actividades deben estar sometidas a vigilancia, con específicas y severas medidas sanitarias y de control, tendientes a proteger la

indemnidad del ambiente, el bienestar general y, particularmente, la salud y demás derechos de la población circunvecina.

MEDIO AMBIENTE SANO-Protección constitucional e internacional

CALIDAD DEL AIRE EN EXTERIORES-Carbón así como volatilidad del polvillo como contaminantes del aire que afecta la salud

PRINCIPIO DE PRECAUCION AMBIENTAL DEBE SER APLICADO A FALTA DE CERTEZA CIENTIFICA-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE PRECAUCION AMBIENTAL-Elementos

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Contaminación ambiental por explotación minera de la empresa Drummond afecta derecho a la salud y a la intimidad del núcleo familiar del accionante conformado principalmente por menores de edad

DERECHO AL AMBIENTE SANO Y A LA SALUD-Orden a Drummond ejecute la instalación de maquinaria de última generación técnica para contrarrestar el ruido y la dispersión de partículas de carbón que afecta salud e intimidad del núcleo familiar del accionante que incluye varios niños

MINISTERIO DE AMBIENTE-Orden para implementar y ejecutar medidas para erradicar los efectos que genera la explotación carbonífera a gran escala

MINISTERIO DE AMBIENTE-Orden para promover una política nacional integral para la prevención y el control de la contaminación del aire y el agua a causa de la explotación y transporte de carbón

Referencia: expediente T-2550727

Acción de tutela instaurada por Orlando José Morales Ramos, contra la Sociedad Drummond Ltda.

Procedencia: Tribunal Superior de Valledupar, Sala Civil-Familia-Laboral

Magistrado sustanciador:
NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de marzo dos mil trece (2013)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alexei Julio Estrada, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, no impugnado, dentro de la acción de tutela incoada por Orlando José Morales Ramos, contra la Sociedad Drummond Ltda.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el referido Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991; la Sala Segunda de Selección de esta Corte lo eligió para revisión, mediante auto de febrero 26 de 2010.

I. ANTECEDENTES

El señor Orlando José Morales promovió acción de tutela en julio 9 de 2009, contra la sociedad Drummond Ltda., aduciendo vulneración de los derechos a la vida, a la salud, a la intimidad, al ambiente sano y de los niños, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenido en la demanda

1. El actor indicó que la finca *"Los Cerros"* en la que reside con su familia, ubicada en el corregimiento La Loma, municipio El Paso del departamento de Cesar, se encuentra aproximadamente a 300 metros de distancia de la mina de carbón *"Pribbenow"*, propiedad de la empresa demandada, la cual se explota *"indiscriminadamente y sin control ambiental alguno"*, ya que los *"trabajos de minería se llevan a cabo las 24 horas del día"*[1].

Aseveró que lo anterior genera i) ruido *"insoportable"*, por el funcionamiento de las máquinas; ii) *"polvillo y material particulado"* disperso en el aire, producido por la explotación, el cual se posa sobre su casa, implementos de trabajo, animales, alimentos, afluentes de agua, etc.; iii) afecciones a la salud de quienes residen en dicho lugar, en especial los niños *"que allí se encuentran"*, quienes presentan *"tos, ojos irritados y molestias en sus oídos"* y, en algunos casos, fiebre y dificultad para respirar[2].

2. Señaló que las dos fuentes de agua que utilizan para consumo y desarrollo de sus actividades diarias, están contaminadas *"con cargas de sólidos no*

---

[1] F. 1 cd. inicial.
[2] Fs. 1 a 3 y 27 a 31 ib..

determinados que determinan un aspecto, olor y sabor indeseables", en su sentir, producto de la explotación de la mina[3].

3. Solicitó ordenar a la compañía accionada *"detener, parar o suspender"* la explotación en el sector de la mina *"Pribbenow"*, hasta tanto se verifique que i) los trabajos se realicen dentro de horas hábiles, *"es decir, entre las 7:00 am y 7:00 pm"*, acorde con el Decreto 0948 de junio 5 de 1995; ii) la sociedad demandada cumpla con la normatividad vigente *"en cuanto a las condiciones permisivas de ruido que impidan seguir causando perjuicios a nuestra salud"*; y iii) el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy de Ambiente y Desarrollo Sostenible) adopte las medidas necesarias para garantizar el derecho a un ambiente sano *"de todas las personas que residimos y adelantamos nuestra actividad laboral en el sector de la mina"*[4].

B. Documentos relevantes cuya copia obra en el expediente

1. Registros fotográficos de *"Finca Juan Fernando"* (sic)[5].

2. Contraseñas de identificación de los señores Orlando José Morales Ramos y Emma María Martínez Rivera[6].

3. Copia de los registros civiles de nacimiento de Neibis de Jesús, Jandys de Jesús, Luis Eduardo, Karen Lorena, Estefany Yisell, Duvelis María, Eduardo Elías, Nivis Paola, Carlos Mario, Erika Patricia y Andris de Jesús Morales Martínez, quienes tenían 4, 6, 6, 8, 9, 10, 13, 13, 15, 17 y 18 años de edad, respectivamente, al momento de incoar está acción[7].

3. Historia clínica de los niños Karen Lorena, Neibis de Jesús, Jandys de Jesús, Duvelis María y Estefany Yisell Morales Martínez[8].

4. Certificado de matrícula inmobiliaria 192.0017.770 de la finca *"Los Cerros"*, municipio La Jagua de Ibirico, Cesar[9].

II. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Mediante auto de julio 13 de 2009, el Juzgado Promiscuo Municipal de La Jagua de Ibirico admitió la acción y notificó a la respectiva Personería Municipal y a DRUMOND Ltd., pidiendo informar sobre los hechos y pretensiones consignados en la demanda; también ordenó una inspección

---

[3] F. 3 ib..
[4] F. 7 ib..
[5] Fs. 11 a 13 ib..
[6] F. 17 ib..
[7] Fs. 16 a 26 ib..
[8] Fs. 27 a 31 ib..
[9] F. 36 ib..

judicial a la finca Los Cerros, *"con el fin de constatar los daños existentes y anunciados en la presente acción"*[10].

En cumplimiento de lo anterior, en la inspección judicial (acta suscrita en julio 23 de 2009), se apreció[11]:

> *"... que del examen de los planos aportados por la empresa DRUMMOND LTD., la casa donde presuntamente están ocurriendo los hechos alegados en la tutela se encuentran en jurisdicción del municipio de Chiriguaná...*
>
> *el botadero de estéril de la empresa DRUMMOND LTD. en su punto más cercano se encuentra a 1.400 metros en donde se observó vestigios de vegetación...*
>
> *no se observa nubes o polvillo de material explotado por la empresa DRUMMOND LTD..."*

Igualmente, se reseñó que *"en la casa de habitación reside el accionante con su señora y a la vista se contaron nueve (9) menores de edad que según el accionante son sus hijos"*.

2. En julio 24 siguiente, el referido Juzgado vinculó al entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Corporación Autónoma Regional del Cesar, CORPOCESAR, y ordenó remitir la actuación a *"Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Valledupar"* (sic), para que asuma conocimiento y continúe el trámite, invocando al respecto el Decreto 1382 de 2000. A raíz de ello, el diligenciamiento fue avocado por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal de Valledupar, en agosto 20 de 2009[12].

A. Respuesta de Drummond LTD.

En julio 16 de 2009[13], la representante legal de dicha sociedad sostuvo que la tutela no está llamada a prosperar, pues la compañía *"es fiel cumplidora de la licencia ambiental otorgada, lo cual se puede demostrar con el hecho de que la empresa y las autoridades ambientales realizan monitoreos y mediciones permanentes de material particulado en el aire, los cuales se encuentran dentro de los límites permisibles, se realizan análisis y seguimientos a las aguas subterráneas, se corren modelos hidrológicos, al igual que se han efectuado estudios de medición de ruido y vibraciones, los cuales siempre han arrojado resultados óptimos de cumplimiento de los estándares existentes"*[14].

---

[10] Fs. 40 y 41 ib..
[11] Fs. 69 y 70 ib..
[12] Fs. 71 y 78 ib..
[13] Fs. 47 a 60 ib..
[14] F. 49 ib..

Agregó que *"el botadero a que hace referencia el accionante no se construyó de la noche a la mañana, no apareció de la nada, ya existía y estaba en funcionamiento mucho antes de que el actor decidiera vivir en ese lugar"*[15].

B. Respuesta del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

En escrito de agosto 26 de 2009, el apoderado del referido Ministerio expresó que de los resultados obtenidos en la red de monitoreo, frente a la norma sobre calidad del aire, Resolución 601 de 2006, se concluye que las estaciones de La Aurora, Las Palmitas y Boquerón cumplen el promedio anual establecido en tal preceptiva.

Tratándose de la emisión de ruido generada por la operación minera, manifestó que se atenúa en el perímetro de las operaciones mineras y no trasciende hacia predios de otros propietarios. Los niveles de ruido medidos se encuentran por debajo de los establecidos en la Resolución 627 de 2006 para una zona de uso industrial, como la minera.

Frente a la acusada afectación por *"sólidos no determinados"* sobre las dos fuentes de agua en la finca Los Cerros, indicó que los monitoreos exigidos por el Ministerio, permiten un registro diario en los diferentes puntos autorizados para vertimiento de aguas tratadas, con estructuras para la medición directa e indirecta de los caudales, constatándose así el cumpliendo de los parámetros de calidad establecidos en el Decreto 1594 de 2005.

C. Respuesta de la Corporación Autónoma Regional del Cesar, CORPOCESAR

En escrito de agosto 27 de 2009, el apoderado de la referida entidad explicó que mediante Resolución 0295 de 2007, el otrora Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial asumió temporalmente el conocimiento de los asuntos asignados a la Corporación, en virtud de la facultad selectiva y discrecional consagrada en el numeral 15 del artículo 14 de la Ley 99 de 1993; acorde con dicha Resolución, el Ministerio conocerá de las actuaciones administrativas, hasta tanto determine que se han adoptado los mecanismos que aseguren el manejo integral y armónico de la problemática ambiental asociada a los proyectos de minería en el centro del Cesar.

D. Sentencia única de instancia

En fallo de septiembre 2 de 2009, que no fue impugnado, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Valledupar negó el amparo, pues *"no está expresamente demostrado en el expediente que la empresa Drummond Ltd. esté vulnerando, amenazando o poniendo en serio peligro un*

---

[15] Íd..

derecho constitucional fundamental, al actor o a sus hijos, ya que ninguna prueba obra con el alcance de evidenciar que el ruido que producen las máquinas que utiliza en la explotación de carbón en la mina Pribenow, dañe el ambiente sano y por ende la salud de las personas con residencias colindantes, por el contrario, el concepto del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, indica que la explotación de carbón en esa mina se adelanta bajo control, y cumple con los programas de manejo ambiental tendientes a minimizar los impactos ambientales nocivos"[16].

III. PRUEBAS ORDENADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante auto de mayo 18 de 2010, además de suspender el término para decidir, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional dispuso[17]:

1. Oficiar al Ministerio de la Protección Social, a la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (Ascofame), a las Facultades de Medicina de las Universidades Nacional de Colombia, Pontifica Javeriana y de los Andes, en Bogotá, y Popular del Cesar, en Valledupar, para que informaran: i) qué incidencia y síntomas genera en la salud de una persona, en especial los menores de edad, el *"polvillo o material particulado disperso en el aire, producido por la explotación minera de carbón"*; y ii) *"si esta situación podría generar, de inmediato o a mediano o a largo plazo riesgos para la vida humana y su calidad, particularmente de las personas que residen en el contorno de la explotación carbonífera"*.

2. Oficiar al médico que atendió a los hijos del actor, adscrito a la IPS Salud Integral E.U., de Chiriguaná, para que expresara *"su conocimiento acerca de la situación de salud de los menores y si lo que padecen aquéllos es producto del polvillo que genera la mina de carbón que Drummond Ltd., explota en el corregimiento La Loma, El Paso, Cesar"*.

3. Oficiar al entonces Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Rural, al Instituto de Estudios Ambientales de la Universidad Nacional de Colombia (IDEA) y a las Universidades Javeriana, Externado de Colombia y de los Andes, en Bogotá, para que absolvieran los siguientes interrogantes:

> *"a. ¿Cuáles consecuencias ambientales, y particularmente sobre el aire y el agua, genera la explotación de carbón en mina a cielo abierto?*
>
> *b. ¿Cuáles son las medidas a seguir para preservar el medio ambiente, cuando se está realizando una explotación de carbón a cielo abierto?*

---

[16] F. 142 ib..
[17] Fs. 10 a 12 cd. Corte.

c. ¿Cuáles son los estándares máximos de contaminación permitidos a nivel mundial y en Colombia, cuando existe explotación minera como la de este caso?

d. ¿La emisión de ruido producto de las máquinas usualmente empleadas en la explotación de carbón a cielo abierto, qué consecuencias produce en el ambiente y la población circunstante?"

4. Oficiar al entonces Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Rural y a Corpocesar, para que explicaran si:

"a ¿La empresa Drummond Ltd., encargada de explotar la mina de carbón 'Pribbenow', en el corregimiento La Loma, El Paso, Cesar, cumple con el plan de manejo ambiental que le fue fijado?

b. ¿La sociedad en mención ha entregado los informes periódicos de cumplimiento requeridos?

c. ¿Cuáles son las consecuencias ambientales que se presentan cuando dicha empresa realiza trabajos de minería las 24 horas del día?

d. ¿Existe un horario establecido o aconsejado para la explotación minera a cielo abierto de carbón?

e. ¿Qué beneficios ambientales y a la población circundante genera que dicha actividad se realice por un tiempo determinado cada día, y no permanentemente?"

5. Que el otrora Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Rural, designara un experto en la materia, que rindiese informes técnicos, con tomas de muestras y observaciones de laboratorio, recogidas en la finca Los Cerros, morada del actor, y en la mina de carbón *"Pribbenow"* de la empresa Drummond Ltd., y determinase la concentración de los residuos y si ellos tienen efectos contaminantes o pueden repercutir contra la salud de los habitantes del sector.

6. Oficiar al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, para que informara *"qué consecuencias ambientales y particularmente sobre animales y cultivos, genera una explotación minera de carbón a cielo abierto".*

7. Oficiar al Ministerio de Minas y Energía, para que indicara si:

"a. ¿La empresa Drummond Ltd., garantiza el desarrollo sostenible de los recursos naturales y la preservación del ambiente,

en la explotación de carbón a cielo abierto que se está realizando en el corregimiento La Loma, El Paso, Cesar?

b. ¿La Drummond Ltd., cumple con las disposiciones constitucionales legales y reglamentarias relacionadas con la explotación, transporte, refinación, distribución, procesamiento, beneficio, comercialización y exportación de recursos naturales no renovables que el Ministerio establece?

c. ¿Cuáles son las condiciones que dicha cartera dispuso para realizar la explotación de la mina 'Pribbenow', en el corregimiento La Loma, El Paso, Cesar?

d. ¿Existe un horario establecido para esa explotación minera?"

8. Oficiar a Drummond Ltd., para que explicara:

"a. ¿Cuáles son los procedimientos o procesos que se efectúan en la mina 'Pribbenow'*, en el corregimiento La Loma, El Paso, Cesar?*

b. ¿Por qué Drummond Ltd., opera las 24 horas diarias en la mina, y cuáles consecuencias se generarían si dicha operación se ejecuta en un determinado número de horas y no permanentemente?

c. ¿Cuál es el plan ambiental asumido por la empresa Drummond Ltd., a nivel nacional o internacional, frente a la explotación de minas de carbón?

d. ¿Cuáles son las mediciones y estudios ambientales realizados por esa empresa en los diferentes procesos de explotación minera de carbón, y cuáles se han realizado en este caso?"

9. En escrito de mayo 28 de 2010, el director del Instituto de Estudios Ambientales para el Desarrollo de la Pontificia Universidad Javeriana indicó que era imposible contestar los cuestionamientos planteados *"en tan corto tiempo dada la naturaleza de esos interrogantes"*[18].

10. En escrito de mayo 31 siguiente, el Director General de Corpocesar expresó que *"mediante resolución N° 0295 del 20 de febrero de 2007 el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, resolvió ejercer temporalmente el conocimiento de asuntos asignados a la Corporación Autónoma Regional del Cesar, en virtud de la facultad selectiva y discrecional consagrada en el Numeral 16 del Artículo Quinto de la Ley 99 de 1993"*[19].

---

[18] F. 39 ib..
[19] F. 40 ib..

11. En mayo 21 de 2010, la Directora del Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia, se refirió a las consecuencias ambientales que genera la explotación de carbón en mina a cielo abierto, señalando[20]:

> *"a. Recurso Ambiental Suelo:*
> *-Alteración y modificación estructura del suelo.*
> *-Derrame de carbón en vías si no se establecen medidas de prevención, corrección, mitigación y compensación respectivas se produce* (sic).
>
> *b. Recurso Ambiental Agua:*
> *-Disminución de la cantidad y calidad de aguas superficiales y subterráneas, si no se establecen medidas de prevención, corrección, mitigación y compensación respectivas.*
>
> *c. Recurso Ambiental Aire:*
> *-Afectación al componente atmosférico por emisión de partículas durante la explotación, cargue, transporte, descargue y embarque de carbón.*
> *- La explotación de carbón en mina a cielo abierto y la generación de material particulado puede afectar a la población expuesta si no se controla su emisión, siendo los principales efectos:*
>
> *-La neumoconiosis, es la presencia del polvo de carbón dentro de los pulmones, la cual depende del tiempo de exposición.*
> *-Las partículas <10 micras se depositan en los alvéolos causando bronquitis, asma, enfisema, pulmonía y enfermedades cardíacas.*
> *-Las partículas suspendidas totales <10 micras no penetran profundamente los pulmones, quedando en los vellos nasales, en las mucosas de los pasajes orales o en la tráquea.*
> *-Los grupos humanos más afectados son los adultos mayores de 50 años y los niños menores de 3 años.*
> *-La frecuencia de enfermedades respiratorias en la infancia puede tener el efecto de que los pulmones no se desarrollen normalmente.*
> *-Los síntomas respiratorios asociados con partículas incluyen tos severa y dificultades o dolor al respirar.*
>
> *d. Afectación Ambiental de Paisaje y Morfología:*
> *-Modificación de paisaje y morfología en el área de intervención (explotación, cargue, transporte y descargue de carbón).*
> *- Cobertura de polvillo de carbón de los recursos naturales renovables, principalmente suelo y flora, si no se establecen medidas de prevención, corrección, mitigación y compensación respectivas."*

---

[20] Fs. 48 a 52 ib..

Igualmente, señaló que dentro de las medidas para preservar el ambiente cuando se está realizando una explotación a cielo abierto, se debe *"diseñar, implementar y controlar sistemas de humectación en los procesos de explotación, almacenamiento temporal, cargue, transporte y descargue de carbón para evitar la emisión de material particulado al aire"*. Agregó que se debe *"transportar el carbón a través de bandas transportadoras cerradas"*.

Indicó además que el ruido generado por los equipos usualmente empleados en la explotación de carbón a cielo abierto, trae consecuencias negativas en el ambiente y en la población expuesta.

Señaló que en los casos en los que se superan los límites permisibles de ruido, se puede causar disminución de la sensibilidad auditiva, dependiendo de cada individuo. En algunos se pueden producir daños auditivos en un breve lapso, en cambio otros pueden trabajar en ambientes ruidosos sin sufrir daños auditivos demostrables.

12. En escrito de mayo 31 de 2010, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se refirió a las consecuencias que genera una explotación minera de carbón a cielo abierto, generándose en cuanto a animales y cultivos[21]:

> *"-Cambios en el uso del suelo.*
> *-Cambio en las propiedades físicas y químicas del suelo.*
> *-Activación de procesos erosivos.*
> *-Remoción de la cobertura vegetal.*
> *-Pérdida de biomasa y fauna asociada.*
> *-Altas concentraciones de material particulado (que podrían afectar la salud humana o animal).*
> *-Contaminación de fuentes hídricas.*
> *-Cambio en la aptitud agrológica del suelo que afecta el desarrollo de la actividad agropecuaria y pecuaria de la región."*

Sin embargo, aclaró que dicha cartera *"no tiene estudios propios sobre los impactos de la minería a cielo abierto en la agricultura"*.

13. En respuesta de junio de 2010, el Coordinador Académico del Programa Curricular del Departamento de Toxicología de la Universidad Nacional de Colombia manifestó que evidentemente el material generado en la explotación del carbón a cielo abierto se ha relacionado en forma causal directa con enfermedades respiratorias que afectan los pulmones, que por su evolución son de tipo crónico, progresivo y de carácter irreversible.

Adicionalmente, explicó que *"este material particulado disperso en el ambiente penetra a las personas por vía respiratoria y puede afectar*

---

[21] F. 54 ib..

indistintamente al ser humano sin distingos de edad, género o raza". Indicó también que *"estas enfermedades pulmonares pueden comprometer a las personas expuestas ambientalmente por residir en áreas geográficas cercanas a la explotación"*[22].

14. En escrito de junio 1° de 2010, el Instituto de Estudios Ambientales de la Universidad de los Andes informó que se abstiene de opinar en el trámite de la presente acción de tutela, por el convenio especial de cooperación científica y tecnológica suscrito con el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que llevó a cabo un estudio de valoración económica ambiental en la zona carbonífera del Cesar[23].

15. En junio 1° de 2010, la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, ASCOFAME, informó que dicha entidad *"no cuenta dentro de su staff con especialistas en este tema que puedan resolver estas inquietudes"*[24].

16. En escrito de junio 2 siguiente, el jefe de neumología del Hospital Universitario de la Fundación Santa Fe de Bogotá, entidad asociada a la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes, expresó *"que la exposición al polvillo o material particulado generado por la explotación minera de carbón puede causar diversas enfermedades respiratorias como bronquitis crónica, enfisema, enfermedad pulmonar instructiva crónica (EPOC), neumoconiosis de los mineros del carbón entre otras"*.

Indicó además que *"hay informes de literatura que muestran mayor incidencia de enfermedad pulmonar obstructiva crónica, mayor incidencia de cáncer y mayor mortalidad por enfermedad pulmonar, cardiaca y renal en comunidades vecinas a minas de carbón, sin embargo estos estudios no permiten establecer relación causa efecto"*[25].

17. En junio 2 de 2010, el entonces Ministerio de la Protección Social mencionó que a la fecha no contaba con estudios de investigación epidemiológica relacionados con la afectación en salud, que pueda generar la actividad minera del carbón en la población objeto de consulta[26].

18. En la misma fecha, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se pronunció frente a las consecuencias ambientales, particularmente sobre el aire y agua, que genera la explotación de carbón a cielo abierto, relacionando aspectos: i) físicos, *"remoción de suelo y vegetación, cambios paisajísticos, abatimiento de niveles freáticos, cambios en patrón natural de drenaje, eventuales desvíos o realineamiento de cauces, disminución y alteración del régimen de caudales, posible contaminación puntual de aguas, generación de residuos líquidos y sólidos, deterioro de la*

---

[22] F. 56 ib..
[23] F. 61 ib..
[24] F. 63 ib..
[25] F. 65 ib..
[26] F. 68 ib..

calidad de aire por emisión de material particulado y gases y generación de ruido y vibraciones"; ii) bióticos, *"afectación y posible pérdida de cobertura vegetal, afectación y posible pérdida de ecosistemas, afectación a la migración de especies fauna, afectación a recursos hidrobiológicos"*; y iii) sociales, *"cambios en patrones sociales, desplazamiento de poblaciones, generación de expectativas, reasentamiento y problemática social asociada, desarrollo regional y local, afectación de actividades de desarrollo futuros, generación de empleo, divisas y regalías, incremento en la demanda de servicios sociales y públicos domiciliarios, modificaciones en situaciones de tensión y afectación del patrimonio cultural"*[27].

Expresó que dentro de las medidas para preservar el ambiente al explotar carbón a cielo abierto, se incluyen *"manejos de drenaje superficial: lluvias y fuentes de agua superficial, de acuíferos al ser intervenidos por la operación minera, de aguas y lluvias y de escorrentía, de emisiones atmosféricas: material particulado y ruido, de residuos ordinarios, de residuos sólidos especiales, de aguas residuales domésticas, de aguas residuales mineras, de aguas residuales y desechos industriales, de las lagunas de almacenamiento y sedimentación, de botaderos y material estéril, de recurso suelo, de coberturas vegetales, de fauna terrestre, de fauna acuática, de hidrocarburos, de sustancias químicas y otros materiales peligrosos, de maquinaria, equipos y vehículos y de abandono de tajos y de infraestructura"*[28].

Tratándose del cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental por parte de Drummond Ltd., explicó que *"la empresa presentó un cumplimiento en el 83% de sus obligaciones, sin que sea posible establecer una ponderación respecto al peso de cada obligación; correspondiendo el 17% restante a obligaciones que pudieran presentar una deficiencia parcial"*[29].

Adjunto al citado escrito copia de la Resolución 0017 de enero 15 de 2007 emitida por ese Ministerio, mediante la cual, entre otras determinaciones, fijó el Plan de Manejo Ambiental a la empresa aquí accionada[30].

19. En junio 4 de 2010[31], el Instituto de Estudios Ambientales de la Universidad Nacional de Colombia explicó que tratándose de la explotación de carbón a cielo abierto, lo que mayor impacto negativo produce son *"los materiales particulados (polvo) estos compuestos ocasionan problemas ambientales, dependiendo de la concentración de los mismos en la atmósfera… en relación al material particulado los efectos principales en la salud incluyen los efectos en la respiración y el sistema respiratorio, el agravamiento de afecciones respiratorias y cardiovasculares ya existentes, la alteración de los sistemas de defensa del organismo contra materiales*

---

[27] Fs. 78 a 79 ib..
[28] F. 79 ib..
[29] F. 84 ib..
[30] Fs. 103 a 267 ib..
[31] Fs. 274 a 281 ib..

extraños, daños al tejido pulmonar, carcinogénesis y mortalidad prematura"[32].

Acerca del impacto contra recursos hídricos, manifestó que dicha explotación genera *"sedimentación en cuerpos de agua, cambios en la calidad físico química del agua, afectación de la dinámica de cuerpos subterráneos y superficiales, disminución del caudal"*[33].

20. En junio 4 de 2010, el representante legal de la empresa Drummond Ltd., expresó que *"una de las tareas de mayor relevancia es el control del material particulado (emisión de polvo al aire, por el tránsito de los camiones y equipos en vías destapadas, la explotación misma y el gran movimiento de tierras que implica esta actividad), el cual se controla con riego por una flotilla de carrotanques de dieciocho mil galones que riega todas las vías y rampas de la mina, aspersores de agua en los puntos críticos de emisión, mantenimiento preventivo de los motores de todos los equipos y camiones, así como pavimentación de algunas vías, compactación de las mismas, controles de velocidad a todos los vehículos que circulan, recuperación y revegetalización de los botaderos y áreas que ya terminaron su utilidad en la explotación y la conservación de barreras vivas alrededor de la mina"*[34].

Frente a por qué la empresa opera las 24 horas diarias y cuáles consecuencias mitigaría la explotación no permanente, indicó que *"se trata de operaciones mineras que requieren elevadas inversiones de capital y requieren volúmenes máximos de producción durante el período de concesión, para asegurar adecuadas tasas de retorno sobre el capital invertido, estas minas operan en un mercado de precios fluctuantes, por lo que se hace indispensable mantener máximos niveles de producción para conservar la viabilidad económica de una mina durante la vida de la misma".* Así mismo, *"este tipo de operaciones no son eficientes si el equipo de minería que normalmente se utiliza es parqueado o dejado de utilizar la mitad del día. Los grandes equipos de minería están diseñados para funcionar 24 horas al día a fin de que resulten más eficientes y económicos"*[35].

Afirmó también que si la compañía no pudiera operar las 24 horas del día, no sería económicamente viable. Por otro lado, *"las consecuencias para sus empleados serían devastadoras puesto que se haría necesario terminar muchos contratos de trabajo y los empleados restantes tendrían que aceptar una compensación más baja y niveles de beneficios reducidos. El Gobierno Nacional y los entes departamentales y municipales sufrirían un serio impacto negativo, debido a las reducciones significativas en regalías e impuestos a todos los niveles. La economía colombiana también sufriría un impacto nocivo importante debido a la reducción de la actividad económica generada*

---

[32] F. 275 ib..
[33] Íd..
[34] F. 287 ib..
[35] F. 288 ib..

hoy en día por Drummond Ltd., ya que la compañía compraría menos bienes y servicios, reduciría significativamente la inversión en infraestructura y afectaría de manera considerable la balanza de pagos del país"[36].

La empresa accionada mencionó además que el Plan de Manejo Ambiental se encuentra debidamente aprobado por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y comprende los siguientes programas de monitoreo que garantizan que todas las actividades inherentes a la minería se enmarcan dentro de los parámetros y estándares técnicos, gran parte de ellos internacionales, legalmente vigentes:

> *"-Programa de control de material particulado.*
> *-Programa de vegetación y suelos removidos.*
> *-Programa restauración vegetal.*
> *-Programa salvamento de fauna silvestre.*
> *-Programa plan de cierre.*
> *-Programa redes de drenaje.*
> *-Programa desvío de cauces.*
> *-Programa tratamiento de aguas residuales domésticas e industriales.*
> *-Programa residuos sólidos.*
> *-Programa manejo de hidrocarburos.*
> *-Programa estabilización de taludes.*
> *-Programa control de voladuras.*
> *-Programa información comunitaria e institucional.*
> *-Programa fortalecimiento comunitario e institucional.*
> *-Programa desarrollo de comunidades.*
> *-Programa reasentamiento de la población.*
> *-Programa generación de empleo.*
> *-Programa afectación a terceros e infraestructura.*
> *-Programa educación ambiental.*
> *-Programa señalización ambiental.*
> *-Programa monitoreo y vigilancia de material particulado.*
> *-Programa monitoreo de ruido.*
> *-Programa monitoreo de voladuras.*
> *-Programa construcción de piezómetros.*
> *-Programa monitoreo de suelo*
> *-Programa monitoreo de parcelas de sucesión vegetal.*
> *-Programa monitoreo de fauna silvestre.*
> *-Programa monitoreo de cauces.*
> *-Programa monitoreo social."*

Con su respuesta, la compañía demandada aportó también copia de los siguientes documentos[37]:

---

[36] F. 294 ib..
[37] Esos documentos aportados por la empresa demandada se hallan en un cuaderno anexo (fs. 1 a 315).

a. Resolución 030 de marzo 13 de 2003, por medio de la cual se otorgó concesión para aprovechar aguas subterráneas en beneficio del Proyecto Carbonífero La Loma-Cesar, a nombre de Drummond Ltd..

b. Resolución 197 de abril 13 de 2005, que resolvió un recurso de reposición interpuesto por Drummond Ltd., contra la Resolución 030 de 2003.

c. Resolución 237 de abril 19 de 2005, que autorizó a Drummond Ltd., efectuar aprovechamiento forestal único en los predios conocidos como *"'Lote de Terreno' y 'La Cruz', ubicados en jurisdicción de municipio de Chiriguaná-Cesar, en beneficio del proyecto carbonífero establecido en comprensión territorial de La Jagua de Ibirico, Chiriguaná y El Paso-Cesar"*.

d. Resolución 1051 de octubre 10 de 2006 que otorgó autorización a la Drummond Ltd., para manejar y disponer residuos sólidos provenientes de la actividad desarrollada en el proyecto carbonífero *"La Loma"*, ubicado en jurisdicción de los referidos municipios.

e. Resolución 115 de noviembre 1° de 2006 por la cual cual se prorrogó la autorización forestal concedida a Drummond Ltd., mediante las Resoluciones 237 de 2005 y 336 de 2006.

f. Resolución 0017 de enero 5 de 2007, mediante la cual, entre otras determinaciones, fueron modificados unos actos administrativos y se estableció un Plan de Manejo Ambiental.

g. Resolución 1137 de junio 26 siguiente, por medio de la cual se otorgó autorización para realizar un aprovechamiento forestal único.

h. Resolución 1949 de noviembre 4 de 2007, que otorgó una concesión de aguas subterráneas, entre otras determinaciones.

i. Resolución 431 de marzo 12 de 2008, mediante la cual se modificaron las Resoluciones 212 del 22 de diciembre de 2003, 483 del 28 de junio de 2004 y 055 del 10 de febrero de 2005, emitidas por la Corporación Autónoma Regional del Cesar, y se otorgó una concesión de aguas superficiales.

j. Resolución 0607 de abril 16 de 2008, por medio de la cual se aclaró la Resolución 431 de 2008 y se adoptaron otras determinaciones.

k. Resolución 0829 de mayo 22 siguiente, mediante la cual se otorgó un permiso de emisiones atmosféricas.

l. Resolución 1451 de agosto 15 del mimo año, que modificó la Resolución 017 de enero 5 de 2007.

m. Modificación Plan de Minería, contrato La Loma, Informe Principal, tomo 1., junio de 2009.

n. Actualización del Plan de Manejo Ambiental del Proyecto Carbonífero La Loma y tomo 2, mapas, marzo 2006.

21. En escrito de junio 11 de 2010, el Instituto Colombiano de Geología y Minería, INGEOMINAS, manifestó: *"... en desarrollo de los diferentes contratos mineros Drummond Ltd., viene cumpliendo con sus obligaciones contractuales, tal como se evidencia en las acciones de seguimiento y control que reposan en cada uno de los expedientes de los contratos... desde el ámbito de competencia de INGEOMINAS como autoridad minera delegada, se ha verificado el cabal cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato La Loma, y de las disposiciones normativas en las que se enmarca la actividad minera que realiza Drummond Ltd.. Por tal motivo, en la actualidad, no ha sido objeto de ningún proceso de carácter sancionatorio en su contra."*[38]

22. En escrito de junio 23 de 2010, la empresa Drummond Ltd. presentó memorial de registro fotográfico de visita del 21 de los mismos mes y año, al sitio donde habita el demandante.

23. Mediante escrito de agosto 6 de 2010, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial explicó que designó un experto en la materia, para determinar la concentración de residuos y si ellos tienen efectos contaminantes o pueden repercutir en la salud de los habitantes del sector, en especial de los menores que residen en la finca *"Los Cerros"*, refiriendo[39]:

i) La vivienda *"donde habita la familia está construida en ladrillo de arcilla (expuesto) y techo de lámina acanalada de zinc, consta de tres habitaciones y una cocina, no cuenta con electricidad y la preparación de alimentos se realiza en fogón de leña, la cocina no posee chimenea ni un mecanismo de evacuación de humo"*.

ii) El área del proyecto minero Pribbenow *"más cerca al predio identificado como la finca Los Cerros, corresponde al botadero de estériles SO, 1.5 km aproximadamente en dirección S85°W"*.

iii) "De acuerdo con las consultas realizadas por el doctor Juan Carlos Correa, médico especializado en Salud Pública con experiencia en estudios de calidad del aire y sus efectos en la salud humana, de la Fundación Santa Fe de Bogotá, determinar con certeza si la afectación a la salud de un individuo en particular o un grupo pequeño de individuos es debida al material particulado proveniente de la explotación minera no es posible. Esto se debe a que existen múltiples factores de riesgo que pueden estar afectando

---

[38] Fs. 314 a 316 cd. Corte.
[39] Fs. 332 a 336 ib..

a las personas simultáneamente pero que cuya contribución individual al desarrollo de una enfermedad no se puede determinar. Es así como otros factores como cocinar con leña en un espacio no ventilado adecuadamente o el hacinamiento pueden contribuir al desarrollo de una enfermedad respiratoria."

24. En escrito de junio 25 de 2010, un tercero interviniente y apoderado *"de algunos moradores de las poblaciones de Plan Bonito, El Hatillo, La Aurora, El Boquerón y otros, del municipio de El Paso, departamento del Cesar"*, anotó que la empresa carbonífera no solamente ha *"causado graves y enormes perjuicios"* a la vida y a la salud del actor, sino también a sus representados, quienes así mismo *"padecen dicha problemática ambiental"* y de salubridad.

Por lo anterior, indicó que *"es necesario que desde ya la Corte Constitucional tenga en cuenta la situación de otras personas que se encuentran en similares condiciones fácticas y jurídicas frente a quien presentó la acción de tutela de la referencia"*[40].

Señaló que el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible no protegió a la población que se encuentra en los alrededores de la empresa accionada, pues no verificó *"previamente al otorgamiento de la licencia ambiental… cuántas personas resultaron o podían resultar afectadas con la actividad minera que desarrolla la Drummond Ltd."*[41].

Agregó que mediante Resolución 414 de 2008 *"se otorgó licencia ambiental al proyecto El Descanso Norte"*, modificada por la Resolución 1343 de julio 30 de 2008, donde se consignó[42]:

> *"ARTÍCULO TERCERO.- Modificar el artículo décimo de la Resolución 414 del 11 de Marzo de 2008, el cual quedará así: 'ARTÍCULO DÉCIMO.- Requerir a la empresa DRUMMOND LTD., para que, dentro del proceso de reasentamiento a comunidades, dé cumplimiento a las siguientes obligaciones:*
> *1. Incluir dentro de los procesos de reasentamiento y/o negociación directa, la parcelación El Prado y las poblaciones de Plan Bonito, El Hatillo y Boquerón, para lo cual deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:*
> *1.1. Realizar el proceso de reasentamiento de la población de Plan Bonito en un término no mayor a seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que defina la metodología y la proporción en la que cada uno de los concesionarios mineros deberá dar cumplimiento a las obligaciones previstas en el presente artículo.*

---

[40] F. 1 cd. anexo 1.
[41] F. 2 ib..
[42] Fs. 2 y 3 ib..

1.2. Realizar el reasentamiento en un período no mayor a dos años (2) años, contado a partir de la ejecutoria de este acto administrativo, de las comunidades restantes (Parcelación El Prado, El Hatillo y Boquerón), de acuerdo a un orden de prioridad previamente establecido según su nivel de detrimento ambiental, atribuible al desarrollo de la actividad minera.
1.3. Antes del inicio de la explotación de carbón deberá iniciar el proceso de reasentamiento, reubicación y/o negociación directa con la parcelación y el caserío de El Platanal y con la totalidad de los predios que se encuentren dentro del área de influencia puntual.
1.4. El programa de reasentamiento deberá contemplar como mínimo la reposición del hábitat y el usufructo del territorio para todas las personas, familias, grupos o unidades culturales, cuya movilización obligue a abandonar su sitio de trabajo, de vivienda o ambos. De igual forma éste se fundamentará en el conocimiento y respeto de las estrategias adaptativas que poseen las comunidades, planteando la ejecución de alternativas requeridas para el control y administración de los recursos y la satisfacción estable de las necesidades básicas en el nuevo hábitat. Dicho plan de reasentamiento deberá estar armonizado con los planes de desarrollo local, municipal y regional pertinentes…"

Dicho interviniente expuso *"que si bien la empresa solicitó previamente al inicio de la obra minera la respectiva licencia"*, tanto la sociedad demandada, como los Ministerios de Minas y Ambiente, *"no se preocuparon por las circunstancias especiales relacionadas con la población que se encuentra de tiempo atrás, es decir, desconocieron que esa zona que hoy es minera, estuviese ocupada por una población como la que hoy reclama protección"*[43].

Aseveró que la actividad minera adelantada en dicha zona por la empresa accionada, *"es grave y de enormes impactos ambientales por cuanto existen graves alteraciones del aire con material particulado que supera los niveles máximos permitidos conforme lo ha indicado CORPOCESAR, y del mismo modo, deterioro del componente socio-económico pues las comunidades allí presentes están siendo gravemente afectadas en su vida, salud, trabajo, tranquilidad, etc… es de una magnitud tal que de acuerdo con lo que dice"* la referida corporación autónoma regional, existen *"grandes cantidades de partículas minerales de carbón PM10, las cuales producen afectaciones negativas en el sistema respiratorio"*[44].

Resaltó que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible tiene conocimiento de la problemática ambiental en el área de influencia del proyecto, pues *"en su última Resolución N° 970 de mayo 20 de 2010, y no solamente en ésta sino en otras más, en donde señala con un informe técnico elaborado sólo hasta diciembre de 2009, que existe grave alteración*

---

[43] F. 3 ib..
[44] Fs. 3 y 4 ib..

ambiental en la zona y por dicha causa se debe realizar la reubicación de las personas que se encuentran viviendo alrededor de las minas (ni siquiera sabe el Ministerio cuántas son, porque no le preocupa hacer el censo)"[45].

Indicó que *"el informe que dice tener el Ministerio de Ambiente está atrasado en más de cinco meses frente a los informes que indica CORPOCESAR, autoridad regional ambiental quien ha realizado constantes monitoreos… desde julio de 2007 hasta abril de 2010, cuyos informes permanentes, continuos, eficaces y precisos informan que el material particulado existe en la zona de Plan Bonito, el Hatillo, Boquerón y La Aurora, generado por la explotación, extracción y transporte del referido mineral por parte de las empresas concesionadas, lo considera como peligroso para la salud humana… señala además que para los corregimientos y veredas… donde viven mis representantes… los niveles de PM10 superan las 300 y 500 macropartículas, especialmente en los tres primeros meses del año 2010"*[46].

Agregó que los informes de Corpocesar señalan que el *"material particulado ha llegado inclusive hasta los 800 m3 de concentración de microrganismos de material particulado del carbón, lo cual conforme a lo dicho por la corporación Corpocesar es peligroso para la salud humana"*[47].

El interviniente aportó unas gráficas donde se muestra la concentración en microgramos/m3 PM10 y en PST, en las zonas presuntamente afectadas por la empresa carbonífera:

PM10:

Localidad	Monitor	Abr-09	Oct-09	Dic-09	Ene-09	Feb-10	Mar-10	Abr-10	Últimos días de abr. 10
Plan Bonito	ZM7	229,7	225,6	284,8	279,4	162,9	312,5	170,9	47,3
El Hatillo	ZM13	Nr	51,3	Nr	128,5	135	130,2	70,4	20,4
Boquerón	ZM6	Nr	Nr	85,9	113,7	115	125,5	74,6	36,8
Aurora	ZM5	68.3	44,7	85,9	98,2	102,5	93,7	99,4	10,8

PST:

Localidad	Monitor	Abr-09	Oct-09	Dic-09	Ene-09	Feb-10	Mar-10	Abr-10	Últimos días de abr. 10

[45] F. 4 ib..
[46] Íd..
[47] Íd..

Plan Bonito	ZM7	558,6	551,4	616,9	673,6	357,2	800,3	290,3	92
El Hatillo	ZM13	173,3	133,6	191,3	307,3	285,7	268,3	211,9	0
Boquerón	ZM6	193,7	148,5	168,8	212,5	273	163,3	148,4	74,5
Aurora	ZM5	138,6	67,4	323	236,2	179,2	96,9	94,3	27,9

En consecuencia, adujo que en esas gráficas se observa que la accionada no cumple con el Plan de Manejo Ambiental sobre las emisiones atmosféricas y no se ha socializado el problema ambiental con la colectividad, *"ni nada que le permita a mis representados y a toda la comunidad efectuar acciones de contingencia que eviten resultados dañinos… para este último propósito, difiere su responsabilidad administrativa de censar a la población afectada, a la empresa cuestionada antes citada, tal como así lo indica la Resolución 970 de mayo 20 de 2010, donde curiosamente permite la creación de una fiducia mercantil para que a través de ella se realice el reasentamiento de la población perjudicada (reconoce que existe)"*[48].

Dicha Resolución 970 de 2010 *"busca solucionar un problema ambiental que reconoce existir el Ministerio de Ambiente, olvida en la Resolución que la protección de los derechos fundamentales es inmediata, no sometida a condicionamientos ni a existencia de patrimonios autónomos; que lo último que puede ocurrir con tal figura jurídica es la burla de los derechos de mis representados"*[49].

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia

Esta corporación es competente para examinar la determinación referida, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la empresa Drummond Ltd., ha vulnerado los derechos a la vida, a la salud y a gozar de un ambiente sano del señor Orlando José Morales Ramos, su cónyuge y sus once hijos, por las emanaciones y residuos que provienen de la explotación de carbón en la mina *"Pribbenow"*, corregimiento La Loma, municipio El Paso, Cesar, cercana a la finca *"Los Cerros"*, donde residen.

---

[48] Fs. 5 ib..
[49] F. 6 ib..

Tercero. Procedencia de la acción de tutela para la protección de derechos colectivos. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. La acción de tutela no procede, por regla general, para la protección de los derechos colectivos, frente a los cuales el ordenamiento jurídico colombiano ha previsto mecanismos especiales, fundamentalmente la acción popular, medio constitucional específico para amparar derechos e intereses generales, entre los cuales está el goce de un ambiente sano, de acuerdo a lo estatuido en la preceptiva vigente (cfr. arts. 86 y 88 Const. y 6-3 D. 2591 de 1991).

3.2. Efectivamente, la Constitución prevé en el artículo 88 que los derechos colectivos podrán ser amparados mediante acciones populares, reguladas en la Ley 472 de 1998. Pero, derivado de la previsión contenida en el inciso final del artículo 86 superior, *"... o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo..."*, que de suyo valida que la acción pueda también dirigirse contra un particular, como en el presente caso, los juzgadores deben ser especialmente cuidadosos y constatar si se presenta conexidad con la afectación de derechos fundamentales, en cuanto es trascendente que del atentado contra bienes colectivos se derive también la vulneración o amenaza individual, o a un grupo concreto, como una familia, lo cual ha llevado a la jurisprudencia a determinar unas reglas de ponderación, como criterio auxiliar, que el juez puede tener en cuenta para eventualmente conceder una tutela[50]:

> *"1. Que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo.*
>
> *2. El peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva.*
>
> *3. La vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas sino que deben aparecer expresamente probadas en el expediente.*
>
> *4. La orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza."*

Todo ello es claro, en la medida en que la afectación general también se particularice en conculcaciones fundamentales individualizables.

---

[50] SU-1116 de octubre 24 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Cuarta. El derecho a un ambiente sano.

4.1. A partir de la carta política de 1991, y de la suscripción y aprobación de diversos instrumentos trasnacionales, al igual que de constataciones en derecho comparado[51], la protección al ambiente ocupa un lugar trascendental

---

[51] La carta política ecuatoriana, de gran relevancia internacional al respecto, dispone en su artículo 3° (numeral 3°) como deber primordial del Estado, entre otros, *"defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente"*. Además instituye *"el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente… El derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental; educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios"* (art. 23 numerales 6 y 20).
Igualmente, el artículo 32 anota que *"para hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de conformidad con la ley"*.
Dicha Constitución también contiene una sección expresamente dedicada al ambiente, donde dispone:
"Art. 86.- El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza.Se declaran de interés público y se regularán conforme a la ley:
1. La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país.
2. La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas.
3. El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales.
Art. 87.- La ley tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u o misiones en contra de las normas de protección al medio ambiente.
Art. 88.- Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual ésta será debidamente informada. La ley garantizará su participación.
Art. 89.- El Estado tomará medidas orientadas a la consecución de los siguientes objetivos: Promover en el sector público y privado el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes.
Establecer estímulos tributarios para quienes realicen acciones ambientalmente sanas.
Regular, bajo estrictas normas de bioseguridad, la propagación en el medio ambiente, la experimentación, el uso, la comercialización y la importación de organismos genéticamente modificados.
Art. 90.- Se prohíben la fabricación, importación, tenencia y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.
El Estado normará la producción, importación, distribución y uso de aquellas sustancias que, no obstante su utilidad, sean tóxicas y peligrosas para las personas y el medio ambiente.
Art. 91.- El Estado, sus delegatarios y concesionarios, serán responsables por los daños ambientales, en los términos señalados en el Art. 20 de esta Constitución.
Tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño.
Sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente."
La Constitución de la República Federativa de Brasil, Capítulo VI, Título III (orden social), artículo 225, dispone (traducción libre):
"Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.
1°. Para asegurar la efectividad de este derecho, incumbe al poder público:
I. Preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y procurar el tratamiento ecológico de las especies y ecosistemas; II. preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del país y fiscalizar a las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético; III. definir en todas las unidades de la Federación, espacios territoriales y sus componentes para ser objeto de especial protección, permitiéndose la alteración y la supresión solamente a través de ley, prohibiéndose cualquier uso que comprometa la integridad de los elementos que justifican su protección; IV. exigir, en la forma de la ley, para

en el ordenamiento jurídico nacional. Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado ese carácter ecológico de la carta política, dando carácter fundamental al derecho al ambiente sano, directamente y en su conexidad con la vida y la salud, entre otros[52], que impone deberes correlativos al Estado y a los habitantes del territorio nacional.

En la sentencia C-671 de 2001 de junio 21 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería,[53] señaló esta corporación:

> *"... la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Artículo 366 C.P.*
>
> ... ...
>
> *La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado 'Constitución ecológica',*

---

la instalación de obras o actividades potencialmente causantes de degradación significativa del medio ambiente, un estudio previo del impacto ambiental, al que se dará publicidad; V. controlar la producción, la comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que supongan riesgos para la vida, para la calidad de vida y para el medio ambiente; VI. Promover la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza y la conciencia pública para la preservación del medio ambiente; VII. proteger la fauna y la flora, prohibiéndose, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su fusión ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a la crueldad.
2°. Los que explotasen recursos minerales quedan obligados a reponer el medio ambiente degradado, de acuerdo con la solución técnica exigida por el órgano público competente, en la forma de la ley.
3°. Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado.
4°. La floresta Amazónica brasileña, la Mata Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal Matogrosense y la zona costera son patrimonio nacional, y su utilización se hará en la forma de la ley, dentro de las condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluyendo lo referente al uso de los recursos naturales.
5°. Son indisponibles las tierras desocupadas o las adquiridas por los Estados, a través de acciones discriminatorias, necesarias para la protección de los ecosistemas naturales.
6°. Las fábricas que operen con reactor nuclear deberán tener su localización definida en ley federal, sin la cual no podrán instalarse."

[52] Cfr. T-092 de febrero 19 de 1993, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez y C-671 de junio 21 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

[53] En la mencionada sentencia se declaró la exequibilidad de la *"Enmienda del Protocolo de Montreal aprobada por la Novena Reunión de las Partes, suscrita en Montreal el 17 de septiembre de 1997"*, que desarrolla *"los preceptos constitucionales que consagran la cooperación internacional en campos indispensables para la preservación de la salud y la vida de las personas, contenidos en el Preámbulo y en los artículos 1, 2 y 9 de la Carta. De igual forma, garantiza y respeta la equidad, la reciprocidad y la conveniencia nacional, que deben inspirar las relaciones internacionales en materia política, económica, social y ecológica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 del Estatuto Supremo"*.

> *conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección."*

Respecto de la relación del derecho a un ambiente sano con los derechos a la vida y a la salud, el citado fallo también indicó:

> *"El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental."*

Bajo ese entendido, uno de los principios fundamentales del actual régimen constitucional es la obligación estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8° Const.), en virtud de la cual la carta política recoge y determina[54], a manera de derechos colectivos[55], las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema.

Estas disposiciones establecen (i) el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano; (ii) la obligación estatal y de todas las personas de proteger la diversidad e integridad del ambiente; (iii) la obligación del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar un desarrollo sostenible[56]; y (iv) la función ecológica de la propiedad[57].

---

[54] Artículo 95.8 *ibídem*.
[55] Artículos 79 y 80 ib..
[56] El artículo 3° de la Ley 99 de 1993, *"por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones"*, dispone que por desarrollo sostenible ha de entenderse *"el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades"*. Igualmente, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el artículo 4° indica que *"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"*. Además, en el Convenio sobre la Biodiversidad Biológica, aprobado por Colombia mediante Ley 164 de 1994, se precisó que *"conscientes de que la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica tienen importancia crítica para satisfacer las necesidades alimentarias, de salud y de otra naturaleza de la población mundial en crecimiento, para lo que son esenciales el acceso a los recursos genéticos y a las tecnologías, y la participación en esos recursos y tecnologías. Tomando nota de que, en definitiva, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica fortalecerán las relaciones de amistad entre los Estados y contribuirán a la paz de la humanidad"*.
[57] El artículo 58 de la Constitución, antes y después del Acto Legislativo 1° de agosto 10 de 1999, dispone en su inciso 2° (no está en negrilla en su texto original): *"La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una* ***función ecológica****."*

4.2. Respecto de los deberes impuestos al Estado, la jurisprudencia de esta corporación ha manifestado[58]:

> *"Mientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas -quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-, por la otra se le impone al Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera."*

De ahí que todos los habitantes del territorio colombiano tienen derecho a gozar de un entorno sano y el deber de velar por su conservación. Igualmente, el Estado debe prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer sanciones legales por conductas lesivas del ambiente y exigir la reparación de los daños causados.

4.3. Ahora bien, dentro del marco constitucional, el aprovechamiento de los recursos naturales, aunque es permitido, no puede dar lugar a perjuicios en términos de salubridad individual o social y tampoco puede acarrear un daño o deterioro que atente contra la diversidad e integridad del ambiente. En otras palabras, la Constitución de 1991 apunta a un modelo de **desarrollo sostenible**[59], en el que la actividad productiva debe guiarse por los principios de conservación, restauración y sustitución[60].

---

[58] C-431 de abril 12 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[59] Según la Comisión Mundial del Medio Ambiente de la ONU, puede definirse como *"un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades*". Ver http://www.cinu.org.mx/temas/des_sost.htm.
Uno de los documentos que pretendió crear conciencia en la humanidad sobre la problemática ambiental fue el *"Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo"*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1987, con la participación de 19 Estados, entre ellos Colombia, donde se indicó: *"A mediados del Siglo XX, vimos por primera vez nuestro planeta desde el espacio. Los historiadores seguramente podrán considerar que esta visión tuvo un impacto mayor en el pensamiento que el que tuvo la revolución copernicana del siglo XVI. Desde el espacio, nosotros vemos una pequeña y frágil esfera compuesta no por la actividad humana y las construcciones en general, sino por un esquema de nubes, océanos, zonas verdes, y suelos. La inhabilidad de la humanidad para coordinar sus actividades dentro de tales esquemas está cambiando radicalmente los sistemas planetarios. Muchos de estos cambios están acompañados de peligros que amenazan la vida. Esta nueva realidad coincide con nuevos desarrollos positivos de este siglo. Desde el espacio, nosotros vemos y estudiamos la tierra como un organismo cuya salud depende de la salud de todos sus componentes."*

[60] Art. 80 Const..

Dicho modelo, si bien promueve y reconoce la importancia de la actividad económica privada y, además, admite la explotación mesurada de los recursos naturales, implica una limitación de la actividad privada y la imposición de varias responsabilidades en cabeza de los particulares.

En resumen, la conservación del ambiente no solo es considerada como un asunto de interés general, sino principalmente como un derecho internacional y local de rango constitucional, del cual son titulares todos los seres humanos, *"en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud"*[61].

Al efecto, la Constitución de 1991 impuso al Estado colombiano la obligación de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar de un ambiente sano, y dispuso el deber de todos de contribuir a tal fin, mediante la participación en la toma de decisiones ambientales y el ejercicio de acciones públicas[62] y otras garantías individuales[63], entre otros.

Quinto. Vulneración o amenaza de los derechos a la intimidad, a la vida y a la salud por la contaminación ambiental y, específicamente, por la emisión de partículas de carbón.

5.1. Los derechos del ser humano a la salud y a la indemnidad, suelen resultar afectados por las alteraciones que se ciernan contra el ambiente sano, particularmente cuando se altera la calidad de elementos vitales, como el agua y el aire, en virtud de la relación inmanente entre ellos, que impide escindir su consideración y salvaguarda. Así lo ha señalado esta Corte[64]:

> *"Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cobija a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son.*
>
> *Cuando se habla del derecho a la salud, no se está haciendo cosa distinta a identificar un objeto jurídico concreto del derecho a la vida, y lo mismo ocurre cuando se refiere al derecho a la integridad física. Es decir, se trata de concreciones del derecho a la vida, mas no de bienes jurídicos desligados de la vida humana,*

---

[61] T-458 de mayo 31 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[62] Art. 88 Const..
[63] Arts. 11, 49 (incisos 1°, 2° y 5°), 67 (inciso 2°) y 330 (numeral 5°) Const. , entre otros.
[64] T-494 de octubre 20 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

porque su conexidad próxima es inminente. En cambio, respecto de los demás derechos fundamentales la conexidad con el derecho a la vida no es directa, sino que aquellos se refieren siempre a éste, pero de manera indirecta y mediata."

5.2. Igualmente, el derecho a un ambiente sano presenta una innegable conexión con la intimidad de las personas (art. 15 Const.), de manera que la lesión del primero puede redundar contra el disfrute y efectividad del segundo, ya que puede coartar la autodeterminación de las personas, en razón a condiciones a las cuales se puedan ver expuestos en el interior de sus moradas, que implican molestias para desarrollarse en su ámbito privado personal y familiar. Así lo ha señalado esta corporación[65]:

"Modernamente, la jurisprudencia constitucional ha extendido la protección del ámbito o esfera de la vida privada, implícita en el derecho fundamental a la intimidad, a elementos o situaciones inmateriales como 'el no ser molestado' o 'el estar a cubierto de injerencias arbitrarias', trascendiendo la mera concepción espacial o física de la intimidad, que se concretaba en las garantías de inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. El ruido molesto y evitable es un fenómeno percibido desde la órbita jurídica constitucional como una 'injerencia arbitraria' que afecta la intimidad de la persona o de la familia…

El particular que, prevalido de la inacción de las autoridades públicas, contamina el aire y ocasiona molestias a las personas que permanecen en sus hogares hasta un grado que no están obligadas a soportar, vulnera simultáneamente el derecho a un ambiente sano y el derecho fundamental a la intimidad (CP arts. 15 y 28). La generación de mal olor en desarrollo de la actividad industrial es arbitraria cuando, pese a la existencia de normas sanitarias y debido al deficiente control de la autoridad pública, causa molestias significativamente desproporcionadas a una persona hasta el grado de impedirle gozar de su intimidad."

De esta manera, ante la realización por una empresa o entidad de una actividad económica que pueda producir contaminación del ambiente, resultando ineficaces o insuficientes los controles que por ella misma corresponde implantar, al igual que aquellos radicados en las autoridades competentes para mantener las condiciones básicas ambientales que permitan preservar la calidad de vida y proporcionar un bienestar general, se vulnera el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de quienes resulten afectados por la contaminación en distintas formas, más notoriamente la auditiva y la paisajística en esa perturbación contra la intimidad.

---

[65] T-219 de mayo 4 de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5.3. Sin duda, la explotación, transporte y almacenamiento de carbón genera dispersión de partículas, que afectan la pureza del aire[66], al igual que la tierra y el agua donde finalmente caen. En tal virtud, esas actividades deben estar sometidas a vigilancia, con específicas y severas medidas sanitarias y de control, tendientes a proteger la indemnidad del ambiente, el bienestar general y, particularmente, la salud y demás derechos de la población circunvecina[67].

Tal actividad de vigilancia está regulada en Colombia en la Ley 9 de 1979, *"por la cual se dictan medidas sanitarias"*, que en materia de protección del ambiente en cuanto a emisiones atmosféricas, asignaba al Ministerio de Salud el deber de reglamentar la preservación de la calidad del aire, según los postulados de esa Ley y del Decreto Ley 2811 de 1974, Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

El Decreto 02 de 1982, *"por el cual se reglamentan parcialmente el Título I de la Ley 09 de 1979 y el Decreto-ley 2811 de 1974, en cuanto emisiones atmosféricas"*, censuró la alteración del aire por *"la presencia o acción de los contaminantes en condiciones tales de duración, concentración o intensidad,*

---

[66] El Decretó 948 de junio 5 de 1995, *"por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 23 de 1973, los artículos 33, 73, 74, 75 y 75 del Decreto-Ley 2811 de 1974; los artículos 41, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley 9 de 1979; y la Ley 99 de 1993, en relación con la prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire"*, dispone:
"Artículo 3º.- Tipos de Contaminantes del Aire. Son contaminantes de primer grado, aquellos que afectan la calidad del aire o el nivel de inmisión, tales como el ozono troposférico o smog fotoquímico y sus precursores, el monóxido de carbono, el material particulado, el dióxido de nitrógeno, el dióxido de azufre y el plomo.
Son contaminantes tóxicos de primer grado aquellos que emitidos, bien sea en forma rutinaria o de manera accidental, pueden causar cáncer, enfermedades agudas o defectos de nacimiento y mutaciones genéticas."
"Artículo 35.- En las operaciones de almacenamiento, carga, descarga y transporte de carbón y otros materiales particulados a granel, es obligatorio el uso de sistemas de humectación o de técnicas o medios adecuados de apilamiento, absorción o cobertura de la carga, que eviten al máximo posible las emisiones fugitivas de polvillo al aire."
"Artículo 37.- Sustancias de Emisión Controlada en Fuentes Móviles Terrestres. Se prohíbe la descarga al aire, por parte de cualquier fuente móvil, en concentraciones superiores a las previstas en las normas de emisión, de contaminantes tales como monóxido de carbono (CO), hidrocarburos (HC), óxidos de nitrógeno (NOX), partículas, y otros que el Ministerio del Medio Ambiente determine, cuando las circunstancias así lo ameriten."
"Artículo 73.- Parágrafo 3º.- No requerirán permiso de emisión atmosférica las quemas incidentales en campos de explotación de gas o hidrocarburos, efectuadas para la atención de eventos o emergencias."
"Artículo 93.- Medidas para Atención de Episodios. Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 979 de 2006. Cuando en virtud del resultado de estudios técnicos de observación y seguimiento de la calidad del aire en un área, se declare alguno de los niveles de Prevención, Alerta o Emergencia, además de las otras medidas que fueren necesarias para restablecer el equilibrio alterado, la autoridad ambiental competente procederá, según las circunstancias lo aconsejen, a la adopción de las siguientes:
1. En el nivel de prevención:
... ...
d) Ejercer estricta vigilancia sobre las fuentes fijas que más incidan en la elevación de los niveles de concentración de contaminantes, tales como las que empleen carbón, fuel oil o crudo como combustible, restringir la emisión de humos y su opacidad y reducir su tiempo máximo de exposición."
"Artículo 95.- Obligación de Planes de Contingencia. Sin perjuicio de la facultad de la autoridad ambiental para establecer otros casos, quienes exploren, exploten, manufacturen, refinen, transformen, procesen, transporten, o almacenen hidrocarburos o sustancias tóxicas que puedan ser nocivas para la salud, los recursos naturales renovables o el medio ambiente, deberán estar provistos de un plan de contingencia que contemple todo el sistema de seguridad, prevención, organización de respuesta, equipos, personal capacitado y presupuesto para la prevención y control de emisiones contaminantes y reparación de daños, que deberá ser presentado a la Autoridad Ambiental Competente para su aprobación."
[67] Cfr. T-203 de marzo 23 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

que afecten la vida y la salud humana, animal o vegetal; los bienes materiales del hombre o de la comunidad, o interfieran su bienestar".

5.4. Recuérdese que en virtud del *"Convenio sobre la Diversidad Biológica"*, suscrito en Río de Janeiro en 1992, aprobado por Ley 165 de 1994, Colombia contrajo el compromiso internacional de proteger la diversidad e integridad del ambiente y de conservar las áreas de especial importancia ecológica, adquiriendo la obligación, entre varias también reiteradas por otros instrumentos transnacionales, de explotar sus recursos naturales de manera que no se perjudique el equilibrio ecológico. Esta Corte, en fallo C-519 de noviembre 21 de 1994, declaró exequibles ese Convenio y la Ley aprobatoria.

El incumplimiento de las normas sobre mantenimiento de la calidad del aire conlleva, en consecuencia, no solo un desconocimiento del derecho colectivo al ambiente sano y los individualizables de la vida y la salud, entre otros, sino un quebrantamiento grave de deberes internacionales,

5.5. Acudiendo al derecho trasnacional, la Corte Europea de Derechos Humanos ha emitido diversos fallos relativos a la protección del ambiente y su conexidad con la salud pública, algunos de los cuales serán evocados a continuación, con la reafirmación del deber de actuar de las autoridades para asegurar el respeto a esos derechos y prevenir su afectación[68].

5.5.1. En el caso **Oneryildiz vs. Turquía**[69], dicha Corte Europea determinó que *"la obligación de respetar los derechos incluían el deber positivo de actuar para asegurar el resguardo de los derechos de las personas bajo su jurisdicción"*. Oneryildiz, basurero en Estambul, generó una explosión de metano que afectó a una población adyacente, causando la muerte de 39 personas. Esa Corte señaló que las empresas responsables del manejo de los detritos, tenían la obligación de adoptar pasos apropiados para salvaguardar la vida de las personas, más aún cuando se trate de *"actividades industriales, que por su propia naturaleza son peligrosas"*.

Se anotó que tratándose de actividades peligrosas, deben adoptarse reglamentos dirigidos a regular las características especiales para su ejercicio, particularmente con consideración al nivel de riesgo potencial a las vidas humanas. Agregó que: *"Ellos deben gobernar los permisos, establecimiento, operación, seguridad y supervisión de la actividad y deben hacer obligatorio para todos los involucrados la adopción de medidas prácticas para asegurar la efectiva protección de ciudadanos cuyas vidas puedan estar en peligro por los riesgos inherentes"*[70].

Adicionalmente, ese tribunal abordó el problema de la negligencia, y distinguió entre error de juicio o falta de cuidado, y la omisión de medidas

---

[68] Los casos son tomados del sitio web: http://www.ciel.org/Publications/Morellana_DDHH_Nov07.pdf.
[69] Sentencia de noviembre 30 de 2004, aplicación N° 48939/99, párr. 71 & 89.
[70] *Ibídem*, párr. 90 (traducción libre).

necesarias y suficientes para hacer frente a los riesgos inherentes en actividades peligrosas, a pesar del conocimiento de las consecuencias[71]. Concluyó que *"el conocimiento que tenían o debían tener las autoridades acerca de los riesgos reales implicaba la obligación positiva de tomar medidas preventivas que fueren efectivas para proteger a los individuos"*[72].

De tal manera, la citada Corte Europea encontró responsable a Turquía en el caso Oneryildiz, indicando que *"los oficiales y autoridades (del Estado) no hicieron todo lo posible para proteger a las víctimas del riesgo inmediato y conocido al que estaban expuestos"*[73].

5.5.2. En el caso **López Ostra vs. España**[74], las autoridades permitieron la instalación de una planta contaminante en tierras propiedad del municipio de Lorca (Murcia), con subsidios del Estado. Aunque las autoridades relocalizaron sin costo a los residentes y suspendieron parcialmente ciertas operaciones de la planta, se permitió su funcionamiento por años, afectando a los peticionarios[75].

En tal virtud, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que la municipalidad y otras autoridades contribuyeron a prolongar la situación, inaplicando resoluciones judiciales[76], por lo cual concluyó que España desconoció *"el derecho al respeto del hogar de los peticionarios al no adoptar medidas razonables y efectivas para tutelar los derechos humanos"*[77].

5.5.3. En el caso **Fadeyeva vs. Rusia**[78], la Corte Europea determinó que el Estado ruso, a pesar de no haber causado de manera directa las violaciones contra derechos de pobladores de la ciudad de Cherepovets, generadas por una fábrica allí ubicada, si estaba en posibilidad de conocer que la contaminación se estaba produciendo.

Ese tribunal europeo analizó el caso bajo la óptica del deber del Estado de actuar y adoptar medidas razonables y apropiadas para proteger los derechos, habiendo determinado que la contaminación ambiental no era el resultado de eventos repentinos ni inesperados sino, al contrario, *"llevaba ya tiempo de existir y era bien conocida"*[79].

Observó que la contaminación en Cherepovets *"era causada en un 95% por la fábrica, a diferencia de otras ciudades donde un gran número de fuentes contribuyen a la contaminación"*; en este sentido, *"los problemas ambientales eran específicos y atribuibles a una particular empresa"*, de manera que las

---

[71] Párr. 93 ib..
[72] Párr. 101 ib..
[73] Párr. 109 ib..
[74] Sentencia de noviembre 23 de 1994, aplicación N° 16798/90.
[75] Párrs. 47 y 53 ib..
[76] Párr. 56 ib..
[77] Párrs. 51 y 58 ib..
[78] Sentencia de junio 9 de 2005, aplicación N° 55723/00.
[79] Págs. 21 y 22 ib..

autoridades del Estado son responsables de haber violado los derechos humanos de los peticionarios, pues no confrontaron los riesgos ni adoptaron medidas adecuadas para prevenirlos y reducir el daño ambiental[80].

5.5.4. Frente al caso **Taskin y otros vs. Turquía**[81], la Corte Europea estableció responsabilidad del Estado en violación de derechos humanos, al no considerar los posibles peligros a los que se exponía a la población al permitir actividades mineras (carboníferas), aún sin que se haya comprobado daños a la salud o a los hogares de los demandantes[82].

En el referido caso, la justicia de Turquía había anulado permisos a operaciones mineras con cianuro, atendiendo expresamente obligaciones positivas en protección de los derechos a la vida y al ambiente saludable[83]. Empero, las autoridades administrativas permitieron que las operaciones mineras continuaran, desconociendo los riesgos generados a la población.

La Corte Europea expresó que al determinarse *"complejos temas de política ambiental y económica, los procesos decisorios deben incluir investigaciones y estudios que permitan predecir y evaluar anticipadamente los efectos que pudieran afectar al medio ambiente y los derechos de las personas. Se encuentra más allá de toda duda, la importancia del acceso público a las conclusiones de dichos estudios, y a la información que les sirven de base"*[84].

En consecuencia, esa Corte determinó que los agentes del Estado no llevaron a cabo directamente las acciones violatorias, pero Turquía sí violó derechos establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos, *"por el hecho de permitir que terceros lleven a cabo, o continúen llevando a cabo, acciones violatorias de derechos humanos"*. En este sentido, la obligación de respetar los derechos consagrados en dicha Convención conlleva también el deber de garantizar su efectivo goce.

5.5.5. Otro caso relevante es **Dubetska y otros vs. Ucrania**[85], que versó sobre la contaminación procedente de una mina y una planta de procesamiento de carbón, de propiedad del Estado. Los demandantes, residentes en una zona rural muy cercana a dichas instalaciones, fueron expuestos durante años a un alto riesgo de padecer cáncer y enfermedades renales y respiratorias, según los estudios de autoridades nacionales y de diversas entidades privadas, *"debido no sólo a la presencia de elevados niveles de concentración de sustancias peligrosas en el aire, sino también a la contaminación de las aguas subterráneas, proveniente de las infiltraciones en las escombreras. Al mismo*

[80] Pág. 22 ib..
[81] Sentencia de noviembre 10 de 2004, aplicación N° 46117/99.
[82] Párr. 121 ib..
[83] Párr. 119 ib.
[84] Párr. 119 ib..
[85] Sentencia de febrero 11 de 2011, aplicación N° 30499/03.

tiempo, los habitantes sufrían también inundaciones y hundimientos del suelo"[86].

Ante esta situación, las autoridades ucranianas decidieron facilitar una nueva vivienda a los afectados en otra zona, pero debido a la demora en el cumplimiento cada familia presentó una demanda civil, con resultados diversos, pues a unos se les reconoció el derecho a ser reubicados, mientras a otros se les denegó, *"inter alia, porque los responsables de la empresa habían tomado ya medidas para limitar la polución"*.

En dicho asunto, los demandantes alegaron sufrir *"respecto a los derechos garantizados en el artículo 8 del Convenio. De conformidad con los criterios presentes en la sólida jurisprudencia existente en la materia, la Corte indica que han sido facilitados una cantidad considerable de datos que evidencian que, durante al menos doce años transcurridos desde la entrada en vigor de la Convención respecto a Ucrania, los demandante habían vivido en una zona insegura según el marco legislativo y los estudios empíricos"*.

Dicha Corte consideró que *"aunque los demandantes son libres de moverse a otro lugar, no les resultaba factible llevar a cabo el cambio de residencia sin el apoyo económico del Estado, más aún cuando su actual vivienda había sufrido una importante depreciación al estar ubicada en una zona saturada ambientalmente"*.

5.6. Otro caso relevante en el derecho trasnacional fue resuelto por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[87], al encontrar a **Nigeria** responsable de violaciones a derechos padecidas por comunidades de **Ogoniland**, causadas por el vertimiento al ambiente de desechos tóxicos, por parte de la empresa Shell, sin que se tomaran las medidas necesarias para impedir la afectación de las aldeas. Dicha contaminación generó complicaciones de salud, incluyendo afecciones en la piel y complicaciones gastrointestinales y reproductivas[88].

La Comisión Africana halló que Nigeria había conculcado a las comunidades Ogoni la disponibilidad de sus recursos naturales, así como sus derechos a la vida, la salud, el ambiente sano, la vivienda y la comida, dejándolas desprotegidas al no evitar ni sancionar los vertimientos, no obstante tener los gobiernos *"la obligación de proteger a sus ciudadanos, no sólo a través de legislación apropiada y fiscalización efectiva, sino también protegiéndolos de actos perjudiciales que puedan ser perpetrados por terceras personas"*[89].

---

[86] http://www.actualidadjuridicaambiental.com/?p=7013.

[87] Comisión Africana, Comunicación N° 155-96 (2001), Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria.

[88] Cabe resaltar que en el *caso de las Comunidades Ogoni*, éstas no fueron consultadas acerca de las decisiones, ni se beneficiaron materialmente de la explotación petrolera.

[89] Párr. 59 ib..

5.7. Esos pronunciamientos trasnacionales coinciden con la jurisprudencia de la Corte Constitucional[90], que ha concluido que el ambiente sano constituye un derecho fundamental, acorde con la protección con la que se debe blindar nada menos que la preservación de las posibilidades de vida en el planeta tierra.

5.8. Es relevante acudir también, por otra parte, a las **guías recomendadas** por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y a las **normas de calidad** del aire en exteriores frente a contaminantes tradicionales, establecidas en América Latina y el Caribe, Canadá, China, Estados Unidos de América, Japón y la Unión Europea.

Las guías señalan el estimado del nivel de concentración de un contaminante en el aire, al cual pueden estar expuestos los seres humanos durante un tiempo promedio determinado, sin riesgos apreciables para la salud. Ese estimado es, sin embargo, una simple recomendación sin vigor coercitivo.

Las normas de calidad son ya disposiciones legales, que fijan el límite máximo permisible de concentración de un contaminante del aire durante un tiempo promedio de muestreo determinado, definido con el propósito de proteger el ambiente y, consecuencialmente, la salud[91].

Según las normas de calidad del aire en exteriores fijadas en América Latina, el Caribe, Canadá, China, Estados Unidos de América, Japón y la Unión Europea, son seis (6) los contaminantes tradicionales, a saber, dióxido de azufre (SO2), monóxido de carbono (CO), dióxido de nitrógeno (NO2), ozono (O3), material particulado en suspensión (MP) y plomo (Pb). El presente análisis se circunscribe al material particulado (MP), esto es, las partículas sólidas o líquidas suspendidas en el aire producidas por la quema incompleta del combustible para motores diesel y los combustibles sólidos, como la madera y **el carbón**[92], debiendo tomarse en cuenta también la volatilidad del polvillo de éste, acentuada si se extrae, almacena o transporta sin cubierta.

Esas partículas (MP) tienen una *"composición química diversa y su tamaño varía de 0.005 a 100 mm de diámetro aerodinámico"*[93]; pueden causar daño al tejido pulmonar, siendo más vulnerables los niños, los adultos mayores y

---

[90] Cfr., entre otras, T-500 de julio 3 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

[91] Cfrt. Tecnologías y Contaminación de Atmósferas, para PYMES, Grupo de Investigación en Láseres, Espectroscopía Molecular y Química Cuántica. Universidad de Murcia. Consultado en: http://www.um.es/LEQ/Atmosferas/Ch-I-2/F1s0p1.htm.

[92] Es importante señalar que las variaciones en la norma para un contaminante entre diferentes países dependen principalmente del enfoque usado en el proceso de formulación y el modo en que se implementa la norma dentro de la estrategia del manejo de la calidad del aire. Por ejemplo: *"i) En algunos países se incluyen las consideraciones económicas en el proceso de fijación de normas mientras que en otros no; ii) En algunos países la ley fija plazos específicos para el cumplimiento de las normas mientras que en otros, las normas son objetivos para lograr a largo plazo sin fecha límite; iii) En algunos países se revisan las normas periódicamente mientras que en otros no. Además, dependiendo de la importancia del contaminante para el país, el proceso de revisión de la norma para cierto contaminante puede tener mayor o menor prioridad; iv) En algunos países las normas se han clasificado en primarias y secundarias, mientras que en otros se han clasificado de acuerdo con otros parámetros como, por ejemplo, la región en la cual se deben cumplir."* (Tomado de: http://www.um.es/LEQ/Atmosferas/Ch-I-2/F1s0p1.htm).

[93] Ibídem.

quienes padezcan influenza, asma o enfermedades pulmonares y cardíacas crónicas[94].

Antes se consideraba que todas las partículas suspendidas en el aire (partículas totales en suspensión, PTS) afectaban la salud de la misma forma, pero *"recientemente se ha demostrado que las partículas que más afectan la salud son aquellas con diámetro aerodinámico menor de 10 mm (MP10) y, más aún, aquéllas con diámetro aerodinámico menor de 2,5 mm (MP2,5)"*[95].

Empero, la OMS aún no establece un umbral para los efectos del material particulado en la salud. Por ello, las guías para MP se representan por asociaciones estadísticamente significativas, entre el incremento de los efectos observados y *"el incremento de las concentraciones de MP10, MP2,5 y sulfatos"*[96].

5.9. Para mayor información, podría acudirse a las gráficas que ilustran el análisis obrante en la página abajo citada[97], que muestran i) el porcentaje de aumento de la mortalidad diaria y hospitalizaciones atribuidas al acrecentamiento de las concentraciones de MP y sulfatos; ii) el incremento en el porcentaje del uso de broncodilatadores, exacerbación de los síntomas respiratorios, tos y flujo atribuido al aumento de las concentraciones de MP; iii) los valores límite para la protección de la salud pública, los tiempos promedio de muestreo y frecuencias de excedencia permitida para las normas de PTS y MP10 en América Latina, el Caribe, Canadá, China, Estados Unidos, Japón y la Unión Europea.

5.10. El muestreo de MP, establecido en las normas respectivas, generalmente se realiza por medio de *"la captación del MP en un filtro o la separación inercial, seguidos de la determinación gravimétrica de la masa, en muestras de 24 horas"*. Por ejemplo, en Ecuador se observa que la frecuencia mínima de muestreo es cada tres días, es decir, que dichos métodos automáticos recientemente desarrollados para la medición continua de MP parten de la

---

[94] Las guías de calidad del aire de la OMS relativas al material particulado, el ozono, el dióxido de nitrógeno y el dióxido de azufre de 2005 señalan que *"el aire limpio es un requisito básico de la salud y el bienestar humanos. Sin embargo, su contaminación sigue representando una amenaza importante para la salud en todo el mundo. Según una evaluación de la OMS de la carga de enfermedad debida a la contaminación del aire, son más de dos millones las muertes prematuras que se pueden atribuir cada año a los efectos de la contaminación del aire en espacios abiertos urbanos y en espacios cerrados (producida por la quema de combustibles sólidos). Más de la mitad de esta carga de enfermedad recae en las poblaciones de los países en desarrollo"*.

[95] Cfr. http://www.um.es/LEQ/Atmosferas/Ch-I-2/F1s0p1.htm.

[96] Guías de calidad del aire de la OMS relativas al material particulado, el ozono, el dióxido de nitrógeno y el dióxido de azufre, de 2005.

[97] Los dos primeros gráficos *"no se deben usar para concentraciones de MP10 inferiores a 20 mg/m3 o superiores a 200 mg/m3 para un tiempo promedio de exposición de 24 horas y para concentraciones de MP2,5 inferiores a 10 mg/m3 o superiores a 100 mg/m3 para un tiempo promedio de exposición de 24 horas. Por ejemplo, para una concentración de MP10 de 100 mg/m3 para un tiempo promedio de muestreo de 24 horas la figura 2 indica que habrá un aumento en la mortalidad diaria atribuida al MP del 7%."* (http://www.um.es/LEQ/Atmosferas/Ch-I-2/F1s0p1.htm).

atenuación *"de la radiación beta, la microbalanza oscilatoria y la microbalanza piezoeléctrica"*[98].

En normas de otros países se han establecido umbrales de alerta, de manera que cuando las concentraciones de MP sobrepasan el umbral, se toman medidas inmediatas para reducir las emisiones y prevenir a la población. Un ejemplo de ello es Brasil, donde se establecieron tres umbrales de alerta, por encima de los cuales se toman medidas cada vez más estrictas, *"250 mg/m3 (atención), 420 mg/m3 (alerta) y 500 mg/m3 (emergencia) para un tiempo promedio de muestreo de 24 horas. Los planes de acción para mejorar la calidad del aire deben especificar las medidas que se deben tomar en caso de que los niveles de contaminación sobrepasen los umbrales de alerta"*[99].

5.11. En Colombia, según un análisis realizado en 2005 (documento Conpes 3344 de marzo 14 de 2005), la contaminación del aire tenía su causa principal en el uso de combustibles fósiles: *"Las mayores emisiones de material particulado menor a 10 micras (PM10), óxidos de nitrógeno (NOx) y monóxido de carbono (CO) estaban ocasionadas por las fuentes móviles*[100]*, mientras que las de partículas suspendidas totales (PST) y óxidos de azufre (SOx) eran generadas por las fuentes fijas*[101]*"*.

En *"Política de Prevención y Control de la Contaminación del Aire"*, que publicó en 2010 el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, se anotó que *"el documento Conpes 3344 mencionó que en el país, el contaminante monitoreado de mayor interés, dados sus demostrados efectos nocivos sobre la salud humana era el material particulado (PST y PM10) y que con frecuencia las concentraciones de este contaminante superaban los estándares ambientales de la regulación vigente. Sin embargo, el material particulado menor a 2,5 micras (PM2.5), contaminante que afecta de manera importante la salud de las personas,* ***no era medido ni exigido por la legislación colombiana****"* (no está en negrilla en el texto original).

El referido documento Conpes denotó que la atención institucional resultaba adecuada para el desarrollo de una gestión descentralizada de prevención y control de la contaminación del aire, a la luz de las regulaciones y lineamientos de política definidos por el Gobierno Nacional. Empero, dado que existen enormes diferencias entre las autoridades ambientales frente a su capacidad institucional, leyéndose en tal documento que *"el fortalecimiento de las más débiles sería condición necesaria para implementar con éxito políticas de calidad del aire"*.

---

[98] Sobre los métodos de referencia puede obtenerse información detallada en los documentos de la ISO en la página web http://www.iso.ch/cate/1304020.html), y en los documentos sobre contaminantes criterio tradicionales de la EPA (http://www.epa.gov/ttn/amtic/ pm.html).

[99] Ibídem.

[100] *"Vehículos, motocicletas, trenes, aviones, barcos, etc., que utilizan fuentes fósiles de energía."*

[101] *"Establecimientos industriales y termoeléctricas, principalmente."*

Se identificó que las autoridades ambientales y en particular las de orden sectorial, desarrollaron instrumentos normativos, en parte generados aisladamente, sin observar esos lineamientos de política gubernamental central, no obstante su explicitud y concertación entre las entidades. A su vez, los sectores diseñaron algunas políticas y regulaciones, inopinadamente alejadas de las consideraciones ambientales.

El documento Conpes en cita también incluyó que *"con frecuencia las acciones emprendidas en materia de control de la contaminación del aire no eran objeto de evaluación, debido a las debilidades técnicas e institucionales de algunas instituciones nacionales y regionales del Sistema Nacional Ambiental, en particular en lo relativo a su capacidad para recolectar, administrar y analizar la información ambiental, económica y de salud requerida para este tipo de evaluaciones"*, significando que la regulación del control de la contaminación no estaba completa y la existente desactualizada, al no analizar las nuevas realidades ambientales, demográficas, económicas y tecnológicas del país, ni específicamente de las regiones.

Finalmente, se identificó la necesidad de establecer un plan de acción con actividades coordinadas, con el objetivo de construir la política nacional para la prevención y el control de la contaminación del aire.

El diagnóstico de la situación ambiental del país incluye la determinación del estado actual de las redes de calidad del aire, principales instrumentos para determinar el grado de esa contaminación[102]; la identificación y origen de los contaminantes críticos en los centros urbanos con mayor contaminación atmosférica; la evaluación del efecto sobre la salud de la población; y el aporte negativo de cada tipo de fuente en la contaminación del aire.

Así, un estudio *"epidemiológico de Bogotá, realizado en conjunto con la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, analizó una muestra de 610 niños y niñas menores de 5 años expuestos a diferentes niveles de concentración de material particulado menor a 10 micras (PM10) en las localidades de Puente Aranda, Kennedy y Fontibón. Se detectó que el 79,6% de los niños presentó chillidos o silbidos en el pecho en los jardines infantiles ubicados en las zonas de mayor exposición frente al 69% de las zonas de menor exposición. Se detectó que los niños menores de 5 años que van a jardines infantiles y están expuestos a mayor contaminación del aire tienen 1,7 veces más riesgo de ausentismo escolar por enfermedad respiratoria. Los resultados preliminares concuerdan con la literatura y evidencian la relación entre contaminación del aire por material particulado respirable y síntomas respiratorios en las localidades de Bogotá. Se resalta la importancia de tener en cuenta tanto la contaminación intramural como extramural"*[103].

---

[102] Las redes de calidad del aire son sistemas conformados por estaciones permanentes de calidad del aire que cuentan con equipos de medición de contaminantes en el aire.
[103] Según se presente al interior de un recinto, o afuera.

En este sentido, el documento Conpes 3550 de julio 4 de 2008, que contiene los lineamientos para la formulación de la Política de Salud Ambiental con énfasis en los componentes de calidad de aire y agua y seguridad química, identificó la amplia incertidumbre que existe en el país acerca del beneficio que para la salud general puede derivarse de las intervenciones que se puedan estar realizando en prevención y control de la contaminación del aire.

Identificó también que las mediciones adelantadas por las autoridades de salud y ambiente, han sido por lo general desarticuladas e intermitentes, denotando *"que se requiere integrar la información de salud y calidad del aire para realizar el seguimiento de los impactos de la salud a causa de las condiciones del ambiente, con base en información epidemiológica, lo que implica sistemas de información integrados, con equipos de investigación y seguimiento y en lo posible con capacidad de análisis prospectivo y pronóstico"*[104].

5.12. El entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial actualizó la normativa relacionada con las variables que afectan la calidad del aire en el país. Así, expidió en abril 3 de 2006 el Decreto 979, y en marzo 4 de 2010 la Resolución N° 610, indicando los estándares de calidad del aire y fijando medidas para la atención de episodios, según niveles de prevención, alerta y emergencia[105].

Igualmente, en el citado Decreto 979 de 2006 se reglamentó la clasificación de Áreas-Fuente de Contaminación, para que las corporaciones y autoridades ambientales implementaran, de requerirse, planes de reducción de la contaminación y de contingencia en las áreas contaminadas, con ayuda de autoridades de tránsito, de salud y de planeación, entre otras.

5.13. Por otra parte, el *"Informe Anual sobre el Estado del Medio Ambiente y los Recursos Naturales Renovables en Colombia, Calidad del Aire"*, elaborado por IDEAM en 2007, evidenció que, en general, *"el material particulado (MP) es el contaminante que más deteriora la calidad del aire al superar los límites máximos permisibles tanto anuales como diarios en la mayoría de las redes que miden este contaminante. El ozono troposférico también alcanza concentraciones críticas en las zonas en las cuales ha sido monitoreado este contaminante, mientras que los valores encontrados para óxidos de nitrógeno y de azufre en la mayoría de las redes se mantiene dentro de los estándares establecidos"*.

En informe rendido por IDEAM en 2010 sobre el Estado del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, se indicó que *"en el año 2009 la variación en el monitoreo de cada uno de los principales contaminantes*

---

[104] Política de Prevención y Control de la Contaminación del Aire, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010.
[105] La elaboración de esta reglamentación contó con el apoyo del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales y las autoridades ambientales.

atmosféricos respecto al diagnóstico presentado en el Informe de calidad del aire 2007[106]*, evidencia en los diferentes SVCA una tendencia a disminuir el monitoreo de contaminantes como el dióxido de azufre SO2 y el dióxido de nitrógeno NO2, y en menor medida el ozono O3 y el monóxido de carbono CO. En el mismo sentido, con respecto al material particulado la tendencia es a la disminución en el número de estaciones que monitorean Partículas Suspendidas totales PST, para* ***dar prioridad al monitoreo de material particulado menor a 10 micras PM10 y material particulado menor a 2.5 micras PM2.5, debido a la importancia que representa este tipo de material en cuanto al grado de afectación a la salud humana****".*

Sexta. A falta de certeza científica, debe ser aplicado el principio de precaución.

6.1. El Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro de 1992 incluyó 27 principios generales, advirtiendo que, con el fin de proteger el ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución, conforme a sus capacidades, *"cuando haya peligro de daño grave e 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****"* (no está en negrilla en el original, como tampoco en la cita anterior ni en las subsiguientes).

6.2. El numeral 6° del artículo 1° de la Ley 99 de diciembre 22 de 1993, consagró dicho criterio de precaución como un principio general, indicando que la política ambiental se fundamenta en criterios y estudios científicos, mas *"las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual,* ***cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente****".*

Esta corporación en fallo C-293 de abril 23 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, explicó que la autoridad ambiental es competente para aplicar el principio de precaución, mediante un acto administrativo motivado, en el caso de observarse *"un peligro de daño, que éste sea grave e irreversible, que exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta, que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente".*

Después, en sentencia T-299 de abril 3 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte realizó un resumen completo de la jurisprudencia constitucional existente hasta ese momento sobre la relevancia, el alcance y la aplicación en el ordenamiento jurídico interno del mencionado principio. Así se concluyó:

---

106 *"El micrómetro o micra es la unidad de longitud equivalente a una millonésima parte de un metro. Su símbolo científico es µm."*

> *"(i) El Estado Colombiano manifestó su interés por aplicar el principio de precaución al suscribir la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; (ii) el principio hace parte del ordenamiento positivo, con rango legal, a partir de la expedición de la Ley 99 de 1993; (iii) esta decisión del legislativo no se opone a la constitución; por el contrario, es consistente con el principio de libre autodeterminación de los pueblos, y con los* ***deberes del Estado relativos a la protección del medio ambiente****; (iv) el Estado ha suscrito otros instrumentos internacionales, relativos al control de sustancias químicas en los que* ***se incluye el principio de precaución como una obligación que debe ser cumplida de conformidad con el principio de buena fe del derecho internacional****; (v)…* ***el principio de precaución se encuentra constitucionalizado pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas (art. 266 CP) y de los deberes de protección y prevención contenidos en los artículos 78, 79 y 80 de la Carta****."*[107]

6.3. Es además ilustrativo acudir, en ámbito trasnacional de otras latitudes, a lo estatuido en el numeral 2° del artículo 174 de la Constitución de la Comunidad Europea, en cuanto consagra: *"... la política medioambiental de la Unión tendrá como objetivo un* ***nivel elevado de protección****, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los* ***principios de precaución y de acción preventiva****, en el principio de corrección de los daños al medio ambiente, preferentemente en el origen, y en el principio de que quien contamina paga."*

6.4. Así, el principio de precaución conlleva la adopción de medidas eficaces para precaver la degradación del ambiente, sin que pueda sacrificarse su aplicación en aras de la inmadurez científica.

Séptimo. Análisis del caso concreto.

Efectuadas las precisiones precedentes, a partir de los hechos observados y de la cuidadosa apreciación integral del amplio caudal probatorio acopiado en el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte, devienen sustentadas las siguientes consideraciones y conclusiones:

7.1. Es indudable que existe una concentración de partículas de carbón sobre el contorno de la explotación carbonífera de Drummond Ltd., en el corregimiento La Loma del municipio El Paso, Cesar, la cual tiene origen en el proceso de explotación (24 horas diarias), cargue, transporte y, en fin, la operación que se lleva a cabo por dicha empresa.

Así, está demostrado que:

---

[107] Cfr. también C-988/04 (octubre 12), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-071/03 (febrero 4), M. P. Álvaro Tafur Galvis; y C-073/95 (febrero 23), M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

i) La empresa accionada expresó en junio 4 de 2010 que su operaciones se efectúa las 24 horas diarias, argumentando que se *"trata de operaciones mineras que requieren elevadas inversiones de capital y requieren volúmenes máximos de producción durante el período de concesión, para asegurar adecuadas tasas de retorno sobre el capital invertido, estas minas operan en un mercado de precios fluctuantes, por lo que se hace indispensable mantener máximos niveles de producción para conservar la viabilidad económica de una mina durante la vida de la misma"*, por lo que indicó que si dicha actividad se suspende por algún momento del día, no sería eficiente y perdería viabilidad económica (*"los grandes equipos de minería están diseñados para funcionar 24 horas a fin de que resulten más eficientes y económicos"*)[108].

Por otro lado, anotó que *"las consecuencias para sus empleados serían devastadoras puesto que se haría necesario terminar muchos contratos de trabajo y los empleados restantes tendrían que aceptar una compensación más baja y niveles de beneficios reducidos. El Gobierno Nacional y los entes departamentales y municipales sufrirían un serio impacto negativo, debido a las reducciones significativas en regalías e impuestos a todos los niveles. La economía colombiana también sufriría un impacto nocivo importante debido a la reducción de la actividad económica generada hoy en día por Drummond Ltd., ya que la compañía compraría menos bienes y servicios, reduciría significativamente la inversión en infraestructura y afectaría de manera considerable la balanza de pagos del país"*[109].

ii) El hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible señaló en agosto 6 de 2010 que, de conformidad con el Plan de Manejo Ambiental por parte de Drummond Ltd., esta empresa *"presentó un cumplimiento en el 83% de sus obligaciones, sin que sea posible establecer una ponderación respecto al peso de cada obligación; correspondiendo el 17% restante a obligaciones que pudieran presentar una deficiencia parcial"*[110].

En cuanto a las consecuencias ambientales, dicha cartera refirió también que la explotación de carbón a cielo abierto, genera efectos a) físicos, ante la *"remoción de suelo y vegetación, cambios paisajísticos, abatimiento de niveles freáticos, cambios en patrón natural de drenaje, eventuales desvíos o realineamiento de cauces, disminución y alteración del régimen de caudales, posible contaminación puntual de aguas, generación de residuos líquidos y sólidos, deterioro de la calidad de aire por emisión de material particulado y gases y generación de ruido y vibraciones"*; b) bióticos, debido a *"afectación y posible pérdida de cobertura vegetal, afectación y posible pérdida de ecosistemas, afectación a la migración de especies fauna, afectación a recursos hidrobiológicos"*; y c) sociales, por *"cambios en patrones sociales, desplazamiento de poblaciones, generación de expectativas, reasentamiento y*

---

[108] F. 287 cd. Corte.
[109] F. 294 ib..
[110] F. 84 ib..

problemática social asociada, desarrollo regional y local, afectación de actividades de desarrollo futuros, generación de empleo, divisas y regalías, incremento en la demanda de servicios sociales y públicos domiciliarios, modificaciones en situaciones de tensión y afectación del patrimonio cultural"[111].

En cuanto a la visita técnica realizada por un experto en la materia, de dicho Ministerio, se señaló que[112]:

i) La vivienda *"donde habita la familia está construida en ladrillo de arcilla (expuesto) y techo de lámina acanalada de zinc, consta de tres habitaciones y una cocina, no cuenta con electricidad y la preparación de alimentos se realiza en fogón de leña, la cocina no posee chimenea ni un mecanismo de evacuación de humo"*.

ii) El área *"del proyecto minero Pribbenow más cerca al predio identificado como la finca Los Cerros, corresponde al botadero de estériles SO, 1.5 km aproximadamente en dirección S85°W"*.

iii) *"De acuerdo con las consultas realizadas por el doctor Juan Carlos Correa, médico especializado en Salud Pública con experiencia en estudios de calidad del aire y sus efectos en la salud humana, de la Fundación Santa Fe de Bogotá, determinar con certeza si la afectación a la salud de un individuo en particular o un grupo pequeño de individuos es debida al material particulado proveniente de la explotación minera no es posible. Esto se debe a que existen múltiples factores de riesgo que pueden estar afectando a las personas simultáneamente pero que cuya contribución individual al desarrollo de una enfermedad no se puede determinar. Es así como otros factores como cocinar en leña en un espacio no ventilado adecuadamente o el hacinamiento pueden contribuir al desarrollo de una enfermedad respiratoria."*

7.2. Los elementos de convicción allegados por esta corporación, permiten cotejar algunas observaciones divergentes entre lo señalado por el Ministerio de Ambiente y por la sociedad accionada.

En efecto, mediante Resolución N° 1525 de agosto 6 de 2010, *"por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos en contra de la resolución N° 0970 del 20 de mayo de 2010"*, que fue emitida por esa cartera un día después de la respuesta enviada a esta Corte, se determinó, para el período entre 2007 y 2010, una *"fuente de contaminación alta para la zona del asentamiento humano Municipio de El Paso"*, por lo que se ordenó a Drummond Ltd. realizar *"un censo dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, para lo cual deberán contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y de las autoridades*

[111] Fs. 78 a 79 ib..
[112] Fs. 332 a 336 ib..

municipales. Dicho censo deberá ser registrado ante las Alcaldías de los municipios de El Paso y La Jagua de Ibirico y servirá de base para el respectivo proceso de reasentamiento".

Igualmente mediante Resolución N° 0540 de marzo 7 de 2011, la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del otrora Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, *"impone una medida preventiva de amonestación escrita"* a Drummond Ltd. y a otras empresas que no hacen parte de la presente acción de tutela, por el incumplimiento de las obligaciones consagradas en los numerales 1, 2, 2.2, 3, 4 y 5 del artículo cuarto de la Resolución N° 970 de 2010, modificada por la Resolución N° 1525 de 2010, a raíz de *"la no contratación dentro del plazo establecido, de una entidad de reconocida trayectoria y experiencia en procesos de reasentamiento para la formulación y ejecución del plan de reasentamiento"*.

Además, por no haber *"optado dentro del plazo establecido, entre celebrar un contrato de fiducia mercantil de administración irrevocable u otro mecanismo que ofrezca garantías y beneficios similares en relación con el manejo de los recursos que serán utilizados para financiar el proceso de reasentamiento; no haber aportado los recursos necesarios para la constitución del patrimonio autónomo o fondo común que garantice la financiación total del proceso de reasentamiento, de acuerdo con los criterios de proporcionalidad determinados en el artículo segundo de la Resolución 970 de 2010, modificada por la Resolución 1525 del mismo año; no haber contratado, por intermedio de la entidad fiduciaria o mediante el mecanismo que se adopte para la administración de los recursos, una Interventoría que efectúe el seguimiento a la labor realizada por la entidad contratada para realizar el reasentamiento con el objetivo de verificar el cumplimiento o no de la labor que le ha sido encargada; no haber realizado el censo de las poblaciones dentro del plazo asignado por la falta de contratación de la entidad encargada para ello; y finalmente, por no haber entregado a este Ministerio el Plan de Reasentamiento, a más tardar el 15 de marzo de 2011, conforme al plazo establecido"*.

7.3. De lo anteriormente reseñado, se deduce contraposición entre lo anotado por la empresa accionada y lo verificado por el Ministerio de Ambiente, que sí advirtió gran impacto ambiental en el área de influencia del proyecto carbonífero en cuestión, con afectación a la comunidad circunvecina en el municipio El Paso, Cesar, entre la cual está el demandante Orlando José Morales Ramos y su núcleo familiar.

7.4. Así, es evidente que al esparcirse las partículas de carbón, además de la degradación que producen en el ambiente, directamente en sus componentes de aire y agua, su propagación constante genera contaminación hacia vegetales, animales y todo el entorno, con severa repercusión contra la población humana, cuya salud compromete especialmente al causar enfermedades respiratorias y pulmonares.

Para el caso concreto, con los elementos de convicción acopiados, entre ellos lo aportado por el actor Orlando José Morales Ramos (e. gr. fotografías y planos, fs. 11 a 13 y 61 a 63 cd. inicial), se constata que la explotación carbonífera sí colinda con la finca donde él habita con su numerosa familia, integrada en su mayoría por niños, a cuyos derechos debe otorgarse prevalencia (art. 44 Const.), siendo así mismo claro que los efectos nocivos del ruido y de la dispersión del polvillo de carbón interfieren la intimidad familiar y la salud, golpeando además la tranquilidad, el sosiego doméstico, el aseo, la lozanía y el paisaje, con un eventual demérito al valor del predio.

7.5. Por otra parte, aunque no fue posible realizar el examen médico que se dispuso verificar sobre las vías respiratorias del actor, para determinar la causa de sus afecciones, no hay fundamento para descartar su relación de causalidad con la existencia constante de partículas de carbón en el aire que se respira en el contorno de su residencia, provocada por las actividades que las 24 horas del día realiza la sociedad accionada en la vecina explotación.

7.6. Debe observarse que las licencias de funcionamiento y el presunto ceñimiento a los requisitos por parte de la empresa accionada, no desvirtúan la constatación objetiva de la polución que se sigue generando sobre el ambiente, en principio sobre las zonas aledañas a la explotación, almacenamiento e inicio del trasporte.

La realidad resulta así confrontada con el hipotético cumplimiento de unas disposiciones reglamentarias, que no es sustento constitucional suficiente para la continuidad, dentro de unas circunstancias que visiblemente no satisfacen la inalienable obligación *"**del Estado y de las personas**"* de proteger la riqueza natural de la Nación (art. 8° Const., no está en negrilla en el texto original), de una explotación económica, que por importante y rentable que sea no justifica el deterioro ambiental.

Recuérdese además que los artículos 58 y 333 *ibídem* , entre otros, subordinan la propiedad, la actividad económica, la libertad de empresa y la iniciativa privada, al bien común, al interés social y a la preservación del ambiente.

En la confrontación de derechos y libertades, sin lugar a dudas prevalece el reconocimiento de la persona humana y su existencia en condiciones dignas y saludables, sin injerencias contrapuestas a los principios inmanentes al Estado social de derecho, que coarten su indemnidad.

De tal manera, cuando lo demás falla, es procedente la implementación tutelar de mecanismos preventivos, que en el asunto bajo estudio han de amparar la situación del actor y de su familia, y consecuencialmente de otros vecinos, al imponer los correctivos necesarios para erradicar los efectos nocivos que, para el caso, se están produciendo por el ruido y la diseminación de partículas de carbón, consiguiente a las actividades que realiza la sociedad accionada,

particular que está afectando el interés individualizable y a la vez colectivo al ambiente sano (arts. 86 Const.), empresa cuya libertad no deviene restringida por el acatamiento de las obligaciones y responsabilidades propias de su función social, que también atañe a los organismos de control, al Ministerio del ramo y a las demás entidades ambientales competentes.

7.7. La Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, negó el amparo al no hallar expresamente demostrado que la empresa Drummond Ltd., esté *"vulnerando, amenazando o poniendo en serio peligro un derecho constitucional fundamental, al actor o a sus hijos, ya que ninguna prueba obra con el alcance de evidenciar que… la mina Pribbenow, dañe el ambiente sano y por ende la salud de las personas con residencias colindantes"*.

Si tal insuficiencia probatoria se diere, lo cual podría deberse a inacción judicial y a la celeridad impuesta para que la protección de los derechos fundamentales sea oportuna, ya se ha efectuado referencia al **principio de precaución**, de imperio trasnacional e interno, que conduce a que la falta de certeza científica no puede aducirse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para precaver la degradación del ambiente y la generación de riesgos contra la salud.

7.8. De tal manera, se ordenará al hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por intermedio de su respectivo titular, que en el ámbito de sus funciones analice a cabalidad y haga cumplir apropiadamente las recomendaciones de la OMS, y de otros organismos internacionales, en lo que corresponda, como los referidos en precedencia dentro del presente fallo, particularmente frente a los efectos adversos a la salud y, en general, contra el ambiente, que genere la explotación carbonífera a gran escala, implantando las medidas adecuadas que deban tomarse para erradicar los referidos efectos.

Se ordenará también al referido Ministerio, por el mismo conducto, que asumidas esas recomendaciones internacionales, con prevalencia en cuanto formen parte del bloque de constitucionalidad y, en todo caso, bajo la preeminencia propia de la intensa preceptiva constitucional colombiana pro preservación del ambiente sano[113], haga implantar y funcionar eficientemente,

---

[113] C-944 de octubre 1° de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla: *"… la gran importancia que la Constitución de 1991 le confirió a los temas ambientales, al punto de haber sido doctrinalmente catalogada como una Constitución ecológica. A este respecto es pertinente recordar los siguientes aspectos, contenidos en distintas cláusulas constitucionales: (1) la obligación del Estado y de todas las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8°); (2) la naturaleza de servicios públicos a cargo del Estado que se asigna a la salud y el saneamiento ambiental (art. 49); (3) la función ecológica, como un elemento inherente al concepto de función social de la propiedad privada (art. 58); (4) la necesidad de considerar la eventualidad de las calamidades ambientales dentro de las variables que las normas sobre crédito agropecuario deben tener en cuenta (art. 66); (5) inclusión de la protección al medio ambiente como uno de los objetivos de la educación (art. 67); (6) el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo, y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro efectivo de estos fines (art. 79); (7) la obligación del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, prevenir los factores de deterioro ambiental y cooperar con las naciones vecinas en la protección de los ecosistemas situados en zonas fronterizas (art. 80); (8) la prohibición existente en*

en un lapso no superior a tres (3) meses contados desde la notificación de esta sentencia, con subsiguiente control constante y cabal, la amortiguación del ruido y la erradicación de las emanaciones de partículas de carbón, en su explotación, almacenamiento y trasporte del mineral, supervisando el pleno cumplimiento de lo que a continuación se determina y previendo, imponiendo o haciendo imponer, por el conducto correspondiente, las sanciones a que haya lugar.

Igualmente se ordenará al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por conducto del respectivo Ministro o de quien al respecto haga sus veces, que con base en las guías recomendadas por la OMS y lo dispuesto por los demás organismos internacionales concernientes, promueva un plan de acción con actividades coordinadas de todas las instituciones que integran el Sistema Nacional Ambiental, con el objetivo de construir una política nacional integral, para optimizar la prevención y el control contra la contaminación del aire y del agua.

---

relación con el ingreso al país de residuos nucleares y desechos tóxicos (art. 81); (9) el deber que el Estado tiene en relación con la defensa del espacio público y su destinación al uso común (art. 82); (10) la procedencia de las acciones de cumplimiento y populares para proteger el derecho a gozar de un medio ambiente sano (arts. 87 y 88); (8) el deber de la persona y del ciudadano de proteger los recursos culturales y naturales del país y de velar por la conservación de un ambiente sano (art. 95, num. 8°); (11) la función congresual de reglamentar, mediante la expedición de leyes, la creación y funcionamiento de corporaciones autónomas regionales (art. 150, num. 7°); (12) la perturbación del orden ecológico como razón que justifica la declaratoria del estado de emergencia y el consiguiente uso de facultades legislativas (art. 215); (13) el deber del Estado de promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (art. 226); (14) la inclusión del tema ambiental dentro de los objetivos del control fiscal, manifestada en la necesidad de valorar los costos ambientales generados por la gestión pública (art. 267, num. 3°) y en la obligación de que el Contralor General presente al Congreso un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y el medio ambiente (art. 268, num. 7°); (15) la función asignada al Procurador General de la Nación de defender los intereses colectivos, y en especial el ambiente (art. 277, num. 4°); (16) la posibilidad de que los departamentos y municipios ubicados en zonas limítrofes adelanten, junto con sus entidades homólogas de los países vecinos, programas de cooperación e integración dirigidos, entre otros objetivos, a la preservación del medio ambiente (art. 289); (17) la competencia que tienen las asambleas departamentales para regular, por medio de ordenanzas, temas relacionados con el ambiente (art. 300, num. 2°); (18) la consideración de las circunstancias ecológicas como criterio para la asignación de competencias administrativas especiales a los departamentos (art. 302); (19) el régimen especial previsto para el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, uno de cuyos objetivos es la preservación del ambiente y de los recursos naturales del archipiélago (art. 310); (20) la competencia de los concejos municipales para dictar normas relacionadas con el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio (art. 313, num. 9°); (21) la asignación mediante ley de un porcentaje de los impuestos municipales sobre la propiedad inmueble a las entidades encargadas del manejo y conservación del ambiente (art. 317); (22) las funciones que se atribuyen a los territorios indígenas con respecto a vigilancia sobre los usos del suelo y la preservación de los recursos naturales (art. 330, num. 1° y 5°); (23) la creación de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, la cual tiene dentro de sus objetivos el aprovechamiento y preservación del ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables (art. 331); (24) la regla conforme a la cual el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos (art. 332); (25) la posibilidad de limitar, mediante la expedición de leyes, el alcance de la libertad económica, cuando así lo exija el interés social, el ambiente y/o el patrimonio cultural de la Nación (art. 333); (26) la posibilidad de que el Estado intervenga, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales y el uso del suelo, así como en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, y en los servicios públicos y privados, siendo la preservación de un ambiente sano uno de los objetivos posibles de dicha intervención (art. 334); (27) la necesidad de incluir las políticas ambientales como uno de los elementos esenciales del Plan Nacional de Desarrollo que cuatrienalmente debe expedirse (arts. 339 y 340); (28) el señalamiento de la preservación del ambiente como una de las posibles destinaciones de los recursos del Fondo Nacional de Regalías (art. 361); (29) la inclusión del saneamiento ambiental como uno de los objetivos fundamentales de la actividad del Estado (art. 366).”

7.9. Por otra parte, se ordenará a Drummond Ltd., por conducto del representante legal de su sucursal en Colombia o quien haga sus veces, teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden y siempre bajo el indicado principio de precaución y el respeto adicional a los derechos de los niños, además de toda la normativa constitucional y legal antes reseñada, que en el término máximo de tres (3) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, ejecute la instalación de maquinaria de última generación técnica, al igual que amortiguadores, lavadores, cubiertas y recuperadores de carbón y sus partículas, para contrarrestar el ruido y la dispersión.

Con los mismos fines y dentro de igual término y conducto, Drummond Ltd. será obligada a incluir en su plan de manejo ambiental, en derredor de las zonas de explotación, almacenamiento y trasporte de carbón, la plantación de barreras vivas que coadyuven a erradicar el daño generado por la explotación carbonífera[114].

7.10. De la misma manera se solicitará al Defensor del Pueblo que, en cumplimiento del artículo 282 de la Constitución Política, particularmente en cuanto a su función 1ª, procure que sean efectivamente ejercidos y defendidos los derechos tutelados mediante esta sentencia, de la cual y de la demanda que dio origen a la presente acción se le enviará copia auténtica por conducto parte de la Secretaría General de esta corporación.

7.11. Copias auténticas de los mismos documentos mencionados en el punto anterior también serán compulsadas y enviadas, por igual conducto, al Procurador General de la Nación y a la Contralora General de la República, para que, en el ámbito de sus respectivas funciones, hagan cumplir lo ordenado en esta providencia y, si lo encuentran atinente, inicien las investigaciones disciplinarias y fiscales a que hubiere lugar, por las medidas y obras que han debido y deban realizarse y no hubieren sido ejecutadas apropiada y oportunamente en defensa del ambiente y de la salud.

7.12. Previamente, se resolverá levantar la suspensión del término para decidir esta acción, que se había dispuesto mediante auto de mayo 18 de 2010, y será revocada la sentencia única de instancia, dictada en septiembre 2 de 2009 por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, no impugnada, que negó el amparo, al no hallar *"expresamente demostrado en el expediente que la empresa Drummond Ltd. esté vulnerando, amenazando o poniendo en serio peligro un derecho constitucional fundamental"*.

---

[114] De conformidad con la Guía Ambiental para evitar, corregir y compensar los impactos ambientales, realizado por el Ministerio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en agosto de 2008, se indicó que el propósito de las barreras vivas o artificiales es evitar: *"i) alteración de la calidad atmosférica por ruido y material particulado, ii) Alteración del paisaje; iii) Alteración de la estabilidad del terreno; y iv) Cambios en la calidad de agua por arrastre de sedimento"*, donde igualmente se indicó que dichas barreras difractoras *"minimizan la afectación sobre la población aledaña al sitio de las obras"*.

En su lugar, le serán tutelados al demandante José Orlando Morales Ramos y a su núcleo familiar, que incluye varios niños, los derechos fundamentales a la vida, la salud, la intimidad y el ambiente sano.

Octava. Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término para decidir esta acción, que se había dispuesto mediante auto de mayo 18 de 2010.

Segundo.- REVOCAR la sentencia dictada en septiembre 2 de 2009 por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro de la acción de tutela incoada por José Orlando Morales Ramos. En su lugar, se dispone **TUTELAR** los derechos fundamentales del referido demandante y de su núcleo familiar, a la vida, la salud, la intimidad y el ambiente sano.

Tercero.- ORDENAR al Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible o quien al respecto haga sus veces, que en el ámbito de sus funciones analice a cabalidad y haga cumplir apropiadamente la preceptiva constitucional colombiana y, en lo que corresponda, las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de otros organismos internacionales relacionados en el presente fallo, particularmente frente a los efectos adversos a la salud y, en general, contra el ambiente, que genere la explotación carbonífera a gran escala, implantando y haciendo ejecutar las medidas adecuadas que deban tomarse para erradicar los referidos efectos.

En particular, dicho Ministro o quien al respecto obre por él, hará implantar y funcionar eficientemente, en un lapso no superior a tres (3) meses contados desde la notificación de esta sentencia, con subsiguiente control constante y cabal, la amortiguación del ruido y la erradicación de las emanaciones de partículas de carbón, en su explotación, almacenamiento y trasporte del mineral, supervisando el pleno cumplimiento de lo que a continuación se determina y previendo, imponiendo o haciendo imponer, por el conducto correspondiente, las sanciones a que haya lugar.

Cuarto.- ORDENAR al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por conducto del respectivo Ministro o de quien al respecto haga sus veces, que con base en las guías recomendadas por la OMS y lo dispuesto por los demás organismos internacionales concernientes, promueva un plan de acción con actividades coordinadas de todas las instituciones que integran el Sistema

Nacional Ambiental, con el objetivo de erigir una política nacional integral para optimizar y hacer cumplir prioritariamente la prevención y el control contra la contaminación del aire y del agua causada por la explotación y transporte de carbón.

Quinto.- ORDENAR a Drummond Ltd., por conducto del representante legal de su sucursal en Colombia o quien haga sus veces, que en el término máximo de tres (3) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, ejecute la instalación de maquinaria de última generación técnica, al igual que amortiguadores, lavadores, cubiertas y recuperadores de carbón y sus partículas, para contrarrestar el ruido y la dispersión.

Sexto.- Con los mismos fines y dentro de igual término y conducto, **ORDENAR** a Drummond Ltd. que incluya en su plan de manejo ambiental, en derredor de las zonas de explotación, almacenamiento y trasporte de carbón, la plantación de barreras vivas que coadyuven a erradicar el daño generado por la explotación carbonífera.

Séptimo.- SOLICITAR al Defensor del Pueblo que, en cumplimiento del artículo 282 de la Constitución Política, particularmente en cuanto a su función 1ª, procure que sean efectivamente ejercidos y defendidos los derechos tutelados mediante esta sentencia, de la cual y de la demanda que dio origen a la presente acción se le enviará copia auténtica por conducto parte de la Secretaría General de esta corporación.

Octavo.- COMPULSAR Y ENVIAR, por igual conducto, copias auténticas de los mismos documentos mencionados en el punto anterior, al Procurador General de la Nación y a la Contralora General de la República, para que, en el ámbito de sus respectivas funciones, hagan cumplir lo ordenado en esta providencia y, si lo encuentran atinente, inicien las investigaciones disciplinarias y fiscales a que hubiere lugar, por las medidas y obras que han debido y deban realizarse y no hubieren sido ejecutadas apropiada y oportunamente en defensa del ambiente y de la salud.

Noveno.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALEXEI JULIO ESTRADA
Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Juicio No. 2003-0002

JUEZ PONENTE: AB. NICOLAS ZAMBRANO LOZADA
CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA SUCUMBIOS. - SALA UNICA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SUCUMBIOS. Nueva Loja, lunes 14 de febrero del 2011, las 08h37. **VISTOS**.- En relación a la causa signada con el No. 002-2003 que por daños ambientales sigue María Aguinda y otros, en contra de la compañia Chevron Corporation, atendiendo su estado procesal se dispone.- 1).- Téngase por incorporado al expediente los anexos y escritos presentado a las 16H24 de 03 de febrero del 2.011 por el doctor Adolfo Callejas Ribadeneira, Procurador Judicial de Chevron Corporation, en atención al mismo se dispone negar su solicitud de revocatoria de providencia de fecha 02 de Febrero del 2011 las 17H14, en virtud de que no se le está impidiendo el derecho que le asiste de presentar peticiones que se encuentren amparadas en la ley y el derecho.- 2).- En lo principal, María Aguinda, Ángel Piaguaje, y otros, amparados en el contenido de los artículos 2241 y 2256 de la anterior codificación del Código Civil (en adelante CC), actualmente artículos 2214 y 2229 respectivamente, según la nueva Codificación publicada en Registro Oficial del 24 de junio de 2005, para fundamentar la obligación de reparar el daño; en el artículo 169 de la OIT para fundamentar el derecho a compensación de los pueblos indígenas; y en cuanto al derecho a reclamar las reparaciones derivadas de una afectación ambiental, en el número 6 del artículo 23 y en el artículo 86 de la Constitución de 1998, así como en el artículo 2260 de la anterior codificación del Código Civil, actualmente artículo 2236, que dice "Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción", y en el 41 de la Ley de Gestión Ambiental – en adelante LGA (fs. 78 y 79), comparecen desde fojas 73 a 80 demandando la eliminación o remoción de elementos contaminantes y la reparación de daños ambientales, en contra de CHEVRON TEXACO CORPORATION, que cambió su nombre a CHEVRON CORPORATION, conforme lo indica y demuestra mediante documento presentado por su Procurador Común, adjunto al escrito presentado el 23 de agosto del 2005, a las 08h05; esta demanda en sus considerandos Primero al Sexto resume los antecedentes (donde alega que el detalle de las obras realizadas por Chevron está comprendido en el anexo A de la demanda), métodos contaminantes empleados por Texaco, los daños y la población afectada, la responsabilidad de Texaco, los fundamentos de derecho descritos anteriormente, y expone las

siguientes pretensiones: "Con fundamento en las disposiciones legales citadas, como miembros de las comunidades afectadas y en guarda de los derechos reconocidos colectivamente a estas, los comparecientes demandan a CHEVRON TEXACO CORPORATION, identificada ya en los antecedentes, lo siguiente: 1. La eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazan todavía al ambiente y a la salud de los habitantes. En consecuencia, la sentencia deberá disponer: a) La remoción y el adecuado tratamiento y disposición de los desechos y materiales contaminantes todavía existentes en las piscinas o fosas abiertas por TEXACO y que han sido simplemente taponadas, cubiertas o inadecuadamente tratadas; b) El saneamiento de los ríos , esteros, lagos, pantanos y cursos naturales y artificiales de agua y la adecuada disposición de todos los materiales de desecho; c) La remoción de todos los elementos de estructura y maquinaria que sobresalen del suelo en los pozos estaciones y subestaciones cerrados, clausurados o abandonados, así como los ductos, tuberías, tomas y otros elementos semejantes relacionados con tales pozos; y, d) En general, la limpieza de los terrenos, plantaciones, cultivos, calles, caminos y edificaciones en los cuales existían residuos contaminantes producidos o generados a consecuencia de las operaciones dirigidas por TEXACO, inclusive los depósitos para desechos contaminantes construidos como parte de las mal ejecutoriadas tareas de limpieza ambiental; 2. La reparación de los daños ambientales causados, conforme lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental. En consecuencia en sentencia deberá ordenarse: a) La ejecución en las piscinas abiertas por TEXACO de los trabajos necesarios para recuperar las características y condiciones naturales que el suelo y el medio circulante tuvieron antes de sufrir los daños; b) La contratación a costa de la demanda de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan de recuperación de la fauna y flora nativas, en donde fuere posible; c) La contratación a costa de la demandada de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan para la regeneración de la vida acuática; d) La contratación a costa de la demandada de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan de mejoramiento y monitoreo de la salud de los habitantes de las poblaciones afectadas por la contaminación. Los recursos necesarios para cubrir el costo de las actividades cuya ejecución se demanda, en la cuantía que se determine pericialmente conforme lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, deberán ser entregados al Frente de Defensa de la Amazonía, para que, con el concurso y asesoramiento de instituciones internacionales especializadas, los aplique

exclusivamente a los fines determinados en la sentencia; 3. El pago de diez por ciento del valor que represente el monto de las reparaciones, al que se refiere el inciso segundo del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental; así como el pago de las costas judiciales de la acción y lo que valgan el tiempo y diligencias empleados en ella, según lo previsto por el artículo 2261 del Código Civil. Lo que por estos conceptos se ordene pagar, deberá también entregarse, por expreso pedido de los demandantes, al Frente de Defensa de la Amazonía.".- Citada legalmente la demandada, conforme consta de autos, comparecen a la audiencia de conciliación (fs.243 a 267) el doctor Adolfo Callejas, en calidad de Procurador Judicial de la demandada, con sus abogados defensores doctores Arturo Carvajal Salas, Enrique Carvajal Salas y Alberto Racines Enríquez, quienes dan contestación a la demanda en forma amplia y detallada, y proponen las siguientes excepciones, en su orden: "Excepciones.- En virtud de las razones expuestas anteriormente en esta contestación, opongo las siguientes excepciones: IV.1.- Excepción Principal.- Como excepción principal alego falta de jurisdicción de los jueces ecuatorianos y por ello, falta de competencia y jurisdicción suya, señor Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Nueva Loja, para conocer y resolver la demanda presentada por María Aguinda S. y otros en contra de Chevron Texaco Corporation, pues carece de ellas sobre la compañía que represento.- IV.2.- Primeras Excepciones Subsidiarias.- Como primeras excepciones subsidiarias alego en su orden, las siguientes: IV.2.1.- Falta de legítimo contradictor; IV.2.2.- Niego que Chevron Texaco Corporation sea legítimo contradictor; IV.2.3.- Niego que Chevron Texaco Corporation sea sucesor de Texaco Inc. Ni haya adquirido derecho u obligación alguno de Texaco Inc. IV.3.- Segundas Excepciones Subsidiarias.- Así mismo, en su orden, alego las siguientes segundas excepciones subsidiarias: IV.3.1.- Indebida acumulación de acciones, pues se ha planteado en el proceso verbal sumario, acciones que requieren distinta sustanciación y cuyo conocimiento no corresponde a usted, señor Presidente.- IV.3.2.- Alego expresamente la inaplicabilidad de la Ley de Gestión Ambiental, pues alego expresamente la irretroactividad de tal ley.- IV.3.3.- Igual pronunciamiento formulo en relación con el Art. 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.- IV.3.4.- Alego expresamente prescripción de la acción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2259 del Código Civil.- IV.4.- Terceras Excepciones Subsidiarias.- En subsidio de todas las excepciones que anteceden y para el evento no consentido ni admitido de que las excepciones antes puntualizadas no fueren suficientes, alego: IV.4.1.- Falta de derechos de los demandantes para plantear la presente acción, por carecer de toda vinculación



con Chevron Texaco Corporation y porque los supuestos daños ecológicos de la región amazónica, en el área que fue del Consorcio Petroecuador – Texaco, atribuidos injustificadamente únicamente a Texaco Petroleum Company, fueron objeto de finiquitos legalmente celebrados y otorgados. Como lo hemos explicado en detalle antes.- IV.4.2.- Alego expresamente improcedencia de la demanda que ha sido formulada al amparo del artículo 2260 del Código Civil.- IV.4.3.- Alego extinción de todas las obligaciones que pudo haber tenido Texpet puesto que ya tal compañía fue liberada de reparaciones de daños ambientales, que se reclama.- IV.5.- Cuartas Excepciones Subsidiarias.- Por último, en subsidio de todo lo expresado pongo las siguientes excepciones adicionales, así mismo de carácter subsidiario: IV.5.1.- Niego que mi representada haya causado daño alguno a los actores.- IV.5.2.- Niego que mi representada tenga que responder por actos de terceros.- IV.5.3.- Niego que mi representada tenga obligación alguna de reparar daño alguno.- IV.5.5.- Niego que mi representada Chevron Texaco Corporation, haya ejecutado acto alguno de los aquellos que se describen en la demanda.- IV.5.6.- Niego que mi representada haya causado daño alguno.- IV.5.7.- Niego, en fin, todos los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.- IV.5.8.- Niego que Chevron Texaco Corporation haya cometido un delito o cuasidelito civil que haya inferido daño alguno a los demandantes.- IV.5.9.- Niego que a Chevron Texaco se le pueda imputar malicia o negligencia que haya causado daños a los demandantes ni en el pasado ni en el presente.".- Al existir hechos que deben justificarse, se concedió el término legal de prueba por seis días, vencido el cual, como el proceso se encuentra en estado de resolución para hacerlo se considera: **PRIMERO**.- Falta de competencia. Como lo dijo la antigua Corte Suprema, en sentencia de tercera instancia, "La competencia es uno de los presupuestos procesales sustanciales e ineludibles que el Derecho Procesal exige que se encuentre satisfecho para que el Juez o Tribunal pueda, válida y legalmente, entrar a resolver el fondo de la acción. Dicho de otro modo, el Juez o Tribunal antes de entrar a conocer el aspecto de fondo de la controversia, debe establecer, de modo incontrovertible su competencia, so pena de que su contravención genera la nulidad procesal, con grave quebranto de la justicia" (Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XIII. No. 11. Pág. 2406; Quito, 26 de febrero de 1981), por lo que este es el primer punto a resolverse en este fallo. Respecto a la jurisdicción y competencia se considera que de acuerdo a la Constitución y al Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), les corresponde a los órganos de esta función del Estado la jurisdicción, es decir, la potestad de administrar justicia reposa en la Función Judicial, lo que quiere

decir, en materia civil, declarar el derecho y hacerlo efectivo, aún contra la resistencia de la parte obligada. El Código de Procedimiento Civil, en su artículo primero dice: "La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes [...]" Concordantemente el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial dice: "La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos [...]". La jurisdicción de esta Presidencia para conocer este caso, es decir, el poder de administrar justicia entendido como "la Potestad Pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado"(art. 150 COFJ), viene dada por la Constitución (art. 167) y por la misma COFJ (literal a) de la disposición transitoria décima, por lo que al ser todos sus miembros, incluyendo el suscrito, legal y debidamente posesionados en sus cargos, queda establecida su jurisdicción, la misma que deberá ejercerse según las reglas de la competencia, entendida ésta como "la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados" (art. 1 Código de Procedimiento Civil, en adelante CPC). En el presente caso se demanda la reparación de daños ambientales y de los daños y perjuicios originados por esta afectación ambiental, es decir, en principio nos encontramos en razón de territorio en el supuesto previsto en el numeral 5 del artículo 29 del CPC, según el cual es competente el Juez del lugar "donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de éstos", sin embargo existen reglas especiales para la competencia en razón de la materia cuando se trata de daños ambientales, que es precisamente la materia en este caso. De conformidad con lo que determina el inciso segundo del artículo 42 de la LGA (RO 245 del 30 de julio de 1999), es competente el suscrito Presidente Subrogante de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, para conocer y resolver en primera instancia, la acción civil por daños y perjuicios originados por una afectación ambiental planteada por María Aguinda y otros en contra de Chevron Corporation, ante la excusa del Dr. Juan Evangelista Núñez Sanabria, ex Presidente titular de esta Corte y por la recusación por falta de despacho de esta causa, del Dr. Leonardo Isaac Ordoñez Piña, Presidente actual de esta Corte. La falta de competencia alegada por la demandada se ha argumentado en razón de que la empresa Chevron Corporation, dice no ser sucesora de Texaco Inc, lo cual aunque fuera cierto de ninguna forma afecta la jurisdicción ni la competencia de esta

Corte, que como ha quedado establecido en este caso viene dada por la Constitución, el nuevo COFJ, el CPC, y la LGA. Esta Presidencia considera que el hecho alegado de que Chevron Corporation no es sucesora de TEXACO INC. no obsta la competencia de esta Corte, sino que eventualmente, de ser cierto el hecho alegado se configuraría como falta de legítimo contradictor, excepción que ha sido alegada como primera excepción subsidiaria en la contestación a la demanda, y que será analizada más adelante.- **SEGUNDO.-** La litis ha quedado trabada con las pretensiones de la parte actora y las excepciones propuestas por la demandada en la audiencia de conciliación; como es lógico se analizó primero los aspectos previos tratados en la contestación, los mismos que se refieren a la falta de competencia de esta Corte, que ha sido fundamentada en torno a varios hechos que también son materia de las demás excepciones tratadas posteriormente en la contestación y que se resolverán oportunamente en este fallo. Las excepciones planteadas, en su orden, se resuelven a continuación.- **TERCERO.-** La demandada ha alegado las siguientes excepciones, que serán analizadas en el orden que han sido presentadas porque en la contestación la parte demandada no las diferencia si son excepciones dilatorias o perentorias: 3.1.- Falta de legítimo contradictor. La demanda afirma que Chevron es sucesora de Texaco mientras que la demandada niega esta afirmación, por lo que debiendo pronunciarme al respecto, según consta del expediente, se observa que el estricto sentido jurídico, es decir, entendiendo la sucesión como un modo de adquirir el dominio por el que se transmiten derechos y obligaciones del causante a sus sucesores (según la tradición romanista), es correcta la afirmación de que Chevron no es sucesora de Texaco Inc., por cuanto consta del proceso prueba documental debidamente certificada que evidencia que Texaco Inc. mantiene personería jurídica y por ende vida legal (en fojas 222 y 223 se encuentra el documento original en inglés, traducido en fojas 224 y 225), de manera que resulta evidente que no puede haber sucesión mortis causa sin que exista causante. Esta Presidencia empieza el análisis considerando la exposición de la parte demandada en la audiencia de conciliación, referente a que no existió una fusión entre Texaco y Chevron, sino que como lo prueban con el certificado que reposa en fojas 230 y 231 (traducción en fojas 225), la fusión ocurrió en realidad entre Texaco Inc. y Keepep Inc. Sin embargo esta realidad probada documentalmente debe ser analizada a la luz de todo el acervo probatorio, por lo que se consideran varios aspectos, entre los que convienen referirnos primeramente que a fojas 4103 se encuentran una razón de 29 de octubre del 2003, a las 11h18, sentada por la Secretaría de la Presidencia, en la que consta que la parte

demandada no se presentó a la exhibición de varios documentos relativos precisamente a este tema, la cual fue solicitada oportunamente por los demandantes mediante escrito recibido el 23 de octubre de 2003, a las 15h25, y ordenada en providencia del 23 de octubre de 2003, a las 15h30. Los documentos que a la parte demandada debía exhibir comprendían: 1) Copia íntegra y certificada del "Acuerdo y Plan de Fusión", que dice relación con el "Certificado de Fusión entre Keepep Inc y Texaco Inc.", documento cuya fecha de emisión es el 9 de octubre de 2001; 2) Copia íntegra y certificada del documento en el que conste la autorización de Chevron Corporation, para que su subsidiaria Keepep Inc. intervenga en la Fusión; 3) Copia íntegra y certificada de la autorización del órgano corporativo competente para que se proceda al cambio de denominación de Chevron Corporation a Chevron Texaco Corporation; 4) Copia íntegra y certificada de la autorización del órgano corporativo competente emitida para que Chevron pueda incorporar a su nueva denominación la palabra Texaco. Estos documentos que la parte demandada no exhibió pese a haber sido oportunamente pedidos por la parte actora y ordenados por la Presidencia de esta Corte, no fueron presentados por la parte demandada. Según consta del expediente la demandada expresó los motivos que fundamentan una supuesta imposibilidad de exhibir dichos documentos, mediante escrito del 27 de octubre de 2003, a las 16h50, que fuera atendido mediante providencia del 27 de octubre de 2003, a las 17h20, ordenando que se cumpla con lo ordenado o que se presente la excusa el día señalado. Como se hizo notar, la razón sentada por Secretaría indica claramente que la parte demandada no se presentó en el día y hora señalada, por lo que no presentó excusa válida para este incumplimiento. Considerando el Art. 826 del Código de Procedimiento Civil respecto al mérito de la exhibición pedida como prueba, y debiendo esta Presidencia considerar únicamente los elementos que forman parte del proceso, estimo que la negativa a cumplir con la exhibición ordenada no puede favorecer a la parte en rebeldía, sino por el contrario, el Código de Procedimiento Civil ha establecido una sanción para estos casos, en el Art. 827, que dice: "Si ordenada la exhibición no se la cumpliere dentro del término señalado, se impondrá al renuente una multa de diez a cuarenta dólares de los Estados Unidos de América por cada día de retardo, según la cuantía del asunto. Esta multa no podrá exceder del valor equivalente a noventa días", por lo que en este caso en razón del tiempo transcurrido debe aplicarse la multa máxima, equivalente a 40 dólares diarios multiplicados por los 90 días, por cada documento que no ha sido exhibido conforme fuera ordenado. Del mismo modo sucede con los documentos cuya exhibición fue

solicitada mediante escrito del 24 de octubre del 2003, a las 16h59, que se refiere a "Chevron Texaco Notice of the 2002 Annual Meeting and the 2002 Proxy Statement", y a "Chevron Texaco Notice of the 2003 Annual Meeting and the 2003 Proxy Statement", y también mediante escrito de 24 de octubre del 2003, a las 17h00, en el que se solicita que se señale día y hora para que la empresa demandada exhiba los siguientes documentos: "a.- Copia íntegra y certificada del "Agreement and Plan of Merger" entre Chevron Corporation y Texaco Inc., b.- Copia íntegra y certificada de las actas del órgano competente, de las cuales consta la autorización para que proceda la institución llamada "merger", dentro de la legislación del estado de Delaware, de los Estados Unidos de Norte América, entre las empresas Chevron Corporation y Texaco Inc.; c.- Certificate of Merger entre Texaco Inc. y Chevron Corporation.; d.- Autorización del órgano competente, que le permita a Chevron Texaco Corporation establecer, en los documentos legales "Chevron Texaco Notice of the 2002 Annual Meeting and the 2002 Proxy Statement and Chevron Texaco Notice of the 2003 Annual Meeting and the 2003 Proxy Statement", que ha operado la figura llamado "Merger", entre las empresas Texaco Inc. y Chevron Corporation", escritos que fueron atendidos mediante providencia del 27 de octubre del 2003, a las 08h40, en la que se fijó la exhibición solicitada para el 4 de noviembre del 2003, sin que conste en el proceso el cumplimiento de esta orden. Esta situación ha sido además considerada conjuntamente con las demás pruebas del expediente, que nos indican que tanto los representantes de Chevron como los de Texaco hicieron sendas declaraciones públicas, en distintos medios y por distintos voceros, anunciando una operación financiera que combinaría las fortalezas de dos compañías para formar una nueva que se beneficiaría de esta unión. En el expediente, a partir de fojas 140700 consta importante prueba documental, en la protocolización dada el 6 de junio de 2008, de la fiel copia de los siguientes documentos: 1. Documento Chevron: diapositivas en Power – Point "Análisis de Convocatoria a Reunión"; Transcripción de reunión de analistas de Chevron y Texaco, octubre, 16, 2000; 3. Chevron y Texaco convienen en una fusión de $ 100 Billones en una Cía. Integrada de energía (Top-Tier); 4. Chevron y Texaco anuncian equipo de liderazgo y estructura de organización para la Cía. Post-fusión propuesta; 5. Fusión propuesta de Chevron Texaco aclara obstáculo regulador en Europa; 6. Los accionistas de Texaco aprueban la fusión Chevron Texaco; 7. La Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos aprueba la fusión de Chevron y Texaco; 8. La Corporación Chevron Texaco anuncia complementación de la fusión; 9. Chevron Texaco al comenzar primer día completo de operaciones globales; 10. Chevron Texaco

anuncia sus planes para promocionar la marca de gasolina al por menor en los U.S.; 11. Acuerdo de consentimiento de la Comisión Federal de Comercio que da a la fusión de Chevron S.A. y Texaco Corp., protección en competencia de mercado; 12. Análisis de la orden propuesta de la fusión como ayuda para el comentario público; y, 13. Acuerdo contenido órdenes de consentimiento, con su respectiva traducción, y más documentos. Considerando que estos documentos estaban disponibles públicamente, precisamente la página oficial de Chevron, la corporación demandada (www.chevron.com), se procede a analizar su contenido de la siguiente manera. De modo general todos estos documentos se refieren o anuncian una operación financiera denominada "merger", en idioma inglés, que es el idioma en que constan estos documentos. Teniendo en cuenta la traducción del Diccionario Jurídico Inglés-Español, de Henry Saint Dahl, editorial McGrraw-Hill's, y adicionalmente las traducciones que constan del expediente, se llega al convencimiento inequívoco de que el término del idioma inglés "merger" se traduce al español como "fusión". Del mismo modo la traducción presentada a la Presidencia de la Corte dentro de la misma protocolización, realizada por el señor Mauricio Javier Rodríguez Sandoval, desde fojas 140746, traduce invariablemente el término del inglés "merger", por la palabra del español "fusión". Al respecto de lo que es una fusión, la Ley de Compañías dedica una sección completa, en la que desarrolla el concepto de fusión, indicando que ésta se produce: a) cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones; y, b) cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo (art. 337), por lo que conviene analizar el negocio jurídico de fondo ocurrido entre Chevron y Texaco Inc., para determinar si le es aplicable el art. 337 de la Ley de Compañías. Bajo ésta perspectiva legal se ha analizado toda la documentación relativa á la transcripción de la presentación realizada a la reunión de Analistas de la fusión entre Chevron y Texaco, ocurrida el 16 de octubre del 2000, en la que el Gerente General de Chevron, David O'Reilly, hace las siguientes declaraciones: "En primer lugar, hablaremos sobre las razones estratégicas de combinar Chevron y Texaco para formar esta nueva compañía: la Chevron Texaco Corporation" (foja 140747) luego prosigue diciendo: "las capacidades de la nueva compañía se fortalecerán por la combinación de destrezas y talento de ambas organizaciones", y que "Tendremos una cartera mayor y más sólida que permitirá a Chevron y a Texaco un mejor manejo y absorción del riesgo" (foja 140748). La Presidencia observa con cuidado el hecho de que el Gerente General de Chevron resalta la idea de "combinar" Chevron y Texaco para que la nueva empresa pueda



beneficiarse de esta combinación de las habilidades y talentos de ambas, por lo que es evidente que la nueva empresa adquirió beneficios de las empresas combinadas. Es notable que aunque no se hace mención expresa de las obligaciones, si se analiza la ventaja de un "mejor manejo y absorción de riesgo". La Presidencia no puede dejar de notar que en la lámina 13 de la presentación (foja 140750) se discuten los beneficios de la fusión en torno a Latinoamérica, describiendo como la nueva compañía se beneficiará de los derechos que tienen las compañías combinadas en los países sudamericanos; sin embargo, a pesar de que no se menciona nada respecto a las obligaciones de estas compañías en estos países, por principio elemental de derecho entendemos que los patrimonios se unen como un todo, formado por activos y pasivos, por lo que en cuanto a derecho se refiere, se entiende que sea cual fuere el negocio jurídico financiero de fondo, o como sea que las empresas quieran llamarlo o encubrirlo, el que causa efectos jurídicos es el negocio real. Esta Presidencia está convencida de que se debe combinar el patrimonio en su conjunto y no solo los derechos, es decir, se combinan también las obligaciones. Comprendemos que los Gerentes de ambas compañías anunciaron públicamente una fusión, y que los efectos jurídicos de tal operación implican necesariamente que la nueva compañía "combinada" suceda en derechos y obligaciones a sus creadoras, de manera concordante con lo que ha dispuesto al respecto el art. 337 de la Ley de Compañías, y el art. 338 que dispone que se traspasarán "en bloque" los respectivos patrimonios sociales, es decir, que se trasmite el patrimonio completo, activos y pasivos, derechos y obligaciones, sin beneficio de inventario ni de límite alguno, como lo explica con toda claridad el segundo inciso del Art. 341 que dispone que "la compañía absorbente se hará cargo de pagar el pasivo de la absorbida y asumirá, por este hecho, las responsabilidades propias de un liquidador respecto a los acreedores de ésta"; por lo tanto no tiene mérito legal alguno la afirmación de la demandada de que "carece de sustento legal el pretendido traspaso automático de las obligaciones que pudiera haber tenido TEXACO INC. A Chevron Texaco Corporation" (foja 244), pues no es "automático" el traspaso, sino que éste encuentra su causa en el negocio jurídico que ha llamado merger en inglés, y que combinó los patrimonios de ambas compañías. Adicionalmente se ha analizado los distintos boletines de prensa emitidos por la Corporación Chevron, que fueron publicados en la página web oficial de la misma Corporación y que están legalizados en el expediente con su respectiva traducción dentro de la Protocolización que ahora analizamos, en los que constan varias declaraciones del Gerente General de Chevron, afirmando expresamente que "esta fusión posiciona a

ChevronTexaco como un productor global de energía mucho más fuerte", y que "creará mayor valor para los accionistas de ambas compañías" (foja 140759, anverso). El Gerente General de ChevronTexaco el 10 de octubre del 2001 anunció también que con la nueva compañía "tenemos una combinación más amplia de activos de alta calidad, negocios, destrezas y tecnología, gracias a la fusión" (fojas 140768), lo cual corrobora que la nueva empresa, ChevronTexaco Corporation, ahora llamada solo Chevron Corporation adquirió beneficios (activos, negocios, habilidades y tecnología) de la combinación de las dos empresas combinadas Texaco y Chevron. Esto es coincidente con lo dicho por el Presidente y Gerente General de Texaco, Glenn F. Tilton, quien dijo que "la nueva ChevronTexaco unirá dos grandes compañías", así como que, espera "completar la fusión y crear una nueva gran compañía de energía" (foja 140766). Por principio de buena fe cualquier ciudadano, ecuatoriano o norteamericano, que escuchara las declaraciones públicas hechas por las empresas Chevron y Texaco habría llegado inevitablemente a la convicción de una fusión entre las mismas. Esta misma convicción parece ser la que motivó a que los demandantes inicien su acción contra la nueva compañía resultante de la combinación de las otras dos, pues esta conclusión es el resultado de confiar en la información que difundieron públicamente ambas empresas a través de sus representantes legales y de sus canales oficiales. En la página oficial de la Compañía Chevron, www.chevron.com, el 9 de octubre del 2001, la empresa demandada hizo el siguiente anuncio público: "Chevron Texaco Corporation anuncia consumación de fusión" (fojas 140767, anverso). Dicho anuncio, claro y expreso no da lugar a confusión, y en todo caso se presume verdadero por principio de buena fe, pero si resultare que la declaraciones públicas de los Gerentes y Presidentes de ambas empresas son hechas con la intención de crear una falsa impresión de la realidad, entonces podemos calificar estas declaraciones como maliciosas, y por principio fundamental de derecho su autor o autores no pueden beneficiarse de tal malicia, concordantemente con lo establecido en el numeral 2 del art. 17 de la Ley de Compañías, que establece que "Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables; 1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar. 2. Los que obtuvieren provecho hasta lo que valga éste. 3. Los tenedores de los bienes para efecto de su restitución", de manera que en este caso, en el que los hechos y anuncios de los voceros y representantes de ambas compañías crearon una falsa impresión de la realidad, son solidariamente responsables las compañías que

participaron en esta operación financiera y que pretenden beneficiarse de la información falsa que difundieron. Adicionalmente para emitir este fallo considero las declaraciones del Dr. Ricardo Reis Veiga, quien dio su versión de los hechos (foja 103.460) durante la inspección judicial del pozo Guanta 7, en las que declara "Soy Vicepresidente de Texaco Petroleum Company, profesionalmente soy abogado, soy responsable de todos los asuntos legales de la compañía en América Latina", y además añade que "Con Chevron si tengo vinculación, claro que tengo vinculación con Chevron, pero no tenía vinculación con Chevron en esa época porque la verdad es que no se había fusionado[...]", dejando claro el cargo que ostenta dentro de la compañía Texaco, y además aclarando que mantiene "vínculos" con Chevron, pero que estos vínculos son posteriores a la fusión, lo que se colige cuando afirma "porque la verdad es que no se había fusionado", revelando el hecho cierto de que el autor de dicho testimonio tiene la convicción interna de la existencia de la fusión como un hecho consumado, pasado y objetivo. También se considera que existen en el proceso varios cheques (fojas 103221, 104241, 101884, 69483, entre otros) que han sido firmados por el Dr. Rodrigo Pérez Pallarez, representante legal de la compañía Texaco en el Ecuador, para satisfacer las obligaciones que la parte demandada, Chevron Corporation, ha debido cancelar como parte de los gastos generados por este juicio. Esta subrogación de Texaco, quien no es parte procesal en este juicio, para satisfacer las obligaciones contraídas por Chevron Corporation, necesariamente denota una relación al menos patrimonial entre ambas compañías, pues entre compañías distintas e independientes no existiría causa legal para que una empresa asuma los gastos legales de otra. Todas estas declaraciones públicas y actos procesales realizados por voceros y representantes de ambas empresas (Chevron Corp. y Texaco Inc.) llevan a la conclusión inequívoca de que la combinación entre sus patrimonios y personalidades es una realidad jurídica, además de un hecho público y notorio. Conforme lo dispone el principio de verdad procesal establecido en el art. 27 del COFJ, esta Presidencia, como Juez competente, no requiere más prueba de la fusión entre Chevron y Texaco, ya que ha quedado demostrada su notoriedad en base a las pruebas aportadas en las tablas procesales. No se puede dejar de observar la realidad manifiesta, que ni Chevron Corp. ni Texaco Inc., ni sus voceros o representantes, en ninguno de sus frecuentes comunicados de prensa, nunca han negado públicamente la existencia de la fusión (como si han negado, debatido y denunciado públicamente otros hechos, mediante anuncios pagados en los medios de prensa), sino todo lo contrario, siendo esta litis el único escenario conocido en el que Chevron

Corp. Debate la existencia de la fusión con Texaco Inc., por lo que conviene recordar que en nuestro sistema legal impera el principio de que nadie puede beneficiarse de su mala fe, como sería el caso de hacer varios anuncios públicos falsos para transmitir una idea deformada de la realidad y beneficiarse del error inducido, como por ejemplo si dicha maniobra se emprende con la finalidad de eludir obligaciones legales con terceros. El hecho de que los accionistas de las compañías predecesoras son los mismos que dominan la nueva compañía, quedando como resultado de dicha fusión que los accionistas de Chevron son propietarios de "aproximadamente del 61% de la nueva compañía fusionada, mientras que los de Texaco sería dueños de aproximadamente el 39% de ésta" (foja 140770); y además de que los ejecutivos a cargo de la nueva compañía son los mismos que dirigían las empresas combinadas, (140759, 140761, 140768), como sucede en este caso, inducen a pensar que no hay suficiente separación entre la propiedad y el control de la nueva compañía y sus predecesoras. Se considera que si los accionista de Texaco Inc., pasaran a ser accionistas de Chevron, y consecuentemente se beneficiaron de la nueva compañía (igual que sus ejecutivos), las obligaciones que estos mantenían como accionistas de Texaco Inc. Pasaron también a la nueva compañía, Chevron Corp. El derecho sirve a la justicia, y no puede permitir que se manipulen instituciones jurídicas con fines ilegítimos, como favorecer una defraudación o promover la injusticia, como sería el caso de trasladar los activos a una Corporación "libre de responsabilidad" mientras se mantiene las responsabilidades en una compañía "libre de activos", tal y como la parte demandada pretende que entendamos la transacción ocurrida entre Chevron y Texaco, en las que la nueva compañía se beneficia de las compañías combinadas, pero se omite hacer mención de las obligaciones. Como nos dice la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Antigua Corte Suprema de Justicia, "en la doctrina y la jurisprudencia extranjera va ganando terreno, cada vez más, la necesidad del levantamiento del velo de las personas jurídicas, particularmente de las sociedades anónimas. La develización consiste en prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, a parir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma y examinar los reales intereses que laten en su interior". (Gaceta judicial. Año CV. Serie XVIII, No.1. Página 79, Quito, 23 de julio del 2004, Publicada en expediente 172, Registro Oficial 553, 29 de marzo del 2005). En casos como este, que se cumple el supuesto de que la nueva estructura corporativa podría provocar fraude a terceros o una injusticia similar, la jurisprudencia norteamericana nos enseña que se impone de manera especial la doctrina del levantamiento del velo societario. Del mismo modo sucede en la jurisprudencia ecuatoriana, donde el



desarrollo ha sido tal, que se ha logrado sintetizar una serie de postulados básicos que contienen, a la vez, tanto una definición como una identificación del ámbito de acción de la institución del levantamiento del velo en el Ecuador. En primer lugar, es de vital importancia rescatar que la institución del levantamiento del velo es de carácter estrictamente excepcional, ya que es innegable el importanfe rol social que juega una clara separación de los patrimonios de las personas jurídicas y sus propietarios (tal y como se expone en Sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Expediente No. 393. Dictada el 8 de julio de 1999 a las 09h00. Registro Oficial No. 273 del 9 de septiembre de 1999). En segundo lugar está la evidente realidad de que la existencia de la figura societaria se ha prestado en el pasado para una serie de abusos, siendo utilizada no para los fines previstos en la Ley, sino más bien para afectar derechos de terceros mediante, constituyéndose en la práctica como herramienta de defraudación. Es ante este supuesto en que los Juzgadores deben descorrer el velo societario de las personas jurídicas, para observar y analizar la realidad de las cosas más allá de las apariencias (ver sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Expediente No.120. Dictada el 21 de marzo del 2001 a las 11h15. Registro Oficial No.350 de 19 de junio del 2001). En tercer lugar, al momento de analizar abusos de la figura societaria, no es relevante si esta fue constituida con la intención clara de obrar un fraude o un daño. Es suficiente con que dicho fraude o daño exista, para justificar un levantamiento del velo (ver Sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Expediente No. 393. Dictada el 8 de julio de 1999 a las 09h00. Registro Oficial No. 273 del 9 de septiembre de 1999). Finalmente, resulta esencial resaltar que el levantar el velo societario de una compañia no constituye simplemente una facultad del juzgador al encontrarse ante abusos de la figura societaria. Por el contrario, la aplicación de esta institución constituye una verdadera obligación del juzgador, ya que es el único, o al menos el más eficaz, remedio para desenmascarar estos abusos de la personalidad jurídica (ver Sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Expediente No. 20 Dictada el 28 de enero del 2003 a las 11h00. Registro Oficial No. 58 del 9 de abril del 2003.) Por estos motivos, el hecho de que las tablas procesales demuestren la existencia legal de Texaco y la fusión de ésta con Keepep, no contradice el hecho demostrado, público y notorio de que la nueva compañía, Chevron Corporation, se benefició con todos los activos y derechos de Texaco y de Chevron, del mismo modo que la fusión triangular inversa, no puede servir como mecanismo legal para alegar que Chevron se

benefició únicamente de derechos y activos, dejando en la compañía Texaco los juicios y demás obligaciones pendientes. Se estima que si la operación financiera entre Chevron Y Texaco dio como resultado que los accionistas de Texaco reciban 0,77 acciones ordinarias de Chevron, y los accionistas que Chevron pasaron a ser dueños del 61% de la entidad combinada, valorada en 100 mil millones, (foja 140759) es porque esta operación implicaba la transferencia de activos y/o derechos de los que se beneficiarían directamente la nueva empresa y los accionistas de las empresas combinadas; sin embargo debemos insistir en que resulta contrario a los principios de derecho y a la buena fe pretender que se han trasladado solo los activos y los derechos, mientras que no las obligaciones. Si consideramos el mandato de la Ley de Compañías y el principio de verdad procesal, en conjunto con las pruebas aportadas y referidas en este fallo que demuestran que Chevron (y sus accionistas) se benefició de la fusión con Texaco, más los principios universales de derecho, tenemos más que suficiente fundamento legal para la trasmisión de las obligaciones de Texaco hacia la compañía demandada, Chevron Corp. de este modo la obligación de someterse a la justicia ecuatoriana pendiente sobre Texaco Inc. fue también transmitida a la nueva compañía Chevron Texaco Corporation, por lo que consecuentemente Chevron Corp. no puede alegar que nunca ha operado en el Ecuador para fundamentar falta de legítimo contradictor. Consta en el expediente que Texaco -quien si operó- quedo obligada a someterse a esta jurisdicción, según se ve en el fallo del Tribunal de Nueva York, en foja 152883, que reza: "luego de la devolución de los autos, Texaco asumió el compromiso faltante; esto es, someterse a la jurisdicción de los tribunales de Ecuador (y de Perú también)", quedando luego de entablarse la demanda, por razón de territorio bajo la competencia de la Presidencia de esta Corte. Adicionalmente a los hechos notorios justificados y al derecho invocado, esta Presidencia ha estudiado y considerado los precedentes de la legislación de EEUU, en cuanto que reconoce que en casos de que la fusión sea hecha de mala fe o para defraudar a terceros, se debe asumir como que es una fusión de facto. Los precedentes en Delaware establecen que "las corporaciones no podrán evitar sus responsabilidades mediante una fusión". De modo concordante con lo que dispone el principio de verdad procesal, las Cortes de EEUU atienden más a la sustancia que a la forma de este tipo de transacciones. Ha quedado claro que el simple hecho de llamar fusión a una transacción no la convierte en tal, y que las Cortes deben observar la substancia de la transacción en lugar de lo alegado por las partes. Se considera que es de vital importancia el principio general según el cual en las fusiones, "aquel que se beneficia asume también las obligaciones",



que se ha establecido en varios Códigos. Doctrinariamente se aprecia que la imposición de responsabilidades a la nueva compañía es apropiada en aquellos casos en que ésta conocía previamente la responsabilidad de su antecesora por lo que, no constando del proceso argumento alguno que indique desconocimiento por parte de Chevron Corp. acerca de las obligaciones de Texaco Inc., Se presume que la existencia de la orden del Tribunal de Nueva York no fue ocultada por Texaco Inc. a Chevron Corp. Es apropiado a los fines de la justicia, imponer a Chevron Corp., quien se benefició de la "fusión", las obligaciones de Texaco Inc. Por otro lado, permitir que desaparezca el derecho de las víctimas a reparación por meras formalidades dentro de la fusión, sería considerado por las Cortes de EEUU como "Injusticia manifiesta", considerando siempre que en ciertas circunstancias permitir evadir o eludir responsabilidades mediantes formalidades corporativas puede resultar injusto para las víctimas, que quedarían en indefensión. Todo lo expuesto conlleva a plantearnos serias dudas sobre la buena fe con que actuó la demandada en este juicio en particular, por ser éste el único escenario conocido en el que CHEVRON CORP. Aparece disputando la fusión con Texaco. Responsabilidad de Texaco Inc, por Texpet. La demanda afirma que "El empleo de una empresa subsidiaria, en este caso TEXPET, creada para desarrollar operaciones en el Ecuador como una empresa distinta, con un capital y patrimonio diminutos, infinitamente inferiores al volumen real de sus operaciones, corresponde a un esquema diseñado a limitar el impacto de cualquier reclamación derivada de sus actividades en el país. En realidad, TEXPET no fue sino un instrumento mediante el cual actuó TEXACO INC, propietaria por si misma o a través de sus filiales, de la totalidad del capital de aquella." Afirma también que TEXACO INC dirigió, supervisó y controló las operaciones en el Ecuador de su compañía subsidiaria TEXPET y estableció los procedimientos operativos y las técnicas a emplearse en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, sin embargo, como lo hizo notar la parte demandada durante la audiencia de conciliación la Corte Federal de Nueva York declaró que ni Texaco Inc, ni Chevron Texaco Corp. "concibieron ni aprobaron" las "decisiones relativas a los métodos, procedimientos, etc., aplicados por Texpet en el Ecuador" (F.S. 253), por lo que en primer lugar conviene hacer un análisis de dicha decisión judicial, la cual en caso de constituir cosa juzgada material impediría que esta Corte vuelva a analizar este tema. De este modo, lo primero que se observa es el hecho de que en caso de que dicho fallo extranjero constituyese cosa juzgada, así debió ser alegado, como excepción, durante la audiencia de conciliación, que era el momento

procesal oportuno de acuerdo a la Ley procedimental ecuatoriana. Esta excepción no ha sido planteada, demostrando que no existía en el demandado la convicción ni la intención de que dicho fallo judicial extranjero sea considerado como una decisión material de última instancia; en segundo lugar se observa que aunque consta del expediente el fallo judicial extranjero, de la Corte Distrital de Estados Unidos, del Distrito Sur de Nueva York, de 30 de mayo del 2001, (traducción de perito Zambrano de 14 de noviembre del 2008, a las 14h30, desde fojas 152840, en el cuerpo 1430), que sostiene que "los demandantes luego de tomar numerosas declaraciones y de obtener respuestas a no menos de 81 solicitudes de documentos y a 14 interrogatorios, no fueron capaces de presentar evidencias substancial sobre la participación significativa de Texaco [EEUU] en la mala ejecución de actividades materia de esta demanda" (fojas 152882), esta decisión se refiere principalmente a la competencia de la Corte, y se encontraba fundamentada en varios aspectos que merecen ser nuevamente considerados. De la lectura de esta orden judicial en su contexto salta a la vista que lo que se encuentra analizando la sentencia en cuestión es la vinculación entre la evidencia y EEUU o Ecuador como otro parámetro para establecer el foro más conveniente, llegando a la conclusión de que la mayor cantidad de evidencias se encuentran en Ecuador. La sentencia reza que "los antecedentes establecen abrumadoramente que estos casos están totalmente relacionados con Ecuador y no tienen nada que ver con los Estados Unidos" (fojas 152880), lo cual no es una decisión de fondo que decida que Texaco Inc no dirigió ni decidió sobre las operaciones en Ecuador, sino que la falta de prueba en este aspecto es considerada como otro fundamento más para demostrar fórum non conveniens. Se considera que es correcto el razonamiento de la Corte de Nueva York en cuanto a que la mayoría de las pruebas deberían estar, por lógica, en el Ecuador, lo cual implica además que la Corte de Nueva York reconocía que nuevas evidencias podrían ser aportadas. Luego, si consideramos el texto transcrito de la sentencia leemos que esta se refiere a que el expediente ha sido analizado en términos de "evidencia admisible" en los EEUU, mientras que en Ecuador no imperan necesariamente las mismas normas para determinar lo que se considera evidencia admisible, debiendo esta Presidencia atenerse a lo que establecen nuestras leyes en cuanto a la prueba, su práctica y su valoración; y finalmente debe considerarse la nueva evidencia que ha sido presentada y que forma parte de este expediente conforme a las normas referidas, debiendo ser necesariamente considerada para establecer la verdad procesal. De este modo, el hecho de que solo se haya analizado la evidencia admisible y conseguida en EEUU, juntado al hecho de que se han presentado nuevas evidencias,



empujan a que se consideren los hechos de fondo discutidos a la luz del conjunto de todas las evidencias. Adicionalmente se considera que esta decisión se refiere a este tema únicamente como un argumento adicional que demuestra la falta de vinculación del caso con Estados Unidos, para demostrar precisamente que no hubo discrecionalidad en la decisión de instancia inferior al decidir que en este caso la evidencia se encontraba en el Ecuador, sino que el balance de los intereses públicos y privados inclinan la balanza hacia un foro ecuatoriano, de manera que lo que hace este fallo es confirmar la decisión formal de instancia inferior, que desecha la demanda en base a Forum non Conveniens, pero modifica esta decisión condicionándola al compromiso de Texaco de aceptar la interrupción de la prescripción extintiva de acciones, de manera que resulta evidente que no se puede hablar de cosa juzgada material, pues no se han resuelto los asuntos de fondo, sino que por el contrario, la demanda ha sido desechada tomando como base la existencia de un foro más adecuado: éste. De este modo se ha radicado la competencia en esta Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, donde adicionalmente debemos dar méritos a pruebas que se ha actuado en este juicio y que no fueron consideradas ni por la Corte Federal de Nueva York ni por la Corte de apelaciones, al emitir sus fallos. De este modo concluimos que la decisión judicial de la Corte Federal de Nueva York no ha sido final sobre el fondo del asunto, ni ha causado estado, por lo que no se puede admitir cosa juzgada material, ni tampoco es admisible como una decisión de fondo vinculante para esta Presidencia que es plenamente competente para resolver sobre este aspecto sometido a su conocimiento. De este modo, lo que compete analizar son tantos los documentos obtenidos y entregados por Texaco Inc mediante el proceso de Discovery, cuya existencia ha sido aceptada por la parte demandada como un hecho cierto durante la audiencia de conciliación como de otros documentos que ha sido actuados legítimamente, y el derecho aplicable a las circunstancias específicas de este caso, para determinar si es que es apropiado aplicar la doctrina de levantamiento del velo societario, que en nuestro sistema judicial tiene un desarrollo jurisprudencial y no legislativo. Así, empezamos nuevamente recordando que el origen de esta institución se debe a la necesidad que tenían los jueces y tribunales de dar remedio a la severa crisis en la que entró el concepto de persona jurídica debido a que muchos se han aprovechado de los beneficios que supone el reconocimiento de la personalidad jurídica societaria. Así lo reconoce nuestra jurisprudencia, en la sentencia No. 135- 2003, dictada dentro del juicio ordinario por pago de Comisión por venta No. 36-2003 que siguió José Miguel Massuh Buraye en contra de Roberto Dumani,

publicado en el R.O No. 128 de 18 de julio del 2003, en el que señala que "[...] se presentan casos en que se abusa de la persona jurídica para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, particularmente tributarias o como para utilizar como pantalla para burlar derechos de terceros. Por eso se va afianzando la doctrina que permite que los jueces puedan rasgar el velo de la persona jurídica y adoptar medidas respecto de lo hombres y de las relaciones encubiertas tras él", de manera que se limiten los beneficios otorgados por el ordenamiento jurídico, pensados para favorecer el desarrollo económico general, no solo de empresarios honestos, sino de toda sociedad; sin embargo, abusando de la división o separación patrimonial y de responsabilidad se ha utilizado el velo societario para fines perversos, que no guardan relación con su objeto. Del mismo modo se ha expresado a la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 120-2001 de recurso de casación, dentro del juicio verbal sumario No. 242-99, que señala que "en la actuación de las personas jurídicas, se ha observado en los últimos años una notoria y perjudicial desviación, ya que se le usa como camino oblicuo o desviado para burlar la ley o perjudicar a terceros." (Publicado en el R.O No.350 de martes 19 de junio del 2001, Gaceta Judicial No. 5. Año CII. Serie XVII. P.1262. Quito, 21 de marzo de 2001). Ante esta posibilidad, que ha sido alegada por la parte demandante, se debe empezar haciendo su análisis considerando que este juicio ha sido planteado por la reparación de daños ambientales supuestamente causados por TEXPET mientras operaba la Concesión Napo, por lo que nos conviene determinar si se cumplen la condiciones que permitan levantar el velo societario para atribuir responsabilidad a Texaco Inc por la conducta o actos de Texpet, a lo cual la parte demanda se ha opuesto expresamente, señalando que son compañías distintas e independientes, por lo que para resolver este aspecto se analizarán los distintos factores que reflejen, más allá de cuestiones formales, el nivel de dependencia entre subsidiaria y matriz para determinar si es que se puede considerar que se ha utilizado el velo societario para esconder a los verdaderos interesados y beneficiarios de los negocios de la subsidiaria o si ha sido legítimo. 1.- Con este propósito primero observamos que el capital de la compañía subsidiaria este acorde al monto de los negocios realizados y de las obligaciones a ser satisfechas, porque se entiende que los empresarios de buena fe arriesgan en sus negocios un capital racionablemente adecuado para hace frente a sus potenciales responsabilidades. Se puede considerar que el capital de la subsidiaria es insuficiente si es que ésta requiere constantes autorizaciones y transferencias de fondos para proceder con el giro normal de negocio, pues en tal caso quienes realmente toman las decisiones y ejercen el control de las

actividades son las personas que proveen las autorizaciones y los fondos, que frecuentemente se encuentren cobijadas tras la máscara de personalidad jurídica, haciendo necesario que en ciertos casos se desestime la estructura formal del ente societario para evitar la defraudación de terceros. En el expediente, en el cuerpo 65, fojas 6827, 6828,6830, 6831, 6826, 6833, constan las traducciones de varios pedidos de autorización de Shields a Palmar, en los que el señor Shields hace pedidos a nombre de la "División Ecuatoriana" de Texaco Inc. a sus superiores de Texaco Inc., solicitando su aprobación para diversos asuntos propios de las operaciones en el Oriente ecuatoriano. Constan en el expediente autorizaciones para asuntos cotidianos, de administración regular, como la licitación de servicios de catering y limpieza para los sitios de operaciones del consorcio en Quito y el Oriente (traducción de documento PET 029369 en foja 6827 y PET 028910 en foja 6830), o la contratación de servicios de entretenimiento cinematográfico en las instalaciones del Oriente (PET 029086 en foja 6831). Del mismo modo encontramos una autorización para la contratación de equipos y personal para el mantenimiento de oleoductos (PET 019212 en foja 6828) y construcción de puentes en Aguarico y Coca (PET 016879 en foja 6833). Finalmente, Shields solicita la autorización de Palmer para iniciar la exploración del pozo Sacha-84, en octubre de 1976 (PET 012134). También constan del expediente varios documentos de los archivos Texpet, con pedidos de autorización de Bischoff a Palmer, en el cuerpo 65, fojas 6839, 6840, 6843, 6844, 6848, donde consta que del mismo modo que Shields, Palmer se refiere a las operaciones de Texpet en el Oriente como "la División Ecuatoriana". Entre sus pedidos de autorización, consta el urgente pedido para aprobar la licitación de dos torres de "workover" (soporte y mantenimiento) para la explotación en el Oriente (PET 030919 en foja 6839), y la licitación de un camino entre los pozos Yuca y Culebra (PET 016947 en foja 6843), aspectos claves para el desarrollo de las operaciones de Texpet. También se solicita autorización para extender un contrato de servicios de ferri en la zona (PET 032775 en foja 6844), y con mayor importancia, se solicita aprobación de los documentos de aprobación del Pozo Vista-1. Consta además un memorando de especial importancia revelando la existencia de una cadena lineal de autorización existente entre estos ejecutivos, pues Bischoff le solicita a Palmer que, de aprobar el documento, lo firme y reenvíe a McKinley, un ejecutivo superior de Texaco Inc (PET 022857 en foja 6848), denotando la existencia de una cadena de mando, que hacía que las decisiones sobre todo aspecto relacionado con la operación de Texpet en Ecuador sean tomadas por ejecutivos de Texaco Inc, en EEUU. Adicionalmente, constan en el expediente sendos pedidos de autorización de Palmer

a Granville, en el cuerpo 66, fojas 6930, 6938, 6943, que demuestran que la cadena de autorizaciones se extiende más arriba de Palmer, ya que haciendo eco de un pedido de Shields (ver PET 019212, en foja 6828), Palmer le solicita a Granville la autorización para contratar equipos y personal para el mantenimiento de oleoductos (PET 029976, en foja 69309) y según el requerimiento de Bischoff (ver PET 030919, en foja 6839) aprueba una de las ofertas para la construcción de las torres de "workover", sometiendo dicha aprobación al visto bueno de Granville (PET 029991, en foja 6943). Existen además en el expediente cartas y memorandos de Shields y Palmer a John McKinley, provenientes de los archivos Texaco Inc, y Texpet. En el cuerpo 66, fojas 6957, 6958, 6964, 6959, 6960, 6974. Que demuestran que tanto Shields como Palmer mantenían un flujo constante de cartas y memos con McKinley, solicitando su autorización e informándole acerca de acontecimientos relacionados con la Concesión Napo. Del mismo modo, cartas de funcionarios menores dirigidas a Shields, en el cuerpo 65, fojas 6855, 6856, 6860, 6861, 6875, 6882, 6885, donde se hace referencias a cartas dirigidas a Shields que se originaron en Quito, en manos de funcionarios menores que solicitaban su autorización, como William Saville, que era un ejecutivo de Texpet que operaba en Quito, y envió muchas y cotidianas comunicaciones a Shields (en Nueva York) solicitando autorizaciones. Por ejemplo, le envía a Shields los costos estimados de la perforación de los pozos Sacha 36 al 41 (doc s/n), y solicita su aprobación para iniciar la licitación de transporte de combustibles en el Oriente (PET 031387 en foja 6856). J.E.F. Caston, otro ejecutivo de la petrolera ubicado en Quito solicita la autorización de Shields para licitar varios servicios (PET 020758 en foja 6860) y para aprobar los costos estimados de instalar bombas sumergibles en cinco pozos en el campo Lago Agrio. Finalmente tenemos a Max Crawford, otro funcionario radicado en Quito, quien también solicitaba periódicamente la aprobación de Shields para diversos objetivos (PET 035974 en foja 6882, y doc s/r en foja 6885). Por otro lado, debe ser considerado el hecho probado de que las decisiones del "Comité Ejecutivo" de Texpet debían ser aprobadas por el directorio de Texaco Inc, como vemos que en el Acta de Directorio No. 478 (Cuerpo 25, foja 2427), donde éste aprobó la decisión de Texpet de entrar en negociaciones con el Ecuador para oponerse a una elevación en el impuesto a la renta para la petrolera, y pagos adicionales, del mismo modo que el directorio de Texaco Inc. aprobó la compra de un avión de USD 850.000, Acta 456 (Cuerpo 24, foja 2351), demostrando el poder de decisión de Texaco Inc. sobre las compras realizadas por Texpet. En mi criterio estas actas demuestran el constante escrutinio que la matriz Texaco Inc. mantenía sobre toda operación y noticias



relativas a Texpet en Ecuador. Si analizamos este hecho independientemente, quizás se pueda confundir como el normal control que ejerce un directorio sobre sus subsidiarias. Sin embargo debemos analizar este control de la matriz sobre su subsidiaria dentro de su contexto, tomando en cuenta también que el Directorio de Texaco Inc. además entregaba las "asignaciones" de dinero con las cuales Texpet operaba, lo cual implica que Texpet carecía no solo de autonomía administrativa, sino financiera, ya que era Texaco Inc. quien controlaba no solo las decisiones, sino que también autorizaba los fondos que Texpet necesitaba para el normal desenvolvimiento de actividades. Partiendo del hecho admitido de que Texpet es una empresa subsidiaria de cuarto nivel perteneciente ciento por ciento a un dueño único, Texaco Inc., y que Texpet operaba con fondos provenientes de las arca de Texaco Inc., ha quedado demostrado que no existe una separación real de patrimonio. Entendemos que personalidades jurídicas distintas necesariamente implican patrimonios diferenciados, según las reglas de los atributos de la personalidad, sin embargo en este caso la confusión de patrimonios se hace evidente, confundiendo del mismo modo las personalidades. Entre las pruebas que nos llevan a este convencimiento citamos adicionalmente el acta de reunión de directorio de Texaco Inc. No. 380, de fecha 22 de enero de 1965 (Cuerpo 22, foja 2166), que estableció asignaciones a favor de la Cía. Texaco Petróleos del Ecuador por un monto de USD 30.312,oo. El acta de reunión de directorio de Texaco Inc. No. 387, de fecha 17 de septiembre de 1965 (Cuerpo 22, foja 2176) estableció asignaciones a favor de Texaco Petróleum Company (Texpet), por un monto de USD 27.625,oo. El acta de reunión de Directorio de Texaco Inc. No. 393, de fecha 19 de abril de 1966 (Cuerpo 22, foja 2182) estableció asignaciones a favor de Texaco Petróleum Company (Texpet), por un monto de USD 331.272,oo, y a favor de la Cía. Texaco Petróleos del Ecuador por USD 13.631. queda de este modo establecida la convicción de esta Presidencia respecto a que Texaco Inc., controlaba los fondos tanto de la empresa que ejercía los derechos de la concesión (Texaco Petróleos del Ecuador) como de la que fuera contratada para operar la concesión de los campos, por lo que resulta evidente que TEXPET fue una empresa sin capital ni autonomía suficiente para afrontar el giro normal del negocio, lo cual a su vez se configura como otra evidencia de falta de independencia de la subsidiaria respecto a la principal, llevándonos a la convicción de que TEXPET era una empresa infracapitalizada, que dependía tanto económica como administrativamente de su matriz. El monto de los contratos que requieren autorizaciones hacer presumible la indisponibilidad de capital propio, lo cual es una indicación de incapacidad para hacer frente a las eventuales

responsabilidades que pueden preverse tras una operación petrolera. Cabanellas nos explica en su obra "Derecho Societario: Parte General. La personalidad jurídica societaria", que "la personalidad societaria se basa en un conjunto de reglas que determinan qué conductas se imputan a las sociedad en cuanto persona jurídica. Los efectos generales de esas reglas pueden verse modificados en función de ciertas normas que alteran tal atribución, pasando a imputarse las conductas que normalmente serían atribuibles a la sociedad como persona jurídica, a otras personas físicas o de existencia ideal, como pueden ser sus socios u otras personas que ejercen de hecho el control de la sociedad." (Ver. Vol.3. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993. P. 65). Ha quedado demostrado en el expediente que las autorizaciones e inversiones requeridas por TEXPET, hacían que el control de hecho sobre sus operaciones sea ejercido de la matriz, lo que constituye un importante aspecto a ser considerado. Bien lo afirma López Mesa y José Cesano en su obra: El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales: Contribuciones a su estudio desde las ópticas mercantil y penal (Buenos Aires: Depalma, 2000), al decir que "El régimen de la personalidad jurídica no puede ser utilizado en contra de los intereses superiores de la sociedad ni de los derechos de terceros. Las técnicas manipuladas para cohibir el uso meramente instrumental de la forma societaria varían y adoptan diversos nombres, pero todos postulan, en sustancia, la consideración de la realidad económica y social y la supremacía del derecho objetivo". Concordantemente la Corte Suprema, en la Sentencia 120.2001, citada anteriormente, ha dicho que "frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, sean acreedores a quienes se les obstaculizaría o impediría el que puedan alcanzar el cumplimiento de sus créditos, sean legítimos titulares de un bien o un derecho a quienes se les privaría o despojaría de ellos. Estas son situaciones extremas, que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria". 2.- Ahora bien, si consideramos las cuestiones formales, como el hecho de que las mismas personas ejercen los cargos de directores ejecutivos y otros cargos directivos en ambas empresas, sumado al hecho admitido de que Texaco Inc era propietario del 100% de Texpet, se abunda en la convicción de la necesidad de aplicar la doctrina del levantamiento societario. Por

ejemplo, el señor Robert C. Shields, desempeñó el cargo de Vicepresidente de Texaco Inc. entre 1971 y 1977, siendo a la vez Jefe de la Junta de Directores de Texpet, según consta en su declaración juramentada (cuerpo 63, foja 6595). Al revisar el expediente consta que Shields suscribe sus cartas a nombre de Texpet, cuando según su mismo testimonio entre 1971 y 1977 ostentaba el cargo de Vicepresidente de Texaco Inc. Este hecho guarda coherencia con lo declarado por Bischoff, acerca de que Texpet era la división de Texaco Inc. que operaba en Latinoamérica, y no una mera subsidiaria, como sostiene la defensa de la parte demandada. Del mismo modo, el señor Robert M. Bischoff durante su carrera ostentó cargos de Texaco Inc. tanto en EEUU como en América Latina. Entre 1962 y 1968 trabajó como Vicepresidente en la división de producción para América Latina, a la cual él mismo llama Texaco Petroleum Company (Texpet), según consta en su declaración juramentada, en cuerpo 63, foja 6621. Esto demuestra cómo inclusive los mismos ejecutivos de Texaco Inc. pensaban en Texpet como una división de Texaco Inc., y no como una empresa separada. Al igual que Shields, ha quedado claro en el expediente que Bischoff participaba activamente en las complejas cadenas y procesos de toma de decisiones que involucraban a Texaco Inc. y Texpet. En su declaración juramentada Bischoff explica cómo los contratos del cuartel general de Texpet, ubicados en Florida, que se excedieran de USD 500.000,oo debían ser aprobados por un abogado de apellido Wissel, jefe de los abogado de Texaco Inc. En este caso, vemos como la relación entre Texpet y Texaco Inc. no estaba limitada a que ésta sea propietaria de las acciones de aquella, sino que ambas trabajaban íntimamente vinculadas, tomando Texaco Inc. todas las decisiones mientras que Texpet se limita a ejecutarlas. Es cierto que por norma general una empresa puede tener subsidiarias con personalidad jurídica completamente distinta. Sin embargo, cuando las subsidiarias comparten el mismo nombre informal, el mismo personal, y están directamente vinculadas con la empresa madre en una cadena ininterrumpida de toma de decisiones operativas, la separación entre personas y patrimonios se difumina bastante, o incluso llega desaparecer. En este caso, se ha probado que en la realidad Texpet y Texaco Inc. funcionaron en el Ecuador como una operación única e inseparable. Tanto las decisiones importantes como las triviales pasaban por diversos niveles de ejecutivos y órganos de decisión de Texaco Inc., a tal punto que la subsidiaria dependía de la matriz para contratar un simple servicio de catering. En este sentido este sentido es completamente normal que el Directorio de una empresa subsidiaria esté conformado por algunos oficiales de su matriz, y que también es normal que la matriz reciba informes periódicos

sobre su estado, y tomen ciertas decisiones que por su importancia están por sobre la administración regular. Sin embargo, en el caso de Texaco Inc. y su subsidiaria Texaco Petroleum Company (Texpet), el rol de los Directores trascienden los roles que pueden considerarse normales, pues éstos recibían información y tomaban decisiones acerca de la gran mayoría de hechos y actos de Texpet sobre asuntos cotidianos de la operación de la concesión Petrolera Napo, respondiendo a una cadena de mando bien establecida, como ha quedado demostrado en el expediente. 3.-Finalmente se considera que la doctrina del levantamiento del velo societario es especialmente aplicable frente a los abusos que se pueda cometer en detrimento del orden público o de derechos de terceros, para evitar el fraude y la injusticia, es decir, que se debe levantar el velo societario siempre que no hacerlo favorezca una defraudación o promueva la injusticia, como sería el caso en que encontremos esquemas intencionalmente creados para dejar los beneficios en la compañía matriz, mientras que las obligaciones quedan en una subsidiaria, que por lo general es incapaz de satisfacerlas. Como bien lo dicen López Mesa y José Cesano: "Aún cuando se admita por vía de hipótesis que dos sociedades están sometidas a una unidad de decisión o constituyen una unidad económica o grupo de sociedades, estos no son datos suficientes para prescindir de la autonomía jurídica de cada uno de los sujetos societarios implicados en las actuaciones, en tanto no se alegue y pruebe que se haya instrumentado las formas jurídicas para perjudicar al demandante en sus derechos, pues lo adecuado es respetar la separación patrimonial de la sociedad, en tanto ésta no sea probablemente el medio de violación de otras reglas jurídicas, ya que la desestimación de la personalidad o atribución de responsabilidad a personas en apariencias distintas, tiene por exclusivo fundamento la comprobación del abuso del privilegio concedido en detrimento del orden público o de derechos de terceros" (Págs. 145 y 146). En este sentido se nota que la parte actora si ha alegado de manera expresa que Texpet fue una compañía instrumentada para mantener las responsabilidades pendientes sobre una compañía sin capital suficiente, mientras se mantiene el capital de la matriz libre de responsabilidades, con el objeto precisamente de evadir las potenciales responsabilidades con terceros, al tiempo que consta en el expediente abundante evidencia, como ha sido anotado en líneas anteriores, que demuestra el profundo nivel de vinculación y falta de independencia de la subsidiaria con respecto a su matriz, que fue quien realmente tomó las decisiones y se benefició de los actos de su subsidiaria, quien además es incapaz de hacer frente a las potenciales de sus responsabilidades que se le exijan. Se considera finalmente lo dicho



por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia No. 393 dictada dentro del juicio ordinario No. 1152-95 que, por daño moral siguió Rubén Morán Buenaño en contra de Ricardo Antonio Onofre González y Leopoldo Moran Intriago, publicado en el R.O No. 273 de 9 de septiembre de 1999, que con respecto al levantamiento del velo societario advierte que "el empleo de este instrumento no es abierto ni indiscriminado, sino que lo será en aquellas hipótesis en que el intérprete del Derecho llegue a la apreciación de que la persona jurídica se ha constituido con ánimo de defraudar o la ley o a los intereses de terceros, o cuando la utilización de la cobertura formal en la persona jurídica consiste conduce (sic) a los mismos efectos defraudatorios", aspecto que coincide en lo señalado por los citados autores en que ésta doctrina "no puede ser hecha sin muñirse previamente de una gran dosis de prudencia, atento a que su aplicación indiscriminada, ligera y no mesurada puede llevar a prescindir de la estructura formal de las sociedades, o bien a desestimarla en sus puestos en que ello no procede, con grave daño para el derecho, la certidumbre y la seguridad en las relaciones jurídicas", de manera que considerando el análisis precedente, queda establecida la excepcional pero justificada necesidad en este caso de levantar todo velo societario que separa a Texaco Inc. en su subsidiaria de cuarto nivel, Texaco Petroleum Company (Texpet), debido a que ha quedado probado que era una empresa con un capital muy inferior al volumen de sus operaciones, que requería de constantes autorizaciones e inversiones de la matriz para desarrollar el giro normal de su actividad comercial, que los ejecutivos eran los mismos en ambas compañías, y principalmente el hecho manifiesto de que no levantar el velo societario implicaría una injusticia manifiesta 3.2.- Indebida acumulación de acciones.- El demandado alega que se han planteado en trámite verbal sumario acciones que requieren distinta sustanciación, cuyo conocimiento no compete a esta Presidencia, por lo que para resolver este punto se considera que la acumulación indebida se produce cuando se juntan dos acciones que necesariamente tiene distinto procedimiento. La parte demandada ha alegado que las acciones por daños derivadas del Código Civil (2241, 2256, y 2260) "han de tramitarse en proceso ordinario, ante el Juez de lo Civil competente", sin embargo tras la lectura de los artículos 2241, 2256, 2260 invocados (actualmente artículos 2214, 2229 y 2236), no se encuentra en ellos ninguna referencia al trámite a seguir ni al Juez competente, por lo que carece de fundamento legal la afirmación de que estas acciones deben o necesitan tramitarse "proceso ordinario", ante el Juez Civil competente". Por el contrario, el artículo 59 del CPC establece con total claridad que "Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento

especial se ventilará en juicio ordinario", disponiendo así que el trámite ordinario sea el previsto de manera general y residual para aquellos casos en los que exista una Ley que establezca un procedimiento especial. En este caso el último inciso del artículo 43 de la LGA establece claramente que "las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación ambiental, se tramitará por la vía verbal sumaria", mientras que el segundo inciso del artículo 42 indica que será competente el Presidente de la Corte Provincial de Justicia del lugar que se produzca la afectación ambiental, por lo que, considerando los fundamentos de derecho y las pretensiones planteadas en la demanda, que han sido reproducidas en este fallo, no procede esta excepción al amparo de las normas citadas, pues no existe acumulación indebida de acciones, sino la aplicación de un mandato legal que se impone por la aplicación del principio de especialidad, pues se trata de una Ley especial y posterior que dispone en normas procesales el trámite a seguir, imponiéndose sobre una Ley anterior, que no establece expresamente ningún tipo de trámite, sino que de modo general dispone el juicio ordinario como el trámite residual a seguir en todo caso que no tenga un procedimiento especial de acuerdo a la Ley; y en este caso no existe ni ha sido alegada norma legal alguna que sustente la "necesidad" o mandato legal de aplicar el procedimiento ordinario a las acciones por daños establecidas en el Código Civil, mientras que sí existe Ley que establece un procedimiento especial. 3.3.- Irretroactividad de LGA. La irretroactividad en la aplicación de la Ley es un principio de derecho que rige en nuestro sistema procesal como la regla general, sin embargo la regla 20 del artículo 7 del Código Civil, citado en múltiples ocasiones por las partes procesales, establece que las reglas relativas a la sustanciación y ritualidad de los procesos prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir, es decir, se establece una excepción a la regla general, en virtud de la cual las normas adjetivas deben aplicarse retroactivamente, y como quedó establecido anteriormente en este fallo, la LGA establece el trámite verbal sumario y radica la competencia en el Presidente de la Corte Provincial del lugar de los hechos. El segundo inciso del artículo 42 dice: "El Presidente de la Corte Provincial del lugar en que se produzca la afectación ambiental, será el competente para conocer las acciones que se propongan a consecuencia de la misma. Si la afectación comprende varias jurisdicciones, la competencia corresponderá a cualquiera de los presidentes de las cortes provinciales de esas jurisdicciones"; mientras que el inciso quinto del artículo 43 establece claramente que "Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria". Estas normas se refieren a dos aspectos esenciales de la ritualidad



del proceso: la competencia y el trámite, es decir, que son con toda claridad normas procesales, por lo que en aplicación de la regla mencionada, no se aplica el principio general de irretroactividad a estas disposiciones de la LGA en cuanto a que la demanda se fundamenta en esta Ley para asuntos relativos a la ritualidad del procedimiento. Por otro lado, el derecho sustantivo a pedir reparación de los daños viene garantizado por el Código Civil, según consta del libelo de la demanda, en los artículos 2241 y 2256, que serán analizados más adelante en este fallo. Adicionalmente y de manera concordante se considera lo dispuesto por el COFJ, en el segundo inciso del numeral 2 del artículo 163, en el que establece la misma excepción al principio general de irretroactividad de la ley, al decir que "Sin embargo, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir". En razón de lo expuesto encontramos que en derecho son plenamente aplicables a esta causa las normas adjetivas contenidas en la LGA, aún a pesar de ser promulgadas con posterioridad a los hechos que se juzgan, por lo que no se admite esta excepción. 3.4.- Irretroactividad 169 OIT.- El Convenio 169 de la OIT es parte del cuerpo de normas legales internacionales vigentes en el Ecuador, sin embargo su fecha de entrada en vigencia es posterior a la de los hechos que originan la demanda, por lo que en aplicación del principio de irretroactividad en este caso sí procede la excepción de irretroactividad planteada contra el Convenio 169 de la OIT, por lo que admitida la excepción en cuanto a este cuerpo legal, no puede aplicárselo en la presente causa. 3.5.- Prescripción, conforme al 2259.En la audiencia de conciliación según consta del expediente (foja 263), el DR. Adolfo Callejas afirmó que "según se desprende de las resoluciones publicadas de las Cortes de New York el compromiso de aceptar la existencia de una interrupción civil a la prescripción originada en la presentación en el mes de Noviembre de 1993 de una demanda en contra de TEXACO INC en New York también por supuestos daños ambientales derivados de su operación del Consorcio tantas veces mencionado, compromiso que se encuentra consignado en la decisión de 16 de Agosto del 2002 dictada por la Corte Federal de Apelaciones del Segundo Distrito de los Estados Unidos de América [cuya traducción fue entregada el 14 de noviembre del 2008, a las 14h30 por la Perito Traductora Carmita Zambrano Guzmán], es aplicable única y exclusivamente para la compañía TEXACO INC., sin que por lo mismo, sea aplicable también a la demandada, CHEVROTEXACO CORPORATION, que es una persona jurídica distinta de TEXACO INC., que no es sucesora ni adquirió derecho u obligación alguna que hubiere tenido TEXACO INC.", de donde se desprende que el Procurador

Judicial de la parte demandada reconoce a nombre de su representada, que existe orden judicial, emitida por la Corte Federal de Apelaciones del Segundo Distrito de los Estados Unidos de América, que obliga a TEXACO INC a aceptar la existencia de una interrupción civil a la prescripción originada en la presentación en el mes de noviembre de 1993 de una demanda en su contra . Está claro para esta Corte que la parte demandada nunca ha alegado la inexistencia de dicha orden judicial, sino que alega que la orden mencionada está dirigida a Texaco Inc. y por tanto sostiene que no le es aplicable a la demandada, Chevron Corp. Ante este argumento consideremos que a pesar del hecho de que la orden fuera dirigida a TEXACO INC., y a pesar de que esta compañía mantiene vida legal, la operación conocida públicamente como "merger" (fusión), tiene el efecto jurídico de que CHEVRON CORP. sustituya a TEXACO INC. en sus derechos y obligaciones, consecuentemente la demandada, CHEVRON CORP., está vinculada por la obligación de la compañía TEXACO INC., por lo que no hay lugar a la prescripción alegada por existir obligación pendiente sobre la demanda de aceptar la existencia de una interrupción civil a la prescripción originada en la presentación en el mes de Noviembre de 1993 de una demanda de TEXACO INC. en New York, como ha sido admitido por la parte demandada mediante su Procurador Judicial, el Dr. Adolfo Callejas Rivadeneira 3.6.- Falta de derecho de los demandantes. La parte demandada alega que no existe vinculación entre ellos y los demandantes; y que los eventuales daños ya fueron objeto de finiquitos. Con respecto a la eventual falta de vinculación entre la compañía demandada y los demandantes, se observa que para que exista derecho de los demandantes a plantear una acción no es requisito que exista vinculación entre ellos y el demandado , pues se pudieron trasladar derechos y/u obligaciones a terceros, mediante distintos negocios jurídicos de transmisión de obligaciones, en los en los que un tercero pasa a subrogarse en las obligaciones de otros, sin importar el vínculo original de los acreedores de tales obligaciones. A pesar de esto, aquí conviene recordar algunos de los puntos ya considerados, como el hecho de que la compañía demandada se fusionó públicamente con la compañía Texaco Inc., quien a su vez era propietaria del 100% de Texpet, una subsidiaria de cuarto nivel que tenía a su cargo las operaciones del Consorcio, las mismas que los demandantes alegan que han causado daños al ambiente y afectado a los pobladores de la zona. En criterio de esta Corte la existencia de un vínculo, aunque no sea directo, está razonablemente planteada. Del mismo modo, los hechos que la fundamentan están demostrados, quedando pendiente comprobar la existencia de daños alegados en la demanda, aspecto que analizaremos más adelante en esta

sentencia. Por otro lado, con respecto a la alegada falta de derechos de los demandantes porque los daños han sido objeto de finiquitos, la Presidencia observa que dichos finiquitos fueron efectivos como consta del expediente, para que el Gobierno del Ecuador libere a Texpet y su matriz, Texaco Inc., de toda responsabilidad por los daños ambientales que se hubieran originado en la Concesión. No existe ni una sola pieza procesal en el expediente que indique que el Gobierno de Ecuador haya planteado esta demanda u alguna otra en contra de Texaco Inc. En relación con daños ambientales en la Concesión Napo, ni tampoco de que haya actuando como parte procesal en este juicio. Tampoco existe fundamento legal para sostener que la existencia de este finiquito sirva para privar a los demandantes de su derecho fundamental de plantear acciones y peticiones y que éstas sean resueltas. Este derecho estaba consagrado en la segunda codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador, (R.O.No.183, del 5 de mayo de 1993), en el numeral 10 del artículo 19, y además en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo texto se encuentra publicado y vigente desde 1984 (R.O.No.801 de 6 de agosto). También podemos encontrar el derecho a acudir a los tribunales consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (art. XVIII), en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.10), y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.14, párrafo 1). Visto de este modo el ejercicio del derecho de acción y/o petición está garantizado por el Estado, y mal podría éste estipular una limitación a este derecho mediante contrato administrativo, ya que "La fuerza normativa de la Constitución no puede ser eludida en ninguna circunstancia ya que sus normas prevalecen sobre las demás, sean éstas referentes al derecho público o privado" (ver Resolución No. 0008-03-AA del 28 de Octubre del 2003 del Tribunal Constitucional). La teoría de que los actos del Gobierno son siempre realizados a nombre del pueblo y que constituyen su manifestación de voluntad no puede ser utilizada con tal exageración porque esto haría imposible que tales actos sean impugnados, y por el contrario, la regla general es que todo acto es impugnable. Por otro lado, debemos considerar que no todo acto en el que interviene el Gobierno o alguno de sus entes es un acto de Gobierno. La Resolución No. 0036-2001-TC, 0042-2001.TC y 0044-2001-TC, adoptada por el pleno del Tribunal Constitucional dentro de los casos 0036-2001-TC, 0042-2001-TC y 0044-2001-TC, acumulados, nos dice: "Que la letra b) del artículo 2 de la resolución excluye de la impugnación por la vía de la acción de amparo a los actos de gobierno, restringiendo este concepto a aquellos que reúnan las tres condiciones que taxativamente consagra: que implique "el ejercicio

directo de una atribución Constitucional"; que sean dictados "en ejercicio de una actividad indelegable" que tengan "alcance o efecto general" . Al respecto se debe considerar que existen determinados actos que la Constitución Política establece como atribuciones fundamentales de los órganos del Estado, mismo que de acuerdo a la doctrina actual se traducen en normas jurídicas y no en actos interpartes." Considerando que en el Contrato de 1995 no se manifiesta la voluntad unilateral del Estado, sino que en éste ha participado concurrentemente la voluntad de un particular, Texpet, resulta evidente que dicho contrato no puede ser calificado como un acto de gobierno, y en consecuencia es inadmisible la teoría de que dicho contrato constituye un acto de gobierno, y mucho menos que éste haya sido firmado por el Gobierno en nombre de todos los ecuatorianos, como lo ha sostenido repetidamente la parte demandada, que en la inspección judicial de Yulebra, y en la inspección judicial de la Estación Yuca, de Guanta, y en Auca Sur, dijo repetidamente que " Los actores ilegalmente pretenden desconocer la figura jurídica de la representación, consignada en la Constitución Política, en el Código Civil y en otras leyes vigentes y cuestiona al Gobierno Ecuatoriana y a los funcionarios que, a la época eran representantes legales de Petroecuador y del Ministerio de Energía y Minas, por haber liberado a TEXPET de toda obligación por las condiciones ambientales del área de la Concesión de 1973, arguyendo que no se puede hacer extensiva a la liberación a sus clientes; el aceptar la teoría de los actores, significaría que cada uno de los funcionarios actuó por sus propios derechos y no porque los que representaron en tal oportunidad, en la que legalmente intervinieron a nombre del Estado Ecuatoriano, que a su vez es el mandatario de todos los ciudadanos de nuestro país." Debemos aclarar que aunque sea cierto que los funcionarios que suscribieron dicha liberación no actuaron en nombre propio ni por sus propios derechos, no es menos cierto que sus actuaciones y representación quedan limitadas y enmarcadas en la Constitución y en las leyes vigentes. La Presidencia no desconoce la figura de la representación, sino que limita la representación de los funcionarios que efectuaron la liberación a las entidades que representaban, y a través éstas, a todo es Gobierno de Ecuador, quien no forma parte de este juicio ni podrá beneficiarse de él, por lo que no existe razón legal para extender tal representación a todos los ciudadanos y privarlos de derechos que son indisponibles por su misma naturaleza. En cuanto a derecho corresponde, la demandada alega que los demandantes carecen del derecho de demandar porque los daños fueron objeto de finiquitos, lo que implicaría que tales finiquitos serían capaces de restringir derechos fundamentales, sin embargo de la lectura de todos los distintos finiquitos mencionados se puede



observar con toda claridad que ninguno de ellos pretende ni es capaz de disponer- como en derecho se requiere- del derecho de acción y petición del que son titulares las personas en el Ecuador, sino por el contrario, el tenor literal establecido en el Contrato de 1995 deja entender claramente el alcance de dicho documento. El artículo 1.7, titulado "Alcance del trabajo", dice: "El alcance del conjunto de trabajos y acciones para la reparación convenido entre las partes y establecido en el anexo A que se requiere para descargar y liberar a Texpet, frente al Gobierno y Petroecuador, de todas las obligaciones legales y contractuales, y de responsabilidad del Impacto Ambiental resultantes de las Operaciones del Consorcio", donde se destaca que la liberación opera frente al Gobierno y Petroecuador. Del mismo modo el artículo 1.12, titulado "Liberación", también nos habla de la liberación frente al Gobierno y Petroecuador, aclarando que incluye "cualesquiera demandas que tengan o puedan tener tanto el Gobierno como Petroecuador contra Texpet, como resultado de los convenios del Consorcio", de manera concordante con el artículo V que nos indica con total claridad que "el gobierno y Petroecuador liberarán, absolverán y descargarán para siempre a Texpet [a su matriz, empleados y otros] de cualquier otra demanda del Gobierno y Petroecuador en contra de Las Exoneradas, por el Impacto Ambiental resultante de las Operaciones de Consorcio". Para total claridad consideramos también lo dicho en la cláusula IV del Acta Final suscrita el 30 de septiembre de 1998 por parte del Gobierno, representado por el Ministerio de Energía y Minas, Petroecuador, y Texas Petroleum Company, en la que los primeros proceden a liberar, absolver y descargar para siempre a los Exonerados " de cualquier demanda o reclamación del Gobierno de la República del Ecuador, Petroecuador, y sus filiales, por conceptos relacionados con las obligaciones adquiridas por Texpet en el mencionado contrato", dejando claro que el alcance de la liberación de responsabilidades y demandas se limita a aquellas que pudieran venir de parte del Gobierno, de Petroecuador, o de sus filiales. Adicionalmente considero que la potestad jurisdiccional está determinada en la Constitución, y que por consiguiente el Gobierno no puede renunciar a la misma mediante un contrato administrativo, pues en tal caso dicho contrato sería contrario al derecho Público, estando obligado en todo caso a administrar justicia. En definitiva, los demandantes quienes no aparecen como subscritores de los finiquitos alegados en su defensa por la parte demandada, gozan de los derechos de acción y petición garantizados por la Constitución porque estos son indisponibles, además porque los finiquitos son claros al expresar quiénes son las partes activas y pasivas en la liberación, sin que tal tipo de negocio jurídico sea extensible a

terceras personas, ni aplicable a derechos indisponibles. Se debe considerar también lo dicho en el artículo 42 de la LGA:" Toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, que se inicien por infracciones de carácter ambiental, aunque no hayan sido vulnerados sus propios derechos", juntamente con el hecho de que la demanda ha sido firmada por 42 ciudadanos, los accionantes, quienes no han pedido indemnización a título personal de ningún daño, sino que han demandado la protección de un derecho colectivo, conforme la ritualidad que dispone la LGA, la reparación del daño ambiental, que según se ha alegado en este juicio, afecta a más de 30000 personas, siendo éstas supuestamente indeterminadas. Esta Presidencia ha notado que los potenciales afectados por las actividades del Consorcio están divididos en varios grupos humanos diversos, que invocan estar unidos por el hecho de ser afectados por un daño ambiental, sin pertenecer todos a una misma nacionalidad ni vecindad, sino que son identificables por compartir afectaciones provenientes de los daños ambientales. No existe, hasta donde lo demuestra el expediente, ningún censo o lista que los identifique, precisamente porque son grupos humanos diversos, pero vinculados por una misma afectación y un interés común en resolverla. De este modo queda establecido a satisfacción de la Corte el fundamento legal en el que descansa el derecho colectivo de los demandantes a presentar esta acción, resumido en el derecho sustantivo fundamental, irrenunciable e indisponible, de acción y petición, en segundo lugar en las normas del Código Civil para fundamentar el derecho a pedir la reparación de los daños, y en tercer lugar en la legitimación activa de los accionantes para ser escuchados en este proceso en defensa de derechos colectivos. 3.7.- Improcedencia de la demanda al amparo del 2260. Durante la contestación a la demanda la parte demandada argumentó que el artículo 2236 (antes 2260) "confiere un derecho que solo puede ejercerse a través del proceso ordinario, ante el Juez de lo Civil" (foja 264 anverso), sin embargo el texto de la norma dice:"Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción", de donde se puede apreciar que en ninguna parte de la norma transcrita se establece el trámite o procedimiento que se debe seguir para hacer efectivo este derecho, ni tampoco se hace referencia alguna a cuál es el Juez competente para conocer la acción. El Juez de lo Civil es el Juez residual en el que recae la competencia de los procesos que no tengan determinado otro Juez de competente, pero ante esta norma prevalecen disposiciones

expresas como lo es el artículo 42 de la LGA. Del mismo modo, el juicio ordinario es el trámite previsto para todas las causas a las que no se les establezca un trámite especial, pero en este caso nuevamente la LGA ha cambiado la ritualidad para el reclamo de este derecho, y ha establecido con toda claridad que en casos de reclamos por daños ambientales se deberá seguir el trámite verbal sumario (aet.43). La demandada en su contestación ha afirmado que el artículo 2260 "Solo sería invocable en contra del actual operador y propietario de las áreas que fueron del Consorcio", sin embargo, atendiendo a las características del año ambiental, la presencia de elementos contaminantes en el ambiente puede representar una amenaza o riesgo en contra de personas indeterminadas, y como lo que se demanda precisamente es la remoción de estos elementos, argumentando el daño que han causado y peligro que representan, es procedente el fundamento legal en la norma citada.3.8.- Extinción de las obligaciones por liberación de Texpet. Ha quedado establecido que la extinción de obligaciones a favor de la demandada Chevron Corp., opera por la liberación de responsabilidades que otorgó el Gobierno de Ecuador a nombre de TEXPET, TEXACO INC, etc., pero lo que la demandada discute no es el sujeto pasivo de la liberación, sino el sujeto activo, es decir quién realiza la liberación. Chevron alega que esta liberación de responsabilidades por parte de Gobierno de Ecuador se realizó como un acto de Gobierno, en nombre y representación de todos los ciudadanos, extinguiendo sus derechos, por lo que nuevamente debemos atender a lo dicho en este instrumento. El texto del Contrato de 1995, en cuanto se refiera al alcance de la liberación de responsabilidades dice: "El alcance de conjunto de trabajos y acciones para la reparación convenido entre las partes y establecido en el anexo A que se requiere para descargar y liberar a TEXPET, frente al Gobierno y Petroecuador, de todas las obligaciones legales y contractuales, y de responsabilidad del impacto ambiental resultantes de las operaciones del consorcio" de donde se desprende que la liberación la hizo el Gobierno y Petroecuador en su nombre exclusivamente, pues dice "frente al Gobierno, Petroecuador", tenor que no hace referencia a terceras personas ni permitir interpretaciones extensivas. No consta en el proceso prueba alguna de que los demandantes hayan suscrito ningún documento que extinga las obligaciones que la demandada pudiera tener para con ellos, por lo que consecuentemente éstas no se han extinguido. De este modo, aunque la demanda ha opuesto oportunamente esta excepción, ha fallado en demostrar que la mencionada extinción de obligaciones sea aplicable también a obligaciones con terceros, pues el contrato de 1995 y el Acta Final suscrita el 30 de septiembre de 1998 indican claramente lo

contrario. 3.9 el resto de excepciones planteadas por la parte demandada constituyen negativas puras a lo alegado en la demanda, por lo que conviene contraponerlas con los hechos que han quedado probados en el expediente, como se hará más adelante. **CUARTO.-** Existen varias peticiones de las partes que fueron presentadas durante el proceso y que deben ser resueltos en este acto, por ser éste el momento procesal oportuno para hacerlo; ya que de acuerdo a lo que dispone el artículo 273 del CPC: "La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella." Así, sin existir constancia alguna de que se pueda haber causado gravamen irreparable a ninguna de las partes, que han sabido ejercer una apasionada y extensa defensa de sus posiciones, limitada únicamente por la Ley y los derechos de la contraparte, con respecto a los incidentes creados mediante los escritos presentados por ambas partes procesales cuya resolución se encuentra pendiente, tanto aquellos que contienen los criterios de las partes acerca de alguna inconformidad en asuntos relativos a la tramitación de la causa, como los presentados antes de que se ejecutorie la orden de autos para sentencia, pero que sin embargo se los incorporó al proceso indicando que serían atendidos en sentencia, se dispone en el siguiente orden: 4.1. Escritos que contienen pedidos pendientes relacionados al trámite de pruebas pedidas oportunamente.- La parte demandada se ha quejado repetidamente de la forma en que esta Corte ha conducido el proceso verbal sumario, supuestamente por haber aplicado incorrectamente el principio de celeridad, impidiendo a la demandada ejercer su defensa, todo lo cual está en discordancia con lo que demuestran las tablas procesales de este proceso que ha durado casi 8 años y ha acumulado más de dos cientos mil fojas de expediente. Sin embargo, el tiempo que ha demorado el despacho de esta causa no es de responsabilidad del juzgador sino de las partes procesales, que han sabido debatir y complicar inclusive los aspectos más cotidianos de la tramitación de una causa. Así desde el inicio de la tramitación de esta causa podemos empezar refiriéndonos a:1.) La prueba pedida por Chevron en los numerales 30, 31, 38, 62, 63, 73, del escrito de 27 de octubre de 2003, a las 17h00, (fojas 3295) ya que revisando el expediente queda constancia de que la Corte ha oficiado en dos ocasiones a la institución requerida en el pedido de la demandada, recibiendo una respuesta en oficio No. 1890-DNH-EEC90692, presentado el 18 de mayo de 2009, a las 10h49, que consta a fojas 156.548, que conoció Chevron, y que indicaba que era necesario se proceda a designar dos personas para que revisen la documentación, ante lo

cual Chevron no manifestó interés alguno ni se pronunció designando ni insinuando o insinuando alguna persona que asista a completar la diligencia de su interés, pese a ser prueba pedida por su defensa, dejando que pase el tiempo y cambie la etapa del juicio, y luego del fin de la fase probatoria, han pretendido reabrirla con un pedido por demás extemporáneo. La Presidencia considera este accionar de la defensa de la parte demandada como prueba de mala fe procesal. 2) Pasando a la fase de inspecciones judiciales encontramos que existen sendas impugnaciones en contra de los distintos peritos y de la forma como realizaron su trabajo, por la forma como fueron nombrados y posesionados, e inclusive se ha exigido esta Corte la designación de peritos dirimentes para solventar la presunta contradicción entre los peritos, por lo que resulta oportuno referirnos a estos temas, que con su debate y posiciones han amenazado de impedir el avance regular del proceso de recolección de evidencia, o en tal caso, de prolongarlo indefinidamente. El expediente demuestra que entre ambas partes procesales se solicitaron más de cien inspecciones judiciales, siendo esta una carga sin precedentes para esta Corte, que sin embargo las aceptó y ordenó que se practiquen, a pesar de lo cual era evidente la necesidad de coordinación entre las partes y la Corte para el mejor desarrollo de estas diligencias. Por este motivo la Corte aceptó el documento denominado "Términos de referencias para las inspecciones judiciales, plan de análisis y plan de muestreo", propuesto por ambas partes procesales para guiar el trabajo de los peritos. Sin embargo, la parte demandada ha alegado en repetidas ocasiones que este documento constituye verdadero contrato, aún pese a estar titulado "Términos de referencia para las inspecciones judiciales, plan de análisis y plan de muestreo", y así sostiene en su escrito de 7 de noviembre de 2008, a las 17h02, que "una vez calificado y aprobado por el juzgador, creó un protocolo que al haber sido libremente acordado por las partes, deviene en un "contrato procesal" cuyos parámetros son obligatoriamente aplicables; y, deben regirse a las normas generales que rigen los contrato [...]", fundamentando sus aseveraciones en lo dicho por el tratadista Enrique Véscovi, quien en efecto en su obra Teoría General del Proceso reconoce que la teoría del contrato procesal no tiene mucha aceptación en el derecho moderno, y habiendo revisado la jurisprudencia tampoco existe mención alguna en referencia al contrato procesal y menos a que sea obligatorio para el Juez, con excepción de aquel acuerdo al que llegaren las partes para designar al perito o para designar más de uno (art. 252 CPC). Por el contrario, no existe norma procesal que sostenga la existencia de un "contrato procesal", ni mucho menos se prevé la obligatoriedad de tal figura ni en la doctrina ni en la jurisprudencia revisada, de

modo que ni la doctrina, ni la Ley ni la práctica procesal ecuatoriana han reconocido esta institución, salvo en las excepciones puntualmente establecidas en la misma Ley. De hecho, si observamos los actos de la defensa de la parte demandada en este proceso, podemos observar que no existia en ellos tampoco la convicción de la obligatoriedad de tal acuerdo, como se desprende de la lectura del acta de la inspección judicial de la Estación Palanda, y el acta de la inspección judicial de la refinería Shushufindi, en la que la demandada se allanó expresamente a que se proceda a la designación de un solo perito reconociendo que no existe acuerdo entre las partes y salvando la aplicación del mencionado acuerdo. Con los fundamentos enunciados esta Presidencia está convencida que el mencionado acuerdo no constituye un contrato procesal en los términos establecidos por Chevron en sus escritos del 7 de noviembre del 2008 a las 17h02 y 17h05, por lo que se rechazan sus argumentos, y por el contrario, se atiende al tenor literal del mismo acuerdo que indica claramente que se tratan de "guías", "términos de referencia", de modo que no constituye un reglamento ni un contrato, y mucho menos tiene el poder de limitar la actuación de los peritos en sus diligencias, pues esto podría mermar la capacidad del juzgador de apreciar la realidad. De hecho, ordenada la inspección judicial corresponde al juzgador designar un perito "solo si lo considerare necesario" (art. 243 CPC), y el juzgador está obligado solamente por acuerdo de las partes en designar uno o más peritos (art. 252 CPC) , y además no está obligado a tenerse a su criterio (art. 249 CPC), y al segundo del artículo 262 del CPC, de tal manera que la ley procesal es prolija en señalar las facultades del Juez y el límite que tienen los acuerdos a los que puedan llegar las partes en litigio, ya que estos no podrán imponerse sobre las facultades del juzgador para conducir el proceso. La función misma del perito, como auxiliar del juzgador, y del dictamen pericial, como su pronunciamiento en el expediente, es la de brindar mayores elementos de juicio para ayudar a que la resolución considere apropiadamente las ciencias o artes que desconozca, de ahí que aunque pueden ser de ayuda al momento de emitir un fallo, el Juez no está obligado a atenerse a su dictamen en contra de su propio criterio, es decir, lo que dice o deja de decir un perito no ata de manos al Juez, que está facultado apreciar estas evidencias de acuerdo a las reglas de la sana crítica. De este modo, el incumplimiento de tales términos de referencia no puede considerarse per se como un vicio en la diligencia –y como veremos más adelante, tampoco como un error esencial-, pues corresponde al juzgador apreciar el contenido del informe según las reglas de la sana crítica y darle el valor que merezca. Con lo resuelto se dan por despachados todos los escritos de las partes relacionados con el

mencionado documento que contenía términos de referencia para los peritos en las inspecciones judiciales, cuyos argumentos han sido considerados pero no necesariamente son recogidos por este fallo. Bajo este marco entramos al análisis de la existencia de supuestos Dictámenes periciales contradictorios, pues aunque a lo largo del expediente constan incorporados varios informes periciales realizados por los distintos peritos que han participado en las distintas diligencias probatorias, la apreciación de estos informes han resultado ser un ejercicio complicado, tanto por la naturaleza técnica de su contenido, como por la variedad de criterios expuestos por cada perito, los cuales aparentemente llegan a ser contradictorios, según lo ha alegado la parte demandada, quien ha solicitado en varias ocasiones que se nombren otros peritos para dirimir estas discordias, invocando el Art. 259 del Código de Procedimiento Civil, que dispone : "En caso de discordia en los informes periciales, el Juez de considerarlo necesario para formar su criterio, nombrará otro perito.", por lo que en base a la misma norma resaltamos que antes de nombrar otro perito es necesario que el Juez considere que dicho nombramiento es necesario para formar su criterio, sin embargo en el expediente existe abundante información como para formar el criterio del juzgador y de cualquier persona con la prueba que ha sido practicada por ambas partes procesales (56 inspecciones judiciales con sus respectivos informes periciales, 6 pericias independientes, testimonios, documentos y declaración), pues incluso sus aparentes contradicciones - y los consecuentes debates que se han originado- han servido para ilustrar mejor la realidad ante los ojos del juzgador, por lo que se consideró que no era necesario nombrar un tercer perito, que más que claridad podría traer nuevas disputas al proceso. En este sentido se explica en el art. 249 del CPC, que "Puede el Juez no apreciar el dictamen del perito o peritos, contrario a lo que él mismo percibió por sus sentidos en el reconocimiento, y ordenar que se practique nueva inspección con otro u otros peritos.", Dándole un valor preponderante a la inmediación del Juez en el proceso y recalcando la discrecionalidad que reposa en el juzgador para apreciar los distintos informes, nombrar un tercer perito en caso de que sean contradictorios y/u ordenar que se practique una nueva pericia, cuando exista discordia, o cuando sea contrario a lo que el juzgador ha percibido por si mismo, según el caso. En el sistema procesal ecuatoriano el juez no está obligado a atenerse a un informe contra su convicción ni a nombrar un tercer perito que resuelva alegadas discordias, de modo que en atención a las normas invocada, se ha decidió no ordenar la dirimencia por considerar que existen suficientes datos en los distintos informes como para dar luces y

permitir al juzgador aplicar su raciocinio y sana crítica; además se considera que aunque el Juez no está obligado a nombrar un tercer perito para que resuelva las aparentes discordias entre los informes, éste si está obligado a aplicar los principios de economía y celeridad procesal y prescindir de la práctica de diligencias innecesarias, razón por la cual el art. 259 dispone que se nombre un tercer perito únicamente "de considerarlo necesario para formar mejor su criterio", mientras que si no se cumple esta condición, porque el juzgador considera que un tercer perito no ayudará a formar mejor su criterio o porque el nuevo informe sería ineficaz aportando más datos o criterios, el nombramiento de este tercer perito resulta improcedente. Sin embargo, más allá de las alegadas contradicciones, las partes procesales han tenido la oportunidad de pronunciarse con respecto a cada uno de los más de cien informes periciales presentados en este juicio, de pedir ampliaciones y aclaraciones, y de expresar sus rechazos e impugnaciones a los mismos, los cuales han sido considerados por el juzgador para emitir este fallo de manera que no existan contradicciones inexplicables que puedan afectar el criterio del juzgador. Con lo resuelto se dan por despachados todos los escritos de las partes relacionados con las aparentes contradicciones en los distintos informes de las inspecciones judiciales, cuyos argumentos han sido considerados pero no necesariamente han sido reflejados en este fallo. De hecho, la impugnación de los distintos informes ha sido llevada a extremos por la parte demandada, quien ha alegado la existencia de errores esenciales en prácticamente todos los informes periciales que no han sido presentados por expertos insinuados por ella misma, denotando falta de objetividad en sus argumentos, que cuando han sido puestos a prueba han fallado en convencer al juzgador de la existencia de errores de tal magnitud que afecten la integridad misma de los informes. Es así que tenemos 26 casos de alegados errores esenciales, cuya necesidad de tramitación y consecuencia de la negativa han sido expuestas por Chevron en escrito de 12 de mayo de 2010, a las 08h50 (foja 177499 a 177514), respecto de los 13 procesos sumarios negados, y alegando que se han coartado su derecho a la defensa al limitarse solo a prueba documental en los 13 sumarios abiertos, ya que Chevron quería pedir práctica de varias diligencias probatorias que venía anunciando, como si se tratase de juicios ordinarios. En escrito de 22 de diciembre de 2010, a las 17h48, la parte demandada se ha comedido en resumir el estado de los trámites a sus pedidos de error esencial, aunque debemos anotar que ha errado al afirmar que los sumarios por error esencial no ha sido abiertos en debida forma, en base a que el jugador ha ordenado "simplemente que se agreguen a los autos los escritos de prueba, y

sin disponer, tal y como en derecho corresponde, que se cumplan con lo solicitado en los diferentes pedidos de prueba", pues corresponde al juzgador la conducción del proceso, y dado que el artículo 258 CPC. dice textualmente que los errores esenciales deberán ser "probados sumariamente", en relación con el art. 844 CPC, impide la apertura de incidentes que puedan detener la tramitación del proceso, no nos queda duda acerca de la imposibilidad de abrir una nueva etapa probatoria como pretende la demandada, dentro de un juicio verbal sumario, para probar la existencia de un alegado error esencial, que la ley ordena que sea probado sumariamente y no expeditamente, por lo que se ha ordenado que la prueba se limite a documentos, para que puedan ser incorporados al proceso sin dilataciones innecesarias, pero que permitan a la parte denunciante exponer sus argumentos como lo ha hecho ,sin que hayan sido suficientes para convencer al juzgador de la existencia de tales errores, como se demuestra a continuación. En cuanto al informe de inspección judicial de la Estación de Producción Sacha Central, del perito José Robalino, cuyo pedido de error esencial fue interpuesto mediante escrito de 14 de febrero de 2006, a las 09h25 (foja 93270), y escrito de 18 de mayo de 2006, a las 08h55 (foja 108853), los cuestionamientos se refieren por un lado a inconformidades en la toma de muestras o en los métodos de muestreo, ya que según alega Chevron, el perito debió utilizar el mencionado documento " Términos de referencia", y por otro lado Chevron alegó la utilización anacrónica de legislación. De modo muy similar sucede con el informe de este mismo perito en cuanto a las inspecciones del pozo Shushufindi 13, pues si atendemos el escrito de Chevron de 17 de abril de 2006, a las 14h50, (foja 103678) mediante el cual pide el error esencial contra este informe, vemos que se alega prácticamente lo mismo en cuanto a la no utilización de los "Términos de referencia" para el manejo de las muestras, por un lado, y a la utilización retroactiva de la ley, cuando citan los "ejemplos" de los errores en el texto de su petición, aunque añaden un argumento de que el perito "minimiza el principio básico de solemnidad de los contratos", que constituye sin duda un tema legal que corresponde apreciar al juzgador de esta causa y no a los peritos, y finalmente Chevron asegura que el perito "hace afirmaciones de orden jurídico", las cuales han sido evidentes al revisar los informes, pero no serán consideradas para emitir este fallo, precisamente por encontrarse fuera del área de su experticia. Chevron alegó también el error esencial contra este mismo perito por su informe de la inspección judicial del pozo Lago Agrio 2, mediante su pronunciamiento de 11 de mayo de 2006, a las 15h45 (foja 107691), ha repetido textualmente el pedido de error esencial al referirse a "haber incurrido en el uso de parámetros

técnicos y legales equivocados, con la intención expresa de inducir a error al juez", también repite los argumentos acerca de la solemnidad de los contratos, haciendo alusión a la liberación que otorgó el gobierno de Ecuador a Texaco, y también rechaza las afirmaciones de orden jurídico del perito, por lo que se aplica el mismo razonamiento también a este caso. Para concluir con el análisis de los pedidos de error esencial contra los informes del perito José Robalino, debemos referirnos a su dictamen sobre el pozo Sacha Norte 1, y al pedido de Chevron del 13 de diciembre de 2006, a las 16h30 (foja 124036), en el cual nuevamente encontramos la repetición de los mismos argumentos, que como hemos aclarado, corresponde al juzgador analizar. También encontramos sendos pedidos de error esencial en contra del perito Luis Villacreces en relación con sus dictámenes periciales de las inspecciones judiciales de los pozos Shushufindi 18, por pedido del 30 de mayo de 2006, a las 15h20 (foja 110536); Auca 1, por pedido del 12 de julio de 2007, a las 15h10 (foja 131347); Yuca 2B, por pedido de Chevron del 14 de junio de 2007, a las 08h35, (foja 130207); Cononaco 6, por pedido del 3 de julio de 2007, a las 17h50 (foja 130729); y Shushufindi 27, por pedido de Chevron del 30 de mayo de 2006, a las 16h10 (foja 111063), en donde también encontramos similitud de acusaciones y los mismos fundamentos para el error esencial, como son el hecho de afirmar que las normas legales utilizadas por el perito son anacrónicas, calificando esto como un "evidente error esencial" (foja 110541 para Shushufindi 18, foja 131358 para Auca 1; 130235 y 130243 para Yuca 2B), o que ignora la vigencia de la remediación ambiental y los principios de derecho aplicables a los contratos (foja 131347 para Auca 1; 130730 para Conocaco 6; 111073 para Shushufindi 27; 130235 para Yuca 2B); o que no utiliza los métodos de muestreo convenidos por las partes y aprobados por la Corte (foja 130730 para Cononaco 6) o establecidos en el RAP (ver fojas 111074 para Shushufindi 27), todos estos aspectos ya considerados y que están lejos de considerarse como errores en la esencia de los informes. Siguiendo al caso del informe pericial de la inspección judicial del Pozo Shushufindi 7, presentado por el perito Francisco Viteri, de acuerdo al pedido de Chevron en escrito de 13 de marzo de 2006, las 16h30 (foja 100294), el perito desconoce la existencia del RAP, violenta el principio básico de solemnidad de los contratos, emite razonamientos jurídicos y aplica leyes retroactivamente. Lo mismo sucede con el informe pericial de la inspección judicial de la Estación Sacha Sur, preparado por el perito Orlando Felicita, de acuerdo al pedido de Chevron del 23 de octubre de 2006, a las 08h30 (foja 121836), a quien también se lo acusa de utilizar "normas legales anacrónicas", de "desconocimiento de los

instrumentos legales referentes a la remediación"; y también con el informe pericial de la inspección judicial del pozo Aguarico 2, efectuada por el perito Pilamunga, el 6 de octubre de 2008, (foja 151247), en el que encontramos exactamente los mismos argumentos, adaptados para este informe. En el caso del informe pericial del pozo Shushufindi 25, del perito Fabián Mora Orozco, iniciado por pedido de Chevron del 13 de marzo de 2007, a las 17h15 (foja 126743), consta del expediente que no se ha citado al perito, pero se advierte que el propósito de tal citación era permitirle ejercer su defensa, siendo del caso que no resulta necesario que ejerza defensa alguna por no existir acusación válida en su contra, como se puede comprobar al revisar los argumentos de este pedido, de tal modo que la citación resulta en una mera formalidad que no ha obstaculizado el correcto desarrollo de este trámite ni ha privado al perito de ejercer su defensa. Con respecto a los pedidos de error esencial que no se han abierto, esto es el pedido contra el informe de la inspección judicial de Sacha 57 del perito Robalino, presentado por Chevron el 25 de abril de 2006, (foja 89347); el pedido contra el informe de la inspección judicial del pozo Lago Agrio 6 del mismo perito Robalino, presentado el 23 de mayo del 2006, a las 17h45 (foja 109534); el pedido contra el informe de la inspección judicial del pozo Shushufindi 21, del perito Francisco Viteri presentado por Chevron el 13 de marzo de 2006, a las 16h26 (foja 99982); el pedido contra el informe de la inspección judicial de la Estación Aguarico del perito Villacreces, presentado el 12 de septiembre de 2006, a las 15h35 (foja 119317); y el pedido de la inspección judicial del pozo Shushufindi 4 del perito Robalino, presentado por Chevron el 19 de enero de 2006, las 15h05 (foja 91289), se observa que en todos los casos de los informes denunciados existe otro informe pericial presentado por el perito insinuado por la propia Chevron, existen también los pronunciamientos de Chevron ante tales informes y los pedidos de aclaración, y por último los pronunciamientos a las ampliaciones y aclaraciones, de tal modo que es virtualmente imposible que un error esencial escape a los ojos del Juez, y además siendo estos casos negados idénticos a los referidos en líneas anteriores, para los que si se abrió el término especial de prueba, el juzgador ha llegado al convencimiento de la inexistencia de los alegados errores esenciales en todos ellos, pues los ineficaces argumentos se repiten. Con respecto a los pedidos de error esencial contra los informes presentados por el perito Marcelo Muñoz, perito nombrado por la Corte sin insinuación de parte, en relación con las inspecciones judiciales en el pozo Auca 17, presentados por Chevron el 16 de julio de 2009, a las 15h30 (foja 157637; del pozo Auca 19, presentado el mismo 16 de julio de 2009, a las 15h32 (foja

157664; de la Estación Auca Central, del mismo día a las 15h34 (foja 158555); de la Estación Auca Sur, del mismo día a las 15h36 (foja 157730); también el mismo día, a las 15h38, en contra del informe de la Estación Culebra (foja 157759); de la Estación Yulebra, también del 16 julio de 2009, a las 15h40 (foja 157777); de la Estación Yuca Central a las 15h42 (foja 157801); y finalmente el mismo 16 de julio de 2009, a las 15h50, de la Estación guanta Central (foja 157820), se observa que consta del expediente que Chevron solicitó la comparecencia del perito a la Corte para ser examinado, conforme se puede ver en el acta pública que reposa desde fojas 159786. Según se lee del acta, el perito respondió todas las preguntas que hicieron los abogados de Chevron, quedando pendiente únicamente el tema de la aplicación anacrónica de la ley. En fojas 158789 y 158790 se lee que poco antes de terminar el examen por parte de Chevron al perito Muñoz, el juzgador interviene del siguiente modo: "El señor Presidente, dirigiéndose al Dr. Campuzano, le pregunta: ¿Qué pregunta, que interrogante el Dr. Muñoz no le ha satisfecho? El Dr. Campuzano responde: básicamente la parte de la aplicación a ultranza del decreto 1215 a trabajos efectuados por Texaco en la remediación ambiental del 95 al 98, o sea, el Dr. Muñoz ha utilizado como referencia los decretos en actual vigencia, pero se está olvidando que la remediación hecha por Texaco del 95 al 98, y por ende jamás podía haber utilizado leyes posteriores, esto es, una legislación, una ley que tiene vigencia cinco años después, lo cual es inadmisible legalmente, esa es la petición de la empresa demandada", por lo que posteriormente el juzgador, mediante providencia de 27 de julio de 2010, que negó la apertura de trámites de error esencial bajo el fundamento de que el perito ya ha comparecido a responder a todas las preguntas de la parte demandada. Aunque lo dispuesto en esta providencia se encuentra ejecutoriado, también se observa que la aplicación anacrónica de la legislación como fundamento para denunciar la existencia de errores esenciales no es precedente por cuanto los peritos han procedido a cumplir las órdenes del juzgador y de las partes al aplicar los distintos criterios. Corresponde al juzgador apreciar el resultado de los informes conjuntamente con las acusaciones de anacronismo, que han sido abundantemente alegadas por la demandada. Así, considerando lo expuesto, para resolver este asunto se considera que consta del expediente que el demandado solicitó la apertura de 26 procesos sumarios por supuesto error esencial en contra de casi todos los peritos que han actuado en este proceso legal, ya sea por insinuación de la parte demandante o escogidos por la Presidencia de la Corte, pero ningún proceso se ha pedido en contra los peritos extranjeros que participaron por insinuación de la propia Chevron, lo que nos hace



pensar que tales acusaciones carecen de objetividad, y que la parte demandada ha utilizado estos procesos de error esencial como mecanismo de hecho para impugnar la prueba del adversario, y no como un medio para enmendar el expediente y corregir verdaderos errores esenciales que pudieran afectar la decisión de la causa, que es de la esencia de esta institución. En segundo lugar se considera que Chevron tuvo sendas oportunidades para probar sumariamente, mediante entrevistas y/o documentos entregados a la Corte, la existencia de cada uno de los errores esenciales que alegó, dejando apreciar los fundamentos y las pruebas que los sostenían, sin embargo ha quedado en evidencia que los alegados errores no pueden ser calificados como esenciales porque no afectan la esencia misma de las pericas cuestionadas ni pueden afectar el juicio del juzgador. Finalmente se considera que cada uno de los informes que supuestamente contienen errores esenciales será apreciado en conjunto con los demás informes periciales, incluyendo los presentados por los peritos insinuados por Chevron, de manera que un error verdaderamente esencial se haría evidente, impidiendo que el juzgador emita un fallo influenciado por algún error en la esencia de algún informe. En relación al fondo de estos argumentos se observa que se refieren más a desacuerdos sobre la interpretación de datos o la aplicación de la Ley por parte de los peritos, por lo que se tendrá en cuenta lo alegado al momento de valorar los informes periciales y no se considerarán ni tomarán en cuenta los criterios legales utilizados o emitidos por ningún perito, desechando definitivamente cualquier pretensión de que los informes periciales denunciados por la parte demandada adolezcan de errores que puedan ser calificados como esenciales ni que puedan inducir a error a esta Presidencia. Con lo resuelto se dan por despachados todos los escritos de las partes relacionados con las denuncias de error esencial en los informes de varios peritos, cuyos argumentos han sido considerados pero no necesariamente están reflejados en forma positiva en este fallo. Por otro lado, las partes también han impugnado mutuamente a los peritos por la utilización de los laboratorios Havoc y Severn Trent por los distintos peritos insinuados por las partes, en base a acusaciones mutuas de que supuestamente estos laboratorios no están calificados para realizar sus trabajos, lo cual alegan que descalifica las muestras. En este tema se ha considerado el oficio OAE- 06-151, de la Dra. Blanca Viera, Directora Nacional de Acreditación, del 12 de julio de 2006 a las 17h50 (fojas 114413 y 114414), y en relación al mismo lo dicho por la parte actora mediante escrito de 16 de agosto de 2006 a las 17h05 (117232), en el sentido de que deja constancia de su pronunciamiento y aceptación porque consideran que el organismo de Acreditación Ecuatoriana ha abalizado la legitimidad

del trabajo o ensayos que ha realizado el laboratorio HAVOC, que es el laboratorio utilizado por los peritos insinuados por la parte actora. Sin embargo, la parte demandada, mediante escrito de 29 de octubre de 2007, a las 17h22 (foja 133394 a 133399), ha disputado estos hechos, afirmando que Havoc no estaba facultado para realizar los exámenes de este juicio porque no contaba con estas acreditaciones cuando se realizaron los análisis de muestras durante las inspecciones judiciales, y que al contrario de lo que afirma la parte actora dicho oficio no abaliza lo actuado por Havoc, por lo cual, atendiendo al texto del oficio en mención se tiene que éste indica que el Organismo de Acreditación Ecuatoriano no tiene competencia para facultar, sino acreditar, y que en este caso no puede certificar al laboratorio porque no ha sido evaluado, pero que no puede impedirlo de realizar los trabajos que realiza particular que no podría considerarse como un vicio inherente a los informes. En este mismo tema, posteriormente, la parte demandada, mediante el Dr. Adolfo Callejas en escrito de 5 de diciembre de 2007, a las 17h38 (133810), pidió que se siente razón acerca de si existe algún tipo de acreditación respecto de laboratorios Havoc Cia Ltda., ante lo cual los actores invocaron el principio de igualdad de las partes para que la misma razón se siente con respecto de los laboratorios Severn Trent, utilizados por los peritos insinuados por la demandada, haciéndose evidente al revisar el expediente que estos últimos carecen de certificación alguna emitida por el OAE, sino una similar obtenida en el extranjero (ver fojas 117500 en adelante, y otros similares), lo cual ha sido motivo también de impugnación por parte de los actores. Sin embargo, a pesar de las mutuas acusaciones que pretenden desvirtuar los hallazgos obtenidos por los peritos insinuados por la contraparte, se considera que no se puede servir a la justicia si se descarta la validez de las muestras en base a estas impugnaciones formales, por lo que atenderá parcialmente los resultados de las muestras de los peritos insinuados por ambas partes, pero procederá a evaluar los resultados de los análisis en su conjunto y considerando lo alegado en sus respectivas impugnaciones. Conforme lo manifiesta el oficio OAE 06-151, que de acuerdo a la Ley la falta de acreditación no sería un impedimento para realizar ensayos, y mucho menos para presentarlos en un juicio, sino que la falta de acreditación constituye simplemente la ausencia de un reconocimiento formal de la capacidad técnica de los laboratorios utilizados por los peritos insinuados por ambas partes procesales, particular que como se ha dicho, será considerando con cuidado. Con lo resuelto se dan por despachados todos los escritos de las partes relacionados con los laboratorios y sus acreditaciones, cuyos argumentos han sido considerados pero no necesariamente están

reflejados favorablemente en este fallo. Finalmente, de relación con la práctica de inspecciones judiciales, como se había señalado, las partes debatieron inclusive los aspectos más cotidianos de la tramitación de la causa, viéndose la necesidad de que el juzgador dirija el proceso priorizando el servicio a la justicia. 3) De este modo, aunque la parte demandada ha alegado que se le ha causado un gravamen irreparable al no permitírsele la práctica de 64 diligencias solicitadas por la parte actora, cuya Renuncia a las 64 inspecciones judiciales fue aceptada por el titular de esta Corte mediante providencia de 22 de agosto de 2006, a las 11h00 (foja 117589), que ha sido ratificada en varias ocasiones y ha causado ejecutoría. Sin embargo han quedado pendientes de pronunciamiento ciertos criterios emitidos por la demandada, como lo dicho en escrito por Chevron en escrito del 25 de agosto de 2006, a las 17h00 (foja 118518), cuando manifiesta contra el juzgador que "al aceptar usted, señor Presidente la pretensión de la parte actora de renunciar a la realización de las inspecciones judiciales... se puede considerar, bien que el juzgador ha sido inducido a engaño, o bien que al ser su providencia una resolución que no solo dispone sobre el avance del proceso, sino que además... el juzgador ha anticipado criterio y ha favorecido a la actora...", conclusión a la que llegan por que se fundamentan en la premisa falsa de que la renuncia de inspecciones lleva aparejada un reconocimiento por parte del juzgador de que se hallan probadas las afirmaciones de los actores, lo cual en modo alguno es cierto ni ha sido manifestado de forma expresa ni tampoco implícita, por ninguno de los juzgadores que han asumido la competencia de esta causa. Al aceptar la renuncia consta del expediente que el juzgador simplemente aceptó la renuncia, sin ningún "aparejo" ni reconocimiento implícito de ningún tipo con respecto a las afirmaciones de los actores. De acuerdo al art. 114 CPC, corresponde a cada parte probar los hechos que alega, mientras que el juzgador deberá resolver sobre el mérito de los autos, de tal manera que ningún reconocimiento implícito puede operar en la etapa de prueba, sino que el reconocimiento expreso de los hechos probados deberá ser explicado y razonado en el fallo final, de tal manera que si el actor ha fracasado en aportar elementos de convicción al juzgador, éste fallará indicándolo así y rechazando la pretensión del actor en forma total o parcial. Se observa que en el trámite de esta renuncia, el escrito de 24 de julio de 2006, a las 14h35, tenía un pedido en el que la parte demandada "comedidamente solicitó se sirva volver a fijar nuevos días y horas en los que se lleven a cabo todas y cada una de las diligencias de inspección judicial referidas", haciendo referencia a inspecciones judiciales solicitadas exclusivamente por los demandantes, y que a

pesar de que no fueron pedidas por Chevron en el momento procesal oportuno. Este nuevo pedido se fundamentó en porciones de textos presentados por los actores en los que se hablaba del principio de unidad de la prueba, y fue atendido y negado mediante providencia de 22 de agosto de 2006, a las 11h00, y la parte demandada ha pedido insistentemente la revocatoria de esa providencia, la misma que ha sido negada, ratificándose ejecutoriándose. Sin embargo, al respecto también se toma en cuenta lo dicho en el escrito de 13 de junio de 2006, a las 17h55, presentado por la parte actora acerca del principio de unidad de la prueba y su aplicación a la prueba judicial, y acerca del derecho de la parte que solicita una prueba a practicarla o desistir de la misma, debiendo dejar constancia clara de que se ha permitido a la parte demandada, Chevron, la práctica de todas las diligencias que solicitó para su defensa por lo que no puede hablarse de indefensión, gravamen irreparable, ni de tratamiento favorable a alguna de las partes, palabras disonantes que no concuerdan con la realidad procesal, que demuestra, por el contrario que los actos del juzgador en la dirección de este litigio únicamente han impedido que Chevron se apodere de pedidos de prueba que no realizó oportunamente y hacia los cuales manifestó un interés caduco e ilegítimamente fundado en un mal entendido principio de unidad de la prueba. Al respecto la Presidencia coincide con lo que señala el maestro Manuel Devis Echandía, quien describe el principio de comunidad de la prueba como consecuencia del principio de unidad, al clarificarnos que la prueba "no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que sólo a este beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte beneficioso de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla" (ver Compendio de Derecho Procesal, en el Tomo II sobre pruebas judiciales), por lo que mal podríamos limitar los efectos de la prueba aportada al expediente para favorecer solo a la aparte que solicitó tal evidencia, pero estamos claros en que esto no implica en modo alguno que una parte procesal pueda invocar este principio para apropiarse de un pedido de prueba ajena, pues el principio de comunidad se aplica a la prueba "una vez introducida legalmente al proceso", por lo que resulta evidente que el pedido de prueba no es lo equiparable a una "prueba legalmente introducida", por lo que no pertenece al proceso, sino a la parte que lo presentó oportunamente. En cambio consta del expediente el escrito de los actores de 15 de diciembre de 2006 (fojas 124894 a 124908), en el que los actores mediante una escritura pública ratifican la renuncia a las inspecciones hechas por sus abogados defensores, de manera



que ésta fuera definitivamente aceptada en providencia de 22 de enero de 2007 (foja 1256579).Adicionalmente, por la parte demandada se considera que el escrito de3 de julio de 2006, a las 17h30 al que hace referencia en su escrito de 22 de diciembre de 2010 a las 17h48, no tiene ningún pedido que atender, por lo que prefiero pensar que se trata de un error involuntario de la parte demandada el haberlo incluido en la lista de asuntos por despachar "antes de dictar sentencia". Con lo resuelto se dan por despachados todos los escritos de las partes relacionados con la renuncia a las inspecciones judiciales, cuyos argumentos han sido considerados pero no necesariamente están reflejados en este fallo. De este modo, para concluir el análisis de los asuntos pendientes relativos a la etapa de prueba, debemos referirnos a: 4.2. Otros Escritos que contienen pedidos pendientes relacionados a las mutuas acusaciones de fraude, manipulación e intensiones supuestas de inducir a error al juzgador de diversas formas. Así, analizando las acusaciones relativas a informes periciales adulterados o fraguados, denuncias de conducta inapropiada de colaboradores de las partes procesales, e inconductas evidenciadas. En este orden, empezamos por la denuncia de a) Falsificación de los informes del perito Charles Calmbacher, presentada por Chevron. Se puede iniciar el análisis de estos hechos notando que los informes del perito Charles Calmbacher fueron oportunamente entregados a la Corte, Fueron agregados al expediente (fojas 52205 en adelante para el informe de Shushufindi 48 y fojas 46241 en adelante para informe de Sacha 94) y puestos en conocimiento de las partes procesales, quienes emitieron sus pronunciamientos (ver fojas 73145 para pronunciamiento de Chevron a Shushufindi 48, y ver fojas 68452 para pronunciamiento de Chevron acerca de Sacha 94). Sin embargo, de acuerdo a recientes declaraciones ante tribunales extranjeros del perito Calmbacher, y que han sido presentadas por Chevron ante esta Corte mediante escrito de 14 de abril de 2010, a las 15h42 (foja 168601 en adelante), en las que afirma que los informes entregados a la Corte a nombre del perito Calmbacher no son de su autoría, y que tales informes resultarían ser fraguados y entregados sin la autorización del perito. En relación a este tema también se ha incorporado al expediente declaraciones públicas dadas por el perito a la prensa (ver escrito de los actores de 7 de julio de 2010, a las 17h15, fojas 185930 en adelante), donde consta que según una nota que fue publicada en el diario el universo de la ciudad de Guayaquil, el día 17 de agosto de 2004, " El estadounidense Charles Calmbacher, higienista industrial y toxicólogo, indicó que a pesar de que Texaco dejó de operar en la Amazonía en la década de los años noventa, varios efectos sobre la salud se manifiestan ahora porque muchas

enfermedades tienen efectos retardados de hasta veinte años" (foja 185945), por lo que atendiendo el pedido de Chevron de que se elimine del expediente los informes periciales de Sacha 94 y Shushufindi 48, y en atención a la gravedad de la denuncia, pero también al hecho de que no existe la razón de los dichos del Dr. Calmbacher, ya que se puede ver que ha quedado resentido personalmente con el equipo de los actores por cuestiones laborales y de dinero, además de su aparente contradicción con declaraciones públicas, y ya que éste no ha podido ser repreguntado, así como para evitar posibles nulidades o perjuicios en un tema que no ha podido ser aclarado, y sin que esto afecte la integridad del cúmulo probatorio, los comentarios y conclusiones que constan como emitidos por el Dr. Calmbacher, no serán considerados para emitir este fallo, sin perjuicio de otras acciones judiciales que las partes pudieran iniciar. B) En cuanto a la participación del perito Richard Cabrera en este juicio se han presentado cantidades verdaderamente exageradas de pedidos relativos a las nulidades de su nombramiento o de su informe fundamentado en los más variados argumentos, como veremos a continuación. Así por ejemplo es el caso de la participación de Cabrera en la compañía CAMPET como argumento para sustentar un supuesto conflicto de intereses, debido a que dicha compañía se encuentra efectivamente registrada como contratista de Petroecuador, según lo denuncia Chevron en su escrito de 9 de febrero de 2010, a las 09h07 (foja 167039 a 167055). La demandada ha alegado que existe un conflicto de intereses que impedirían la participación de Cabrera como perito de la Corte por el mero hecho de su participación en una empresa registrada como contratista de Petroecuador, pero ha fallado en indicar cómo esta participación afectaría o beneficiaría la participación de Cabrera; por el contrario, se observa que este hecho no obsta en modo alguno la participación de Cabrera como perito en este juicio, y no presenta ningún conflicto de interés, porque de hecho, ni Petroecuador es parte de este juicio ni el registro de contratista de Petroecuador tiene ninguna relación con este proceso ni es vinculante en modo alguno para la ejecución de la sentencia. Del mismo modo los demandados, mediante escrito de 21 de mayo de 2010, a las 16h35 (foja 178982), han denunciado la participación de Cabrera en un juicio en EEUU, Arias contra DYNCORP, atribuyéndole al perito ciertas declaraciones que supuestamente contradicen lo que han dicho en este juicio e impiden su participación como perito. Pero de la revisión de los documentos adjuntos a la denuncia se desprende que cabrera fue parte de un equipo de profesionales que participó en este juicio en los EEUU, sin que puedan atribuírseles las conclusiones de dicho trabajo.

Consta que en este mismo juicio contra DYNCORP participó un abogado que años atrás fue también abogado de la parte actora en los EEUU, pero que no ha sido parte procesal en esta causa. Este tipo de relaciones no presentan ningún conflicto con la participación del Ing. Cabrera como perito en este juicio, ya que el perito fue nombrado por esta Corte sin insinuación de parte, directamente por la Presidencia de la Corte de entre la lista de peritos reconocidos, de tal forma que un antecedente como el que se menciona no puede constituirse en obstáculo para su participación. En relación a la nulidad del nombramiento y del informe del perito Cabrera. Consta a lo largo del expediente que la parte demandada ha presentado una cantidad considerable de escritos en los que solicita la nulidad del nombramiento del perito Richard Cabrera y por ende la de su informe pericial. Los argumentos para esta supuesta nulidad han variado a lo largo del expediente, como el caso de los alegados vicios en el nombramiento del perito, o la acusación de haber utilizado informes supuestamente fraguados pro los demandantes, o de haber actuado en colusión con los demandantes y sus representantes. Acerca del primero de estos puntos, se advierte que de la revisión del expediente consta que no han existido vicios en el nombramiento del perito Cabrera ni en la entrega de su informe, por lo que no existe fundamento legal alguno para declarar la nulidad de su nombramiento ni de su informe pericial, debiendo resaltar que este asunto ha sido resuelto en varias ocasiones anteriores, sin que se hayan aportado nuevas pruebas que sugieran la existencia de algún causal para decretar la nulidad de dicho nombramiento o peritaje. Sobre la supuesta utilización de informes fraguados y de una de una supuesta colusión con los demandantes, se aprecia con mucho cuidado el escrito presentado por Chevron el 12 de julio de 2010, a las 14h39, en el que Chevron adjunta una importante cantidad de documentación, contactos de correo electrónicos, varias decenas de vídeos y las que dicen ser sus transcripciones (en cuerpos 2011 a 2017, y otros). La parte actora ha impugnado la validez de estos videos y de sus transcripciones por ser "prueba evidentemente manipulada", alegando que se trata únicamente de porciones seleccionadas, editadas y sacadas de contexto, de filmaciones mayores, que esta Corte no ha podido apreciar. Sin embargo, por la seriedad de la denuncia, y aunque los indicios no constituyan prueba, debemos atender a la petición constante al final de este escrito, que parte de hacer referencia a la nulidad para la que no hemos encontrado fundamento legal, solicita que esta Corte se abstenga de considerar el informe del perito Cabrera y pide además que "se abstenga de pedir autos para sentencia, hasta por lo menos el 1 de diciembre de 2010 y hasta que usted, señor

Presidente investigue todas las pruebas relacionadas con el fraudulento informe del perito Cabrera". Esta última petición implicaría que esta Corte suspenda la tramitación de esta causa en base a un pedido de una de las partes procesales que tiene cierta expectativa en ese lapso de tiempo, lo cual resulta contrario a derecho público, que ordena que ningún incidente pueda suspender la tramitación del juicio verbal sumario, por lo cual esta petición ha sido previamente rechazada. Sin embargo, atendiendo al objetivo del pedido de la parte demandada de que el informe de Cabrera no sea considerado, y buscando no dejarle en indefensión por falta de un tiempo que este tipo de juicio no puede otorgar para presentar las pruebas que le permitan probar sus acusaciones en contra del perito Cabrera y de su informe pericial, se acepta la petición de que dicho informe no sea tomado en cuenta para emitir este fallo. C) En cuanto a las denuncias mutuas de conducta inapropiada por parte de colaboradores de la contraparte, se ha analizado lo alegado por Chevron en cuanto a los actos del señor Steven Donziger, atendiendo el escrito de la parte demandada de 20 de diciembre de 2010, a las 16h30, en el cual adjunta prueba obtenida del "asesor legal de los demandantes", del mismo modo que el escrito de 22 de diciembre de 2010 a las 17h45, y otros relativos a este mismo tema, ante lo que se considera que no consta en el expediente ninguna pieza procesal que indique la participación del señor Steven Donziger dentro de esta causa, ni como abogado ni como demandante, ni como parte procesal alguna, sin embargo su vinculación al "equipo legal" de los actores resulta algo evidente debido a sus múltiples actuaciones públicas como vocero de los demandantes. Sin embargo, de acuerdo a nuestra legislación "Actor es el que propone una demanda, y demandado, aquél contra quien se la intenta" (art. 32 CPC), por lo que no son partes procesales ni los peritos, ni sus auxiliares ni demás personal de apoyo, por lo que no se puede considerar el señor Donziger como una parte procesal, ni tampoco los actos del señor Donziger resultan vinculantes para los actores ni se puede pretender que los actores asuman las consecuencias de estos. Aunque el señor Donziger ejerza la abogacía como profesión y se encuentre de algún forma vinculado a los actores, no consta del expediente ningún poder otorgado por los actores a dicho abogado para participar en su defensa dentro de esta causa, por lo que en lo que refiere al fondo de sus declaraciones se las rechaza- especialmente aquellas en las que desdice de la Función Judicial ecuatoriana- y desconoce todo valor de lo que pudiera afirmar o hacer el señor Donziger cuando está frente a las cámaras o en cualquier acto. Ninguna presión ha sido ejercida sobre esta Corte de manera efectiva. Adicionalmente se observa que aunque esta Corte tuviera facultad

para juzgar al señor Donziger por sus irrespetuosas declaraciones, no podría hacerlo en base a porciones tan limitadas, escogidas y editadas de horas de grabación, y sin darle al acusado el derecho a defenderse o explicar el contexto de las mismas, por lo que sin detrimento del expediente ni perjuicio de los derechos de las partes a iniciar por cuerda separada las acciones legales de las que se crea asistida, se desestima esta denuncia por no estar vinculada a una parte procesal. De modo similar aplicamos lo dispuesto en el art. 32 del CPC, a la denuncia presentada por la parte actora en contra de señor Diego Borja, que es el autor de las filmaciones clandestinas que fueron utilizadas por la defensa de Chevron para denunciar supuestas conductas irregulares del anterior Presidente de esta Judicatura, como consta del escrito de fojas 158420 a 158427,que fuera ampliado en escrito de 13 de julio de 2010 a las 08h48, negando la participación del procurador judicial de la demandada en la planeación de las filmaciones, pero reconociendo que " en efecto, Diego Borja era un contratista independiente de Chevron con un rol especifico". Como consecuencia de esta denuncia el Juez Dr. Juan Núñez, se excuso de seguir conociendo la causa y se inició un proceso en su contra en el Consejo de la Judicatura. En relación a este tema notamos consta del expediente varias docenas de documentos de distinta índole firmados por Diego Borja, todos relacionados a las muestras recolectadas y analizadas en laboratorios por todos peritos insinuados por la parte demandada, lo cual sin duda lo vincula con el "equipo" que defiende a la demandada, pero así como el señor Donziger, su actuación no alcanza como para considerarlo un aparte procesal. Si consideramos las declaraciones que supuestamente hizo Diego Borja en conversaciones con el señor Santiago Escobar, grabadas clandestinamente por este último, y que constan en las transcripciones entregadas por los actores, debemos entender que gran mayoría de las muestras recogidas por los expertos insinuados por la parte demandada han sido manipuladas (ver escrito de 20 de abril de 2010 a las 15h27 y sus anexos), y estas perderían todo valor probatorio. Sin embargo, estas grabaciones no pueden ser consideradas pruebas válidas por ser realizadas de modo clandestino, del mismo modo que las realizó el señor Borja, que a pesar de todo fueron efectivas para que la función ecuatoriana se vea en el centro de un escándalo mediático, dilatar el proceso. Además la parte actora, mediante escrito de 20 de abril de 2010, a las 15h27 (foja 170980), se ha allanado y ha solicitado que no se quite valor probatorio a estas pruebas, pues sostienen que aún a pesar de la manipulación es prueba de lo afirmado en la demanda. Esta conducta, igual que la del señor Donziger, es del mismo modo reprochable, sin embargo, de acuerdo al art. 32 del

CPC, el señor Borja no es parte procesal, ni sus actos ni declaraciones pueden atribuirse a la compañía demandada, por lo que no proceden sanciones en contra de Chevron, quedando a salvo los derechos de las partes a iniciar por cuerda separada las acciones legales de las que se crean asistidas. e) Para concluir debemos referirnos a lo acontecido en la inspección judicial programada en la Estación Guanta, que debió ser suspendida por un pedido de Chevron, y que ha provocado las más airadas protestas de la parte demandante. En foja 81410 encontramos un oficio del Mayor Arturo Velasco, Jefe de Inteligencia del GFE-IV-"RAYO", en el que se lee que "por información del personal de la Agencia de Inteligencia de Sucumbíos, se conoció que para el día 19- Oct-2005, se prevé problemas e incidentes con el personal de colonos y nativos de la zona de la estación El Guanta. De acuerdo a la información obtenida por inteligencia militar se conoce de que la intención es retener a los funcionarios de CHEVRON TEXACO y demás asistentes a la inspección judicial mediante el bloqueo de las vías de ingreso y salida del sitio para forzar a la firma de documentos de compromiso para la entrega y cumplimiento de varias peticiones", en razón de lo cual recomienda restringir totalmente las actividades en dicho sector por faltas de garantías de seguridad. Este oficio fue presentado en secretaría de la Corte el 18 de octubre de 2005, a las 17h00, seguido de un escrito de Chevron a las 17h57 (foja 81426), en el que haciendo referencia al mencionado oficio alega que "Como es de su conocimiento, actualmente no existe ni en la zona ni en el sitio mismo de la inspección judicial las garantías necesarias para el cumplimiento de las misma [...] he recibido instrucciones de mi representada de no comparecer a la inspección antes mencionada [...] solicito muy comedidamente se sirva ordenar la suspensión de la inspección [...] ", pedido que fue aceptado por la Presidencia de la Corte y que posteriormente ha provocado fuertes acusaciones de la parte actora acerca de manipulación y defraudación por parte de la demandada al utilizar un informe militar espurio, preparado por pedido de la misma demandada. La Presidencia observa que desde foja 93031 a foja 93037 del expediente consta un oficio del general de Brigada Fabián Varela Moncayo, Subsecretario de Defensa Nacional, en el que remite 6 fojas útiles con documentos públicos que llevan los respectivos sellos oficiales de las instituciones, relacionados al mencionado informe del Mayor Arturo Velasco, en el que se lee que el mismo Mayor Velasco dice "Desde el tiempo que permanezco en esta unidad, las relaciones con los funcionarios de la empresa Texaco han sido buenas, de respeto mutuo y de colaboración en diferentes actividades. El día martes aproximadamente a las 13:00 del día 18 de octubre un funcionario de Texaco, un trabajador de

una empresa de servicios, acompañados de un ex compañero de la institución, el Sr. Capt. (R) Manuel Bravo me manifiestan que tienen que asistir a una audiencia judicial en el sector El Guanta [...] que tenían información confirmada, que a su retorno iban a bloquearles las vías para exigir un pliego de peticiones y que estaban en riesgos e integridad. Ante lo cual manifesté mi negativa de facilitarle personal militar para su protección, indicándole que es función de la Policía Nacional. Me indicaron que no era su pedido, que lo que se trataba era de suspender la audiencia judicial [...] y que solicitaban que un miembro de inteligencia militar del grupo podía decírselo al Juez, a lo que manifesté que iba a realizarlo yo. El Juez llegó y le manifesté que por información de inteligencia militar conocemos que se va a producir un cierre de vías [...] hecho al que accedí porque es mi amigo y conozco de la seriedad de mi capitán [Bravo]. El Juez accedió indicándome que requería de un documento de la institución de que indique lo mismo [...] le manifesté que como él ya había dispuesto a la policía que es el organismo encargado de esa actividad sería conveniente que les exija a ellos [posteriormente al Capt. Bravo] llega a la oficina a pedirme que le ayude con el documento para al menos hacerles ver a los funcionarios que van a tener problemas y ante la insistencia accedí y le indiqué que el documento es sin respaldo de la institución sino a título personal y que lo hacía para que el tome las previsiones del caso [...] pero solo hasta que llegue el informe de la Policía; además le indique que no podía entregar ese documento por ningún motivo [...] Entregué el documento a mi capitán manifestándole que es un documento que no tiene validez por no tener el logo de la institución, que es solo para que adopte las medidas precautelares necesarias para la seguridad de sus funcionarios, además que bajo ningún concepto puede ser difundido". Acerca de este mismo tema podemos también leer el informe que presenta el señor Coronel de E.M.C. Miguel Fuertes Ruiz, hace referencia a que el Juez decidió suspender la inspección judicial en base "en un informe presentado por el Sr. Mayor Arturo Velasco, Oficial de inteligencia (P-2) del GFE-VI-DE-RAYO", en el cual indicaba que por información de AISU, se conocía que durante la mencionada inspección se preveía problemas e incidentes con los colonos y nativos de la zona. El Sr. Mayor Arturo Velasco habría proporcionado esta información a pedido del Sr. Capt. (R.) Manuel Bravo, ex compañero en la vida militar del Mayor Velasco, el mismo que trabajaba en la empresa que proporciona servicios de seguridad a Texaco [...] Cabe indicar que ningún tipo de información escrita o verbal fue proporcionada por parte del AISU sobre problemas o incidentes que iban a ocurrir con los moradores del sector "El Guanta", durante la inspección judicial". Con lo cual queda claro,

por declaraciones del mismo autor del documento y de sus superiores, que el contenido del informe del Mayor Velasco es falso en la parte que afirma que "por información del personal de la Agencia de Inteligencia de Sucumbios, se conoció que para el día 19-Oct-2005, se prevé problemas e incidentes con el personal de colonos y nativos de la zona de la estación El Guanta. De acuerdo a la información obtenida por inteligencia militar [...]", cuando en realidad ningún tipo de información escrita o verbal fue proporcionada por parte del AISU sobre problemas o incidentes que iban a ocurrir con los moradores del sector "El Guanta", durante la inspección judicial, de donde se desprende que la verdadera y única fuente de la información en el diminuto informe de inteligencia militar del Mayor Velasco es el Capt. (R) Bravo, funcionario de seguridad privada al servicio de la demandada. Con estos antecedentes el juzgador tiene los elementos de juicio suficientes para comprobar que efectivamente fue inducida a error por el Procurador Judicial de Chevron Corp., Dr. Adolfo Callejas, al solicitar a la Corte la suspensión de una diligencia judicial en base a información falsa, o cuando menos manipulada y no comprobada por ninguna fuente oficial, pero que se hizo pasar por verdadera y oficial, aún sin tener el respaldo de la institución militar y tratándose de un documento que por pedido de su autor no podía ser difundido, que fue sin duda emitido a título personal y motivado en el fondo por una relación de amistad y no por información de inteligencia militar. Sin embargo, se observa que esta conducta de la demandada, aunque ha incidido y entorpecido la tramitación de la causa al motivar que mediante providencia de 18 de octubre de 2005, a las 17h59 (foja 81531) se suspenda la diligencia, la misma no ha afectado su resolución final, por lo que simplemente se considerará como un ejemplo de conducta procesal al concluir este fallo, quedando a salvo los derechos y acciones de los que las partes y/o terceros se crean asistidos y puedan ejercer o se encuentren ejerciendo en relación a este hecho. De este modo concluimos con el análisis de los pedidos de las partes relacionados a la tramitación de la causa, declarando que se ha atendido todas las peticiones de las partes en cuanto a derecho correspondan, y pasamos al análisis de: 4.3.- Nuevas cuestiones previas. Sin ser excepciones dilatorias planteadas en la contestación, se refiere a defensas dilatorias que deben ser atendidas por el juzgador, pues han sido planteadas por la parte demandada a pesar de encontrarnos en un momento procesal más avanzado del proceso. Así, la denuncia de que varias de las firmas de los demandantes parecen ser falsificadas, la falta de poder de los abogados demandantes, e inclusive la falta de competencia del juzgador por el cambio de Constitución en el 2008, que si bien constituir

excepciones previas, no existían o no eran descubiertas cuando la demanda debió ser contestada, por lo que se las considera como sigue: a. Firmas Falsificadas.- En cuanto a los escritos de Chevron de 20 de diciembre de 2010, a las 08h50. Y de 22 de diciembre de 2010, a las 15h45, que se refieren un informe grafológico de un experto extranjero de abundantes credenciales pero que no ha estado a disposición ni del juzgador ni de la contraparte para examinarlo como sería del caso previamente a valorar sus observaciones, se aprecia que los demandantes han ratificado en más de una ocasión su participación en este proceso, sin que una disconformidad grafológica pueda ser utilizado como argumento para sostener una falsificación que el propio autor de la firma niega. Se observa que ni uno solo de los supuestos afectados por la falsificación de sus firmas ha apoyado la denuncia de Chevron por lo que ésta es por demás temeraria y evidencia deslealtad hacia la Corte y la contraparte. Lo mismo se aplica a lo alegado por la parte demandada en cuanto a la falta de "huellas digitales", como lo aduce en su escrito de 22 de diciembre de 2010, a las 15h49, pues se entiende subsanada la falta de tal solemnidad con los actos ulteriores de los demandantes, pues una solemnidad de este tipo no puede en modo alguno obstaculizar la administración de justicia. Lo expuesto nos lleva también a desechar las acusaciones de falsa procuración en contra de los abogados que han actuado por los demandantes, Dr. Alberto Wray y Abg. Pablo Fajardo, quienes han comparecido debidamente facultados por los demandantes y por la Ley, de acuerdo al art. 40 del CPC. B. Falta de competencia del Juez por cambio de Constitución.- En providencia de 29 de octubre de 2008, a las 17h00, el Juzgador atendió un escrito presentado por la parte demandada el 28 de octubre de 2008, a las 09h30, en el que impugnan la competencia de esta Corte y solicitan que se inhiba de seguir conociendo la presente causa, el Juzgador negó tal pedido en base a los artículos 11, numerales 3; 75; 168 numeral 4; 172 y 426 de la Constitución, adicionalmente se observa que a fojas 151523 se encuentra una resolución de las Comisiones Administrativa Financiera y de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la judicatura, de fecha 21 de Octubre de 2006, que en su artículo dispone que "hasta que se promulgue la Ley que regule la conformación y funcionamiento del Consejo de la Judicatura y éste conforme las Cortes Provinciales de Justicia, Tribunales Distritales y Penales, disponer que las Cortes Superiores, Tribunales Distritales Tribunales Penales y demás dependencias judiciales continúen funcionando de conformidad con las disposiciones de las Leyes Orgánica de la función judicial, el Consejo Nacional de la Judicatura y demás leyes aplicables en todo lo que no se oponga a la Constitución", y se considera también que

en fojas 151525 este mismo organismo aclara que la denominación de Corte Superiores deberá ajustarse a lo dispuesto en la norma constitucional, en base a lo cual los jueves que se encontraban conociendo causas prorrogaban su competencia y no la perdían en las causas que estaban despachando, por lo que no caben estas defensas en cuanto a derecho corresponde. 4.4.- Impugnación de Chevron a los expertos contratados por los actores para emitir criterios de valoración económica para la parte actora.- Debemos atender al hecho de que estos expertos no se han desempeñado como auxiliares de la Corte, ni sus criterios han sido considerados como dictámenes periciales, sino que se trata de terceras personas que han sido contratadas directamente por los demandantes sin intervención de la Corte, por lo que aunque fuera cierto que la parte actora ha cometido un fraude al utilizar el trabajo del Dr. Barnthouse, como lo denuncia Chevron en escrito de 21 de diciembre de 2010, a las 11h00. En la misma línea de argumentación se refieren al Anexo de responsabilidad del Dr. Allen, Dr. Picone, conforme consta en escrito de Chevron de 22 de diciembre de 2010, a las 17h40; en el que acusan la falsificación ideológica por parte de los actores del contenido del Anexo, lo cual sería una falta muy grave cometida por una parte procesal dentro de un juicio. El fundamento de esta acusación es que el Dr. Barnthouse ha testificado que revisó el informe del perito Cabrera, pero que no realizó ningún informe de daños por su cuenta, lo cual es concordante con la lectura del escrito de la parte actora de 21 de septiembre de 2010, mediante el cual hicieron la entrega precisamente del Anexo preparado por el Dr. Picone, Dr. Barnthouse y otros anexos más, y en cuya parte inicial se lee que la finalidad de dicho escrito "es colaborar con la Presidencia de esta Corte poniendo a su disposición nuestra posición en cuanto a los criterios económicos aplicables a la remediación de daños ambientales. Esperamos que este documento y sus anexos le permitan al juzgador tener una idea clara y actualizada de los costos económicos reales que podrían llegar a tener la reparación de los daños causados por las operaciones de Texpet en las provincias Amazónicas de Orellana y Sucumbíos", mientras que al final de lee; "Para concluir quisiéramos aclarar que la presentación de estos criterios económicos constituye simplemente una referencia de los valores involucrados en la reparación de daños ambientales como los que pueden ocurrir en este juicio, más este documento no constituye la concreción de nuestras pretensiones ni nuestra aspiración final en este juicio", de donde se desprende que los actores no pueden haber querido "engañar" a la Corte con falsos reportes sobre daños, como alega la parte demandada, pues anunciaron con claridad su intención al hacer la entrega de

documentos y los anexos, con criterios económicos aplicables a la remediación- no un informe de daños, para que le permitan al juzgador tener una idea clara y actualizada de los costos económicos; todo esto en cumplimento de la orden del juzgador de 2 de agosto de 2010, a las 9h00, que también cumplieran la parte demandada dentro del respectivo término, por lo que la acusación de falsificación ideológica es temeraria, no tienen mérito y se las desecha sin más trámite. Esta resolución es aplicable a la impugnación que hiciera la parte demandada en contra de los expertos autores de los anexos, que no son peritos ni auxiliares, sino profesionales independientes que han sido contratados, y que si se consideran afectados por alguna distorsión de sus dichos o mal uso de los mismos podrán ejercer las acciones que consideren, por lo que se dejan a salvo de los derechos de las partes y de terceros que pudieren creerse con derecho a iniciar acciones legales por este tema. 4.5.- Sanciones a los abogados por supuestas injurias, calumnias y difamación.- Constan del proceso innumerable pedidos de ambas partes procesales para que se castigue a los abogados de la contraparte por presentar, supuestamente escritos injuriosos, ante lo cual se observa que consta en el expediente sendos llamados de atención a distintos abogados de ambas partes procesales por incurrir en excesos o faltas de cortesía para su contraparte, por lo que atento a lo dispuesto en el artículo 500 del Código Penal, y entendiendo que esta causa ha merecido una defensa apasionada de ambas partes procesales, debido a que lo dicho en este proceso tiene de fuero, y a que las supuestas injurias han sido proferidas mutuamente, se invoca el adagio comúnmente reconocido de que la injuria borra la injuria, o que injuria contra injuria quedan "tablas", por lo que no sancionará a ninguno de los abogados por sus opiniones vertidas contra la contraparte en la defensa de esta causa, quedando a salvo su derecho de ejercer esta acción por separado, de considerarlo oportuno. Sin embargo, esta Corte también ha debido llamar la atención en repetidas ocasiones a los abogados defensores de la parte demandada por las acusaciones y los términos que han utilizado en contra de esta Presidencia, en las distintas personas que la hemos ocupado, como cuando aseguraron y no probaron que la Presidencia de la Corte apoyaba a los abogados de la parte actora en sus "maniobras", asegurando que "Esta situación irregular del nombramiento del perito para el "examen pericial", ha estado llena de vicios explicables solamente a través de un inocultable y reprochable contubernio de intereses" (ver escrito de 13 de diciembre de 2007, a las 09h10), cuando consta del expediente que no se ha cometido ninguna irregularidad en el nombramiento de dicho perito, a tal punto que inclusive la

Comisión de Recursos Humanos del entonces Consejo Nacional de la judicatura se ha pronunciado mediante resolución del 20 de febrero de 2008, a las 10h44, dentro del expediente No. 240-2007-SG iniciado en virtud de una queja formulada por el mismo Dr. Adolfo Callejas, en calidad de Procurador Judicial de Chevron, con los mismos argumentos que ha utilizado para acusar a esta Corte de comportamientos impropios, y que ha sido resuelta indicando en su parte pertinente que "La infracción que se le atribuye al Dr. Germán Yánez Ruiz, Presidente de la Corte Superior de Justicia de nueva Loja, es la falta de probidad o idoneidad en el nombramiento de un perito aplicando incorrectamente el Art. 252 de Código de Procedimiento Civil que señala: "El juez nombrará un solo perito en la persona él escoja, de entre los escritos en las respectivas cortes superiores. No obstante las partes podrán de mutuo acuerdo elegir al perito o solicitar que se designe a más de uno para la diligencia, acuerdo que será obligatorio para el juez.", en el presente caso, cada parte insinuó un perito, pero dichas insinuaciones fueron impugnadas y no se logró un acuerdo para elegir uno solo, por lo que el Juez, en aplicación de la referida disposición legal, decidió nombrar un solo perito, por lo que su actuación se encuentra dentro de la garantía constitucional de independencia que tienen jueces y tribunales en el ejercicio de su facultad jurisdiccional, amparada en el Art. 199 de la Constitución Política de la República, no cometiendo por este motivo infracción administrativa", demostrando de este modo la infundada y gratuita acusación vertida contra la Presidencia de esta Corte, que no ha sido la única, sino que en repetidas ocasiones se han hecho referencias aun "linchamiento judicial" auspiciado por esta Corte, al punto que en providencia de 30 de mayo del 2008 a las 10h30 podemos encontrar que el juzgador ha rechazado y ha dejado fuera del expediente expresiones inapropiadas en varios escritos presentados por la parte demandada: "Incorpórese al proceso el escrito presentado por el Dr. Adolfo Callejas Ribadeneira el 18 de abril del 2008, a las 16h48, respecto a su contenido la Presidencia de la Corte rechaza el término denegación de justicia utilizado por el Abogado de CHEVRON CORPORATION, puesto que se han despachado escritos que copiosamente se han presentado respecto al tema único informe pericial [...]", e "Incorpórese al proceso el escrito presentado por el Dr. Adolfo Callejas Ribadeneira el 18 de abril del 2008, a las 16h12, respecto a su contenido agréguese a los autos y tómese en cuenta en el momento procesal oportuno con excepción de la frase" linchamiento judicial" que no se la acepta por no corresponder a la verdad", y ha debido amonestar al Dr. Adolfo Callejas por otro : "Incorpórese al proceso el escrito presentado por el Dr. Adolfo Calleja Ribadeneria el 18 de abril del 2008, a las

16h42, respecto a su contenido, llámese la atención al Abogado firmante del escrito a fin de que observe mayor comedimiento y se abstenga de hacer comentarios respecto de la actuación del Juez, pues este, se repite una vez más es imparcial [...] ". Esto no se trata de hechos aislados, sino que las referencias a una eventual falta de imparcialidad de Juzgador han sido constantes a lo largo de proceso e inclusive han sido repetidas públicamente por los voceros de la compañía demandada, llegando a oídos del Juzgador sendas afrentas en contra de su judicatura, lo cual también será considerando para emitir este fallo. 4.6.- Por último, con respecto a los pedidos relativos a la nulidad de providencias anteriores que se encuentran ejecutoriadas, y cuya revocatoria ha sido solicitada más de una vez, se atiende lo dispuesto por el art. 291 del CPC, en tanto que "Concedida o negada la revocación, aclaración, reforma o ampliación, no se podrá pedir por segunda vez", lo que se aplica al escrito de 21 de diciembre de 2010, a las 10h50 se refiere a un asunto que ya ha sido despachado, por lo que deberá atenerse a lo resuelto en las providencias mencionadas del Dr. Yánes, y del mismo modo a los demás casos pendientes de revocatorias, ampliaciones o aclaraciones que quedaren pendientes, y que han sido planteados por más de una ocasión.-**QUINTO.**-Por lo expuesto en los considerandos que anteceden de este fallo, no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna, ni violación de las garantías del debido proceso, ni de procedimiento que pueda influir en esta decisión; el trámite verbal sumario dado corresponde a la naturaleza de la acción de daños y perjuicios originados por una afectación ambiental; en consecuencia se declara la validez del proceso.- **SEXTO.**- Considerando la vigencia de la Ley en el tiempo esta Presidencia ha revisado la legislación ambiental ecuatoriana vigente en la época en que Texpet desarrolló las operaciones del Consorcio, destacando la siguiente normativa: En R.O. No.378, del 17 de diciembre de 1921, consta publicada a la Ley sobre Yacimientos o Depósitos de Hidrocarburos, en la que se hablaba de los derechos del arrendatario por el pago del canon cuando el yacimiento se encontraba en terrenos baldíos, y se especificaba que "El pago de este canon dará al arrendatario el derecho de usar, para los fines de la explotación y en la cantidad necesaria solamente, el terreno, las aguas, madera y otros materiales de construcción que se encuentra en la zona del contrato, sin privar a los pueblos y caseríos del caudal de las aguas que les sea indispensable para sus menesteres domésticos y regadíos, sin dificultar en lo menor la navegación, y sin privar a las aguas de sus cualidades de potabilidad y pureza y sin bostar la pesca". Esta Ley no llegó a estar vigente durante las operaciones de Texpet, debido a que fue derogada expresamente por la Ley de Petróleo, que fue

publicada en R.O. No. 560, del 9 de agosto de 1937, sin embargo conviene tomar en cuenta a su tenor, ya que éste se repetirá, con algunas variaciones, en legislación posterior y en los contratos de concesión. La Ley de Petróleo estaría vigente hasta 1971, es decir, el año anterior a que el primer barril de Petróleo fuera extraído de la concesión., lo que quiere decir que necesariamente ya habían sido perforados varios pozos mientras estaba vigente, por lo que estos debieron cumplir sus disposiciones, que ordenaba que la ejecución de los trabajos deberán ajustarse a lo que contenga el Reglamento Técnico de Trabajos Petrolíferos, el cual aparentemente nunca fue dictado hasta donde ha podido conocer esta Corte, lo que quiere decir que desde el inicio de las operaciones de Texpet hasta 1971, es decir, la época inicial en la que se construyeron gran parte de las instalaciones del Consorcio, no estaba vigente ninguna ley que establezca obligaciones técnicas específicas que la operadora debiera cumplir desde la perspectiva de la técnica hidrocarburífera, debido a que no fue sino hasta 1974 cuando se publicó el Reglamento de la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, en decreto Supremo 1185, publicado en Registro Oficial 530 del 9 de abril de 1974 donde se señaló que era obligación del operador "tomar todas las providencias y precauciones del caso al realizar sus actividades para evitar daños o peligros a personas, propiedades, recursos naturales y a sitios de interés arqueológico, religioso o turístico" (art. 41). Sin embargo, para esta época sí debemos considerar que en R.O. No. 186, de 21 de febrero de 1964, consta la autorización al señor Ministro de Fomento para que, a nombre y representación de gobierno del Ecuador, otorgue a Texas Petroleum Company una concesión Hidrocarburífera. Esta concesión fue otorgada por la Junta militar de gobierno considerando "Que la compañía solicitante cuenta con los medios técnicos y económicos suficientes para llevar a cabo una exploración hidrocarburífera eficaz". Además entre los antecedentes consta que "La Texas Petroleum Company ha expresado, asimismo, que se constituirá solidariamente responsable con dichas dos compañías ecuatorianas por todas las obligaciones, que éstas adquieran con el Gobierno del Ecuador, como consecuencia de la transferencia de la concesión solicitada por la Texas Petroleum Company". De aquí se desprende claramente el hecho de que una de las causas para que le Gobierno de Ecuador autorice tal concesión es por la capacidad económica y tecnológica de la compañía Texas Petroleum Company, la cual aceptó constituirse solidariamente responsable con las compañías ecuatorianas. Se toma en cuenta que el gobierno garantiza a la Concesionaria posesión tranquila y pacífica de los terrenos que sean bienes nacionales, pero dejando a salvo derechos de terceros, en la

cláusula Sexta, que dispone: "Posesión de la zona otorgada A) El gobierno, dejando a salvo derechos de terceros, mantendrá a la concesionaria en tranquila y pacífica posesión de los terrenos que, siendo bienes nacionales estuvieran comprendidos en esta concesión". Por otro lado, en la cláusula Décima consta una importante condición impuesta al derecho de aprovechamiento de la Concesionária de utilizar las aguas en sus operaciones: "La Concesionaria tiene derecho para los efectos de este contrato, de usar los terrenos que se encuentren en las áreas materia de las cláusulas primera y segunda, así como de las aguas maderas y otros materiales de construcción que allí estuvieren para destinarlos a la exploración, explotación y desenvolvimiento de su concesión, sin privar a los pueblos del caudal de aguas que les fuere indispensable para sus menesteres domésticos y regadíos, ni dificultar en lo mínimo la navegación, ni quitar a las aguas sus cualidades de potabilidad y pureza, ni obstar la pesca." Lo que implica que la utilización de las aguas dentro de las operaciones del Consorcio estaba permitida siempre que no se las prive de sus cualidades de potabilidad y pureza, lo que nos lleva necesariamente a considerar también la cláusula Trigésima Segunda, que en la letra G) dispone que la concesionaria está obligada "A explotar la concesión empleando maquinarias adecuadas y eficientes para el objeto", lo cual ha sido constantemente alegado por la parte actora en su defensa, como se verá más adelante. Del mismo modo se considera que en el R.O. No.158, 8 de febrero del 1971, consta publicado el Código de Salud, que contiene las siguientes normas de aplicación obligatoria, que estaban vigentes para "toda materia o acción pública o privada" en todo el territorio nacional:"Art. 1.- La salud es el completo estado de bienestar físico mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad o invalidez. Art. 2.- Toda materia o acción pública o privada, será regulada por las disposiciones contenidas en el presente código, en las leyes especiales y en los reglamentos. Art. 3.- El Código de Salud rige de manera específica y prevalente los derechos y obligaciones y normas relativas a protección fomento, reparación y rehabilitación de salud individual y colectiva." Estas disposiciones resultarían aplicables al caso que se discurre en la medida que encontremos afectaciones a los derechos a la salud pública colectiva o individual, o también obligaciones o normas incumplidas relativas a la protección de estos derechos. Así, con respecto a lo que debe entenderse como "salud", esta Corte atiende los conceptos invocados, del mismo modo que con respecto a saneamiento ambiental se observa el artículo 6, que dice : "Art. 6.- Saneamiento Ambiental es el conjunto de actividades dedicadas a acondicionar y controlar el ambiente en que vive el hombre, a fin de proteger su salud." Mientras que con respecto a

prohibiciones y obligaciones relativas a la protección de la salud, encontramos que el artículo 12 y el artículo 25 contienen disposiciones similares que prevén prohibiciones de descargar en el ambiente substancias, si éstas no han sido tratadas hasta convertirlas en inofensivas para la salud: "Art. 12. Ninguna persona podrá eliminar hacia el aire, el suelo, o las aguas, los residuos sólidos, líquidos o gaseosos, sin previo tratamiento que los convierta en inofensivos para la salud Art. 25 Las excretas, aguas servidas, residuos industriales no podrán descargarse, directa o indirectamente en quebradas, ríos, lagos, acequias, o en cualquier otro curso de agua para uso doméstico, agrícola, industrial o de recreación a menos que previamente sean tratados por métodos que los hagan inofensivos para la salud." Estas normas son obligatorias para todas las personas, naturales y jurídicas, tal como lo aclara expresamente el artículo 16: "Toda persona está obligada a proteger las fuentes o cuencas hidrográficas que sirven para el abastecimiento de agua, sujetándose a las disposiciones de este código, leyes especiales y sus reglamentos". De igual modo se considera el "Art. 17 Nadie podrá descargar directamente, o indirectamente, sustancias nocivas o indeseables en forma tal que puedan contaminar o afectar la calidad sanitaria del agua y obstruir, total o parcialmente, las vías de suministros", en la medida en que las sustancias vertidas al ambiente puedan considerarse como nocivas, mientras que en cuanto puedan considerarse como tóxicos, corrosivos irritantes, inflamables, explosivos o radioactivos, se atenderá a lo dispuesto en "Art. 29.- la tenencia, producción, importación, expendio, transporte, distribución, utilización y eliminación de sustancias tóxicos y productos de carácter corrosivo irritante, inflamable o comburente, explosivas o radioactivas, que constituyan un peligro para la salud, deben realizarse en condiciones sanitarias que eliminen tal riesgo y sujetarse al control y exigencias del Reglamento pertinente." Se anota que aunque no existían tales reglamentos para la industria hidrocarburífera, esto no obsta la obligación imperante de que se debe manejar tales sustancias en condiciones sanitarias que eliminen tal riesgo, de manera que debemos evaluar si las prácticas utilizadas por Texpet mientras operaba el Consorcio, como la eliminación directa al ambiente de las aguas de formación luego de un proceso de decantación, son capaces de eliminar los riesgos que hemos anotado acerca del agua de formación. De modo concordante se observa La Ley de Hidrocarburos publicada en Registro Oficial No. 322 del 1 de Octubre de 1971, contiene una disposición expresa que impone la obligación de " Adoptar las medidas necesarias para la protección de flora y fauna y demás recursos naturales", y " Evitar la contaminación de las aguas , de la atmósfera y de las

tierras" (ver artículo 29, literales s) y t), disposiciones que son similares, a las encontradas en la posterior codificación de la Ley de Hidrocarburos, publicada en Registro Oficial No. 616 del 14 de agosto de 1974 (artículo 30, literales s y t), y en Registro Oficial No. 711, del 15 de noviembre de 1978, en el artículo 31, literales s) y t), siendo una constante en la legislación hidrocarburífera vigente en el Ecuador. Se considera de manera especial todas estas normas hasta aquí referidas porque estaban vigentes antes de que se explote el primer barril de petróleo de la Amazonía Ecuatoriana en 1972, que hasta entonces era conocida por ser una zona libre de toda industria y contaminación humana, a excepción de las artes ancestrales de los pueblos que ahí habitaban, de manera que podemos tener la certeza afirmar razonablemente que no cabe dudas acerca de la calidad de pureza de las aguas hasta ese año, siendo ésta pureza del agua una característica o condición que toda persona está obligada a proteger desde 1971. Luego, juntamente con el inicio de la explotación del petróleo en la Amazonía Ecuatoriana se promulgó La Ley de Aguas, publicada en Registro No. 69, del 30 de mayo de 1972, que en su artículo 22 dice "Prohíbase toda contaminación de las aguas que afecte a la salud humana o al desarrollo de la flora o fauna", por lo que considerando que al amparo de lo que establece su artículo primero, las disposiciones de la Ley de Aguas regulaban desde esa fecha el aprovechamiento de las aguas marítimas, superficiales, subterráneas y atmosféricas del territorio nacional, en todos sus estados físicos y formas (artículo 1), quedó a partir de aquella fecha prohibida toda contaminación de las fuentes de agua, estableciendo además que "Por derecho de aprovechamiento se entenderá la autorización administrativa, intransferible, para el uso de las aguas con los requisitos prescritos en esta Ley" (art. 5), por lo que de modo concordante el derecho de aprovechamiento de las aguas otorgado a la operadora en la cláusula Décima del contrato de Concesión de 1964, que establecía el derecho de la Concesionaria de utilizar las aguas sin privarlas de su potabilidad y pureza, se sujetaba también a lo dispuesto en esta ley. Si analizamos el Reglamento de Aguas, publicado mediante Registro Oficial No.233 del 26 de enero de 1973, podemos encontrar un definición de lo que es agua contaminada en el artículo 89, que dice: "Se considera 'Agua Contaminada' toda aquella corriente o no que presente deterioro de sus características físicas, químicas o biológicas, debido a la influencia de cualquier elemento... y que den por resultado la limitación total o parcial de ellas para el uso doméstico industrial, agrícola, de pesca, recreativo y otros"; y otra de lo que se considera "cambio nocivo", en el artículo 90, que dice "Se considera 'cambio nocivo' al que se produce por la influencia de contaminantes o

cualquier otra acción susceptible de causar o incrementar el grado de deterioro del agua, modificando sus cualidades físicas, químicas o biológicas, y , además, por los perjuicios causados a corto o largo plazo, a los usos mencionados en el artículo anterior", definiciones que serán consideradas más adelante al evaluar los elementos probatorios aportados por las partes. Con respecto al Contrato de 6 de agosto de 1973, en foja 3292, en el cuerpo 33, consta un escrito del Dr. Adolfo Callejas, Procurador Judicial de Chevron, presentado el 27 de octubre de 2003, a las 17h00, en que invocando el mencionado contrato la parte demandada resalta: cláusulas 46.1.- que textualmente dice: "Los Contratistas adoptarán las medidas convenientes para la protección de la flora, fauna y demás recursos naturales, así como también evitarán la contaminación de las aguas, de la atmósfera y de la tierra, bajo el control de los organismos pertinentes del Estado" (énfasis fue añadido por el demandado en su escrito). De donde se desprenden dos elementos que merecen el análisis de esta Corte: 1) que existía una obligación de emplear, medios adecuados para proteger el medio ambiente, y 2) que el Estado tenía la potestad fiscalizadora y controladora. La obligación de emplear los medios adecuados para la protección de la flora y fauna será considerada más adelante, al referirnos a las prácticas operacionales empleadas por la demandada y a sus resultados, para evaluar de este modo la efectividad de las medidas empleadas por la demandada para evitar daños al medio ambiente, debiendo adelantar que el interés público de una industria no contradice la obligación de utilizar todos los medios disponibles para evitar el daño, así como tampoco libera a la industria de su obligación de reparar los daños causados a terceros. Por otro lado, con respecto al control de los organismos pertinentes del Estado, cabe anotar que la facultad y/u obligación de controlar y/o fiscalizar del Estado de ningún modo implica que una eventual y reprochable inactividad de las entidades públicas, libere de responsabilidad al sujeto controlado. Del mismo modo, no hemos encontrado fundamento jurídico que sustente la teoría de que la responsabilidad del sujeto controlado se traslade al controlador en caso de que éste haya fallado en su deber de control. Esto es concordante con la teoría de que la autorización administrativa de la actividad no impone a los perjudicados el deber jurídico de soportarlas, especialmente cuando ha existido la posibilidad técnica y económicamente razonable de disminuir los impactos ocasionales (ver sentencia No.589/2007 de 31 de mayo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España- RJ/2007/3431).Se entiende que una cosa es el permiso o autorización administrativa de una industria con la indicación de evitar los daños ambientales, como sucede en el presente caso; y otra bien distinta que la existencia de dicha

autorización implique que su titular pueda hacer un uso dañoso de la misma, y menos todavía evitar responder por daños frente a terceros. Ni siquiera el acatamiento u observancia de los reglamentos de la industria y de otras normas administrativas eximen a la industria de reparar los daños que ocasione, pues se trata de casos en los que impera la responsabilidad objetiva. Con respecto al resto de normas de este Contrato, referentes a las obligaciones del Gobierno de inspección y fiscalización, así como su potestad de aprobar las tasas de producción y otros aspectos relacionados, no se analizará su cumplimiento o violación, pues no nos corresponde pronunciarnos sobre la relación contractual entre el Gobierno y la demandada, sino sobre los daños supuestamente causados por la manera en que ésta última operaba el Consorcio, independientemente de las acciones u omisiones del Estado, que ha dejado expresamente a salvo los derechos de terceros, en la cláusula Sexta del Contrato de 1964 referido anteriormente. Finalmente, por la especialidad de la materia, se considera El Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, publicado en Registro Oficial 681 del 08 de mayo de 1987, que señalaban que "La compañía operadora al igual que las empresas subcontratistas dedicadas a las actividades hidrocarburíferas, de acuerdo a las leyes y reglamentos de protección del medio ambiente y según las prácticas internacionales en materia de preservación de la riqueza ictiológica y de la industria agropecuaria, deberán evitar cualquier tipo de contaminación ambiental proveniente de sus operaciones que puedan causar perjuicios a la vida y salud humana, flora y fauna." El tenor de todas estas normas citadas nos permiten comprender el marco legal vigente en la época, y por ende podemos concluir que al amparo de las disposiciones legales vigentes en la época en que Texpet operó el Consorcio, cualquier forma o modo de contaminación resultaba en una violación legal, de tal manera que los incidentes de contaminación menores o accidentales, relacionados con operaciones hidrocarburíferas, crearían pasivos por compensar también menores, de manera proporcional al daño causado, mientras que los incidentes mayores o la aplicación de prácticas contaminantes continuas a lo largo del tiempo generarían obligaciones correspondientes con la magnitud del daño. Bajo este mecanismo la mayoría de daños menores pasarían inadvertidos en la práctica y no requerirían remediación alguna, ni en la práctica tampoco se iniciarían acciones para perseguir una compensación, por ejemplo, de una persona que ha contaminado las aguas con el jabón que lava la ropa. Estas normas legales citadas creaban un régimen legal muy razonable para pasivos ambientales, pues establecía responsabilidades potenciales directamente relacionadas al daño causado, incentivando la cautela como medio para reducir

los propios pasivos potenciales y evitar asi responsabilidades, y además estableciendo el mandato legal positivo de adoptar las medidas convenientes para proteger la flora y la fauna. De este modo cualquier persona, natural o jurídica, tendría que enfrentar y responder por pasivos significativos cuando esa misma persona los haya creado, lo cual es completamente racional y justo bajo cualquier sistema jurídico. Esta Corte no encuentre asidero legal para que la parte demandada haya alegado que las leyes de la época en que operó el Consorcio eran inaplicables ni impracticables, pues tal indiferencia de la parte demandada por los mandatos legales vigentes en el Ecuador contraviene lo dispuesto por las normas del Código Civil que en su artículo primero nos aclara que la Ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite, y en este caso el mandato de la leyes citadas fue tomar las medidas adecuadas para proteger la flora y fauna, y prohibición general de contaminar las aguas o de probarlas de su cualidades de potabilidad y pureza. Según las normas que rigen la interpretación y aplicación de la Ley, que en su Título Preliminar, Parágrafo 4° sobre la interpretación Judicial, dispone en "Las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" (regla segunda del artículo 18), de modo concordante con la regla primera, que nos dice que "Cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". Esta regla primera además nos indica que "bien se puede para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestado en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento", por lo que suponiendo que se pueda encontrar oscuridad en el Mandato de las leyes citadas, podemos afirmar que el propósito o espíritu de la legislación invocada en este fallo es evidentemente prevenir la contaminación, no autorizarla. Siendo el espíritu de estas normas legales tan evidente a criterio del juzgador, y considerando que el artículo 13 dispone que "La ley obliga a todos los habitantes de la República con inclusión de los extranjeros: y su ignorancia no excusa a persona alguna", podemos afirmar en cuando a derecho corresponde la demandada se encontraba obligada a cumplir con los mandatos legales expuestos. En referencia a la utilización de determinadas prácticas operacionales y al cumplimiento de la legislación vigente en la época del consorcio, se observa con cuidado la participación del Dr. Alberto Racines en representación de Chevron, durante la inspección judicial de la Estación Yuca Sur manifestó que "La razón especial de esto repito, que yo quiero llegar, es que Texaco en el tiempo de operó está estación y todas las estaciones de lo que fue el ex consorcio y ahora son propiedad

exclusiva de Petroecuador, lo que hacía es instalar un sistema parecido, un sistema de piscinas en donde se iban separando mas en cada una, el hidrocarburo del agua y luego tenía un proceso de decantamiento de los elementos que contenía el agua, que eran elementos más pesado y bajaban y el agua fluya hasta cumplir ciertos estándares, que si no me equivoco en este tiempo no existían, al menos en el Ecuador. Pero cumplir ciertos niveles permisivos para poder ser evacuados al medio ambiente; esa era la práctica, porque el problema aquí es que cuando se habla de la forma en que Texaco disponía del agua de producción, siempre se habla como del Wash Tank salía directamente al medio ambiente, lo cual nunca fue cierto. En todas las ocasiones históricamente y sobre eso solicito que el señor Perito haga una investigación del tema, que no será muy difícil, porque es fácil ver el plano de construcción; al fin y al cabo la Dirección Nacional de Hidrocarburos y el ministerio de Energía fueron los que siempre aprobaron, todas las construcciones de las estaciones y los trabajos que se realizaban en las estaciones; existían un procedimiento establecido para poder evacuar agua al entorno, no se evacuaba directamente a los tanques, que es lo que siempre se dice, se la evacuaba luego un tratamiento que recibía el agua, que incluía un proceso de oxigenación y aireación que era la mejor forma de separar naturalmente los elementos que se encuentran allí. Lamentablemente diez y siete o diez y ocho años después desde que Texaco dejó de operar aquí no sabemos los estándares ni la forma, ni el nivel de elementos que contenía el agua que evacuaba Texaco, como salía de esas piscinas, ni lo podremos saber nunca, pero si podemos saber que contiene el agua de aquí, cuál era el proceso que se suscitaba, para que el agua cumpla ciertos parámetros que ahora ya están regulados." Se observa que el profesional ha mencionado a la Corte que luego del proceso por él descrito, "el agua fluya hasta cumplir ciertos estándares, que si no me equivoco en este tiempo no existían, al menos en el Ecuador", y repite la idea de que Texaco cumplía con parámetros aún antes de que estos existan, al sostener que todo este proceso era empleado "para que el agua cumpla ciertos parámetros que ahora ya están regulados" pero que consecuentemente antes no lo estaban. Aunque efectivamente el mencionado profesional tiene razón al afirmar que en la época del Consorcio no existían los "estándares" que él menciona, y aunque sea cierto que hoy en día no podemos saber "el nivel de elementos que contenían el agua que evacuaba Texaco", no es admisible el argumento de que dicha ausencia de "parámetros", a la supervisión estatal hayan eximido a Texaco de su obligación de cumplir con la legislación vigente q mandaba a la petrolera a operar empleando mecanismos para evitar daños a la flora y fauna, y

abstenerse de privar a la aguas de sus cualidades de potabilidad y pureza para cumplimiento de un mandato claro y expreso no hace falta un reglamento ni parámetro alguno, sino que habrá que atender al conocimiento que tenía la demandada de los potenciales daños que puede provocar el agua de formación después del tratamiento utilizado por Texaco en el Consorcio, ya que resulta evidente que este conocimiento debía necesariamente considerarse como componente integral de un procedimiento establecido para poder evacuar agua al entorno si es que se pretendía cumplir con la normativa legal invocada. De este modo, la solución a este debate no puede ser ignorar la vigencia de la Ley, como sugiere la defensa de Chevron, pues la falta de reglamentos no puede entenderse como una autorización implícita para privar a las aguas de su pureza o para utilizar prácticas que han puesto en riesgo la salud de las personas. Además, el juzgador está prohibido de ampararse en un eventual falta u oscuridad de normas para administrar justicia ya que como lo dice nuestra jurisprudencia: entablada una demanda civil, el Juez tiene que resolverla; no puede suspender o denegar la administración de justicia ni por oscuridad o falta de Ley como lo preceptúa el Art. 18 de Código Civil". (ver gaceta judicial. Año XXXV. serie V. No. 127. Pág. 3025. Quito, 21 de marzo de 1936) de modo concordante lo ha dispuesto la constitución en su artículo 28, que dispone que "las juezas y jueces en el ejercicio de sus funciones se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute los juzgados, con arreglo a la constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República. No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en sus asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia. Los principios generales de derecho –así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para sufrir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia". Entendida así la obligación que tiene el juzgador de aplicar la legislación vigente en la época en que operó el consorcio a los actos de la compañía demandada, en virtud del tenor literal de las normas invocadas, todo vertimiento que privare a las aguas de sus cualidades de potabilidad y pureza, o que dañare la flora y fauna, causare daños o amenazare con hacerlo a personas indeterminadas, sería un acto contrario a la Ley, aún cuando Texaco haya pensado que la legislación le era inaplicable pues como se ha establecido en derecho su vigencia era obligatoria, y no existe fundamento legal que admita que el eventual falta de reglamentos es suficiente justificación para negar la aplicación de las leyes vigentes en la época que operó el consorcio. Además conviene

dirimir otro de los aspectos debatidos en este juicio, ya que varios de los distintos peritos que han participado en este juicio han preparado los informes considerando parámetros de calidad ambiental vigentes en la actualidad, lo cual ha motivado el disgusto y reclamos de la parte demanda que ha alegado en su defensa el principio de irretroactividad de la ley, que impediría que se juzguen los actos de su defendida al amparo de lo establecido en leyes que no estaban vigentes en aquella época. Efectivamente se reconoce que atentaría contra el principio de justicia más elemental juzgar los actos de Texpet al amparo de lo que dispone las leyes vigentes en la actualidad, por lo que considerando con el debido cuidado la aplicación retroactiva de la ley, conviene aclarar que no se han utilizado dichos parámetros para juzgar los actos de la demandada. Es evidente que la legislación vigente en la actualidad no contiene los parámetros que la operadora del consorcio debía cumplir en la época de operación pues esto eran inexistentes. Como se podrá apreciar la Legislación vigente en la época en la que operó Texaco mediante Texpet en el Ecuador no establecía parámetros, estándares o límites máximos tolerables, sino que en materia ambiental mandaban a utilizar las medidas pertinentes para proteger la flora y fauna, prohibían la contaminación de las aguas (Art. 12 y 17 de la Ley de aguas); adicionalmente a las disposiciones del CC que establece las fuentes de obligaciones como veremos más adelante. Las leyes vigentes en aquella época establecían obligaciones de hacer a saber la Ley de Hidrocarburos de 1971 en su Art. 71 impuso la obligación de "adoptar las medidas necesarias para la protección de la flora y fauna y demás recursos naturales", y "evitar la contaminación de las aguas, de la atmósfera y de las tierras" (ver artículo 29, literales s y t); el artículo 41 del Reglamento de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, en Decreto Supremo 1185, publicado en R.O. 530 de 9 de abril de 1974, que dispuso que es obligación del operador "Tomar todas las providencias y precauciones del caso al realizar sus actividades para evitar daños o peligros a personas, propiedades, recursos naturales y a sitios de interés arqueológicos, religioso o turístico"; el artículo 16 de la Ley de Aguas que manda que "Toda persona está obligada a proteger las fuentes o cuencas hidrográficas que sirven para el abastecimiento de aguas sujetándose a las disposiciones de este Código, leyes especiales y sus reglamentos"; el contrato de 1964, en su cláusula Trigésima Segunda que en la letra g dispone q la concesionaria está obligada a explotar la concesión empleando maquinaria adecuada y eficientes para el objeto". Visto así, aunque esta Presidencia está consciente y coincide con los peritos insinuados por la parte demandada en que no existían leyes numéricas, como se ha explicado en líneas anteriores se considera

daños al medio ambiente, habrá que atender a la previsibilidad que tenía la demanda de los potenciales daños que podrían provocar con las prácticas operacionales utilizadas cuando operaba en Consorcio (vertimiento al ambiente del agua de formación después del tratamiento utilizado por Texpet, o la utilización de piscinas abiertas y sin recubrimientos),ya que resulta evidente que este conocimiento debía necesariamente considerarse como componente integral de cualquier procedimiento establecido para poder evacuar al entorno, si es que éste pretendía cumplir con la normativa legal vigente. De este modo, la solución a este debate no puede ser ignorar la vigencia de la Ley, como sugiere la defensa de Chevron, pues la falta de reglamento no puede entender como una autorización implícita para privar a las aguas de su pureza, o para utilizar prácticas que han puesto en riesgo la salud de las personas. Además, el Juzgador está prohibido de ampararse en una eventual falta u oscuridad de norma para administrar justicia, ya que como lo dice nuestra jurisprudencia: "Entablada una demanda civil, el Juez tiene que resolverla; no puede suspender o denegar la administración de justicia ni por oscuridad o falta de ley, como lo preceptúa el Art. 18 de Código Civil" (ver Gaceta Judicial. Año XXXV. Serie V. Nro. 127 Pág. 3025. Quito, 21 de Marzo de 1936). De modo concordante lo ha dispuesto la Constitución, en su artículo 28, que dispone que "Las juezas, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia. Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia" Entendida así la obligación que tiene el juzgador de aplicar la legislación vigente en la época en que operó el Consorcio a los actos de la compañía demandada , en virtud del tenor literal de las normas invocadas, todo vertimiento que privare a las aguas de sus cualidades de potabilidad y pureza, o que dañare la flora y fauna, causare daños o amenazare con hacerlo a personas indeterminadas , sería un acto contrario a la Ley, aún cuando Texaco haya pensado que la legislación le era implacable, pues se ha establecido en derecho su vigencia era obligatoria, y no existe fundamento legal que admita que la eventual falta de reglamentos es suficiente justificación para negar la aplicación de las leyes vigentes en la época que operó el Consorcio. Además conviene dirimir otro de los aspectos debatidos en este juicio, ya que varios de los distintos

también que esta ausencia de reglamentos o de patrones numéricos, no le quita vigencia a las demás leyes promulgadas en aquella época, por lo que todas las obligaciones de hacer transcritas en líneas anteriores estaban vigentes y eran exigibles a las operadoras del Consorcio que saber "el nivel de elementos que contenía el agua que evacuaba Texaco", no es admisible el argumento de que dicha ausencia de "parámetros", o la supervisión estatal, hayan eximido a Texaco de su obligación de cumplir con la legislación vigente, que mandaba la petrolera a operar empleando mecanismos para evitar años a la flora y fauna, y abstenerse de privar a las aguas de sus cualidades de potabilidad y pureza. De hecho consta de expediente que los organismos de control impusieron varias sanciones a Texpet a consecuencia de que sus operaciones incumplían con mandatos legales. Así, por ejemplo consta del expediente el oficio 006047, enviando por el Ing., Rodrigo Cisneros Director General de Hidrocarburos encargado , el 10 de septiembre de 1975, al Gerente de Texaco, en el que en relación a un derrame se lee : "Que tal descuido a causado el derrame de petróleo y se ha producido la contaminación del petróleo en la tierra, de acuerdo a lo que estipula el literal t) del Art. 30 de la Ley de hidrocarburos, infringiendo de esta forma de ley [...]" (foja 155543), lo cual contradice lo alegado por la defensa de Chevron en este juicio respecto a que su defendida siempre cumplió la legislación vigente en Ecuador. Del mismo modo sucede con el oficio 01905, enviando al mismo Gerente de Texaco , Michael Martínez, el 15 de marzo de 1976 por el Director General de Hidrocarburos, imponiendo una multa a Texaco "por no adoptar las medidas necesarias para evitar la contaminación de las aguas, en el campo Shushufindi de la Región Oriental" (foja 155546). También se considera el oficio No. 004335 DGHOCR, enviado por el Ing. Guillermo Bixby el 25 de julio de 1974, así el señor M.A. Martínez, Gerente de Texaco, en el que se dirige "Con el objeto de que se sirva impartir las instrucciones correspondientes a la Compañía de su Gerencia, para que eviten la contaminación de las aguas en la región oriental en las zonas en las que realizan los distintos trabajos [...]" (foja 155526), indicando la existencia de una violación legal en progreso, además de un pedido de que dicha violación cese. La mera existencia de todas estas sanciones impuestas por el Gobierno de Ecuador contra Texpet y Texaco Petroleum Company, mediante actos administrativos, aparte de ser prueba de violaciones legales, nos demuestra que para sancionar el incumplimiento de un mandato legal, claro y expreso, como el que invoca el acto administrativo en mención, no hace falta un reglamento ni parámetro alguno. Es por eso que cuando analicemos la culpa, más allá de la existencia de una obligación legal de actuar evitando los

a las demás leyes promulgadas en aquella época, por lo que todas las obligaciones de hacer transcrita líneas arriba estaban vigentes y eran a la operadora del Consorcio. Más allá de esto, a manera de paréntesis, conviene adelantar que como se explicará más adelante, esta Presidencia tampoco ha utilizado las referencias legales hechas por los distintos peritos insinuados por las partes para establecer un umbral de toxicidad. Finalmente, al estudiar la legislación aplicable en el tiempo para este caso, se considera que la aplicación de parámetros de calidad ambiental vigentes no puede ser considerado como error esencial en el informe de ningún perito, ya que en este fallo no se han considerado estos parámetros para establecer infracciones ni responsabilidades, sino que han servido al juzgador para tener otro parámetro de referencia acerca del estado en el que se encuentra el medio ambiente en litigio conforme a nuestra propia medida de la realidad. Sin estos instrumentos no habría podido el juzgador tener ninguna referencia local del nivel de contaminación o en el mejor de los casos se hubiera visto limitado a referirse a la normativa de algún otro país con una realidad distinta a la nuestra. Cabe recalcar que la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental vigentes ni siquiera responde necesariamente a los niveles que debe alcanzar la remediación, ya que esta Corte atiende a la pretensión de la demanda pide la remoción y el adecuado tratamiento y disposición de los desechos y materiales contaminantes todavía existentes en las piscinas o fosos abiertos por Texaco , y el saneamiento de los ríos, esteros, lagos, pantanos y cursos naturales y artificiales de agua, y comprende que tal pretensión no implica necesariamente utilizar la normativa vigente como parámetros de referencia para cumplir en la remediación, de manera que esta Corte lo utiliza simplemente como otro parámetro de referencia, entre todos los aportados por las partes ,para determinar la eventual existencia y magnitud de un daño ambiental.- **SEPTIMO.**- LA RESPONSABILIDAD CIVIL, EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACION. De conformidad con el artículo 1480 del Código Civil, las obligaciones nacen, entre otras fuentes, a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daños a la persona o sus bienes, como en los delitos y causidelitos; esto es, por hechos ilícitos, que están regulados por el Título XXXIII, Libro Cuarto, del Código Civil (artículos 2241 a 2261). De la aplicación de estos artículos queda establecido que un hecho que ha inferido injuria o daño a otro es fuente de obligaciones, pero cabe citar una de las sentencias más estudiadas en el derecho ecuatoriano, como lo es la dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia dictada el 29 de octubre de 2002, publicada en R.O. 43, del 19 de marzo del 2003, que nos aclara que "El Código Civil, que ha seguido la doctrina clásica,

perito que han participado en este juicio preparado sus informes considerado parámetros de calidad ambiental vigentes en la actualidad, lo cual ha motivado el disgusto y reclamos de la parte demandada, que ha alegado en su defensa el principio de irretroactividad de la Ley, que impediría que se juzguen los actos de su defendida al amparo de lo establecido en leyes que no estaban vigentes en aquella época . Efectivamente esta Corte reconoce que atentaría contra el principio de justicia más elemental al juzgar los actos de Texpet al amparo de lo que disponen la leyes vigentes en la actualidad, por lo que considerando con el debido cuidado la aplicación retroactiva de la Ley, conviene aclarar que no se han utilizado dichos parámetros para juzgar los actos de la demanda. Es evidente que la legislación vigente en la actualidad no contiene los parámetros que la operadora del Consorcio debía cumplir en la época de operación, pues estos eran inexistentes. Como hemos visto la legislación vigente en la época en que operó Texaco mediante Texpet en el Ecuador no establecía parámetros, estándares o límites máximos tolerables, sino que en materia mandaban utilizar las medidas pertinentes para proteger la flora y fauna, y prohibían la contaminación de las aguas (artículos 12 y 17 de la Ley de Aguas); adicionalmente a las disposiciones del CC que establecen la fuente de las obligaciones, como veremos a las disposiciones del CC que establecen la fuente de las obligaciones de hacer, a saber: la Ley de Hidrocarburos de 1971, en su artículo 71 impuso la obligación de "Adoptar las medidas necesarias para la protección de flora y fauna y demás recursos naturales" y "Evitar la contaminación de las aguas , de la atmósfera y de las tierras"(ver artículo 29,literales s) y t);el artículo 41 del Reglamento de la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, en Decreto Supremo 1185, publicado en Registro Oficial 530 del 9 de abril de 1974, que dispuso que es obligación del operador " tomar todas las providencias y precauciones del caso al realizar sus actividades para evitar daños o peligros a personas, propiedades, recursos naturales y a sitio de interés arqueológicos, religioso o turístico"; el artículo 16 de la Ley de Aguas, que manda que " toda persona está obligada a proteger las fuentes o cuencas hidrográficas que sirve para el abastecimiento de agua, sujetándose a las disposiciones de este Código, leyes especiales y sus reglamentos"; el Contrato de 1964, en su cláusula Trigésima segunda, que en la letra G) dispone que la Concesionaria está obligada " A explotar la concesión empleando maquinarias adecuadas y eficientes para el objeto". Visto así, aunque esta Corte está consciente y coincide con los peritos insinuados por la parte demandada en que no existía leyes numéricas, como se ha explicado en líneas anteriores, se considera también que esta ausencia reglamentos, o de patrones numéricos, no le quita vigencia

llama hechos ilícitos no solamente a las acciones omisiones personales del responsable que intencional o culposamente ha ocasionado daño a un tercero, (artículos 2241,2242,2242,2244 y 2245) sino también a los daños causados por las personas que están a su cargo, cuidado o dependencia (artículos 2246,2247,2248,2248 y 2252), o de las cosas que son de su propiedad o de las cuales se sirve (artículos 2250,2251,2253,2254 y 2255)" de donde se infiere que no para todo caso se requiere que la culpa directa del responsable, sino que en varios casos la culpa se asume por actos de terceros o por daños causados por cosas de las que se sirve. Así, la sentencia sigue: "El artículo 2256 del Código Civil contempla, como analizamos más adelante la responsabilidad civil extracontractual por actividades riesgosas o peligrosas, en que la culpa se presume, lo cual revela a la víctima de aportar los medios de prueba de la negligencia, descuido o impericia; correspondiendo entonces demostrar al demandado que el hecho acaeció por fuerza mayor, caso fortuito, por intervención de un elemento extraño o por culpa exclusiva de la víctima". Cabe recordar que el artículo 2256 de la anterior codificación del Código Civil, corresponde actualmente al artículo 2229, referido en las primeras líneas de esta sentencia como fundamento de hecho de esta demanda, que reclama la recuperación de los daños causados por las operaciones petroleras conducidas por Texpet en la Concesión, de tal manera que habiendo sido invocada la responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, nos corresponde analizar si en el presente caso se cumplen los requisitos para aplicarla. Para el análisis de un tema tan delicado y complejo nos serviremos nuevamente del análisis realizado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en la sentencia citada, pues ésta analiza con detenimiento y expone con brillantez cada uno de los aspectos que deben considerarse en el sistema procesal ecuatoriano, del siguiente modo: "Para la responsabilidad civil extracontractual deben reunirse estos tres presupuestos o elementos: 1. Un daño o perjuicio, material o moral; 2. Una culpa demostrada o preexistente; y 3. Un Vínculo, de casualidad entre uno y el otro." Por consiguiente procederemos al análisis de cada uno de estos elementos, tal como se expone a continuación. 1.- El daño: la sentencia de la Primera Sala nos dice que "El daño como fenómeno fáctico es distinto del daño jurídico. Este solo se da cuando se cumplen determinadas características indispensables, que deben concurrir en detrimento o menos cabo del damnificado. El daño es jurídico y, como tal, será reparable cuando sea cierto. La certeza de su existencia es un presupuesto indispensable, pues el daño a los efectos de la responsabilidad es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente. Los que son Hipotéticos o eventuales no



son resarcibles. En materia de daños es insuficiente alegar un perjuicio en abstracto o una mera posibilidad; es necesaria la prueba del perjuicio real y efectivamente sufrido; los daños que no se han demostrado procesalmente, con elementos de convicción que exteriorizan un efectivo perjuicio, no existe jurídicamente." Por lo que debemos atender el hecho de que es insuficiente con alegar un daño, sino que a efectos de la responsabilidad es necesario probarlo cabalmente, pues éste será reparable cuando sea cierto. Al efecto esta Corte observa que se han alegado una gran cantidad y variedad de daños y que existe varios cientos de cuerpos con evidencia que debe ser evaluada previo a poder emitir un criterio debidamente fundamentado respecto a la existencia de un perjuicio final real y efectivamente sufrido. Por este motivo justificado, el análisis de la existencia de daños jurídicos se presentará más adelante, cuando la prueba sea valorada en su conjunto, sin olvidar que este es un requisito para la responsabilidad civil extracontractual, que de configurarse vendría a completar este análisis. Sin embargo, más allá de la configuración del daño jurídico como tal, esta Corte considerará que los daños pueden ser presentes o futuros, conforme lo señalado por la Sala Primera, que nos aclara que "El primero es el que ya ha acaecido, el que se ha consumado. El futuro es que el todavía no se ha producido, pero aparece ya como la previsible prolongación o agravación de un daño actual, según las circunstancias del caso y las experiencias de la vida. El daño futuro solo se configura en la medida en la que aparece como consecuencia por lo menos probable, del hecho antecedente, cuando se conoce con objetividad que ocurrirá dentro del curso natural y ordinario de las cosas." Razón por la cual esta Corte deberá estudiar con cuidado, al valorar la prueba, la posibilidad razonable de que aparezcan nuevos daños como consecuencia del hecho antecedente. 2.- La culpa: Con respecto al segundo elemento, consideramos que la responsabilidad extracontractual puede ser subjetiva u objetiva, dolosa o culposa por lo que con respecto a la culpa conviene hacer un análisis acerca de la voluntad y conciencia de la parte demandada en relación con los daños que se demanda, tomando en cuenta la sentencia que nos sirve de fundamento para este análisis, que nos dice que "la responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto. Y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o

impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias. Es un concepto contrapuesto al dolo, porque mientras la culpa se refiere a la acción u omisión que causa daño sin propósito de hacerlo, en el dolo la infracción recae sobre el daño mismo que se ocasiona. Sencillamente la culpa consiste en la omisión de la conducta exigible al actor del hecho. Es la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles." En este ámbito se observa que la parte actora ha alegado repetidamente que la demandada estaba obligada legalmente a evitar los daños que aseguran han sido causado, además de que han afirmado que la parte demandada tenía conocimiento y conciencia sobre las consecuencias de su conducta. Estos dos aspectos, de confirmarse, afectarían el nivel de la culpa, pudiendo inclusive llegar a configurarse una conducta dolosa. Empezando por la alegada obligación que tenían la demandada de evitar los daños al ecosistema y a la salud de las personas, al revisar la legislación vigente en la época de operaciones de Texpet en el Ecuador, encontramos que dicha obligación existió efectivamente y era vinculante para Texpet, convirtiéndola en una conducta exigible, es decir, una obligación legal de hacer. Sin embargo, la parte demandada ha alegado en su defensa que "No es legalmente aceptable, pues, en razón de lo expresado el que se pretenda cuestionar en esta demanda la actuación de TEXPET, como operadora del consorcio, sin fundamentar debidamente las razones de tal ataque, como lo requiere la ley procesal ecuatoriana. Los documentos públicos de finiquito a los que me he referido, así como las auditorías de diversa índole practicadas durante la vigencia del Contrato de concesión de 1973 y luego de su terminación, nos permite afirmar que TEXPET actuó como Operadora del Consorcio en la forma en la que se lo permitieron y autorizaron las entidades gubernamentales encargadas por ley de la dirección y ejecución de la política hidrocarburífera formulada por el Gobierno Ecuatoriano que cumplió con los términos del mandato que le otorgaron las empresas titulares de los derechos en el Consorcio, que se sujetó estrictamente a lo establecido en el contrato de concesión de 1973, en las leyes vigentes en aquella época y en lo que constituían las prácticas operacionales más adecuadas dentro de la industria en los años de la décadas de 1960,1970 y 1980" (ver en audiencia de conciliación y contestación a la demanda en foja 259), por lo que esta Corte ha notado que la defensa de Chevron afirma no solo que cumplió con todas las normas legales y contractuales vigentes, sino también que operaba con permiso y bajo vigilancia del Gobierno de Ecuador, por lo que para abundar en este análisis conviene no solo hacer un análisis de la normativa legal vigente durante los años en que operó Texpet, sino que posteriormente será necesario analizar

también el efecto de una eventual vigilancia o supervisión estatal sobre la obligación de la compañía demandada o sobre derechos de terceras personas. De este modo, en relación al primer tema, debemos recordar que ya hemos visto las normas legales que se encontraban vigentes en el Ecuador, por lo que más adelante, al valorar la prueba en su conjunto, se evaluará el cumplimiento de dichas normas, puesto que se trata de la aplicación de legislación histórica a hechos confirmados en el expediente. En caso de confirmarse también que alguna norma ha sido infringida, bastaría para configurar otro pilar de la responsabilidad, la culpa, pues se entiende que se trata de la omisión de una conducta exigible a la parte demandada. En segundo lugar, con respecto a la vigilancia o control del Gobierno de Ecuador sobre ciertas actividades, se aclara que luego de revisar el expediente se ha podido constatar que no existe ni se ha alegado por la parte demandada norma legal que sostenga la hipótesis de que la vigilancia o el control estatal liberen a Texpet de sus obligaciones legales. No existen, hasta donde conoce esta Corte, doctrina ni casos conocidos en los que el control estatal haya liberado de responsabilidad al sujeto controlado, pues éste generalmente se configura como una responsabilidad administrativa que se ejerce sin perjuicio de derechos de terceros. De hecho, no existe fundamento legal ni jurisprudencia que sostenga la teoría de que una mera autorización administrativa impone a terceras personas el deber jurídico de soportar los daños que ésta ocasione, o peor aún, que los prive de su derecho a pedir reparación por los mismos. Por el contrario, encontramos que la jurisprudencia española, que sí ha desarrollado este tema, expuesto de manera por el Dr. Francisco Marín Castán, en la Sentencia de la Sala de lo Civil (Sección 1ª) del Tribunal Supremo de España, en la sentencia No. 589/2007 de 31 de mayo (RJ/2007/3431), en la cual se cita a su vez la sentencia de 12 de diciembre de 1980 (RJ/1980/4747), que nos indica que: "el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares antes por el contrario el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebramiento patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos, indemnización debida prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota objetiva". Nos parece acertado el entendimiento al que llega esta sentencia acerca del tema que nos

preocupa, es decir, si la autorización administrativa de la actividad excluiría el conocimiento de la materia por el orden civil, por lo que el Marín Castán concluye citando a su vez otra sentencia, de 19 de febrero de 1971, donde explica que "una cosa es el permiso de instalación de una industria con la indicación de los elementos que deben ser para evitar daños y peligros, cometido propio de la administración, y otra bien distinta que cuando por no cumplir los requisitos ordenados o porque los elementos empleados sean deficientes o adolezcan de insuficiencia, se produce un daño en la propiedad de tercero y se sigue un conflicto, su conocimiento completa a los órganos de la jurisdicción civil". Este criterio es acogido por esta Corte, pues se entiende que ni siquiera el acatamiento y cumplimiento de la normativa aplicable liberan al obligado de sus responsabilidades, ni tampoco de las acciones civiles que puedan iniciar tercero. De modo concordante, si profundizamos más en el análisis del expediente encontramos varias sanciones administrativas impuestas a Texaco por los actos de Texpet, pero dejando de modo expreso a salvo los derechos de terceros. Así por ejemplo, lo demuestra el expediente en foja 155551, que contiene la notificación de una sanción impuesta a Texaco Petroleum Company, en la cual de manera expresa "se deja a salvo derechos de terceros para que inicien las acciones civiles y penales a que hubiere lugar", o también el oficio 07557, de 13 de diciembre de 1976, enviado al Gerente General de Texaco Petroleum Company, Michael Martínez, por el Secretario la Dirección General de Hidrocarburos, Ernesto Corral Bueno, en el que también se lee con toda claridad que " Se deja a salvo los derechos de terceros para que inicien las civiles y penales a que hubiere lugar" (foja 155554). Es idéntico el caso de la Resolución No. 3-77 del Ministerio de Recursos Naturales, de 19 de julio de 1977 (foja 1555555).Del mismo modo sucede también con los documentos constantes en foja 155558 y 155562 en adelante. La presencia de estos oficios en el expediente demuestra que la demandada conocía de antemano que no se encontraba a salvo de reclamaciones por parte de terceras personas, sino por el contrario, los derechos de esas terceras personas eran los que se encontraban a salvo. Esta Corte reconoce que las sanciones impuestas por el Gobierno del Ecuador a Texpet en la época de la operación del Consorcio no implican de modo alguna una reparación del daño causado, sino una mera sanción administrativa que refleja un incumplimiento legal, sin que ningún daño haya sido reparado. Con respecto a la voluntad del autor del daño, se considera que el expediente no demuestra en ninguna de sus partes que la compañía Texpet haya actuado con la voluntad manifiesta y positiva de causar daño, por lo que en principio no existiría una intención dolosa, sin embargo, no podemos dejar de

observar otros elementos probatorios aportados por la parte actora con la intención de demostrar que la demandada tenía conocimiento de los potenciales daños que causaría por la forma en que realizaba sus actividades, y además que tenía el conocimiento y la capacidad técnica de impedirlos a un costo razonable, lo cual, en caso de ser cierto haría que tales daños sean no solo previsibles, sino evitables, por lo que, al serles jurídicamente exigibles el debe de evitar tales daños al amparo de la legislación histórica vigente en le época, resultaría evidentemente en una conducta culposa grave, que en materia civil se asemeja al dolo. Por ejemplo, consta del expediente, a foja 155522 un oficio enviado el 21 de marzo de 1983, por el entonces Gobernador del Napo, Ney Estupiñan Recalde, al señor Ing. René Bucaram, Gerente General de Texaco, en el que le dice que "es clamor ciudadano [o] señor Gerente de Texaco el grave perjuicio que se está ocasionando en el sector de Shushufindi por la contaminación de las aguas, ríos, esteros y quebradillas, por el arrojo de desechos hidrocarburíferos de que está siendo objeto por parte de trabajadores del Consorcio CEPE-TEXACO". Estas palabras constituyen una clara advertencia de una situación dañosa en progreso, y que necesitaba ser corregida, razón por la cual el oficio continúa: "Por lo expuesto en la forma más comedida me permito solicitar a usted se digne arbitrar las medidas conducentes a evitar que se sigan causando estos daños, que no escapará su ilustrado criterio, a la postre llegarán a ser incalculables repercusiones para el sistema ecológico y sobre todo para el sector agropecuario", denotando una advertencia y pedido muy claro y puntual, para cesar de realizar las actividades que estaban causando daño, bajo la previsión de que estos daños podrían llegar a tener "incalculables repercusiones". Esta advertencia y pedido realizados a la compañía demandada resultan difíciles de ignorar para esta Corte. Tampoco podemos ignorar que los actores han alegado que Texaco Inc. tenían el conocimiento y la capacidad técnica de impedir tales daños a un costo razonable, lo cual en caso de ser cierto, harían que los daños sean no solo previsibles, sino evitables. Siendo así, y al ser jurídicamente exigible a Texpet el deber de evitar tales daños al amparo de la legislación histórica vigente en la época que operó el Consorcio, resultaría evidentemente en una conducta culposa grave. Empero, antes de analizar los elementos probatorios, veamos lo que nos dice la doctrina respecto a los criterios para la apreciación de la culpa, tal como ha sido recogido en la sentencia de la Primera Sala mencionada anteriormente, que dice: "En el campo de la doctrina, se han reconocido dos criterios para guiar su apreciación. Básicamente la diferencia depende de cuál sea el sujeto en mira, al momento de realizar tal examen de previsibilidad: un modelo

abstracto o uno concreto, el propio agente. En el primer modelo, llamado también objetivo, se toma en consideración la previsibilidad general de un sujeto ejemplo o prototipo. Se trata de un cálculo de la visión anticipada de los probables resultados conforme a la actitud media del común de las personas; por ejemplo, el buen padre de familia, el hombre juicioso, etc. En tanto que el modelo concreto o subjetivo es aquel que aprecia la culpa en relación con el agente mismo. No se presenta a comparación con ningún tipo abstracto o ideal, atendiendo sólo a las condiciones particulares que rodean el efecto dañoso. En este caso, según el criterio objetivo, necesitaríamos calcular la previsibilidad conforme la actitud media de una "buena empresa petrolera" en la época, mientras que según el criterio subjetivo atenderíamos únicamente al conocimiento que tenía Texpet y las condiciones particulares en torno al efecto dañoso, como hicimos en líneas anteriores al referirnos a la legislación vigente y al entorno dañado. Siguiendo con el criterio objetivo, esta Corte encuentra que para formarse una idea apropiada en el tiempo respecto a la previsibilidad de los daños conforme la actitud media de una buena petrolera, no podemos atender lo dicho por los distintos expertos que han servido como peritos de la Corte insinuados por las partes, pues aparte de contradecirse unos a otros, cada uno demuestra distintas perspectivas de un mismo momento histórico. Sin embargo la Presidencia observa que, el Libro "Primer of Oil and Gas Production"(original en fojas140620 a 140698, traducción en fojas 158756-158834), no responde al interés de ninguna parte procesal en este juicio, ni a perspectiva históricas parciales, sino que consiste en un libro que describe los principios técnicos de esta industria en la misma época en que suceden los hechos materia de este juicio, que ha sido escrito en 1962, esto es antes del inicio de la operación de Texpet en el Ecuador, lo cual nos da completa certeza de ser un texto objetivo e imparcial, que refleja de cerca lo que podía esperarse de una "buena empresa petrolera", por lo que se considera con mucho cuidado el hecho de encontrar que ya se habían escrito en él importantes advertencias acerca de los peligros del agua de formación, junto con recomendaciones de que " El cuidado extremo debe ejercerse en el manejo y disposición del agua producida no sólo debido al posible daño a la agricultura, sino también debido a la posibilidad de contaminación de lagos y ríos que mantienen el agua para beber así como para propósitos de irrigación"(foja 158811).En caso de comprobarse que la parte demandada no ha ejercido el cuidado extremo para el manejo del agua de formación podría inferirse que ignoró las advertencias y no cumplió con las recomendaciones como lo haría una "buena empresa petrolera", siendo responsable de culpa según el criterio

objetivo. También hemos considerado el criterio subjetivo, para lo cual influye el hecho cierto de que el capítulo sobre "Problemas Especiales" de este libro ha sido escrito por T.C. Brink, de Texaco Inc. conforme consta en un agradecimiento expreso al inicio del libro , y es precisamente esta parte del texto la que contiene las advertencias que han llamado la atención de esta Corte, por lo cual llegamos a la conclusión no solo de que Texaco Inc. tenía conocimiento previo acerca de los daños que podía causar porque una década antes sus propios funcionarios escribían libros que advertían sobre este tema, sino de que éste era el estado de la técnica según el instituto Americano de Petróleo. A pesar de que también se toman en cuenta las muchas declaraciones que la demandada ha hecho mediante sus abogados defensores, negando que hayan obrado con malicia alguna, ni siquiera con impericia, resulta evidente que este argumento no resulta suficiente para liberar jurídicamente de responsabilidades a su defendida. El demandado siempre puede alegar que no quiso causar daño, pero bien lo dice la Primera Sala en la Sentencia antes referida: "Pero si bien no existe el propósito previsible de causar el daño, como en el supuesto doloso, se alcanza igualmente el resultado negativo por no haber tenido el sujeto el cuidado de adoptar las medidas necesarias para impedirlo". De este modo, más allá de la clasificación del acto como doloso o culposo, lo que importa es el resultado negativo obtenido como consecuencia de dicha conducta. En este sentido nos aclara que "La culpa" y el "dolo" no son conceptos contrapuestos sino más bien diferenciados en cuanto a la manera de actuar pero en definitiva ambas actitudes causan daño", dejándonos así un acercamiento jurisprudencial objetivo a la responsabilidad extracontractual, en la que no es relevante la manera de actuar, sino las consecuencias del acto. En la sentencia de la Primera Sala que ha servido de fundamento para referirnos a la responsabilidad civil en este fallo encontramos una exposición magistral con respecto a este nuevo tipo de responsabilidad, que empieza considerando los nuevos fenómenos sociales, los principios de nuestro derecho civil y la legislación de otros países, de la cual, por su lucidez, nos hacemos eco: El mundo actual y el que se aproxima con su extraordinaria y progresiva acumulación de riesgos exige una mayor defensa de los valores del hombre, creados por una técnica que si bien por un lado facilita todo, por otro lado atenta contra todo. La multiplicidad de contingencias reales de peligros y riesgos que actualmente se advierten desdibujados por la insatisfacción y al margen de toda idea resarcitoria, llevó a una lenta evolución de elementos y conocimientos que facilitaron a los sistemas jurídicos más avanzados a ingresar a regímenes de socialización de riesgos conducentes a que la víctima del riesgo no

quede desamparada. Esto dio origen a la teoría del riesgo, según la cual quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, genera a través de ellos riesgos sociales, y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el provecho que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios. Es el riesgo provecho, que tiene su origen en la máxima romana ubi emolumentum ibi llus (allí donde se encuentra el beneficio está luego la responsabilidad). El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y, aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. Esta teoría ha ido imponiéndose de forma creciente particularmente en la jurisprudencia, tal como sucede en las sentencias dictadas por las Cortes Supremas de Francia, Argentina y Colombia. Coincido plenamente con estas posiciones, y esta es la razón por la cual lo adoptamos como sustento del presente fallo, en vista de que la producción, industria, transporte y operación de sustancias hidrocarburíferas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad. Respecto a este tema, el tratadista Arturo Valencia Zea, al comentar las disposiciones del Código Civil colombiano sobre la responsabilidad extracontractual, que son similares a las contenidas en el Título XXXIII DEL Código Civil ecuatoriano, expresa: "La principal fuente de daños se encontraba antiguamente en el hecho propio, en el eso de personas que se hallaban bajo el cuidado de otras y en el de ciertas cosas, como los animales y la ruina de edificios. Pero la época actual, especialmente el siglo XX, creó una nueva y fecunda

fuente de daños: la de los causados en actividades o explotaciones peligrosas, los cuales tienen su origen en el uso de toda suerte de vehículos, máquinas y nuevas energías como ocurre con los automóviles, ferrocarriles, naves aéreas, marítimas y fluviales, la electricidad, la construcción de obras, etc. Para decretar la indemnización por esta clase de daños resultó insuficiente el criterio fundado en la culpa, puesto que la causa de la mayor parte de accidentes es desconocida; con razón se ha dicho que el hombre moderno "utiliza fuerzas de las cuales él mismo desconoce su naturaleza y poder". Igualmente, el criterio de la simple presunción de culpa, como sucede con los daños debidos al hecho ajeno, resulta impotente, pues el dueño de una explotación (empresa de ferrocarriles, automóviles, fábricas, etc.) bien podría demostrar que ha puesto los cuidados del caso para evitar accidentes y que éstos se han realizado a pesar de todas las previsiones tomadas. De ahí la necesidad de estatuir un nuevo tipo de responsabilidad para esta clase de daños, eliminando el criterio de culpa mediante una responsabilidad de pleno derecho o estableciendo una presunción absoluta de la misma. El dueño de la explotación o industria debe responder directamente de los daños que tengan su causa en la mencionada industria o explotación, de suerte que sólo puede exonerarse de responsabilidad si demuestra que el daño no tuvo su causa en la explotación, sino en un hecho extraño (fuerza mayor, culpa de un tercero o de la propia víctima). Al dueño de la explotación no se le permite exonerarse de responsabilidad acreditando la simple ausencia de culpa, como ocurre con la responsabilidad por el hecho ajeno a que se refiere los Arts. 2347 y 2349" (Derecho Civil, tomo III, De Las obligaciones, Bogotá, Temis, octava edición, 1990, págs. 230 y 231). Los artículos citados equivalen a los artículos 2247 y 2249 el Código Civil ecuatoriano. "Estos equivalen actualmente a los artículos 2220 y 2222. Luego la sentencia continúa explicando cómo se configuró una responsabilidad especial por los daños causados en industrias riesgosas, en base a la tesis de Zuleta, dando una nueva interpretación al equivalente a nuestro artículo 2229 partiendo de dos criterios, el primero: "I. La propia colocación de los artículos 2341 a 2356 [2214 a 2229 del Código Civil ecuatoriano]".Veamos esta ordenación: 1. El artículo 2341 [2214 del Código Civil ecuatoriano] se refiere a los daños causados mediante hechos propios que en general tienen el mismo sentido o espíritu a la conducta humana que forma el contenido de la responsabilidad penal. Es el derecho común. 2. Los artículos 2347 a 2349 [2220 a 2222 del Código Civil ecuatoriano] se refiere a daños causados por el hecho ajeno y de los cuales deben responder los padres de los menores, lo tutores o curadores, los amos o patronos, directores del

colegio, etc. 3. Los artículos 2353 y 2354 [2224 a 2226 del Código Civil ecuatoriano] estatuyen normas acerca de los daños causados por los animales, de los cuales deben responder sus dueños a poseedores. 4. Los artículos 2350 y 2355 [2221 y 2227 del Código Civil ecuatoriano] comprenden los daños causados por la ruina de un edificio o por las cosas que se caen de la parte superior del mismo, de los que deben responder los dueños o poseedores de la construcción o edificio. 5. Por consiguiente, lo más natural es pensar que el artículo 2356 [actual 2229 del Código Civil ecuatoriano] se refiere a una clase diferente de daños; y estos no son otros que los ocasionados por actividades o explotaciones peligrosas." Y el segundo: "II. Los mismos ejemplos de artículo 2356 [2229 del Código Civil ecuatoriano].- Examinemos los dos últimos ejemplos de este texto legal, según los cuales responde por daño causado: a) quien remueve las losas de un acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por ahí transitan, b) quien por defectuosa construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino "lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino", estas eran actividades peligrosas en la época en que se redacto el Código; de ahí que la doctrina y la jurisprudencia resolvieron ampliar dichas aplicaciones a otros casos de industrias explotaciones o actividades que ofrecen peligros especiales en la época moderna" (Obra citada pág. 233). Asimismo, transcribimos las partes pertinentes de un fallo dictado por la Corte Suprema de Colombia, relacionado con la teoría de la culpa presunta de las actividades peligrosas: "... tampoco seguiría de ello la casación de la sentencia acusada, pues de todas maneras vendría a resultar que los elementos daño y vínculo de causalidad, ya establecidos por el Tribunal y no impugnados en casación, se integrarían con la culpa presunta de la sociedad demandada por fundarse la pretensión indemnizatoria de los actores en una actividad peligrosa a la cual le es aplicable el artículo 2356 del Código Civil [2229 del Código Civil ecuatoriano]"... este artículo ha sido para la jurisprudencia colombiana lo mismo que el artículo 1384 lo es para francesa, un motivo de encontrados estudios, en atención a que se busca ubicar en esas disposiciones todos los problemas de carácter legal que presenta la era industrial y moderna con la paulatina aparición de máquinas e inventos que conllevan inevitables y desconocidos peligros. Se han dicho que es una continuación del artículo 2341 ib. (2214 del Código Civil ecuatoriano), que señala la obligación de indemnizarlo, debido a la aparente repetición de la parte sustantiva que ostenta las dos disposiciones. No obstante, la Corte ha sostenido en forma reiterada la distinción entre estas dos normas; ya que la una se refiere al hecho del hombre que ha determinado



una culpa probada por la víctima, en cambio, la segunda se refiere esencialmente a "un daño" imputado o malicia o negligencia de la persona que lo causó. El empleo de la palabra "imputarse configura una presunción de malicia o culpa en su contra, por razón al ejercicio de una actividad peligrosa o del manejo de una cosa que conlleva peligro, que solamente puede ser desvirtuada mediante la prueba de alguna causal eximente de responsabilidad, tal como la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho, o el hecho exclusivo de la víctima. Régimen que a esta favorece pues solamente debe probar el daño y el consiguiente nexo de causalidad para que prospere su acción indemnizatoria (Darío Preciado Agudelo, Indemnización de perjuicios. Responsabilidad civil contractual, extracontractual y delictual, tomo II, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1988, págs. 805 y 806). Como bien lo ha manifestado la parte demandada, las actividades hidrocarburíferas que supuestamente causaron los daños cuya reparación se demanda, fueron actividades legítimas. Autorizadas por la Ley, sin embargo, esta Corte considera que el hecho de que sea una actividad legítima, implica sencillamente que "El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales y económicos", y de ningún modo significa que por ser lícita la actividad se exima de responsabilidad a quien la realiza, sino por el contrario, el desarrollo del derecho ha llevado a que se establezca " la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño". Considerando que "la producción, industria, transporte y operación de sustancias hidrocarburíferas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad" se impone la necesidad de aplicar este nuevo tipo de responsabilidad ya que "el criterio de la simple presunción de culpa, como sucede con los daños debidos al hecho ajeno, resulta impotente, pues el dueño de una explotación (empresa de ferrocarriles, automóviles, fábricas, etc.) bien podría demostrar que ha puesto los cuidados del caso para evitar accidentes y que estos sean realizados a pesar de todas las previsiones tomadas" razón por la cual el demandado "sólo puede exonerarse de responsabilidad si demuestra que el daño no tuvo su causa en la explotación, sino en un hecho extraño (fuerza mayor, culpa de un tercero o de la propia víctima", ya que la ausencia de culpa no exonera de responsabilidad al dueño de la explotación, pues como ha quedado explicado, el régimen favorece a la víctima del daño pues solamente debe probar el daño y el consiguiente nexo de causalidad para que prospere su acción indemnizatoria. En atención a lo expuesto, lo que verdaderamente conviene analizar es la causalidad. La causalidad: La Primera Sala nos indica que "El principio de que debe haber una relación de causa a efecto entre el

hecho ilícito y el daño es claro e indiscutible", por lo que entendemos que la relación de causalidad entre el hecho y el daño es uno de los presupuestos que debe concurrir para la responsabilidad civil extracontractual, por lo que merece ocuparnos estudiar hasta qué punto llega la relación de causalidad en este caso. La Sentencia de la Primera Sala anota que "las dificultades surgen, muchas veces en la práctica para determinar hasta qué punto un hecho puede ser causado por otro. En la generalidad de los casos los hechos no se presentan puros o simples sino por el contrario mezclados o combinados con otros acontecimientos o bien condicionados por distintos eventos; favorecidos o limitados por otros hechos concurrentes, subyacentes o preexistentes." Del mismo modo en este caso, los eventos no se presentan solos, sino mezclados e influenciados por una serie de hechos que han sido alegados en su defensa por las partes procesales .Se ha alegado por un lado que los daños ambientales no son simplemente aquellas impactos que sufre el ecosistema, sino que también son partes de ese mismo daño todas las consecuencias que éste produzca mientras que por el otro lado se ha alegado los eventuales impactos en el ecosistema no son capaces de causar más daños, demostrando dos perspectivas opuestas sobre un mismo tema, por lo que ante la complejidad de esta discusión nos conduce nuevamente a mirar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido este asunto. "El problema ha sido largamente debatido por la doctrina, y ha dado lugar a que se sostengan numerosas distintas teorías. Las principales son: 1.- Teoría de equivalencia de condiciones, o de la conditione sine qua non. Según esta teoría un hecho puede considerarse causa de otro posterior cuando si hubiese faltado el hecho precedente, el posterior no se hubiera producido. Cualquier antecedente que responda a estas condiciones debe ser consideradas causa del daño. Si existen varios hechos antecedentes, no hay razón para preferir a unos y excluir a otros; por ello se le llama también la teoría de las condiciones equivalentes. Esta teoría ha sido criticada porque extiende la relación causal hasta el infinito, incluyendo las llamadas precondiciones o causa de las causas. 2.- Teoría de la causa próxima. La propagación indefinida de la causalidad, propia de la teoría precedente, condujo a otra: sólo la causa más próxima es relevante. Esta teoría ha sido desestimada por la simple razón de que la última condición es causa del daño, pero no siempre ella acarrea todo el poder nocivo. 3.- teoría de la causa eficiente. Las dificultades antedichas se han pretendido solventar sosteniéndose que debe considerarse causa a aquella de mayor eficacia en la producción del daño. Pero no se gana mucho con esta teoría porque no hace sino trasladar la dificultad: ¿con base a que se decidirá que

una causa, es más eficiente que la otra? 4.- Teoría de la causalidad adecuada. Esta teoría, con la que coincidimos, es a la que la mayoría de los tratadistas doctrinarios y la jurisprudencia de los tribunales extranjeros se inclinan. Consiste en dejar en manos del juzgador el análisis del tema cuando el hecho, dañoso tiene aptitud como para generar responsabilidad en el autor, de lo cual resulta la prescindencia de toda regla general y la confianza en la potestad discrecional del juzgador. En definitiva según esta teoría se debe procurar como criterio para establecer la responsabilidad, antes que nada, en un análisis objetivo relacionado con el carácter externo que ligue al nexo causal. Partiendo del hecho evidente de que no existe norma positiva que indique al juzgador qué teoría de causalidad aplicar, se impone la potestad discrecionalidad como lo indica la jurisprudencia, pero sin que por esto se libere al Juez de su deber de fundamentar su decisión, por lo que esta Presidencia antes de ejercer tal potestad discrecional, considerará el desarrollo teórico de este tema, pues como lo ha reconocido la sentencia citada : "por cierto, no ha concluido el desarrollo teórico de la cuestión. Tan es así que han surgido en Francia nuevas teorías explicativas y coadyuvantes de acuerdo a las necesidades y exigencias que el mundo actual concibe. De estas teorías mencionamos las siguientes: la denominada "De la creación culposa del riesgo injustificado de un estado peligroso", en cuyo contexto se tiene acreditado el nexo causal cuando el resultado causal precedió a la configuración de un riesgo injustificado, o bien la creación culposa de un estado que ciertamente incluía peligro; la teoría del "Seguimiento o de la impronta continua de la manifestación dañosa". Esta teoría sostiene que debe seguirse sin discontinuidad la marcha del mal y partiendo del daño final es necesario remontar la cadena de las causas explicando cada hecho delictuoso por la defectuosidad del hecho precedente hasta la aparición eventual de una ruptura en la cadena causal." Creemos que nos encontramos precisamente ante una de estas exigencias y necesidades que el mundo actual concibe, y para las que la Administración de justicia debe encontrar una solución con las fuentes de derecho disponibles, por lo que no se puede escatimar en el estudio y consideración de estas teorías, en cuanto que el juzgador dispone de discrecionalidad para aplicarlas en cuanto considere que pudieran adaptarse mejor a las circunstancias de este juicio. La teoría " De la creación culposa del riesgo injustificado de un estado peligroso" nos indica que cuando se ha creado un estado que incluye peligro, cualquier daño que ocurra se entendería como resultado causal de este riesgo, por ejemplo, en este caso, la creación de un estado peligroso, como lo es una zona industrial de la industria petrolera con los impactos que genera a sus

alrededores, la mera existencia de un daño sería suficiente para acreditar un nexo causal entre éste y el peligro creado. Considerando que en el libro que nos hemos referido en líneas anteriores (foja 158811), "Primer of Oil and Gas Production" escrito en 1962, en parte por un funcionario de la empresa demandada, reconocía los peligros y problemas en el manejo del agua de formación, en aplicación de esta teoría sería correcto decir que la demandada tenía pleno conocimiento de la situación de riesgo que estaba creando, por lo que cualquier daño que sufrieren las fuentes de agua como consecuencia del vertimiento del agua de formación se entenderá que tiene su causa en la situación de peligro conscientemente creada. Por otro lado, la teoría del "Seguimiento o de la impronta continua de la manifestación dañosa", nos dice que partamos del daño y nos remontemos encadenando los hechos por la defectuosidad del anterior, de manera que en este caso deberíamos estudiar cada uno de los daños que han sido probados, y en la medida de lo posible remontarnos a los hechos que lo provocan, determinando si estos pueden o no ser atribuidos a la demandada, por lo que en este caso deberíamos partir de cada daño jurídico independientemente para analizar cuáles son los hechos que lo provocan, y determinar si la demandada tiene responsabilidad por los mismos. Finalmente nos referimos a dos teorías que han sido desarrolladas por la jurisprudencia anglosajona en cuanto se refiere a la causalidad en daños a la salud de las personas: teoría del factor substancial, y la de la causa más probable, que son teorías legales de causalidad desarrollada en EEUU, Australia e Inglaterra, precisamente por la necesidad de marcar la diferencia entre causalidad legal y causalidad científica. Así, la teoría del factor substancial, no requiere de una mera causalidad científica, sino de la probabilidad médica razonable de que la conducta del demandado haya sido un factor que contribuyó substancialmente en aumentar la dosis de sustancias dañosas y por ende el riesgo de desarrollar enfermedades. Entre los elementos requeridos para la aplicación de esta teoría se cuentan dos: 1.la probabilidad médica razonable, que significa que debe ser más que una mera posibilidad, lo cual se mide a partir del 50% de posibilidades, por lo que resulta evidente que en aplicación de esta teoría debe ser más probable que improbable que la conducta del demandado haya contribuido en la generación de daño; 2. El factor substancial, que implica que el elemento dañoso no puede ser meramente teórico ni tampoco jugar el papel secundario generando el daño. Según esta teoría estos elementos deben ser considerados sin necesidad de probar cuál de ellos ha sido precisamente el que causó el daño, debido a la irreducible falta de certeza científica respecto a cuál de los elementos utilizados por el demandado

provocó el daño. con respecto a la teoría de la causa más probable, la jurisprudencia Australiana nos indica que la causalidad puede ser establecida por un proceso de inferencia, que combina hechos concretos aun cuando a ninguno de estos se les pueda atribuir la causalidad por sí mismo, que significa que no hay necesidad de que sea éste solo agente contaminante el que causó el daño, sino que es suficiente se éste ha sido un factor contribuyente, lo que significa que la participación del demandado debe ser más que mínima, trivial o un factor insignificante. Luego de este análisis que apenas resume las distintas teorías que pueden ser aplicadas, se hace evidente que debido a la complejidad del caso, a la naturaleza de los daños y a la diversidad de teorías, resulta imperativo que al considerar la causalidad de los daños lo hagamos estudiando por separado cada tipo de daños, pues no todos son iguales ni tiene la misma causalidad, por lo que, dentro de este marco teórico, este aspecto también se revisará más adelante, al analizar la prueba en su conjunto en busca de indicios sobre la causalidad.- **OCTAVO.**- La pretensión planteada en la demanda nos permite restringir la discusión estrictamente a los aspectos que los demandantes requieren dejando fuera cualquier eventual daño cuya reparación no fue demandada. De este modo, atendemos a las pretensiones transcritas al inicio de este fallo, pero observando que las pretensiones planteadas en la demanda no pueden contravenir lo dispuesto por la Ley, observación que se hace en relación a la pretensión de que "Los recursos necesarios para cubrir el costo de las actividades cuya ejecución se demanda, en la cuantía que se determine pericialmente conforme lo previsto por el penúltimo inciso del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, deberán ser entregados al Frente de Defensa de la Amazonía, para que, con el concurso y asesoramiento de instituciones internacionales especializadas, los aplique exclusivamente a los fines determinados en la sentencia", pues la Ley de Gestión Ambiental en el mismo artículo 43 faculta al juzgador a establecer la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación, indicando que "el Juez ordenará que el pago, que por reparación civil corresponda, se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta ley", sin que sea por lo tano obligatorio para el juzgador atenerse a la pretensión de la demanda, sino a lo que manda la Ley. En este punto se considera también que el Gobierno del Ecuador ha procedido a liberar a Chevron de toda responsabilidad por efecto del contrato de Remediación ambiental firmado con Texaco Inc. en 1995, de mismo modo que ha sucedido con los contratos suscritos entre los municipios de Shushufindi, de joya de los Sachas y de coca, y la Prefectura de Sucumbíos y Texaco, como consta en el cuerpo 70,

motivo por el cual " la institución que deba realizar las labores de limpieza" no podría ser una entidad pública, pues el Gobierno ha dejado constancia de recibir las labores de remediación ambiental satisfacción suya, de acuerdo a los términos establecidos en el contrato, pero no así los demandantes, que demanda una limpieza ambiental comprensiva, que recupere las características y condiciones naturales del área afectada por la operaciones petrolera iniciadas por la compañía Texpet como operadora del Consorcio. De donde se desprenden dos elementos fundamentales a ser considerados por esta presidencia: 1. El pago que eventualmente se ordene no puede ser dirigido a ninguna entidad pública ni gubernamental porque consta del expediente que el Estado ha liberado a Texaco, y por consiguiente a Chevron, de todas sus responsabilidades en relación con los daños ambientales objeto de esta demanda, por lo que el lucro o aprovechamiento por parte de estado el resultado condena contra la demandada en este juicio, resultaría en un quebrantamiento de las disposiciones contenidas en dicho contrato, situación antijurídica que esta Corte no está dispuesta a provocar; y, 2. Las labores de limpieza o remediación que realicen instituciones del Estado, como cualquier otra actividad estatal, debe estar circunscrita a lo que la Ley permite, limitando así su ámbito de acción hasta donde las Leyes prevén, como sucede en el caso de las piscinas remediadas como parte de los distintos proyectos de remediación realizados en piscinas por la empresa Petroecuador (CEREPS, PEPDA), conforme consta del dictamen pericial entregado a esta Corte por el perito Gerardo Barros. Adicionalmente se nota que estos proyectos se centran en la remediación de los suelos contaminados en el área de las piscinas, sin considerar otros aspectos que sí deben ser considerados por esta Corte en atención a lo pedido en la demanda. En el caso de la reparación de daños demandada por los accionantes encontramos que no persigue una remediación ambiental que simplemente cumpla con los parámetros ambientales impuestos en la normativa vigente sino que han pedido expresamente: "la eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazan todavía el ambiente y a la salud de los habitantes" , para lo cual piden la remoción y el adecuado tratamiento y disposición de los desechos y materiales contaminantes todavía existentes en las piscinas o fosos abiertos por Texaco, y el saneamiento de los ríos, esteros, lagos pantanos y cursos naturales y artificiales de agua. Con exactitud la demanda pide que en sentencia se ordene "la ejecución en las piscinas abiertas por Texaco de los trabajos necesarios para recuperar las características y condiciones naturales que el suelo y el medio ambiente tuvieron antes de sufrir daños", por lo que en base a la



prueba aportada por las partes en relación a los trabajos realizados por Petroecuador en remediación de distintos campos, podemos observar que en todos estos se observa puntualmente lo establecido en la leyes de la materia, sin que el objetivo sea recuperar las características y condiciones naturales que el suelo y el medio ambiente tuvieron antes de sufrir los daños. De este modo, la institución o entidad a la que debe hacerse el pago deberá ser una entidad independiente del Estado, pero dedicada expresamente a las labores necesarias para reparar el daño en los términos demandados.- **NOVENO.**- Valorada la prueba en su conjunto de acuerdo con la sana crítica se llaga al convencimiento de la existencia de los siguientes hechos: 9.1 TEXACO PETROLEUM COMPANY FUE OPERADORA DESIGNADA POR EL CONSORCIO PARA TODAS LAS OPERACIONES DE LA CONCESIÓN NAPO. Ambas partes han coincidido en señalar las fechas, límites, y partes titulares de la concesión, las mismas que, en orden histórico, constan en los distintos Registros Oficiales, como son el Registro Oficial 186 del 21 de febrero de 1964, mediante el cual el Gobierno de Ecuador realizó una concesión de más de 1millón de hectáreas a favor de la Texas Petroleum Company, quien cedía en el mismo acto sus derechos a Texaco Petróleos del Ecuador y Gulf Ecuatoriana de petróleos; el R.O. 209 del 26 de junio de 1969, en el que se la redujo a 561.661 hectáreas; luego los R. O. No. 362 y 370, de 3 y 16 de agosto de 1973, respectivamente, donde se firmaron nuevos contratos y se fijó el área en 497.301 hectáreas, que es el área que finalmente ha sido conocida como la Concesión Napo (en esta sentencia referida únicamente como "La Concesión"), que en primera instancia perteneció a un Consorcio formado entre Texaco Petróleos del Ecuador y Gulf Ecuatoriana de Petróleos; luego por las anteriores más CEPE, finalmente esta última absorbería la participación de GULf, convirtiéndose en socia mayoritaria del consorcio. De este mismo modo, esta Corte pone especial atención en el hecho de que ha sido probado, mediante el Convenio Napo, celebrando entre Texaco y Gulf el 22 de octubre de 1965, en sus clausulas 6,1;6,2 y 6,4 [ver traducción en el cuerpo 93, fojas 10154-10194], que los concesionarios desde un inicio convinieron en delegar todas las operaciones a la compañía Texpet, subsidiaria de cuarto nivel de propiedad absoluta de Texaco Inc., quien fue en efecto quien ejecutó todas las operaciones del Consorcio, bajo vigilancia y control estatal, desde el inicio hasta el fin de sus operaciones, como lo reconoce el Dr. Adolfo Callejas en la audiencia de conciliación, al contestar la demanda, diciendo "Creo necesario mencionar a usted, Señor Presidente, que para el manejo de los consorcios es práctica internacional comûnmente utilizada en la industria petrolera el que se designe a una de las partes como

operadora de los mismos, sujeta en todo caso a los mandatos de los condueños, que en todo caso mantiene la total responsabilidad por las operaciones ejecutadas en sus nombre [...] Del Convenio de Operaciones Conjuntas Napo se desprende que el operador era "... el agente y contratista exclusivo de las partes" y fue encargado por sus mandantes "de llevar a cabo las obligaciones de trabajo de las partes..." En consecuencia la actuación de Texaco Petroleum Company" como responsable técnica y ejecutora de las operaciones del Consorcio" y como encargado del "diseño, construcción, instalación y operación de la infraestructura y equipos necesarios para la exploración y explotación de petróleo" se realizo como Agente de los condueños o mandantes y con el consentimiento y aprobación previos de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, CEPE, luego de Petroecuador en su calidad de coparticipe del antedicho Consorcio" (foja 247). De este modo se comprueba jurídicamente que la operación de la Concesión estaba a cargo de Texpet, lo cual ha sido corroborando por los peritos que han actuado en las distintas inspecciones judiciales, y que en sus dictámenes han coincidido en señalar que Texpet fue la responsable de la ejecución de las operaciones del Consorcio, hasta junio 1990. Este hecho no ha sido controvertido por las partes procesales; Sin embargo se nota que la parte demandada aunque no ha desconocido ser la responsable de las operaciones del Consorcio, ha alegado insistentemente que actuó como mandante y bajo vigilancia de los socios, como en foja 244, cuando dice que " Petroecuador fue participe mayoritaria y como tal beneficiaria del Contrato de Concesión de 1973, que legalmente fue operado por Texaco Petroleum Company (TEXPET) hasta el 30 de junio de 1990 y posteriormente por Petroecuador hasta el 6 de junio de 1992, fecha en la que termino el Contrato de Conseción de 1973 por cumplimiento de su plazo de vigencia". Respecto a la vigilancia y control estatal ya nos hemos referido en líneas anteriores, mientras que en cuanto a sus actos como mandataria o Agente, nos remitimos a la cláusula 46,1 del Contrato de 1973, citada por el mismo Dr. Callejas en foja 247, reconociendo que dicha obligación dice "Los contratistas adoptarán las medidas convenientes para la protección de la flora, fauna y de más recursos naturales, así como también evitarán la contaminación de las agua, de la atmósfera y de la tierra, bajo el control de los organismos pertinentes del Estado", recordándole que todo agente o mandatario está obligado a actuar con apego al mandato, y a las leyes vigentes, siendo responsable personalmente cuando sus actos exceden o contravienen los límites de su mandato, de acuerdo a lo que rezan los artículos 2020 y 2035 del Código Civil, que prevé que "El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en

que las leyes le autoricen para obrar de otro modo", de suerte que fuera la voluntad del comitente, expresada también en la citada cláusula 46.1 del contrato, la que debió prevalecer.- 9.2.- EXISTENCIA DE DAÑOS AMBIENTALES.- Habiendo revisado los distintos informes periciales entregados a esta Corte por los distintos peritos insinuados por las partes y nombrados por la Corte, y también los que han actuado siendo designados por la Corte sin insinuación de parte, ha quedado demostrada la existencia de daños ambientales que tienen su origen en las actividades de la explotación petrolera que se condujeron durante la operación de la Concesión, como se explica más adelante al evaluar los resultados de los análisis de laboratorio de las muestras tomadas por los perito. Antes debemos aclarar que este Corte no ha considerado las conclusiones presentadas por los peritos en sus informes pues son contradictorias entre ellas aún a pesar de referirse a una misma realidad, razón por la cual se ha prescindido de las apreciaciones y opiniones personales de cada perito y se ha atendido al contenido técnico de sus informes, especialmente a los resultados mencionados anteriormente, de tal manera que el juzgador ha sido capaz de formar su propio criterio, de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Bajo esta perspectiva, antes de pasar a evaluar la existencia de daños de acuerdo a la prueba aportada al expediente, es oportuno que definamos lo que es el medio ambiente, y lo que consecuentemente podría entenderse como un daño al mismo. Según el " Informe sobre Desarrollo Humano Ecuador 1999", en foja 3208, que es prueba documental incorporada al expediente por pedido de la parte demandada podemos entender desde una perspectiva holística que el medio ambiente no es únicamente la flora y fauna y el escenario en que éstas se desenvuelven, sino que el medio ambiente ésta también constituido por las instituciones, las relaciones económicas, políticas y sociales, la cultura, entre otros valores que actúan entre los individuos y pobladores de la especie humana. En base a esta definición sería adecuado definir el daño ambiental, en términos generales, como toda pérdida, disminución, por detrimento, menoscabo, perjuicio, causado o inferido al medio ambiente o a cualquier de sus componentes naturales o culturales. En este juicio se ha demandado tanto la eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazan todavía el ambiente y la salud de los habitantes (ver las pretensiones de la demanda, VI.1 y VI.2 respectivamente en foja 79 y 80), como la reparación de daños ambientales al amparo de lo que dispone el artículo 43 de la LGA, que en su primer inciso dice: " Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer

ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos", todo lo cual es plenamente concordante con la perspectiva holística del daño ambiental de la definición propuesta en líneas anteriores, y además acorde a lo que establecía la Constitución vigente en la época (numeral 2 del artículo 19 garantiza el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, de la Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1984). Esto nos lleva a entender que el daño ambiental debe ser considerado en toda su complejidad, atendiendo las distintas formas y derivaciones que éste puede tener en los componentes del medio ambiente, pues se entiende que éste no puede ser considerado aisladamente, sino en vinculaciones con otro derechos, como el de la salud. Este criterio es concordante también con la Resolución de la Corte Constitucional #1457, del 18-08-2009, que nos dice que "De conformidad con el Reglamento de aplicación de los mecanismos de participación social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, los derechos ambientales colectivos son aquéllos derechos compartidos por la comunidad para gozar de un ambiente sano y libre de contaminación e involucra valores estéticos, escénicos, recreativos, culturales, de integridad física y mental y en general de la calidad de vida. Y conceptúa el IMPACTO AMBIENTAL como toda alteración positiva o negativa del ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada. Es decir, el impacto ambiental, es toda acción del hombre que produce alteraciones sobre el medio físico y humano." De este modo y considerando también que las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas como en los contratos o convenciones; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos (art. 1453 del Código Civil), llegamos a la conclusión de que, en caso de quedar probado el daño jurídico en distintos componentes del medio ambiente, y de probarse además que éste es ocasionado por las acciones realizadas por la Compañía demandada, quedará fundamentada conforme a derecho la fuente de la obligación de reparar los daños de tales componentes. Para la compleja tarea de avaluar la presencia de daños ambientales se considera primeramente que existen más de cien informes periciales constantes en el expediente que han constituido una importante fuente documentada de evidencia, aportada por peritos insinuados por ambas partes procesales y también por peritos de la Cote que no por parte alguna, de manera que en conjunto sus datos son confiables y le permiten al Juzgador llegar al convencimiento de que existen distintos niveles de elementos contaminantes provenientes

de la industria hidrocarburífera en el área de la Concesión. La presencia de estos elementos contaminantes nos empieza a dar cuenta principalmente de la existencia de daños en suelos, que son una parte integrante del ecosistema, y que por consiguiente puede potencialmente configurarse como daño a varios componentes del medio ambiente, pues dependiendo del nivel de peligrosidad de estos elementos, y del nivel de exposición de las personas y el ecosistema a estos, podrían suponer también un menoscabo en la salud humana, o a la flora y fauna locales. Por este motivo esta Corte considera que los sitios en los que se ha podido constatar un impacto directo (como los suelos alrededor de piscinas y algunos recursos hídricos) no han sido el único bien jurídico dañado, sino que el daño frecuentemente alcanza otros aspectos del ecosistema, como la flora y fauna, y eventualmente distintos aspectos de la sociedad que depende de él. De este modo se ha procedido al análisis de los distintos informes periciales considerando que los daños ambientales objeto de este juicio no son únicamente los que se causan por un impacto directo al ecosistema, sino que por su naturaleza este tipo de daños abarca también todos los que son consecuencia directa del impacto ambiental. Al respecto se aprecia que éste es un tema técnico, por lo que se atiende los distintos informes periciales presentados a lo largo de este juicio. Empezando por la presencia de contaminación en suelos, esta Corte observa los hallazgos de los distintos peritos que han intervenido en las inspecciones judiciales que se practicaron dentro de este juicio y que han presentado los resultados de sus experticias. Se observa que, tanto en los informes presentados por los peritos insinuados tanto por la parte actora como por la parte demandada, se reporta la presencia de distintas concentraciones de hidrocarburos y/o de productos utilizados durante la perforación o acondicionamiento de los pozos petroleros. Antes de iniciar la revisión de los resultados presentados en los informes es conveniente recordar que esta Presidencia utiliza los distintos límites máximos permisibles establecidos en la legislación ecuatoriana vigente únicamente como parámetro de referencia para conocer el estado real del área de la Concesión Napo, y no para realizar el cumplimiento de dicha normativa por parte de la demandada, pues por principio de retro actividad estas normas no pueden ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación. Sin embargo, en virtud de que existían disposiciones legales vigentes y aplicables herga hommes en el período de operaciones de Texpet, se considera que estaba prohibido eliminar hacia el aire, el suelo, o las aguas, los residuos sólidos, líquidos o gaseosos, sin previo tratamiento que los convierta en inofensivos para la salud (Art. 12 Código de Salud, R.O. No, 158, de 8 de febrero de 1971). En materia petrolera estaba vigente

la Ley de Hidrocarburos publicada en Registro Oficial No. 322 del 1 de octubre de 1971, que con total claridad impone la obligación de "Adoptar las medidas necesarias para protección de flora y fauna y demás recursos naturales", y "Evitar la contaminación de las aguas, de la atmósfera y de las tierras" (ver artículo 29, literales s) y t), disposiciones que son similares a las encontradas en la posterior codificación de la Ley de Hidrocarburos, publicada en Registro Oficial No. 616 del 14 de agosto de 1974 (artículo 30,literales s y t), y en Registro Oficial No. 711, del 15 de noviembre de 1978, en el artículo 31, literales s) y t), siendo una constante en la legislación hidrocarburífera vigente en el Ecuador. Por norma reglamentaria también se establecieron normas a ser consideradas en materia petrolera donde era obligación de la demandada "Tomar todas las providencias y precauciones del caso al realizar sus actividades para evitar daños o peligros a personas, propiedades, recursos naturales y a sitios de interés arqueológico, religioso o turístico" (art. 41 del Reglamento de Exploración y Explotación de hidrocarburos), en Decreto Supremo 1185, publicado en Registro Oficial 530 del 9 de abril de 1974), mientras que contractualmente estaban vinculados por la cláusula 46,1, que decía "Los contratistas adoptarán las medias convenientes para la protección de la flora, fauna y de más recursos naturales, así como también evitarán la contaminación de las aguas, de la atmósfera y de la tierra, bajo el control de los organismos pertinentes del Estado". Finalmente se considera que los límites de los derechos de la demandada quedaron limitados según lo establecido en R.O. No. 186, de 21 de febrero de 1964, en la cláusula Décima consta donde dice que " La concesionaria tiene derecho, para los efectos de este contrato, de usar los terrenos que se encuentran en las áreas materia de las clausulas primera y segunda, así como de las aguas, maderas y otros materiales de construcción que allí estuvieren, para destinarlos a la exploración, explotación y desenvolvimiento de su concesión, sin privar a los pueblos del caudal de aguas que les fuere indispensable para sus menesteres domésticos y regadíos, ni dificultar en lo mínimo la navegación, ni quitar a las aguas sus cualidades de potabilidad y pureza, ni obstar la pesca." De este modo queda establecido que la demanda tenía la obligación de prever y evitar la presencia de productos peligrosos para la salud y/o el ecosistema, utilizados durante la explotación petrolera en sitios operados por Texpet, por lo que la presencia de este tipo de substancias que puedan poner en peligro la vida y/o la salud de las personas y/o afectar el desarrollo de la flora y fauna , a más de revelar la existencia de infracciones a las normas mencionadas, constituiría prueba de un daño jurídico, que como tal apareja la obligación de ser reparado. Aunque es correcto afirmar que

muchos de estos compuestos (bario, cadmio, plomo, cromo, etc.) se encuentran de forma natural en el medio ambiente, y son de hecho imprescindibles para el desarrollo de la vida biológica, si sobrepasan ciertos límites pueden ser peligrosos. Por ejemplo, el Cromo hexavalente es objeto de límites muy estrictos alrededor del mundo, pues es un agente corrosivo para los tejidos y un carcinogénico conocido. Es importante también el reconocimiento del Cromo hexavalente como un "cancerígeno", que ha hecho parte la demandada mediante su abogado defensor, Dr. Diego Larrea, durante la inspección judicial del pozo Cononaco 6 (ver foja 123108).Previamente a evaluar la concentración de esta y otras sustancias químicas presentes en el suelo, se consideran los criterios específicos contenidos en el documento denominado "Evaluación de Normas Internacionales Aplicables para los Cierres de las piscinas de los Campos Petroleros 1994-1998" presentados como anexo o apéndice por los peritos que fueron insinuados por Chevron, en tanto que si contenido no presenta ningún valor de referencia insinuados por Chevron, en tanto que se contenido no presenta ningún valor de referencia para el Cromo VI. Del mismo modo que se acepta la impugnación de dicho documento por ser escrito de parte interesada en el resultado de este juicio, pues como consta del expediente King y Spalding ha patrocinado a la demandada en varias acciones legales en EEUU que guardan directa relación con esta causa (ver foja 4729). Llama además la atención el hecho de que dicho documento haya servido de base a los distintos peritos que actuaron por insinuación de la parte demandada. En el caso de Cromo VI, en criterio de esta Corte toda cantidad que supere lo que encontramos de forma natural en el medio ambiente debe ser removida por la peligrosidad que representa, por lo que, aunque su vertimiento no se encontraba regulado por la Leyes vigentes de la época, ni el Cromo VI haya sido considerado por la "Evaluación de Normas Internacionales Aplicables para los Cierres de las Piscinas de los Campos Petroleros, 1994-1998", por criterio elemental de justicia, legalidad, decencia y respeto a la vida humana, se entiende que por ser éste un carcinogénico conocido, es una sustancia peligrosa cuyo manejo debió cuidar la demandada por mandato de las disposiciones legales vigentes, de tal manera que cualquier vertimiento de esa substancia que pueda poner en peligro a las personas o al ecosistema generó la obligación de reparar esta situación, independientemente de que el producto que causa tal riesgo se encuentre o no regulado por la normativa vigente en la época. Se toma en cuenta la defensa de la parte demandada, a cargo del Dr. Adolfo Callejas, quien durante la inspección judicial de Sacha Sur (foja 97523) manifestó: "[...] aquellas normas que por ejemplo

contenía la Ley de Hidrocarburos del año 71 que decía que en la operación petrolera se cuidará la flora y la fauna, eso para tener una ejecución debe desarrollarse en Leyes, en Reglamentos, en parámetros [...]", pero no se le atribuye valor por ser contraria a derecho, por cuanto las Leyes están para cumplirse, siendo el principio de legalidad un pilar donde se asienta la Administración de Justicia, más allá de cualquier argumentación irreverente de algún Abogado que pretenda quitarle valor a la legislación, ya sea por convicción o por conveniencia. De este modo, la falta de reglamentos o parámetros que regulen los vertimientos de Cromo VI al ambiente, no significaba de modo alguno una autorización implícita para verter esta substancia peligrosa al ambiente. Se ha debido realizar un exhaustivo y complicado análisis de los resultados de los análisis de laboratorio presentados como prueba válida dentro de este juicio, debiendo resaltar la magnitud de este trabajo en cuanto a que los peritos insinuados por Chevron han aportado 50939 resultados de 2371 muestras, los peritos insinuados por los demandantes han aportado al proceso con un total de 6239 resultados de 466 muestras válidas; mientras que los peritos nombrados por la Corte sin mediar insinuación de parte han aportado 178 muestras y 2166 resultados (sin considerar el muestreo realizado por el perito Cabrera); dando un total de 2311 muestras. A esto debemos añadir los 608 resultados presentados por el perito Jorge Berneo, y 939 resultados presentados en 109 muestras recolectadas por el perito Gerardo Barros que han sido también tomadas en cuenta, pero con las consideraciones anotadas para cada caso. Esta referencia a la magnitud de las cifras y del trabajo que ha debido a realizar el administrador de justicia para indagar la verdad en esta causa, se la hace con la intención de salvar algún error mínimo e involuntario que pudiera ocurrir al realizar tal valoración de las muestras, pues no se trata de un simple proceso matemático, sino de la valoración misma de lo que nos dice el expediente procesal, que no se produce en blanco y negro, sino en una serie de matices, de tal modo que un mero error de cálculo no cambiaría el criterio formado en el juzgador por todo el cúmulo de evidencia. Además se considera que no se trata de una evaluación contable, sino de una evaluación estadística, de manera que el resultado depende de lo que represente la muestra, aún con cierto grado de error, pues lo que en realidad interesa en esta clase de estudios es que se conozcan todos los elementos del universo muestreado, y que todos estos elementos tengan la posibilidad real de ser incluidos en la muestra. Considerando los hechos que demuestra el expediente, como son, la existencia de cierto número de pozos, estaciones y piscinas que fueron diseñados, construidos y operados de Texpet, en conjunto con la cantidad o muestra de

sitios inspeccionados, y los resultados de esas inspecciones, se considera que las muestras válidas del expediente son representativas del estado del área de concesión. De este modo con las consideraciones anotadas, se empieza el análisis de los resultados de las muestras tomadas en campo por los distintos peritos que han actuado en este juicio, haciendo una apreciación general de los resultados presentados para Hidrocarburos Totales de Petróleo (TPHs). Se toma en cuenta que la demandada ha alegado que el TPH no es un buen indicador de riesgo, al decir que "Sobre ese mismo tema Señor Presidente, voy a hacer una cantaleta que ya hice hace unos días y hace unas cuantas inspecciones judiciales, relativo a que el contenido de hidrocarburos TPH no mide la toxicidad ni el riesgo de salud por que los hidrocarburos se encuentran en la naturaleza, por ejemplo en el pasto con 14 mg/kg las hojas secas de roble con 18.00 mg/kg, en la acículas de pino con 16.000 mg/kg; y muchos productos no tóxicos que son derivados del petróleo y utilizados por el hombre; tenemos el aceite para bebés que seguramente muchas personas han utilizado, tiene 865.680 mg/kg de TPH; la vaselina, no la canción sino la que se usa para determinados fines, tiene 749.000 mg/kg" (ver foja 155068). Sin embargo en el expediente también encontrados advertencias en cuanto a los potenciales efectos nocivos de los TPHs para la salud de las personas, como las del perito Bermeo, que en las conclusiones de su dictamen nos indica que " Los análisis realizados en el tejido de pescado determinaron la presencia de hidrocarburos totales en los peces en valores muy por encima de los máximos permitidos en agua, lo cual al no existir en nuestro país referencia o norma que indique o determine la cantidad máxima en que pueden estar presentes antes de causar problemas a los peces y por ende a la salud de quienes lo consumen, tomamos como referencia los valores permisibles para el agua, y desde este punto podemos manifestar que existe contaminación por hidrocarburos; lo cual podría convertirse en un problema alimenticio de seguirse dando. La agencia para Sustancia Tóxica y el Registro de Enfermedades, ATSDR de los EEUU, indica que estos productos son altamente nocivos para la salud y son el resultado de una mezcla de diferentes productos derivados del petróleo como tal (gasolina, aceites lubricantes, grasas, breas, etc.), por lo que la presencia de hidrocarburos totales en los pescados son el resultado de las actividades petroleras que se dan en la zona" (ver fojas 159373 a 159376). Así también, el perito insinuado por los demandantes, Edison Camino, ha dicho en su informe de Sacha 10 que "Algunos de los compuestos de los TPHs pueden afectar el sistema nervioso", y en que "un compuesto TPH (benceno) es carcinogénico en seres humanos" (ver informe en fojas 52474 a

52780). De este modo, atendiendo a lo dicho por el perito insinuado por la parte demandada, Gino Bianchi, en su defensa de la inspección judicial del pozo Lago Agrio 2, respecto a que "El TPH no se utiliza para evaluar los riesgos potenciales a la salud ya que solo indica la cantidad de petróleo en la muestra, y no sus características de toxicidad" pero también que "las propiedades toxicológicas del petróleo crudo pueden ser caracterizadas sobre la base de los siguientes compuestos tóxicos: Hidrocarburos Aromáticos Volátiles: benceno, tolueno, etilbenceno y xilenos; Hidrocarburos Aromáticos Policíclicos [...]; Metales pesados: bario, cadmimo, cobre, cromo, cromo hexavalente, mercurio, níquel, plomo, vanadio y cinc " (ver texto en foja 95701, que es idéntico a lo dicho por el perito Jorge Salcedo en su dictamen de la inspección judicial del pozo Shushufindi 18 y en Shushufindi 25, y reiterado por Gino Bianchi en su dictamen sobre las inspecciones judicial del pozo Guanta 7), esta Corte ha decidido que lo más adecuado es que los TPHs sean considerados en conjunto con las demás evidencias, pues aunque no fuere un indicador preciso de riesgo para la salud, es un buen indicador del estado del medio ambiente en general en cuanto a impactos por hidrocarburos, aunque debemos reconocer que para identificar posibles amenazas a la salud se debe monitorear la presencia de otros elementos. En este aspecto, de modo concordante con lo dicho por el perito Gino Bianchi respecto a ciertos compuestos tóxicos, se atiende al informe Yanacuri referidos en líneas anteriores, en tanto que éste expresa una particular preocupación que se expresa por la exposición al benceno, tolueno y xileno (BTEX), que por su solubilidad en el agua, mayor permanencia en suelo arcilloso, peligrosidad para la salud deben ser eliminados hasta los niveles cuya presencia sea natural en suelos. Del mismo modo se atiende este estudio, cuando dice "numerosos estudios epidemiológicos realizados en trabajadores de distintas profesiones han demostrado los efectos carcinogénicos de los HAPs" (ver foja 3352 y anverso), conocidos como hidrocarburos aromáticos policíclicos, son contenidos típicamente en el agua de formación, y aunque no son tan solubles en agua, pueden permanecer adosados a sólidos en suspensión y migrar grandes distancias, inclusive sin degradarse; pero también se considera que los lodos de perforación que son utilizados para una variedad de propósitos, incluyendo controlar la presión subterránea y llevar los cortes de perforación a la superficie, aunque pueden variar en composición, generalmente contienen metales pesados, asi como el mercurio, plomo, cadmio, cinc, cromo VI, y el bario. En este orden, empezaremos refiriéndonos a la presencia de TPHs en los resultados de las muestras tomadas en suelo por los peritos que participaron en las inspecciones judiciales, notando que el 10% de

total de los resultados presentan rangos de más de 5000 ppm de TPHs, el 10,3 % presentan rangos que van desde 1000 ppm de TPHs a 5000 ppm de TPHs, mientras que el 79,7% de los resultados de las muestras demuestran resultados por debajo a 1000 ppm de TPs, pero se observa con atención que de todos estos resultados para TPHs, el 80,4% fue aportado por los peritos insinuados por la parte demandada (1984 resultados), de los cuales el 88.2% (1750 resultados) son aquellos que están por debajo de 1000 ppm. Los perito insinuados por los demandantes han presentado un total de 420 resultados, que son apenas el 17% de la muestra, y de ésta el 38% (160) apenas por debajo de las 1000 ppm, es decir que un 62% de las muestras se encuentra contaminadas por encima de este nivel. Esto quiere decir que, a primera vista luego de un análisis estadístico, parecería demostrarse que la mayoría de datos arrojados por los resultados de laboratorio, vistos en conjunto, indican una presencia por debajo de las 1000 ppm de TPHs, pero si analizamos con detenimiento descubrimos que este primer análisis estadístico podría encontrarse sesgado porque en la muestra se encuentra una mayoria abrumadora de resultados presentados por peritos de la parte demandada, y es la mayoría de estos resultados los que representan resultados por debajo de las 1000 ppm de TPHs (el 70.9% del total de la muestra, es decir que aportan más del 88.95% de ese 79.7% del total de los resultados que están por debajo de 1000 ppm de TPH), de esta manera se evidencia que al cuadruplicar el tamaño de la muestra con estos datos se influyen indebida e inevitablemente en la apreciación del cuadro general. Según los abogados defensores de la parte demandada, esto se debia a un proceso de "Homogenización de la muestra", conforme lo discutieron las partes procesales durante la inspección judicial del pozo Lago Agrio 15, donde el abogado Pablo Fajardo manifestó que "Ha sido la práctica durante las diligencias judiciales de la parte demandada de sus técnicos, la de tomar muestras fuera de contexto, fuera de la piscina, ¿con que objetivo? De decir que no existe contaminación. Lógicamente, si tomo una muestra en la cima de aquella loma, nunca va a encontrar evidencia de contaminación. Debe tomarse las muestras en el sitio donde están las piscinas para que se informe si existió o no actualmente evidencia de hidrocarburos. Las muestras compuestas ¿Qué hacen? Tomar quizá una muestra en el lugar de la piscina y dos mas fuera de ella luego en la homogenización de las muestras, y al final se diluye o se disminuye considerablemente ese tipo de evidencia. Entonces son pequeñas trampas que están implementándose en la parte técnica para desvirtuar, para disminuir, y hacer aparecer ante la Corte que no existen elementos contaminantes, cuando eso no es verdad señor Presidente", ante lo que el Dr. Callejas supo explicar

que "lo que [...] había solicitado es que sea una muestra representativa del sitio, y el sitio está compuesto por un área considerable, esa área debería estar reflejada en la muestra. Como su nombre lo dice muestra es un indicativo de lo que hay ahí. Así que eso no es una trampa. Es un sistema, primero que está en los planes de muestreo y análisis que las partes aprobaron, y segundo, que se utiliza cotidianamente en nuestro país y en todo el mundo porque es la manera científica de hacerlo. La otra no es sino una expedición de pescar lo que llaman aquí, desacertadamente, contaminación, y es la mera presencia de residuos hidrocarburíferos. En cuanto a la forma como los técnicos de los peritos insinuados por nosotros realizan sus labores de muestreo, rechazo las afirmaciones de que sean una trampa a la Corte. Son la manera adecuada de hacerlo y lo que s busca precisamente con su ejecución es demostrar si es verdad lo que se dice con tanta liviandad, de que ese petróleo ha migrado, de que ese petróleo se ha movido, de que esos materiales están por toda el área, convirtiendo a esto en una zona de desastre ambiental". (ver acta en fojas 101119 a 101145). Luego, durante la inspección judicial del pozo Cononaco 6, el abogado Pablo Fajardo daría la siguiente explicación en relación a lo hecho por los peritos insinuados por Chevron: "Toman una muestra dentro de la piscina quizás, pero si hay hidrocarburos toman dos muestras más fuera de ella, y aquí tengo un ejemplo si me permiten por favor. Señor Presidente quiero demostrarle qué es lo que hacen los señores técnicos que cooperan con la parte demandada; si hay una evidencia de lodos o productos contaminados ponen esa evidencia y luego le mezclan con dos proporciones mayores de productos no contaminados, haciendo todo el proceso de lo que se llama homogenización. ¿Con qué fin? Únicamente de diluir la contaminación que ahí existe. Si habían ahí en esa muestra tantos miles o gramos de hidrocarburos, al final le ponen el doble y si había tres aparecerá uno, y dicen sí, no hay contaminación. Qué trampa señor Presidente, qué burla de la que hacen objeto con la Función Judicial. Eso están haciendo los peritos y los técnicos que cooperan con la parte demandada, y por eso es que al final reportan que no hay hidrocarburos." Esta afirmación tendría posteriormente su respuesta por parte del Procurador Judicial de Chevron, Dr. Adolfo Callejas: "Se llama la obtención de una muestra representativa y compuesta, lo contrario, lo que hacen los técnicos de la parte actora, se llama pesca. Lanzan un anzuelo hasta ver donde hay un pedazo de crudo, y eso es representativo de toda el área. Eso es engaño, señor Presidente, eso es mentira, eso farsa. En toda práctica de toma de muestras se trata de sacar una que represente a todo sitio, en su superficie, en su ancho, en su largo, en su profundidad, abogado Pablo Fajardo.



Para eso se hace la representatividad, la homogenización de las muestras, no para engañar a nadie, porque si usted hace lo que hacen sus técnicos, es decir, analizar ese pedazo de un material oscuro que trajo usted el dia de hoy, no es representativo del sitio." (Ver acta en fojas 123088 a 123123) Se toman en cuenta las exposiciones de la partes y se considera que la muestras son representativas del sitio donde han sido tomadas, es decir, que si han sido tomadas en una piscina se considera que esa piscina se encuentra contaminada, y no toda la extensión del área. Sin embargo, más adelante se discutirá acerca de la posibilidad de filtraciones desde las piscinas, por lo que se debe prever la presencia de suelos contaminados en los alrededores cercanos a los focos de contaminación, constituidos en las piscinas que fueron construidas y utilizadas por Texpet como operadora del Consorcio. Sin embargo, para concluir con el análisis de la presencia de TPHs en los suelos del área de la Concesión, se considera que los peritos insinuados por los demandantes han presentado resultados de muestras con cantidades que alcanzan los 900000 mg/Kg de TPHs, debiendo resaltar, por contraste, el hecho de que los peritos insinuados por la demandada no analizaron Hidrocarburos Totales de Petróleo de modo directo y completo, sino que analizan DRO y GRO, lo cual es el equivalente a TPH para diesel y TPH para gasolina, respectivamente, lo cual complica la comparación de los resultados obtenidos por los peritos insinuados por las distintas partes, pues mientras unos presentan Hidrocarburos Totales, los otros presentan Hidrocarburos divididos en gasolina y diesel, de modo que estos deben sumarse para tener una equivalencia relativamente comparable con TPHs. Además con los resultados de TPH podemos dar cuenta de que todos los campos de Consorcio presentan situaciones similares, como lo demuestran las muestras tomadas en las distintas inspecciones de los sitios que pertenecen a cada campo. Para el campo Sancha, en la Estación Sacha Norte 2, aparte de lo ya referido líneas arriba, se considera las muestras ESN2-PIT3-SE2_sv y ESN2-PIT2-SE1_sv tomadas por el perito Francisco Viteri, que alcanzan los 849238 y 528686 mg/Kg. Respectivamente; mientras que la muestra SA14-AS_sv presentada por el perito Oscar Dávila en la inspección de Sacha 14, alcanza los 575187 mg/kg, para el campo Shushufindi consideramos como ejemplares las muestras presentadas en su dictamen por el perito José Robalino, de las muestras SSF4-PIT1-SD1-SU1-R(1.3-1.6)_sv y SSF4-PIT3-SD1-SU1-R (0.0 a 0.4)_sv recogidas durante la inspección judicial de Shushufindi 4, que arrojan resultados de 900.000 mg/Kg. Para el campo Lago Agrio encontramos que los resultados presentados por el perito José Robalino para las muestras LA02-PIT1-SD1-SU1-R (0,4-0,8m)_sv y LA06-PIT1-SD1-

R(1.4-1.9m)_sv, recogidas en las inspecciones judiciales de Lago Agrio 2 y Lago Agrio 6, respectivamente, alcanzan los 324771 y 299431 mg/ Kg., mientras que el perito Luis Villacreces nos reporta la muestra LAC-PIT1-SD1-SU1-R (1.6-2.4m)_sv, recogida la inspección judicial de la estación Lago Agrio Central, que alcanzan los 317375 mg/Kg. Para el campo Aguarico, la muestra EAG-A2-SE1_sv, tomada por el perito Luís Villacreces en la Estación Aguarico, alcanza los 333262 mg/Kg, mientras que por el campo Guanta el mismo perito nos presenta la muestra GTA07-PIT2-SE1_sv recolectada en Guanta 7, y que alcanza los 235764 mg/kg. Para el campo Auca y el camp Yuca, la muestra AU01-PIT1-SD2-SU2-R (220-240cm)_sv y la muestra YU2B-A1-SE1_sv, presentadas por el perito Villacreces en su informe de la inspección del pozo Auca 1 y de Yuca 2B, demuestra una presencia de 22842.4 y de 18127.8 mg/kg de TPHs respectivamente. Con estos resultados también podemos notar que estas cantidades se repiten por igual en los resultados de las muestras tomadas en inspecciones de los sitios remediados de acuerdo al RAP y que siguieron en producción luego de la salida de Texpet del Consorcio (operación mixta), como los resultados obtenidos en Shushufindi 13 y en Sacha 6 (ver muestras SSF13-PY0-SD1-SU1-R(2.1-2.3)_sv, SSF13-PIT3-SD2-SU1-R(0.2-1.0)_sv, obtenidas por el perito José Robalino insinuado por los demandantes, por sus resultados en TPHs y ver muestras SA-6-JI-SB6-1.6M, tomada por el perito John Connor, que demuestra resultados 1110 mg/kg de bario, o de las muestras SA-6-JI-PIT1A-SB1-2.40M, SA-6-JI-SB3-0.7M y SA-6-JI-SB3-2.1M que demuestran resultados de entre 0.13 y 0.15 mg/Kg de touleno, a los que nos referimos más adelante) y en sitios remediados de acuerdo al Rap y que fueron abandonados, sin que hayan sido operados posteriormente (operación exclusiva de Texpet), según lo reporta la muestra M2, tomada por el perito Pilamunga, designado por la Corte sin insinuación de parte procesal para la inspección judicial del pozo Aguarico 2, y también en el pozo Shushufindi 18 de los resultados de TPHs para las muestras SSF18-A1-SU1-R(0.0m)_sv y SSF18-A1-SU2-R(0.0m)_sv. Como lo demuestra SSF18-A1-SU1-R (0.0m)_sv y SSF18-A1-SU2-R (0.0m)_sv. Como lo demuestra el expediente, estos resultados para TPHs se presentan también en sitios que no fueron remediados por Texpet, como el pozo Shushufindi 4 y el pozo Lago Agrio15 (ver muestras SSF4-PIT1-SD1-SU1-R(1.3-1.6)_sv; SSF4-PIT3-SD1-SU1-R(0.0-0.4)_sv; LA15-PIT1-SD2-SU1-R(1.8-2.2m)_sv; LA15-PIT1-SD1-SU1-R(1.8-2.2m)_sv y LA15-PIT2-SD2-SU1-R(1.4-1.8m)_sv), lo cual nos da la certeza de que las condiciones ambientales son similares en todos los sitios, aunque en estos se hayan llevado a cabo las mencionadas labores de remediación y aún a pesar de que estos se encuentran

abandonados desde entonces o en operación. De este modo, en consideración a la presencia de impactos por hidrocarburos mencionada líneas arriba, debemos analizar el alcance o la extensión de dicha contaminación en suelos dentro del área de la concesión, pues advertido que no se pueda entender que todos los suelos del área de la concesión se encuentra contaminados, sino que las muestras son representativas de los lugares donde ha sido tomadas, pero sin embargo se considera que en base a la cantidad y consistencia de los datos arrojados en las 54 inspecciones judiciales realizadas en sitios operados por Texpet, resulta adecuado analizar la posibilidad de extrapolar estos datos para las demás instalaciones operadas por Texpet pero que no ha sido inspeccionadas en este juicio, es decir, no partiremos de la premisa de que los resultados de la muestras de los sitios analizadas en la inspecciones judiciales sean prueba directa de sitio no inspeccionados, sino que la cantidad de sitios inspeccionados conllevan a considerarlos una muestra representativa del universo de sitios operados por Texpet, de modo que los resultados de los sitios inspeccionados pueden ser extrapolados, idea que es fortalecida en gran medida por la similitud de los resultados en las inspecciones practicadas. Además, esta decisión se la hace considerando que la parte demandada ha reconocido la extrapolación como un sistema válido para llegar a conclusiones en base a una muestra. En escrito de 27 de octubre de 2003, a las 17h00, la defensa de Chevron dice "Se servirá usted señor Presidente, disponer que el perito recabe información oficial de la Dirección Nacional de Hidrocarburos, acerca de los pozos perforados y reacondicionados en tal período por PETROPRODUCCIÓN y de ella seleccione un número representativo para su informe, que incluirá el número de piscinas utilizadas en cada caso y el objeto o destino para el que fueron utilizadas" (foja 3330), denotando su sugerencia de utilizar un número representativo para su informe, lo cual es consistente precisamente con la naturaleza misma de la explotación. En criterio de esta a Corte, los 97 informes periciales presentados por los peritos que han actuado en las inspecciones judiciales de sitios operados por Texpet, constituyen una muestra razonablemente representativa del universo de sitios operados por Texpet cuando tenía a su cargo la concesión, siendo una muestra de la que se pueden extrapolar los resultados. De este modo esta Corte no se necesita haber inspeccionado cada hectárea de la Concesión ni cada sitio que haya sido operado por la demandada, sino que en base a los resultados obtenidos en un número representativo de todos los sitios operados por Texpet, es capaz de deducir los resultados previsibles en el resto de sitios no considerados en la muestra. Sin embargo, como lo

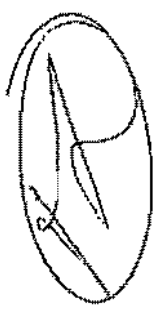
habíamos advertido, más allá de la presencia de TPHs, que aunque son un indicador de presencia de hidrocarburos en el área descrita, podrían no ser buenos para demostrar riesgos a la salud, pasaremos el análisis de los elementos peligrosos que deben ser monitoreados y eventualmente eliminados, como el benceno, touleno, los HAPs y metales pesados y/o agentes anticorrosivos que han sido utilizados en la perforación de los pozos, como el cromo VI, el bario, o el mercurio, que son elementos de la preocupación para la salud. La peligrosidad de estos elementos viene demostrada principalmente en los informes de los peritos insinuados por los demandantes, como el perito Edison Camino, que se refiere a este tema en su informe de la inspección judicial del pozo Sacha 10, en el capítulo "Impactos en la Salud", desde foja 52529 en adelante, y que repite en fojas 59798 en el informe pericial del pozo Sacha 51, al hacer una revisión de muchos elementos que considera peligrosos, pero solo algunos de estos han sido escogidos por esta Corte, dependiendo de su peligrosidad, permanencia y solubilidad en agua. En estos dictámenes se hacen frecuentes referencias al Departamento de Salud y Servicios humanos (en adelante DHHs, por sus siglas en Inglés), a la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (en adelante IARC, por sus siglas en Inglés), y a la Agencia de Protección Ambiental de los EEUU, (en adelante USEPA, por sus siglas en ingles) y la organización Mundial de la Salud (OMS).Por otro lado, los peritos insinuados por la parte demandada han coincidido en señalar la misma USEPA, a la OMS y a la Sociedad Americana de Pruebas y Materiales (en adelante ASTM por sus siglas en Inglés), como lo hace Gino Bianchi, en si evaluación de toxicidad en fojas 60496 en adelante, dentro del dictamen del mismo pozo Sacha 51, y en múltiples ocasiones los peritos han hecho referencia a la clasificación dada por la Agencia para Sustancias Tóxicas y Registro de Enfermedades de Estados Unidos (en adelante ATDSR, por sus siglas en Inglés),por lo que se atenderá a todas estas fuentes internacionales para establecer en este juicio la peligrosidad de los elementos reportados en las inspecciones judiciales. Dicho esto y en atención a la peligrosidad de ciertos elementos contaminantes empezamos la referencia por los resultados de las muestras que presentan resultados para benceno, notando que el Benceno es soluble en agua, y que aunque puede ser encontrado de modo natural en el ambiente, es el agente carcinogénico más poderoso de aquellos evaluados en esta sentencia, reconocido como tal por el IARC, la EPA y el Departamento de Salud y Servicios Humanos de EEUU, por lo que nos llama la atención la presencia de al menos 14 resultados que reflejan la presencia de benceno en los suelos de la concesión, entre 0.056 y 18 mg/kg; los resultados de las muestras tomadas por los

peritos insinuados por la parte demandada, Bjorn Bjorkman y Gino Bianchi, durante las inspecciones judiciales de Sacha Norte 2 y Sacha 13, respectivamente, presentan unos alarmantes 18 y 17 mg/kg (ver muestras RB-ESN2-PIT3-SE1 y SA_13_JI_AM1_0.1M, respectivamente). También el perito insinuado por Chevron, John Connor, presentó resultados que presentaban cantidades de 9.9 y 2.3 mg/Kg. (ver muestras JL-LAC-PIT1-SD2-SU1.R (1.30-1.90) M y JI-LAC-PIT1-SD1-SU1-R (1.6-2.4)M) en la inspección judicial de Lago Agrio Central, mientras que 0.22mg/kg. En las muestra JL-LAC-PIT1-SD2-SU2-R (2.0-2.5)M en la misma inspección; en cuanto a las muestras de los peritos insinuados por los demandantes encontramos una en Shushufindi Suroeste y otra en Sacha 51, con 5 y 1 mg/kg., respectivamente (ver muestras SSF-SW-PNT-SCIIIb_sv y SA51-NE2(1.25-1.77m)_sv), que demuestran una presencia inusual de este agente peligroso para la salud, que debe ser retirada de los suelos. EL tolueno es encontrado de manera natural en el petróleo crudo y es soluble en agua. Este elemento está asociado a problemas reproductivos y otros defectos en el desarrollo, por lo que la presencia de al menos 10 resultados que demuestran que los suelos están contaminados con cantidades entre 0.12 y 97 mg/kg refleja el impacto sufrido por estos suelos y un potencial riesgo para la salud. Muchas muestras con resultados que representan contaminación por tolueno son aportadas por los peritos insinuados por la parte demandada, así por ejemplo, las muestras JI-SSFN-PIS3-(SS)-3,0M y JI-SH48-SW3-SB1(3), tomadas por lo peritos insinuados por Chevron John Connor y Gino Bianchi respectivamente, presentan resultados de 0.3 y 0.28 mg/kg; mientras que encontramos 1 y hasta 5 mg/kg. En los resultados de 0,3 y 0,28 mg/kg; mientras que encontramos 1 y hasta 5 mg/kg, en los resultados de las muestars SSF-SW-PNT-SCIIIb_sv y SA51-NE2 (1.25-1.77 m)_sv, tomadas por los peritos Oscar Dávila y Edison Camino en las inspecciones judiciales de Shushufindi Norte y Shushufindi 51 respectivamente. También debemos considerar que las muestras SA-6-JI-PIT1A-SB1-2.40M, SA-6-JI-SB3-07M y SA-6-JI-SB3-2.1M, tomadas por el perito John Connor, demuestran resultados de entre 0.13 y 0.15 mg/kg de tolueno en el pozo Sacha 6, que es un pozo que ha sido declarado remediado de acuerdo al RAP, todo lo cual nos demuestra la presencia peligrosa de este agente contaminante y la inminente necesidad de remover este agente de los suelos del área de la Concesión. Los Haps, que son también un potencial carcinogénico, pueden penetrar profundamente en los suelos, especialmente si hay contactos prolongados como lo sería en piscinas de reposo, haciendo que el suelo y el agua subterránea cercana se encuentren en peligro de ser contaminadas, resaltando la presencia de 54 resultado entre los 1.1

y 3142 mg/kg, en las muestras tomadas por peritos insinuados por la parte demandante, ya que los peritos insinuados por la parte demandada no analizaron este compuesto. En cambio el perito Luis Villacreces, en muestras tomadas durante las inspecciones del pozo Auca 1, Cononaco 6, el pozo Sacha 51, y los pozos 18,4 y 7 del campo Shushufindi, ha presentado resultados que sobrepasan cualquier criterio de tolerancia razonable, con resultados como 3142 y 466 en Auca 1 en AU01-PIT1-SD2-SU2-R(220-240 cm)_sv y AU01-A1-SD1-SU1-R(60-100cm)_sv; 2450 y 876 en Cononaco 6 en CON6-A2-SE1_sv y CON6-PIT1-SD1-DU1-R(160-260cm)_sv; 154.152,73.6325,70.4021 en Shushufindi 18, en SSF18-A1-SU2-R(0.0m)_sv, SSF18-PIT2-SD1-SU1-R(1.5-2.0m)_sv; y SSF18-A1-SU1-R (0.0 m)_sv; el perito José Robalino reportó resultados de hasta 42.47 en Shushufindi 4; mientras que el perito Francisco Viteri reportó 34.13 en Shushufindi 7 en SSF07-A2-SD1-SU1-R(1.3-1.9)_sv; todo lo cual contribuye a formar el criterio de esta Presidencia. El mercurio ha sido considerado como un posible agente carcinógenico humano por la EPA, y existen múltiples estudios que demuestran los efectos de su exposición, siendo lo más preocupantes daños permanentes al cerebro y riñones, por lo que alerta a esta Corte que se hayan encontrado niveles alarmantes de mercurio en los campos Sacha, Shushufindi, y Lago Agrio, en donde encontramos varias muestras que llegan a los 7 mg/Kg., tomadas por los peritos José Robalino en la inspección judicial de Sacha Central (ver muestras SAC-EST-S1_sv y SAC-PIT1-S1-1_sv);y SAC-PIT-1-S1-2_sv) y Xavier Grades en Shushufindi 8 y en Lago Agrio Norte (ver muestras SSF08-PIT1-S1_sv, SSF08-PIT1-S2_sv, SSF08-PIT1-S3_sv, SSF08-PIT2-S11_sv, SSF08-PIT2-S3_SV, SSF08-PIT2-S4-1_sv, SSF08-PIT2-S5_sv, SSF08-P1T2-S6_sv, y también LAN-ESTA-B_sv, LAN-ESTA-B1_sv, LAN-ESTA-B2_sv, LAN-ESTA-C_sv, LAN- ESTB-ASUE1_sv, LAN-ESTB-ASUE2_sv, LAN-ESTB-D1_sv, LAN- ESTB-D2_sv, LAN-ESTB-E1_sv). Ante estos resultados, que demuestran la presencia de mercurio en niveles elevados en muestras de suelo recolectados durante las inspecciones judiciales, se evidencia una preocupante presencia de este elemento en los suelos del ecosistema de la concesión. EL plomo también es encontrado de forma natural en la tierra pero tiene una bien conocida fama como perjudicial en la salud reflejada por ejemplo en las crecientes restricciones para el uso de gasolina con plomo alrededor del mundo, basadas en preocupaciones por la salud, principalmente en disminuciones de la capacidad cognitiva, además de que es considerado como razonablemente presumible como agente carcinogénico humano. Las muestras de suelo y agua tomadas durante las inspecciones judiciales han indicado niveles excesivos de plomo que puede plantear riesgos de salud para las

poblaciones locales. Los niveles de plomo en el suelo son mucho más elevados de lo normal, lo que contribuye a corroborar que el envenenamiento con plomo es un riesgo real. A pesar de esto de observa que resultados que alcanzan los 294 mg/kg, como en la muestra JI-SSF-25-PIT2-SD1-(0.0M) tomada por el perito insinuado por Chevron, Jorge Salcedo, en la inspección del pozo Shushufindi 25, no ha sido suficiente para que estos profesionales encuentren un riesgo en la salud de las personas. También resaltan las muestras JI-CO-06-SB4-0.0M y SSF-13-JI-SB1-1.6M_tx, tomadas por el perito insinuado por la parte demandada, Ernesto Baca, en las inspecciones judiciales de los pozos Cononaco 6 y Shushufindi 13, que reportan 98.8 y 98.6 mg/kg., respectivamente. De modo concordante el perito insinuado por los demandantes, José Robalino, ha reportado resultados similares en las muestras SA18-SE3_sv y SA18-NE1-1_sv, tomadas durante la inspección judicial del pozo Sacha 18, y que alcanzan los 99.89 y 69.93 mg/kg., respectivamente. En cuanto al cadmio, se atiende a que éste puede irritar gravemente el estomago y la vías respiratorias, y que existe un consenso científico acerca de que el cadmio es de hecho, o probablemente, un carcinogénico humano, por lo que sin peligrosos los 151 resultados entre 1.003 y 315.79 mg/kg., de los cuales resaltamos de la muestra JI-SA18-NE1-(SS), recolectada en la inspección del pozo Sacha 18 por el perito Fernando Morales, experto insinuado por Chevron, en la que encontramos 4.1 mg/kg de Cadmio; las muestras JI-SSF-07-SB1 1.2m (DUP), JI-SSF-07-SB2 1.40 m, JI-SSF-07-SB1 1.2m, JI-SSF-07-PIT2-SBC 1.7 m, JI-SSF-07-SB1 0m, JI-SSF-07-SB2 0m tomadas durante la inspección judicial del pozo Shushufindi 07, por el perito insinuado por la parte demandada, Gino Bianchi, que representa resultados que van desde los 2.6 mg/kg a los 3.3 mg/kg; del mismo modo las muestras obtenidas por los peritos John Connor Ernesto Baca en las inspecciones judiciales de Sacha 6 y Sacha 14, respectivamente, en las que encontramos resultados superiores a los 2 mg/kg de Cadmio. Los peritos insinuados por la parte demandante por su parte reportan resultados que alcanzan los 315,79 mg/kg. (Ver muestra SSF45A-A1-SE2_sv, tomada en Shushufindi 45 A por el perito Amaury Suarez); o los 16 mg/kg. Y 5 mg/kg reportados por el perito Oscar Dávila en las muestras recolectadas SSF-SUR-C1-TW(0.60-0.80m)_sv y SA14-P3 (0.10-0.80m)_sv, en las inspecciones judiciales de Shushufindi Sur y Sacha 14, respectivamente; y los 7.9 mg/kg. Encontrados en la muestra LAN-ESTB-H2_sv, tomada por el perito Xavier Grandes en la inspección judicial de Lago Agrio Norte. Con respecto al cromo VI encontramos 108 resultados entre 0.42 y 87 mg/kg. Mientras que la Organización Mundial de la Salud, la Agencia Internacional para la investigación del Cáncer

(IARC) y la Agencia de Protección ambiental (EPA) de los EEUU ha determinado que el cromo (VI) es un conocido agente cancerígeno para los seres humanos, lo cual hace especialmente graves los resultados obtenidos en las muestras SA13-SE1(1.0-1.5m)_sv y SA13-SW3(1.0-1.4m)_sv, presentados con sus respectivas cadenas de custodia dentro del informe pericial del Dr. Luis VIllacreces acerca de las inspección judicial del pozo Sacha 13, contiene niveles alarmantes de Cromo VI: 32.18 y 13.44 Mg/kg. Respectivamente. Este mismo perito también ha reportado una muestra con 87 mg/kg, recogida durante la inspección judicial del pozo Cononaco 6. Del mismo modo las muestras SSF4-PIT1-SD1-SU1-R (1.3-1.6)_sv, SSF4-PIT5-SD1-SU1-R(1.2-1.6)_sv y SSF4-PIT5-SD2-SU2-R(1.6-3.3)_sv presentadas por el perito José Robalino en su informe de la inspección judicial al pozo Shushufindi 4 (8.31 las dos primeras y 8.23 mg/kg. La última). También en el campo Aguarico, la muestra RB-EAG-A1-SE4 tomada por el perito insinuado por la parte demandada, Fernando Morales, demuestra la presencia de Cromo VI en niveles peligrosos para la salud humana (1.11 mg/kg). En el campo Lago Agrio también encontramos presencia de Cromo VI en las muestras LA06-PIT2-SD1-SU1-R(1.8-2.8m)_sv, constante dentro del informe de la inspección judicial al pozo Lago Agrio 6 realizado por el perito Robalino (3.62 mg/kg). Y finalmente la muestra GTA07-A1-SD1-SU1-R(20-60cm)_sv nos da cuenta de la presencia de Cromo VI también en el campo Guanta (1.9 mg/kg), como consta en el informe presentado por el perito Villacreces a la inspección judicial del pozo Guanta 7. Por último, varios compuestos de bario son insolubles en el agua y pueden causar efectos dañinos en la salud e inclusive podría causar cáncer, aunque el bario no está específicamente clasificado por su carcinogenicidad por la Agencia Internacional Para la Investigación del Cáncer (IARC) ni por el Departamento de Salud y Servicios Humanos de EEUU, sin embargo esta falta de clasificación no significa que está clasificado tampoco como un material inofensivo para la salud, de manera que ante el potencial daño que causaría, y ante la falta de estudios creemos adecuados considerar que resultan peligrosos la gran cantidad resultados que superan los 751 mg/kg, y alcanzan los 10100 mg/kg, siendo este unos de los elementos cuya presencia ha sido mayormente reportada, para todos los campos, y por los peritos que han sido insinuados por los demandantes como por los insinuados por Chevron. Entre los resultados más resaltables referimos los de las muestras JI-SSF-25-PIT2-SD1-(0.0M), SSF-SUR-JI-SB5, SSF-SUR-JI-SB3 y JI-GTA06-PIT1-SD2 que sobrepasan los 5000 mg/kg y todos han sido obtenidos por peritos insinuados por la parte demandada (Jorge Salcedo la primera, John Connor la segunda y tercera muestras



referidas, y Gino Bianchi la cuarta), en distintas inspecciones judiciales (Shushufindi 25 la primera, Shushufindi Sur la segunda y tercera, y Guanta 6 la cuarta). También el perito insinuado por los demandantes, el señor José Robalino ha reportado elevados resultados en los suelos de Sacha 18 y de Sacha Central (ver muestras SA18-NW6-A2_sv, SAC-PIT1-S1-2_sv y SAC-PIT2-S1_sv). Encontramos muestras con contenido de bario en las muestras SA-6-JI-SB6-1.6M, tomada por el perito John Connor en la inspección judicial del pozo Sacha 6, pozo remediado de acuerdo al RAP, que demuestra resultados 1110 mg/kg de bario, y en la inspección judicial del pozo Sacha 57, que es un sitio remediado según el RAP y que ha sido operado de forma exclusiva por la demandada, y donde la muestra SA-57-JI-NEA-TW, tomada por el perito insinuado por la parte demandada, Gino Bianchi, presenta resultados de 1290 mg/kg de bario.Por otro lado, si atendemos a los resultados de las muestras obtenidas en agua, en relación con la prohibición de contaminarlas aguas de manera que se afecte la salud humana o el desarrollo de la flora y fauna (art. 22 Ley de Aguas, publicada en Registro Oficial No. 69, del 30 mayo de 1972), y con el Código de Salud, que imponía a la demandada la obligación legal de proteger las fuentes o cuencas hidrográficas que sirven para el abastecimiento de agua, sujetándose a las disposiciones de este Código, leyes especiales y sus reglamentos" (art. 16), nos encontramos con que en su mayoría tenemos en el expediente resultados preocupantes de TPHs y otros elementos en las muestras de los peritos insinuados por los demandantes y en la de los peritos de la Corte, pero los peritos insinuados por Chevron presentan resultados relativamente inferiores para varios elementos, y en algunos casos sin presentar resultados para otros, como es el caso de Cromo VI y los TPHs, que no han sido analizados por los peritos insinuados por la parte demandada. Por este motivo, la información disponible en este juicio acerca de la presencia de contaminación por hidrocarburos en fuentes de agua superficiales deben ser analizadas con cuidado, pues resulta poco confiable que por un lado los resultados obtenidos por los peritos insinuados por la parte demandada presentan niveles relativamente bajos de contaminación por hidrocarburos, mientras por el otro varios estudios, incluyendo el estudio del perito Jorge Bermeo, perito nombrado por la Corte, sin insinuación de parte, reporta la presencia de elementos de hidrocarburos en el agua. Advirtiendo que el juzgador no está obligado a atenerse a los informes periciales contra su propio criterio, ya que más allá de que el nivel de contaminación que presentan las fuentes de agua superficiales pueden variar dependiendo el sitio y método de muestreo, hacemos notar a las partes litigantes que lo que no puede variar es el hecho

cierto de que el representante legal de la compañía Texaco Petroleum Company, Rodrigo Pérez Pallarez, mediante carta dirigida al señor Xavier Alvarado Roca, Presidente de la Revista Vistazo , que fuera publicada en varios diarios del país, entre las que consta en este proceso la publicación hecha en diarios El comercio, el 16 de marzo de 2007, en la página 6 del cuaderno 1, declara y reconoce que " en el Ecuador se vertieron 15.834 millones de galones entre 1972 y 1990 durante todo el período de operación del Consorcio por Texaco." (foja 140601), por lo que ante la declaración pública del representante legal de Texaco Petroleum Company en el Ecuador, resulta cierta la existencia de un vertimiento considerable de aguas de formación al ecosistema del área de la Concesión, de donde resulta no solo razonable, sino inevitable, que se haya causado un impacto en las aguas superficiales como consecuencia de tal vertimiento. Además, si consideramos las cantidades vertidas de agua de formación en relación con la peligrosidad de la sustancia vertida, es decir, los peligrosos que puede acarrear el vertimiento del agua de formación en aguas superficiales de consumo humano, es evidente que existió una exposición de las personas que utilizaban esas fuentes de agua a estos contaminantes que eran descargados en ella. Considerando que el agua de formación contiene solventes de hidrocarburos, como BTex (el beceno, el tolueno ethylbenzene y xileno), HAPs (los hidrocarburos policíclicos) y TPHs (los hidrocarburos totales de petróleo) a los cuales ya nos hemos referido en líneas anteriores debido a su peligrosidad para la salud de las personas, el daño y el riesgo resultan evidente. La defensa de la parte demandada ha manifestado durante la inspección judicial de la estación Lago Agrio Central que: "Mucho se ha hablado en el juicio de la famosa agua de producción, agua de formación, se inventa cifras y se menciona cantidades astronómicas sin ninguna base documental, jamás hemos aceptado, como se dijo erróneamente, que la Compañía TEXACO haya echado al ambiente ninguna cantidad de petróleo, esas cifras deberán ser demostradas por quien las sostiene. Pero ¿Qué es el agua de producción o agua de formación? No es sino el agua que existe dentro de las formaciones geológicas que contienen el petróleo en la tierra, al perforarse el pozo surge conjuntamente con el petróleo y deben ser separadas por que sería antieconómico, antitécnico transportar agua de producción a grandes distancias como se lo hace con el petróleo para su comercialización o para su refinación, el agua de producción se caracteriza fundamentalmente por contener variables porcentajes o contenidos de sal, existen aguas de producción que son mucho más saladas que el agua de mar, en algunos campos de alrededor del mundo y otros que tiene mucho menos, como por ejemplo en el caso de Consorcio, el campo Lago



Agrio, según estudios publicados que existen, el agua de producción contiene cinco o seis veces menos sal que el agua de mar, eso no quiere decir que no contengan sal, si la contiene, pero también en el agua de producción contiene pequeñas cantidades de petróleo en el tanque ya se separa, por la diferencia de gravedad y por productos químicos esas pequeñas cantidades de petróleo, que generalmente están entre 20 y 40 partes por millón, insignificantes, es por eso que en el caso del Consorcio, luego de que el agua de producción era separada en el tanque de lavado se la enviaba a una o más piscinas construidas en serie para ser tratadas lograr una mayor separación aún de este hidrocarburo, que estaba ahí, también contiene ciertos metales, no estamos negando, son aquellos metales que se encuentran naturalmente en el petróleo, en cantidades también variables, el agua de producción que se produce en la región oriente del Ecuador, como se llamaba a esto, contiene metales en cantidades que no significan un riesgo para la salud humana, eso lo han demostrado los análisis del laboratorio que hemos efectuado en todas las Estaciones que hasta la fecha hemos inspeccionado y que solicito aquí también como ratificaré en su oportunidad, se haga", sin embargo los resultados de las muestras (ver muestras JI-LA-CENTRAL-PW, tomada por el perito John Connor, perito insinuado por Chevron, con un contenido de 1.31 mg/kg de bario) contradicen lo afirmado en defensa de Chevron, respaldando más bien lo afirmado por los actores, al decir que "Sabemos por ejemplo que el agua de formación contiene un 30% de sal y que obviamente esa sal en exceso , genera los cloruros de sodio, lo que produce otro tipo de cadena contaminante que puede afectar incluso a la vegetación e impide que las raíces de las plantas se desarrollen con normalidad" (ver acta en fojas 102251 a 102308). Recordamos además lo revisado al analizar qué era lo que podía esperarse de una "buena empresa petrolera", por lo que se considera con mucho cuidado el hecho de que ya se había escrito importantes advertencias acerca de los peligros del agua de formación en 1962, y de hecho se recomendaba que " El cuidado extremo debe ejercerse en el manejo y disposición del agua producida no sólo debido al posible daño a la agricultura, sino también debido a la posibilidad de contaminación de lagos y ríos que mantienen el agua para beber así como para propósitos de irrigación" (foja 158811), de manera que resulta evidente que no nos encontramos ante un elemento inofensivo, como lo aseguran los abogados que ejercen la defensa de la parte demandada. Por el contrario, como lo afirman los expertos insinuados por Chevron, " Aunque el agua de producción no contiene concentraciones significativas de componentes tóxicos, esta puede presentar un daño potencial a los cuerpos receptores y a la vegetación debido a

las concentraciones elevadas de sal (minerales naturales disueltos providentes del yacimientos de producción)" (ver foja 70018), de manera que resulta apropiado para esta Corte concluir que el agua de formación es un desecho industrial producido inevitablemente al extraer petróleo, y que en atención a su peligrosidad debe ser tratado con diligencia extrema, cosa que no sucedió en la operación realizada por Texpet. Otra prueba que se considerará de manera especial son las entrevistas recibidas durante las inspecciones judiciales, que serán analizadas más adelante en relación a la concepción propia de salud de las personas, en el sentido de que coinciden en señalar la contaminación de las aguas como la fuente de sus problemas de salud.Con respecto a la contaminación de las aguas superficiales también se observa dentro del Dictamen pericial del perito Bermeo, que éste ha encontrado contaminantes en el agua que probablemente no provienen de fuentes hidrocarburíferas, como coliformes fecales, u otros elementos que el perito afirma pueden deberse a actividades agrícolas o incluso a minería, pese a no presentar evidencia de la presencia de tal industria en la zona. Considerando que la presencia de coliformes, o de contaminantes no relacionados con la industria petrolera no puede ser atribuida a las actividades realizadas por la parte demandada, estos daños probados no serán considerados como reparables en este juicio, sino que quedan a salvo los derechos de las partes para ejercer las acciones que consideren pertinentes. Con respecto a la contaminación de fuente hidrocarburífera, el perito señala que " La presencia de metales pesados en el agua, especialmente el Mercurio (Hg), puede originar que los recursos acuícolas disminuyan debido a su toxicidad. Por otra parte la propiedad que tiene la mayoría de estos metales de ser de fácil absorción y bioacumulables les permite fijarse en los tejidos de los peces por lo que llegan a formar parte de la cadena trófica". Además, en sus conclusiones indica que "Los análisis realizados en el tejido de pescado determinaron la presencia de hidrocarburos totales en los peces en valores muy por encima de los máximos permitidos en agua , lo cual al no existir en nuestro país referencia o norma que indique o determine la cantidad máxima en que pueden estar presentes antes de causar problemas a los peces y por ende a la salud de quienes los consumen, tomamos como referencia los valores permisibles para el agua y desde este punto podemos manifestar que existe contaminación por hidrocarburos; lo cual podría convertirse en un problema alimenticio de seguirse dando. La agencia para Sustancias Tóxicas y el Registro de Enfermedades, ATSDR de los EEUU, indica que estos productos son altamente nocivos para la salud y son el resultado de una mezcla de diferentes productos derivados del petróleo y de petróleo como tal (gasolina, aceites



lubricantes, grasas, breas, etc.), por lo que la presencia de hidrocarburos totales en los pescados son el resultados de las actividades petroleras que se dan en la zona ". Todos estos datos también serán considerados al evaluar los posibles impactos en la salud de las personas, sin embargo, en criterio de esta Corte los hallazgos del perito Bermeo son suficientes para dar cuenta de la presencia de distintos tipos de contaminantes en las fuentes de agua utilizadas por los pobladores de la zona. Respecto a la contaminación de otras fuentes hídricas, se consideran los estudios sobre aguas subterráneas que han sido realizadas durante este juicio por los peritos insinuados por las partes procesales para las inspecciones judiciales presentan conclusiones diferentes, por lo que el juzgador ha estudiado sus dictámenes con detenimiento para llegar a sus propias conclusiones. Observamos que los distintos peritos insinuados por las partes se han pronunciado al respecto de la posibilidad de contaminación de las aguas subterráneas, indicando por ejemplo que "dada la naturaleza no soluble del petróleo degradado presente en el subsuelo y la baja permeabilidad de los suelos arcillosos que se encuentran en el sitio, los lixiviados de los suelos no pueden causar un impacto sobre la calidad de las aguas subterráneas mas allá de los límites para el agua de consumo de la Agencia de Protección Ambiental de los estados Unidos USEPA o la Organización Mundial de la Salud (OMS)" (ver informe de Sacha 21 del perito insinuado por la parte demandada ,John A. Connor, en foja 24475), o que " la capa de suelo y los suelos remediados están compuestos de arcilla y arcilla limosa, las cuales evitan la infiltración significativa del agua de lluvia y la producción subsiguiente de lixiviados desde el suelo en el área de la piscina remediada. Debido a la baja solubilidad de los hidrocarburos y a la baja permeabilidad e los suelos, no existen impacto potencial sobre las aguas subterráneas de este sitio" (ver informe Sacha 10 del perito insinuado por la parte demandada, Gino Bianchi en foja 29.792); de hecho, algunos peritos inclusive se ha evitado la molestia de tomar muestras asegurando que "No se recolecto muestra de agua del riachuelo porque el petróleo degradado encontrado en el área remediada y al noreste de la plataforma no tiene el potencial de migración para llegar al riachuelo" (ver informe Sacha 10 presentado por el perito insinuado por los demandados, Gino Bianchi en foja 29.748). Mientras que por otro lado los peritos insinuados por los demandantes han dicho que " los tóxicos contenidos en estos lugares son peligrosos pues fácilmente pueden entrar en contacto los pobladores de las zonas ya que el terreno circundante al pozo es usado para la ganadería y cultivos. Las aguas subterráneas que usan la familia para preparar su alimento contienen tóxicos provenientes de estos focos

contaminados [...]" (ver informe de Sacha 14, del perito Oscar Dávila en foja 72.239), y que "Se evidencia que el petróleo atravesó el fondo de las áreas contaminadas, lo cual demuestra que el suelo no está formado por una capa impermeable y que pese a esto no se lo impermeabilizó para evitar la migración del petróleo a capas más profundas. De lo descrito anteriormente se desprende que las aguas subterráneas están contaminadas con desechos hidrocarburíferos que imposibilitan su uso por las graves consecuencias a la salud de las personas que utilizarían este recurso" (ver informe de Sacha 57, del perito José Robalino, en foja 80.985; y ver muestras SA-57-JI-SW1, SA-57-JI-SW2, del perito insinuado por la demandada, Gino Bianchi, tomadas debajo de una piscina en Sacha 57, que aunque no analiza TPHs, presenta resultados de 0.022 y 0.031 mg/L. respectivamente), concordante con lo demostrado por los resultados de las muestras de agua debajo de las piscinas que contienen presencia de TPHs, lo cual podemos observar en otros casos donde los peritos sí tomaron muestras de agua en busca de TPHs (ver LAC-PIT1-SD1-GW-NF(2.0m) y SSF13-PIT1-SO1-GW1-NF(0.7),que fueron tomadas debajo de piscinas y presentan 61mg/l de TPH y 5.2 mg/l de TPH respectivamente, lo cual nos da un buen indicio acerca de que las piscinas son una fuente potencial de contaminación de hidrocarburos para el agua subterránea, contribuyendo a probar que la presencia de hidrocarburos enterrados en las piscinas suponen un riesgo para el ambiente y eventualmente para la flora, fauna y la salud humana, pues las aguas subterráneas podrían contaminarse, convirtiéndose en un riesgo para la salud de las personas que entren en contacto con esas aguas. Por las razones expuestas, en criterio de esta Presidencia para encontrar la verdad procesal respecto a la contaminación de aguas subterráneas, debemos atender no solo a la presencia de contaminación en las muestras a la efectividad posibilidad de que existan filtraciones desde las piscinas al entorno. Al respecto de la posibilidad de encontrar migraciones o filtraciones, esta Corte ha atendido con mucho cuidado o expuesto por las partes en la inspección judicial del pozo Lago Agrio 15, donde el Dr. Adolfo Callejas, luego de solicitar una perforación lateral en un talud donde supuestamente se encontraba una piscina, a nombre de Chevron manifestó que " las razones por las que no habrá flujo de petróleo en esta zona, son que el material que pudiera estar ahí se encuentra en estado de alta degradación por el paso del tiempo, una de las características del petróleo degradado en su estado sólido, los suelos naturales del área son arcilla, tal como observamos, de baja permeabilidad, el petróleo degradado no libera o lixivia como el petróleo disuelto" (foja 101128), mientras que la parte demandante, mediante su

Procurador, el abogado Pablo Fajardo, sostuvo que " aunque no migren grandes cantidades pero está en forma permanentemente diluyendo y saliendo esta sustancia de ahí. Y no es que se degrada, cuando hay suelo que está mezclado con esos elementos hidocarburíferos no existe tal degradación [...] Esta degradación no se da, los elementos volátiles si se esparcen cuando el crudo está exdispuesto pero en este caso, está sepultado y por la gran cantidad de petróleo jamás pueden eliminarse esos elementos pesados que ahí están y que siguen migrando progresivamente [...]". Luego de realizarse la perforación, por solicitud del Dr. Adolfo Callejas, se concedió la palabra al perito insinuado por la parte demandada, Ernesto Baca, quien dijo: "Aquí los suelos, como se puede ver son arcillosos, el olor del petróleo se encuentra en estas distancias horizontales, más profundas, más lejanas del talud mismo en el que hay una mezcla pues el talud se cayó poco a poco y hay unas muestras que están más limpias que otras, pero conforme se va entrando más olor de petróleo y se lo puede oler en cualquier muestra" (foja101133), denotando la presencia de contaminación de origen petrolero. De lo dicho se desprende la existencia de algunos aspectos técnicos en los que se presentan diferencias de criterios los distintos peritos insinuados por las partes procesales y entre las partes mismas, por lo cual resulta apropiado que demos pleno valor probatorio al oficio del 24 de Noviembre de 1976 (foja 101106) enviado a Michael Martínez, Gerente de Texaco Petroleum Company, suscrito por el Ing. Granja, Subdirector técnico, refiriendo que el 7 de octubre de 1976, " se produjeron filtraciones de crudo en las piscinas del pozo Lago Agrio 15, en consecuencia del cual se contaminó un estero cercano donde nace una vertiente, cuyas aguas fueron contaminadas en su curso hasta llegar al Aguarico, y causando daño en una finca de propiedad de un colono", dando cuenta de que al menos en esa época si se producían filtraciones que llamaron la atención de las autoridades. La impugnación que hizo la parte demandada en contra de este documento, a cargo del Dr. Alberto Racines en foja 101130, no es aceptada por ser contrario a derecho el pretender desconocer el valor de su contenido por el simple hecho de ser dirigida al mandatario, y no al mandante, pretendiendo inducir al equívoco de pensar que el Gerente de Texaco Petroleum Company, en su calidad de mandatario, no era la persona a quien debía dirigirse el oficio en mención; por el contrario, la fecha en que el oficio fue enviado y la personas que intervienen como remitente y destinatario dan certeza de la fiabilidad del documento para probar lo que pretende la parte actora. Por otro lado, el hecho de que tanto el perito Gino Bianchi, como el perito Ernesto Baca, ambos peritos que fueron insinuados por la parte demandada, han repetido parte de sus

conclusiones, palabra por palabra, cuando en fojas 60.529 y 66.129 (en los informes de Sacha 51 y Sacha 65, respectivamente) han coincidido con exactitud en decir que " Al evaluar la exposición por lixiviación a las aguas subterráneas y escorrentías superficiales, se encontró que los valores de BTEX calculados de la forma más conservadora, nó son suficientes para ocasionar riesgos a la salud. Esta degradación elimina rápidamente de fracciones ligeras más móviles y tóxicas del petróleo", crea dudas en el juzgador acerca de la imparcialidad de los peritos que han actuado por la insinuación de Chevron, pues resulta muy difícil de comprender que dos peritos independientes presenten conclusiones exactamente iguales. Por este motivo reitera y se recuerda que únicamente los resultados de los análisis de las muestras tomadas en campo por los distintos peritos, analizadas en laboratorio y cuyos resultados constan del expediente, pero no se consideran las conclusiones de ninguno de los peritos, pues esta Presidencia nó comparte sus criterios y es capaz de deducir sus propias conclusiones en base a los resultados y la sana crítica. Estos resultados constituyen sin duda una manifestación de la existencia de daño ambiental, pues se trata de elementos peligrosos que son introducidos en cantidades peligrosas en el ecosistema como consecuencia de las prácticas hidrocarburíferas empleadas en la Concesión por la operadora Texpet; queda por determinar en qué grado éstos contaminantes han alterado el ecosistema y causado impactos negativos al medio ambiente y/o a sus componentes, más allá de los impactos directos en el suelo y agua a los que ya nos hemos referido. Pero antes de esto conviene considerar también otros daños ambientales que han sido probados en el expediente, razón por la cual se ha considerado la contaminación y los daños por hidrocarburos que podrían ser atribuibles a terceras personas no demandadas en este proceso. La defensa de la parte demandada ciertamente se ha empeñado y ha logrado probar documentadamente la existencia de daños ambientales de responsabilidad de terceras personas, como en la exposición del Dr. Patricio Campuzano durante la inspección judicial de la Estación Yuca (ver el acta en fojas 155678 a 155714, y los documentos a los que se refiere) , cuando dice " Como usted podrá observar allí se detallan mes a mes en el 99, las estaciones donde ha habido producción de agua de formación, y cuáles han sido el número de barriles que se han evacuado al entorno. Se ha resaltado para su beneficio lo pertinente a la Estación Yuca para que se aplique a este caso específico. Sin perjuicio de que el Decreto 1215 que contiene el Reglamento para las Operaciones Hidrocarburíferas, considera que el agua de formación per se, no es un elemento peligroso, y así está especificado en el mismo decreto, como se ha dado lectura. De todas maneras pido yo, a su señorita,



que considere el caso que le voy a exponer, a efectos de que sea el perito aquí designado, quién califique el grado de conductividad que finalmente tiene el agua que se ha lanzado al entorno , en base a los propios informes de Petroecuador. Me voy a referir específicamente al mes de Enero del '99 que se han producido 107.012 barriles de agua de formación; se han reinyectado 62.733 barriles y se han evacuado al entorno 44.279 barriles. En Febrero de 1999 se han producido 97.328 barriles de agua de producción, se reinyecta 52.437 y se evacuan al entorno 44.891 barriles. El reporte es bien amplio, esta resaltada la Estación de Yuca, repito, hay por los meses de enero, los meses de abril, julio, octubre etc. Al final de este documento de Petroecuador, se ha hecho una recapitulación que dice: "El manejo de Agua de Producción de la Estación Yuca, año 1999" con una Torta Estadística, en la que el Agua Producida se la indica con color morado y que por el año 1999 refleja 1'174.108 de agua de producción; en rojo consta el agua reinyectada que asciende por el año 99 a 729.986 barriles de agua reinyectada, y, agua al entorno, en color verde: 444.122 barriles, que equivale a un 38% señor Presidente. El mismo año se hace un Cuadro Estadístico, pero ya para todo el Distrito Oriente de 1999, es decir, para todos los campos de la Amazonía manejados por PETROECUADOR. El agua producida, vemos en este Cuadro que ha sido 65 millones en números redondos. Agua producida reinyectada: 50 millones de barriles, y el Agua al entorno: 14 millones de barriles, equivalente a un 22%, Señor Presidente. Igual cosa sucede en el año 2000", y más adelante sigue. "Adicionalmente, señor Presidente, presento a su consideración, y le daré una copia al señor Perito. Otro informe de PETROECUADOR en el que aparece titulado como: "Protección Ambiental Distrito Amazónico" "Control de Siniestros Derrames de Crudo y/o Derrames" en el que así mismo aparecen resaltados los derrames ocurridos en el año 2000, en este caso, específicamente en la Estación de Yuca Central, que es esta instalación, conocida también como estación "Yuca" simplemente. El 5 de Mayo del 2000 se da un siniestro en la Plataforma de ACT (en mayúsculas); el Perito deberá indicar que debe entenderse por las siglas "ACT". La descripción del siniestro indica que hay una rotura en la unidad de medición ACT y posible falla de una válvula Check, y en negrilla consta una leyenda que dice " falla de equipo"; los "daños causados" se indica que son a la plataforma del pozo; superficie contaminada: 60 metros cuadrados, volumen aproximado derramado: 1.3 barriles; Afectación a terceros: No; Avance Porcentual: 100%, remediado. Esto deberá conocer el Perito y pronunciarse para que aprecie también que no solo se han dado derrames en esta instalación, sino en la Estación Yulebra, en el pozo Yuca 06, en la Estación Pindo,

Pozo Auca Este, pozo Yuca 04, Estación Auca Sur. El 1ro de abril del 2000 se da un derrame en la estación Auca Sur. El 2 de abril se da un problema en el pozo inyector 05 del Campo Auca etc. Señor Presidente, esto corresponde al año 2000. Para el año 2001 hay otro formulario similar de Petroecuador en el que se refiere justamente, así mismo, resaltando, a esta Estación Yuca Central, en la que dice que el 9 de Febrero del 2001, en la Estación "Yuca Central" ha habido un problema en el sumidero de separadores, por un mal funcionamiento de la válvula Check o sea de equipo. Esto ha causado un derrame de medio barril de petróleo en el sumidero antes mencionado. Esto es para el 2001 y así continúa hasta Diciembre del 2001 en la que así mismo ha habido un problema en Cononaco por derrames de petróleo. Para el año 2002, otro formulario similar de Protección Ambiental de Distrito Amazónico, llamado "Control de Siniestros Derrames de Crudo y/o Derivados, del "Área de Auca" porque todo este campo, está dentro de ésta área. Así mismo se ha resaltado para el 2002 los derrames que afectan directamente a esta Estación. Un formulario similar para el año 2003 con las mismas características. Un informe exactamente igual para el 2004, con exactamente las mismas características, pero haciendo énfasis en que básicamente, es un reporte de la actual propietaria de ésta instalación. Me voy a referir señor Presidente, adicionalmente a un memorando del Gobierno Municipal, de Orellana del Departamento de medio ambiente, que dice: Atención: Superintendente - Distrito Amazónico, Asunto: Informe de inspección a la contaminación por emisiones procedentes del campamento. No quiero cansar a su señoría pero se refiere a una contaminación ambiental por derrame de crudo del Oleoducto del Pozo Yuca 12, operado por la compañía estatal Petroproducción, el 23 de Marzo del 2005 se inspeccionó las fincas afectadas, se entrevistó a los señores Adelmo Garrido, probablemente el dueño de la finca. Y aquí consta como a esa fecha efectivamente se ha dado un problema de impacto, por decir lo menos, en esa zona adjunto a este oficio, el Gobierno Municipal de Orellana, a través del Departamento de Medio Ambiente, consta las fotos, que dan cuenta gráfica de punto de la tubería rota del derrame, la vegetación afectada por el petróleo del derrame, la piscina afectada por el derrame, y, finalmente la vertiente de agua para el consumo humano, hoy afectado por el derrame. Esta es la denuncia que hace el Gobierno Municipal de Orellana.- Dpto. de Medio Ambiente, en el pozo Yuca 12. Subsidiariamente a los antes indicado, hay otro formulario emanado también por Petroecuador en el que se puede apreciar que ha habido otros derrames, el formulario se intitula: "LIMPIEZA Y REMEDICAIÓN DE CRUDOS Y/O DERIVADOS EJECUTADOS POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA"



en el cual se da cuenta señor Presidente cronológicamente que desde enero del 95 a 18 de enero del 2003, los diferentes derrames que se han dado en la Amazonía y he puntualizado los que se han dado especificamente en Yuca Central, uno el 15 de Enero de 1995, el área de limpieza en metros cuadrados asciende a 150. EL 17 de enero hay otro de 150 metros, el 12 de junio de 1995 hay otro que afecta a 6.000 metros cuadrados. En febrero de 97 hay otro que afecta a 350 metros cuadrados. En noviembre del 98 afecta 1.700 metros cuadrados. El 9 de febrero del 2001, afecta a 250 metros. En enero del 2002 afecta a 3.030 metros. Hay otro que afecta a 900 metros cuadrados adicionales en las misma fecha". Del mismo modo se considera el contenido del informe del perito Gerardo Barros, que demuestran también la existencia de prácticas contaminantes y de efectos en las operaciones llevadas a cabo por Petroecuador, sin embargo esta eventual responsabilidad de terceros por daños ambientales no puede ser objeto de este fallo, pues no ha quedado comprendida dentro de la litis o litigio, que se trabó conforme se detalla al inicio de este fallo. De acuerdo al artículo 833 del CPC " la audiencia de conciliación empezará por la contestación a la demanda que contendrá las excepciones, dilatorias y perentorias, de que se crea asistido el demandado. Trabado así el litigio, el juez procurará la conciliación y, de obtenerla, quedará concluido el juicio". En el presente caso la litis quedó trabada sin la presencia ni participación de terceras personas más allá de los demandantes y de la demandada, y debido a que el artículo 492 del CPC dispone "En cualquier juicio puede ser oído un tercero a quien sus providencias judiciales causen perjuicio directo. La reclamación del tercero se sustanciará como incidente, sin perjuicio de lo establecido en los parágrafos siguientes, respecto de las tercerías", y puesto que según el artículo 493 del CPC "La tercería de cualquier clase que sea, ora se proponga en el juicio ordinario, ora en el ejecutivo, es siempre un incidente", y considerando que estos no caben en esta clase de procedimientos, se aplica lo que dispone el artículo 486, que dispone que " Los terceros que, por cualquier concepto, se considerasen perjudicados por alguna providencia dictada en el juicio verbal sumario, deberán presentar su reclamo por separado", quedando así a salvo sus derechos. Todo esto es concordante con lo que demuestra el expediente, en cuanto a que con fecha 27 de julio del 2004, (ver fojas 8398-8401, cuerpo 79) Petroproducción comparece en el presente proceso. Consta que la Vicepresidencia de Petroproducción entrega un poder al Dr. César Abad, ante lo cual el Juez de la causa, en su providencia del día 26 de Agosto del 2004, a las 09h00 (fojas 9051-9053 anverso y reverso) en su parte pertinente dispone: "Agréguese a los Autos y póngase en

conocimiento de las partes el poder especial que el Señor Ingeniero Fausto Jara Martínez, Vicepresidente de la Empresa Estatal Petroproducción, otorga al señor César Abad López, en la misma forma agréguese a los autos el escrito presentado por el mencionado Doctor César Abad López", ante lo cual Chevron, mediante escrito de fecha 13 de Septiembre del 2004, 11h40, (foja 9445) pide que Petroproducción aclare su intención acerca del cual es el papel que pretende desempeñar en el juicio. En la providencia del dia 21 de Septiembre del 2004, (foja 9450) el Juez dice textualmente: "Agréguese a los autos el escrito presentado por el Dr. Adolfo Callejas, en fecha 13 de septiembre del 2004, a las 11h40, con respecto a su contenido, si bien Petroproducción, no es parte de este juicio, córrase traslado al DR. César Abad procurador Judicial del señor Vicepresidente de esa entidad, para que aclare sobre el alcance, implicaciones e intenciones del escrito al que se refiere el representante de la empresa demandada". Finalmente a foja 9458, (cuerpo 87) consta el escrito de Petroproducción en el cual declaran que Petroproducción, filial de Petroecuador, no es parte procesal de éste asunto. Esta corte para emitir este fallo considera que este juicio ha sido iniciado en contra de Chevron por las operaciones realizadas por Texpet (subsidiaria de cuarto nivel de propiedad absoluta de Texaco Inc., con quien se fusionó en el 2002) en la Concesión iniciada al amparo del Contrato de 1964, referido líneas arriba, y que en su cláusula 3.7 dice que "Quedará al completo y único arbitrio de Texaco los modos, los medios de llevar a cabo las operaciones que le correspondan de acuerdo al presente convenio, de modo que podrá explorar y explotar petróleo, gas y otros hidrocarburos similares en el área contratada [...]", por lo que son estos actos, realizados por Texaco bajo su completo y único arbitrio, y sus consecuencias en el medio ambiente, los que preocupan a esta sentencia. En criterio de esta Presidencia existen tres motivos de peso para excluir los daños de responsabilidad de Petroecuador del alcance de la presente sentencia: 1) en este juicio comparecen como parte procesal únicamente los actores y la empresa demandada, mientras que los terceros que son presuntamente responsables por nuevos daños (Petroecuador), no han podido ejercer defensa alguna en esta causa; 2) no se ha demandado la reparación de los daños ocasionados por terceras personas (Petroecuador), por lo que estos no forman parte de la litis que ha quedado trabada con la demanda y la contestación, aclarando que no se considerará estos daños como reparables por medio de esta sentencia y que quedan a salvo los derechos de las partes para exigir su reparación, y 3) la obligación de reparación impuesta al autor de un daño no se extingue por la existencia de nuevos daños atribuibles a terceros. La destrucción de la cosa que



se debe reparar o que se debe entregar ha sido reconocida por la doctrina como un modo de extinguir las obligaciones, sin embargo de esto, no ha sido alegada y no ha ocurrido en este caso, pues la cosa que se debe reparar no se encuentra destruida, sino que es objeto de varios daños de distinta índole y procedencia, aclarando nuevamente que aquellos daños que no han sido objeto de la demanda, que se refiere a los daños causados por la demandada, no ha sido considerados como reparables por este fallo. A estos efectos lo que compete es determinar la existencia de los daños cuya reparación se demanda (ver foja 79), como en efecto lo ha hecho en las líneas anteriores con respecto a la contaminación de fuente hidrocarburífera, sin embargo, como habíamos advertido antes, existen otras fuentes de contaminación potencialmente dañinas que ha quedado registradas en el expediente, que ha sido señaladas de manera especial por el perito Jorge Bermeo, que en el número 2 de sus conclusiones se refiere a Contaminación del Agua por actividades Humanas, indicando que "Otro foco contaminante es la originada por las descargas directas de aguas servidas sin previo tratamiento a los ríos de la región, lo cual se puede observar en el número de colonias de Coliformes fecales encontradas por laboratorios PROTAL- ESPOL en la mayoría de los ríos de la zona", y en el informe del perito Herrera que refería el impacto ambiental producido por el mal manejo del suelo, por lo que conviene invocar el artículo 116 del Código de Procedimiento Civil que establece con toda claridad que "Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio". No han sido demandados en este juicio las municipalidades ni ningún otro posible contaminador (plantaciones, cultivos o haciendas ni agricultores), y aunque ha sido probada la mera posibilidad de que alguno de estos contaminantes (coliformes o fertilizantes) sea también un agente potencialmente causante de alguno de los daños probados, esta posibilidad no obsta el hecho cierto y probado en el expediente ,de que varios agentes utilizados y/o producidos durante la explotación de hidrocarburos se encuentran presentes en el medio ambiente y que también son potencialmente capaces de causarlos. Actuando bajo el principio de precaución deben removerse todos los agentes potencialmente dañinos para la salud y el ambiente, pero en este juicio no han sido demandados los responsables de la contaminación por coliformes y/o fertilizantes, por lo que no procede la reparación de aquellos daños a cargo del demandado, quedando a salvo los derechos que puedan asistir a las partes para accionar en defensa de sus intereses. De este modo, para concluir con el análisis de la presencia de elementos peligrosos procedentes de las operaciones de Texpet en el Consorcio, y considerando que los resultados de la mayoría de informes periciales son similares,

podemos llegar a la conclusión de que 1. La operación de todos los campos petroleros operados por Texpet visitados durante las inspecciones judiciales ha respondido a sistemas operacionales idénticos, lo que nos permite asumir que las prácticas operacionales no variaron de un sitio a otro y que los resultados han sido los mismos; 2. La contaminación en el área de concesión alcanza los 7'392.000 metros cúbicos (m3), cifra a la que se llega considerando que tenemos 880 piscinas (probadas mediante fotografías aéreas certificadas por el instituto Geográfico Militar que consta a lo largo del expediente, analizadas conjuntamente con los documentos oficiales de Petroecuador presentados por las partes y especialmente por el perito Gerardo Barros, y agravado por el hecho de que la demandada no ha presentado los archivos históricos que registren el número de piscinas, su criterio de construcción , utilización o abandono) de 60 x 40 metros de área, que por la posibilidad de filtraciones y derrames, se debe remediar al menos 5 metros alrededor de las piscinas, y que las piscinas tienen 2.40 metros de profundidad (lo cual es un estimado razonable, ya que las piscinas tienen distintas dimensiones, y como decíamos líneas arriba, la demandada no ha presentado un archivo o registro histórico que detalle el número ni las dimensiones en que fueron construidas las piscinas); 3. Las aguas superficiales de consumo humano han sufrido un impacto considerable por el vertimiento de al menos 16 mil millones de galones de aguas de formación durante las operaciones de Texpet; y 4. Existen riesgos de filtraciones desde las piscinas que podrían afectar las aguas subterráneas. 9.3.-EXISTENCIA DE OTRO TIPO DE DAÑOS .Sin embargo, no puede dejar de observar el hecho de que los daños ambientales descritos anteriormente y que son atribuibles a las actividades de la demandada (en suelo y agua) pueden tener consecuencias especialmente graves en casos en los que se afecte el ecosistema donde vivan grupos cuya integralidad cultural esté firmemente asociada con la salud del territorio, pues la degradación ambiental puede llegar a amenazar la existencia misma del grupo (ver Orellana, Castigo Criminal para el Daño Ambiental: La Responsabilidad Individual y Estatal en una Encrucijada, Georgetown International). En este caso los demandantes han alegado al menos dos impactos sufridos por los seres humanos: 1.Efectos adversos para la salud, incluyendo elevadas tasa de cáncer, abortos espontáneos, alta mortalidad infantil, y malformaciones genéticas, y 2. Impactos en comunidades indígenas, incluyendo desplazamiento de sus territorios ancestrales, y pérdidas de su identidad e integridad culturales. Empezaremos por el tema de la salud humana, que es el más complejo y urgente de todos los aspectos propuestos ante esta Corte. Según el Comité

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la salud se trata de " un derecho humano fundamentalmente e indispensablemente para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derechos al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente" (Observación General No14, Asamblea General 2000 , por lo que entendemos que se trata de un componente necesario del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra sus vidas. La vigencia de este derecho humano fundamental está más allá de cualquier argumento que pudieran poner las partes procesales, pues este derecho tiene un amplio desarrollo en los distintos instrumentos internacionales. Así, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 1 del artículo 12, encontramos que se trata del "derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos humanos se afirma que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y lo servicios sociales necesarios". Además, el derecho a la salud se reconoce de modo especial en el inciso IV) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; y de manera idéntica en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. En materia regional se observa el artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988. Consecuentemente con las normas invocadas, esta Presidencia reconoce que el derecho a la salud está vinculado de manera especial al derecho a la dignidad humana, a la no discriminación y a la igualdad, pues todos estos son componentes integrales del mismo. Para evaluar los posibles efectos adversos a la salud humana causados por la contaminación reportada en el área de la concesión se consideran los siguientes elementos probatorios: las copias de las páginas 41 a 45 del documento "Situación de las madres y Niños en la Amazonía Ecuatoriana. Salud Nutrición y Crecimiento Físico en la Amazonía Ecuatoriana" preparado por la UNICEF. Según señala la demandada, este documento señala cuales son las causas de muerte infantil, que supuestamente demuestra la diferencia de lo que afirma los actores, pues alegan que la situación es similar en el resto del Ecuador. Estos datos constan desde foja 3201, y al revisarlos notamos que las distintas

provincias de la Amazonía reportan una cantidad determinada de casos de muertes relativas a tumores, que pueden estar relacionadas el cáncer que alegan los demandantes, pero para la provincia de Sucumbíos ni siquiera existe una tipología relacionada con cáncer como causa de muerte, por lo que existe un sesgo importante en éstos datos que no permiten comparar ni apreciar la realidad que se presenta. Como se verá más adelante este sesgo se repite en la mayoría de estadísticas oficiales, debido principalmente a la falta de presencia estatal en la zona. Con respecto a las copias certificadas de las páginas 81 y 82, "Cobertura de Saneamiento Ambiental en el país y las provincias amazónicas de los años 1989 y 1990", un capítulo del documento anteriormente citado, se toman en cuenta como indicador estadístico de aquellos rubros que toma en cuenta en relación con el saneamiento ambiental, como que la provincia de Sucumbíos tiene el total más bajo de todas las provincias amazónicas en conexión domiciliaria de agua potable y también en acceso a grifo público, lo cual no significa que los pobladores de estas zonas no consumen agua, sino que necesariamente implica que los habitantes de estas provincias tienen una mayor dependencia de la fuentes de agua naturales. Se considera el documento "Situación de la Salud en el Ecuador, Indicadores Básicas por región y por Provincia" Edición 2000 y 2001. Según alegan los demandados, en este documento se revela que, a diferencia de lo que afirman los actores, el estado de todos los cantones y las provincias del Ecuador es muy similar, sin embargo es un hecho conocido, público y notorio, que no requiere de evidencia, sino que se deje constancia, como en efecto lo hacen los datos presentados en "Cobertura de Saneamiento Ambiental en el país y las provincias amazónicas de los años 1989 y 1990", y en la página 14 del documento " Endemain III" Informe de la Amazonía capítulo "Características de Vivienda por Dominio de Estudio" Cuadro # 3.1, de que las provincias de Orellana y Sucumbíos han sufrido durante décadas de un gran abandono por parte del Estado (el acceso a servicios de salud es inferior, y también es inferior al acceso a agua potable), dando cuenta de una gran brecha en cuanto a presencia estatal y necesidades insatisfechas en el ámbito de la salud humana,lo que se ha reflejado en una ausencia casi total de servicios estatales de salud, impidiendo a los pobladores acceder a prevención, diagnóstico ni tratamiento alguno, de manera que es difícil que pueden llegar siquiera a formar parte de las estadísticas oficiales, lo cual representa un sesgo importante a ser considerado . Se considera como prueba las páginas. 61-74 del documento "Informe sobre Desarrollo humano, Ecuador 1999", publicado por UNICEF en el que se consignan datos sobre políticas ambientales y sostenibilidad en el Ecuador en la década de los noventa. Se

considera que la parte demandada alegó que si bien estos datos registran los problemas ambientales del Ecuador, las técnicas de explotación petrolera no constan como uno de los problemas ambientales, sin embargo, al revisar el documento el juzgador ha encontrado bajo el título: "Algunos Hechos y Cifras de los Problemas Ecológico- Ambientales del Ecuador", en el literal e), el siguiente texto: "Desordenada e irracional explotación de los recursos naturales no renovables. Estas actividades se realizan a nivel nacional, siendo los caos más notables y conflictivos los relacionados con petróleo y minería. Tanto la explotación minera como la petrolera se desarrollan sin una planificación que determine el costo-beneficio de tales actividades que son autorizadas ante la sola presencia de yacimientos sin una evaluación de si son o no son comparativamente rentables con los impactos colaterales que pueden ocasionar a la sociedad y al ambiente. En la práctica la mayoría de lugares en donde se desarrollan actividades mineras y petroleras, que en varios casos son en áreas protegidas, han sufrido elevados impactos ecológicos sea por contaminación o destrucción de los diferentes recursos naturales renovables." La parte demandada también ha alegado que en las páginas 63 y 64 de dicho informe se señala la carencia de políticas ambiéntales en el país en el decenio de 1980, cuando recién se da inicio a una insipiente política de protección ambiental, sin embargo no acoge este análisis legal realizado por UNICEF, y en su lugar fundamentará su decisión en su propio análisis de la normativa de protección ambiental y su desarrollo, como ha sido expuesto líneas arriba. En cuanto a la deforestación, se toma en cuenta lo dicho en la página 66, respecto a que "el proceso de deforestación está estrechamente relacionado con la expansión de la frontera agrícola y la colonización espontánea de la zonas tropicales, con algunas excepciones". Las copias certificadas de la página 160-166 del informe Sobre Desarrollo humano, del capítulo "Indicadores de Salud en el Ecuador según Regiones, Provincias, Cantones y por Área de Residencia" en donde según la parte demandada se demuestra que en todos los cantones del Ecuador se presentan los mismo datos, lo cual tras un análisis de los datos presentados se puede observar que no es del todo correcto. La parte demandada no ha considerado los sesgos referidos en líneas anteriores, causados principalmente por la falta de datos ocasionada por la ausencia estatal en estas provincias, que ha provocado que no influyan en los datos presentados, siendo un reflejo incompleto de la realidad para el juzgador. Se considera la copia certificada de la página 14 del documento " Endemain III " Informe de la Amazonía, capítulo "Característica de Vivienda por Dominio de Estudio" Cuadro #3.1 publicado por CEPAR, en la cual

se refleja un altísimo porcentaje del 19% de habitantes de la Amazonia que utiliza como fuente de abastecimiento de agua un Río Lago o Acequia, en comparación a un 5.7% en las demás regiones (1.3% para la Región Insular) demostrando mas allá de cualquier sesgo, la dependencia de los demandantes de la Amazonía hacia las fuentes de agua naturales. Con respecto a los cuadros 1, Tasas Generales del estado de salud Región Amazónica Ecuatoriana. Correspondiente a los años 1967, 1970, 1974, 1978, 1982, 1986, 1989; 2, expectativa de vida al nacer en la Región Amazónica. Correspondiente a los años 1962,1977,1980, 1985. 1980-1985; 1-85-1990;3, "Mortalidad Neonatal e Infantil" 1989;4, Tasa de Mortalidad Infantil 1980-1989, se los tiene en cuenta para emitir este fallo con las consideraciones anotadas. Se tiene en consideración como prueba la publicación realizada por CEPAR " El peso de la enfermedad de las provincias del Ecuador- Años de vida Saludables perdidos por muerte prematura y discapacidad-Avisa"- Publicado en Quito , el 10 de Septiembre del 2000,en donde llama la atención los datos referentes a la cantidad de médicos disponibles por cada 10.000 habitantes, pues se nota una disparidad significativa ente las distintas provincias, como Pichincha, con 20.9 médicos por cada 10.000 habitantes, y 633 Establecimientos de Salud, y Sucumbíos, con 6.8 médicos por cada 10.000 habitantes, y apenas 38 Establecimientos de Salud. En segundo lugar, se considera que la publicación señala que "la agrupación de enfermedades fue determinada en el estudio de México por lo tanto para el estudio de las provincias no es necesario hacer ningún ajuste", lo cual llama la atención porque hay la posibilidad de que la realidad de todo el territorio mexicano no sea comparable a la que se vive en las provincias de Orellana y Sucumbíos lo cual no es suficientemente discutido en la publicación y podría representar un importante sesgo en los datos presentados. Se considera que de los 3 grupos de enfermedades que agrupan 133 enfermedades, el primer grupo se refiere a las enfermedades transmisibles, de la nutrición y de la reproducción, que no estarían relacionadas con el objeto de esta litis. El segundo grupo incluye a las enfermedades no transmisibles, crónicas, y el tercero se refiere a las muertes por violencia, lesiones accidentales o intencionales, por lo que nos interesa el segundo, que incluye los cánceres, que contribuyen con el 42.2% del peso de la enfermedad en el país (903.561 AVISA), lo que significa una pérdida de 63 años de vida saludable por cada mil habitantes. Según afirma esta publicación, "Las enfermedades agrupadas como no transmisibles son producto de la urbanización y de los nuevos estilos de vida de la población, de las nuevas dietas y el poco ejercicio." Lo cual contribuye a probar que este tipo de enfermedades responden a

escenarios modernos, concordantemente con lo que han declarado al ser examinado los señores Silvio Albarracín durante la inspección de Yuca 2B, Miguel Zumba en Sacha 13, y Amada Armijos, en Cononaco 6, a cuyas entrevistas nos referiremos más adelante. Finalmente, con respecto a esta publicación se considera en cuanto afirma que: "Ciertamente, el peso de la enfermedad es mayor en las provincias que se localizan en los estratos de rezago extremo, en esta provincia de alta mortalidad se concentra el 17% del peso de la enfermedad del país, a pesar de que en total comprenden sólo el 9% de la población nacional"; el cuadro 1, de la página 28, demuestra que las provincias amazónicas tienen los porcentajes más altos en pobreza e indigencia, y también en tasa de AVISA por 1000 habitantes, lo que parece indicar una relación entre estos indicadores, sin embargo, al analizar el conjunto de los datos presentados, no solo en este estudio sino en los demás que hemos referido, se puede concluir que no es directamente la pobreza la causante de esta mortalidad, sino que se trata de un común denominador, pues en otras provincias con similares índices de pobreza no encontramos el mismo problema, lo cual sin duda refleja la existencia de otros factores que podrían influir en tal mortalidad, pues la pobreza por sí misma no puede causar problemas, sino que la pobreza misma es el problema, y puede derivar en otros problemas que devienen de la incapacidad y/o imposibilidad de acceder a servicios de salud, ya sea por pobreza extrema o por inexistencia de tales servicios. De hecho, parece ser todo lo contrario, siendo la contaminación otro factor que contribuye a empeorar las condiciones de pobreza, pues se observa que la gente vive en lugares impactados por los efectos de contaminación tiene más problemas para desarrollar actividades económicas en estas condiciones. Así mismo, debemos necesariamente recordar y considerar que el perito Jorge Bermeo en las conclusiones de su dictamen nos indica que " Los análisis realizados en el tejido de pescado determinaron la presencia de hidrocarburos totales en los peces en valores muy por encima de los máximos permitidos en agua, lo cual al no existir en nuestro país referencia o norma que indique o determine la cantidad máxima en que pueden estar presentes antes de causar problemas a los peces y por ende a la salud de quienes los consumen, tomamos como referencia los valores permisibles para el agua, y desde este punto podemos manifestar que existe contaminación por hidrocarburos; lo cual podría convertirse en un problema alimenticio de seguirse dando. La agencia para Sustancias Tóxica y el Registro de Enfermedades, ATSDR de los EEUU, indica que estos productos son altamente nocivos para la salud y son el resultado de una mezcla de diferentes productos derivados del petróleo y de

petróleo como tal (gasolina, aceites lubricantes, grasas, breas, etc.), por lo que la presencia de hidrocarburos totales en los pescados son el resultado de las actividades petroleras que se dan en la zona" (ver fojas 159373 a 159376). Luego, de acuerdo al numeral 84 del pedido de prueba, presentado por la parte demanda el día 27 de octubre del 2003, a las 17h00, el perito Gerardo Barros debía presentar un informe sobre "la utilización actual de las denominadas piscinas en las labores de perforación y reacondicionamiento o mantenimiento de pozos petroleros en los diversos yacimientos que fueron del consorcio Petroecuador-Texaco, a través de una muestra que el Perito seleccionará de diversos pozos en los que la Empresa Estatal Petroproducción haya realizado, directamente o por medio de contratistas especializados, tales labores de perforación, mantenimiento o reacondicionamiento en los campos denominados Lago Agrio, Sacha, Shushufindi, Auca y Conoñaco, desde el 1° de Julio de 1992 hasta la fecha del informe. Se servirá usted señor Presidente, disponer que el Perito recabe información oficial de la Dirección Nacional de Hidrocarburos, acerca de los pozos perforados y reacondicionados en tal período por Petroproducción y de ella seleccione un número representativo para su informe, que incluirá el número de piscinas utilizadas en cada caso y el objeto o destino para el que fueron utilizadas, sin embrago a su dictamen pericial notamos que las labores del perito no se limitaron a lo ordenado, sino que extendió su informe a campos petroleros que no fueron solicitados en el pedido de prueba, tomó varias muestras de campo, y realizó observaciones relativas a la salud, que no se las toma en consideración por haber excedido ampliamente el objeto de la pericia descrita. No considera que todos los documentos referidos líneas arriba y que ha sido presentados por la parte demandada sirvan precisamente para contradecir lo afirmado por los demandantes, sino que complementan el complejo panorama que debe ser apreciado en conjunto, por lo que a continuación se considera la prueba de la parte actora, quienes en su apoyo también han presentado sendos estudios que sustentan sus tesis, debiendo el juzgador tomarlos también en consideración. En el informe Yana Curi, presente en el cuerpo 34, nos llama la atención primeramente el hecho de que el informe haya sido preparado por el Departamento de Salud del Vicariato de Aguarico en colaboración con la Escuela de Medicina e Higiene Tropical de Londres, como respuesta a un supuesto desafío de las petroleras y el gobierno, para que provean prueba de los efectos adversos a la salud. Con respecto a la evidencia científica del impacto del petróleo en la salud, el informe comienza refiriéndose a los estudios realizados sobre el impacto del petróleo en animales, y luego se refiere al

impacto de las distintas frases de la actividad hidrocarburífera en la salud de las personas. Los efectos del crudo en animales se encuentran bien documentados, según aparece de los datos expuestos, que hablan por ejemplo de tumores en la piel de ratas después de la aplicación de crudo sobre ellas (fojas 3157), de disminuciones en peso y longitud de los fetos de ratas preñadas que comieron crudo, diferencias significativas en el peso y en los niveles de hemoglobina en la sangre de nutrias que habitaban áreas contaminadas del Estrecho Prince William (fs. 3158), demostrando así que " la exposición al petróleo crudo puede causar lesiones en distintos órganos, cáncer , defectos en la reproducción, e incluso su muerte", tanto en animales domésticos como salvajes. con respecto a los impactos de la salud en humanos el estudio diferencia los impactos que se pueden sufrir en las distintas fases del ciclo de actividad petrolera, y nos presenta al menos 3 rutas por las que el petróleo o sus componentes pueden entrar en contacto con las personas: la absorción por la piel, la ingestión, y la inhalación, aclarándonos que la exposición no necesariamente está limitada al área de la contaminación, pues existen distintos mecanismos por lo que los componentes de la contaminación pueden trasladarse de un lugar a otro. Los impactos que se refieren en la fase de exploración no han sido documentados, y responden a simples observaciones personales del autor, por lo que no se los toma en cuenta. En cambio, en la fase de perforación/producción, aunque se nos indica que se han realizado pocos estudios, e incluso que algunos de estos no demuestran ninguna relación ni exceso de enfermedades; sin embargo, el dato acerca de trabajadores de campos de petroleros y de gas de EEUU y la relación entre su trabajo y la leucemia mielógena aguda será considerado oportunamente, de igual modo que la alta incidencia de leucemia entre los trabajadores de campos petroleros en China. Se toma en cuenta lo que nos indica el informe acerca de que "Los efectos en el hombre ante una exposición aguda de crudo son principalmente transitorios y de corta duración a menos que las concentraciones de los compuestos sean inusualmente altas". Se considera también la particular preocupación que se expresa por la exposición al benceno, tolueno y xileno. Del mismo modo, cuando dice "numerosos estudios epidemiológicos realizados en trabajadores de distintas profesiones han demostrado los efectos carcinogénico de los HAPs". Con respecto al mercurio, que es un metal pesado de preocupación para la salud, se considera que éste puede estar contenido en los desechos de perforación. De este modo, los estudios realizados en animales demuestran el potencial riesgo que supone el estar expuesto a los diferentes componentes del petróleo y/o a los químicos utilizados para su producción, mientras que los

estudios realizados en humanos referidos por este informe, en su gran mayoría han demostrado que las poblaciones expuestas enfrentan un elevado riesgo de efectos graves y no reversibles en su salud, lo cual, de ser el caso, tiene el potencial de convertirlo en un importante problema de salud pública. Siendo el objetivo del estudio, "determinar si la contaminación del medio ambiente por las actividades petroleras en el Oriente de Ecuador ha afectado la salud de la población que vive en las cercanías de los pozos y estaciones de petróleo", lo dicho en éste será aplicable a la contaminación originada en actividades petrolera, cualesquiera que sea el actor, consorcio u operador. En términos generales, se comparó la salud de poblaciones en las cercanías de pozos y estaciones con la salud de otras poblaciones que viven lejos de esas instalaciones, y si la contaminación que se origina en estos sitios es un factor contribuyente a esta diferencia encontrada. En este estudio se incluye una "evaluación medio ambiental", que se hizo en base a la recolección de muestras de agua, según consta del informe; ante este particular se aprecia que las muestras recolectadas para este informe no han sido recolectadas dentro del proceso judicial, ni por orden de autoridad competente, por lo que no se las considera como fundamento para emitir este fallo, sino como fundamento del informe. Para efectos de la ejecución de la sentencia se toma en cuenta la definición que hace el informe respecto a lo que se entenderá como "comunidades cotaminadas", entendiéndose que son "aquellas comunidades localizadas dentro de un área de 5 km, alrededor de un pozo o estación petrolero, siguiendo el río a favor de la corriente". Este estudio es tomado en consideración (juntamente con los posibles sesgos) porque los pasos seguidos comportan una metodología que esta Corte considera apropiada en un estudio epidemiológico con el objetivo propuesto, dado que el objetivo de la epidemiología es estimar la frecuencia y distribución de las enfermedades en las poblaciones, e investigar la asociación entre determinadas exposiciones y la ocurrencia de una enfermedad, aún a pesar de que el estudio de campo se realizó entre los meses de noviembre de 1998 y abril de 1999, mucho antes de que este juicio inicie y por ende sin la intervención de la Corte. Entre las conclusiones afirma el autor del informe que es difícil establecer una relación entre la contaminación por petróleo y su impacto porque sus efectos son variados y por la poca información que había de la contaminación en el pasado, sin embargo, puede afirmar que "las mujeres que viven en la cercanía de pozos y estaciones de petróleo presentan un peor estado general de salud que la mujeres que viven lejos de estos pozos y estaciones", anotando que " hay una serie de razones que sugieren que la contaminación proveniente de pozos y estaciones de petróleo es la

responsable de los efectos adversos para la salud anteriormente expuestos". La primera razón que fortalece la idea de una relación entre exposición a la contaminación y un peor estado de salud es el hecho de haber comparado una población expuesta con una no expuesta a la contaminación, peor geográfica y socioeconómicamente similares. La segunda razón son los resultados encontrados son estadísticamente significativos. La tercera razón son los estudios realizados en animales y en humanos, que nos alertan de modo similar sobre el riesgo para la salud que implica tal exposición. Y la cuarta razón es que los resultados son concordantes con los efectos conocidos por exposición al petróleo. Acerca del estudio "Cáncer en la Amazonía Ecuatoriana", consta en el cuerpo 35, se considera que este estudio también reconoce que "los datos sobre la incidencia de cáncer en la región son escasos", que "En la Región amazónica no existen centros de salud donde se puedan diagnosticar o tratar el cáncer y los casos sospechosos son referidos a Quito", y que "los hospitales no tienen servicios histopatológicos ni acceso a tratamientos para el cáncer", lo cual ya ha sido advertido antes en este fallo y no ha sido contradicho ni desvirtuado por ninguna otra evidencia dentro del expediente, razón por la cual resulta muy decidor los datos de Registro Nacional de Tumores, que aunque contienen los casos diagnosticados en Quito, recoge 985 casos provenientes de las provincias amazónicas, entre 1985 y 1998. A pesar de esto se reconoce que " aunque la exhaustividad del registro de tumores en Quito es alta (95%), debido a las dificultades geográficas y socioeconómicas para acceder a un adecuado servicio de salud por las poblaciones de esta región, las tasas de los cánceres estarán con toda probabilidad infra estimadas". En este estudio, igual que en Yana Curi, se comparó poblaciones expuestas con poblaciones no expuestas a la actividad petrolera, pero en este caso se lo hizo definiendo los cantones expuestos como aquellos en donde había existido explotación petrolera durante los últimos 20 años. Los resultados indican una tasa de incidencia estandarizada de 39.49 por 100.000 hombres y 68.25 para las mujeres. EL Riesgo Relativo (Hombres RR: 1.40, Intervalo de Confianza 95%; 1.15-1.71; y mujeres RR: 1.63; Intervalo de Confianza 95%; 1.39-1.91) establecido en este informe es un dato estadístico de suma importancia para emitir este fallo, pues puede utilizarse como una medida para evaluar la probabilidad médica de que una enfermedad sea causada por determinado agente, por lo que este dato será considerado para establecer la causalidad. Esta Corte concuerda con la conclusión del informe que señala que todos estos datos sugieren una asociación entre el riesgo de padecer cáncer y el vivir en cantones con una larga historia de explotación petrolera, pues

resulta inevitable notar lo que todos estos indicios señalan, pues aunque estos datos por si mismos no sean suficientes para establecer una relación de causalidad, esta prueba será analizada en conjunto con los demás elementos probatorios para formar un criterio apropiado en el juzgador, considerando que estos estudios reflejan características y exposiciones grupales, y no individuales. En general, diferentes estudios epidemiológicos han demostrado como los tipos de cáncer encontrados en la Amazonía se encuentran asociados con la exposición a los compuestos químicos del petróleo, pero en particular, los resultados de este estudio sugieren una relación entre la incidencia del cáncer y vivir en cantones con explotación petrolera, sugiriendo causalidad por la incidencia del cáncer y vivir en cantones con explotación petrolera, sugiriendo causalidad por la intensidad de la asociación entre la exposición y algunos tipos de cánceres; por la evidencia sobre los mecanismos biológicos por los que algunos componentes químicos del petróleo crudo podrían aumentar el riesgo de cáncer; y por la consistencia con otras investigaciones que asocian los compuestos químicos del petróleo y el cáncer. Se observa que con respecto a estos dos últimos documentos la parte demandada ha presentado la transcripción de la entrevista realizada por el Dr. Patricio Campuzano, abogado de la parte demandada, al Dr. Mishael Keish, realizada Luis Velastegui Galarza, perito nombrado para este propósito, entregada a la Corte el 17 de febrero de 2010, a las 17h00, en la cual, dentro de lo que se puede entender por lo limitado del lenguaje, el Dr. Keish afirma que el Dr. San Sebastian no puede establecer relaciones de causalidad con los datos que contaba, por lo que esta Corte advierte que de la lectura de los trabajados del Dr. San Sebastian se puede notar claramente que no lo ha hecho, pues expresamente ha señalado que las limitaciones de su trabajo no le permiten establecer una relación de causalidad, de tal manera que el Juzgador ha entendido que tales datos sugieren una asociación entre las actividades petroleras y los daños en la salud de las personas. Del mismo modo sucede con la exposición realizada por el Dr. Patricio Campuzano, quien en la inspección judicial de la Estación Sacha Sur, (ver acta en fojas 97512 a 97585) a nombre de la parte demandada expresó entre otras cosas, lo siguiente. "en la Epidemiología hay muchos métodos para llegar a conclusiones válidas y representativas; uno de esos métodos es a través de encuestas en base a entrevistas al grupo de personas potencialmente afectadas. "Estas encuestas en base a varias preguntas para poder llegar a conclusiones, entre las preguntas que se hace está la de si tienen acceso a centros médicos para obtener diagnóstico y tratamiento médico", lo cual coincide con lo señalado por los informes mencionados, constituyéndose en

un criterio firme que acompaña el razonamiento de esta Corte a lo largo de todo el fallo, comprendiendo que existan varios sesgos que afectan a los datos estadísticos, siendo unos de los más importantes la falta de acceso a centros de salud. Nuevamente se anota que la parte demandada en esta intervención ha alegado que "Los estudios del Dr. San Sebastian no demuestran causa y efecto señor Presidente. Usted tiene el sagrado deber en el momento procesal oportuno de fallar sobre este asunto, y para el efecto, usted tiene que estar absolutamente seguro de que petróleo causa enfermedad, es decir, que haya nexo causal, para el efecto desde el punto de vista epidemiológico que hemos analizado y nos hemos cuestionado los alcances de los estudios hechos por el Dr. Miguel San Sebastian", como consta en el acta de la inspección judicial. En la misma inspección judicial participó, por la parte actora, el Dr. Jaime Breilh, quien entregó un documento suscrito por varios científicos de los distintos continentes (foja 97434 a 97438), en la que según lo afirma el mismo Dr. Breilh, " lo que acuerda este grupo de 50 científicos del mudo con respecto a los argumentos es que en primer lugar no hay en la ciencia o no se aceptan estudios perfectos, no hay estudio que sea perfecto metodológicamente. Y eso le digo, por haber batallado 25 años de investigación en este país, en trabajos publicados en varios idiomas en el mundo entero. Pero si hay estudios, obvio, como el caso de San Sebastian, que pasan revisiones rigurosas para entrar a ser publicados en revistas, y que esas revisiones incluyen revisiones de carácter metodológico. Qué es lo que el revisor? Yo he sido revisor de artículos de Egipto- Qué es lo que uno hace? No dice, la metodología es perfecta o imperfecta, lo que uno dice es, la metodología me permite tener un nivel sospecha sugerente como para asumir el principio de precaución.", ante lo cual reiteramos que la lectura de los trabajos del Dr. San Sebatián indican con total claridad que tales informes no demuestran causa y efecto, sino que sugieren una asociación, y así será considerado por la Corte, que podrá determinar la existencia de este nexo causal apreciando la prueba en su conjunto, por lo que las palabras del Dr. Campuzano cuando analiza las tablas que han sido preparada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, que contienen las tasas de mortalidad en base a la población de 1998, serán consideradas también en conjunto con las demás pruebas presentadas y considerando además los sesgos que pueden afectar los datos estadísticos presentados. Con respecto al informe de investigación de campo titulado "El legado de Texaco: pozos y estaciones", efectuado en el año 2000 por los expertos Manuel Pallares y Pablo Yépez, incorporado al expediente por orden de la providencia de 22 de octubre de 2003, a las 15h00. Uno de sus autores. Pablo Yepéz

dice en su testimonio que lo financió la fundación Proteus (foja 2147), pero a esta Corte llegó un exhorto tramitado con información de dicha fundación que desmiente este testimonio (ver foja 156033), lo cual resulta inconsistente y le resta valor a dicho informe, pues no ha quedado clara su procedencia. Con esta apreciación se considera que en la encuesta constan recogidos varios testimonios donde se reporta afecciones a la salud desde fojas 272, hasta foja 611, sin embargo, es correcta la apreciación que hace la parte demandada en su impugnación a dicho Informe, en el sentido que para que un testigo pueda ser tomado como tal debe rendir su testimonio ante funcionario administrativo, judicial o consular competente, luego de rendir su juramento de Ley. Sin embargo se advierte que la información recogida en este informe, aunque ha sido inapropiadamente llamada "testimonio", no es tal, pues testimonio es el que ofrecen los testigos ante autoridad competente, por lo que resulta evidente que no se trata de testigos rindiendo una declaración, sino simplemente de encuestas, en las cuales no se aplican las mismas disposiciones que para un testimonio y no se necesita hacer rendir juramento a los encuestados. Dicho esto resulta evidente que dichos testimonios no tienen el valor que tuvieran si fueran rendidos por un testigo que rinde juramento, ante autoridad competente, pero mantienen su valor como fuente estadística de información, siempre y cuando la información haya sido recogido de manera técnica por personas capacitadas. También se considera el estudio de campo titulado "Estudio para conocer el alcance de los efectos de la contaminación en los pozos y estaciones perforados antes de 1990 en los campos de Lago Agrio, Dureno, Atacapi, Guanta, Shushufindi, Sacha, Yuca, Auca y Cononaco.", elaborado por Roberto Bejarano y Monserrat Bejarano, agregado al proceso mediante providencia de 22 de octubre de 2003, a las 15h00, y constante en el expediente desde el cuerpo 7,foja 614, en el que se entrevistaron 1017 familias, de las cuales 957 se consideran gravemente afectadas;-De las familias afectadas, el 42, 42%, es decir, 4006, iniciaron acciones para remediar su situación y solamente el 17, 24%, es decir, 70 obtuvo algún resultado. El informe dice literalmente lo siguiente: "Basado en observaciones de los diferentes campos, pozos, piscinas y las conversaciones directas con familias de las personas involucradas y afectadas por la contaminación hidrocarburífera ecuatoriana", "Los dueños de las fincas o conocedores de la zona donde se ubican los pozos y sus respectivas piscinas siempre acompañaron al equipo técnico y fueron fuente principal de información ya que son los únicos que conocen el historial de los sitios". También dice:"La contaminación directa hacia los ríos, fuentes indispensables de agua para la mayoría de familias, es uno de los peores problemas existentes, ya

que es usada para cocinar, beber, bañarse, lavar ropa y para animales. Por estas causas la presencia de enfermedades provocadas al exponerse y consumir el agua de los ríos, les provoca afecciones dérmicas, infecciones intestinales y vaginales, y en muchos casos cáncer, en mujeres básicamente al útero, ovarios y seno; en general a la garganta, estómago, riñón, piel y cerebro". Uno de los autores de este informe, dice en su testimonio "Me contrató el Frente. Me imagino que hay un convenio interinstitucional entre Petroecuador y el Frente, y por eso seguramente se imprimió en hojas de Petro". Este testigo asegura que las muestras se tomaron al azar, sin embargo la impugnación de la parte demandada contra esta prueba acusa de falta de imparcialidad a sus autores, lo cual parece comprobarse con el mismo testimonio, en el que su autor admite haber sido contratado por el Frente de Defensa de la Amazonía, lo cual pudo haber afectado su objetividad. Por lo expuesto, esta Corte no asume este informe como prueba efectiva de los hechos que contienen, sino que constituyen en indicios a ser considerados en conjunto con los demás. Finalmente, con respecto a daños a la salud de las personas, se advierten que ninguno de estos daños o afectaciones a la salud humana han sido demostrados de manera casuística, es decir, no se han probado puntualmente la existencia de daños identificados sobre la salud de personas particulares, sino que lo que ha quedado demostrado epidemiológicamente es la existencia de daños a la salud pública. Al respecto de la falta de prueba de daños a la salud de algún individuo en particular, esta Presidencia observa que es correcta la apreciación de la parte demandada en el sentido de que no se han presentado certificados médicos que demuestren la existencia de algún daño o lesión o la salud de alguna persona determinada, por lo que para resolver se considera en primer lugar que no se ha demandado la reparación de lesiones particulares, sino que la pretensión de la demanda en el tema de salud es "La contratación a costa de la demandada de personas instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan de mejoramiento y monitoreo de la salud de los habitantes de la poblaciones afectadas por la contaminación" (foja 80), por lo que la prueba aportada no necesita referirse a daños particulares, sino a afectaciones a la salud pública, de manera que no es relevante el hecho cierto de que no se han probado lesiones o daños en particular; y en segundo lugar, que la pretensión citada guarda coherencia con el objeto de la demanda, que es la reparación de daños ambientales, que como se ha visto, son aquellos causados en el medio ambiente o en alguno de sus componentes, de manera que lo que compete analizar es la existencia de daños a la salud pública y si es que estos tienen relación directa con los impactos ambientales reportados y cuya

reparación se demanda. En este punto nos parece apropiado considerar la concepción propia que de su salud tienen los habitantes, por lo que se atiende a sus declaraciones rendidas ante esta Corte, en las que de modo general, los habitantes entrevistados durante las inspecciones judiciales dan cuenta de una concepción muy pobre de la salud propia, y consideran haber sido afectados por las operaciones de Texpet. Esto se toma en cuenta al amparo del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil que faculta al Juzgador a "examinar a las personas prácticas que conozcan el lugar o la casa", durante las diligencias de inspección judicial, debiendo resaltar la verdad procesal de que todas las declaraciones recibidas son idénticas, sin que exista una sola declaración que indique lo contrario. De este modo, durante las distintas inspecciones judiciales se recibieron varias declaraciones de personas que describieron su conocimiento de los hechos materia de este juicio. De este modo, en cuanto a afectaciones a la salud se considera las siguientes declaraciones, que de modo concordante describen situaciones similares, en la mayoría de los casos relacionadas con el consumo de agua contaminada por hidrocarburos-ç. Así, el señor Silvio Albarracín dijo durante la inspección de Yuca 2B que "La presidencia de la Corte pregunta Usted está enfermo con cáncer? Y el testigo responde: no, mi mujer murió de cáncer hace tres años. El presidente de la Corte pregunta qué tiempo vivió la señora en este lugar, y el testigo responde: 18 años viviô aquí. La presidencia de la Corte pregunta si hay más que nos pueda decir sobre el tema que nos preocupa, y el testigo dice: esta es una contaminación que se ha dado Texaco, que se ha contaminado las aguas principalmente, porque de eso, cuando yo lleve a mi mujer al hospital, le detectaron cáncer fue SOLCA, cuando nos preguntaron que de done venimos le decimos que del oriente, ante lo que nos pregunta si ahí es zona petrolera, le respondí que si, y "razón" me dijo, nada más" (ver acta en foja 122533).El señor Miguel Zumba, quien declaró durante la inspección judicial de Sacha 13 (ver acta en foja 11722), expuso ante la Corte que " De la contaminación del agua de lo que uno toma, ha sentido dolor del estomago y dolor de la cabeza, toda la familia pasan con dolor de cabeza y estómago, inclusive hemos acudido a Petroecuador y se ha avisado el particular y ellos nos han manifestado que tenemos que ir a Quito a hacernos exámenes e inclusive nos han dado una tarjeta para que vaya a tal parte que tenemos que hacer los exámenes, hemos ido a esa parte pero no hemos encontrado a los doctores por que están de vacaciones, o que regrese mañana y por la distancia, no hemos tenido tiempo para esperar, y no hemos tenido la oportunidad de hacernos atender por ellos." Esto viene también ha confirmar lo analizado líneas arriba

con respecto al difícil acceso de los afectados a servicios apropiados de salud y a la ausencia estatal que implica un sesgo importante en las estadísticas oficiales. Durante la entrevista al señor Zumba además dijo que "nos dijeron que no nos encontraban ningún tipo de enfermedad, y dijeron que puede ser una enfermedad muy particular, porque no se detecta ni ácido úrico ni diabetes, ni colesterol, no encontraban ningún tipo de enfermedad, y que puede ser otro tipo de enfermedad, tal vez de alguna contaminación. Preguntaron de donde viene y le dijimos del oriente, y nos dijeron que podrían estar contaminados por el petróleo". De manera idéntica sucede con la declaración de Amada Francisca Armijos Ajila, tomado en la inspección judicial del pozo Cononaco 6 (ver acta en fojas 123088 a 123123), que fue perforado en 1984 y que nos cuenta que " el río no estaba contaminado cuando recién venimos en el año 1982, de allí si después de unos pocos años, como no sabíamos seguíamos utilizando el agua hasta que llego el tiempo que mi esposo se enfermo y el murió el año 2002, se enfermo de cáncer, él falleció, él ya lleva muerto desde el 22 de Marzo del 2002 en que falleció con cáncer", aclarando a su vez que " desde el año pasado ya estamos tomando agüita potable no teníamos que coger el agua del río, para lavar, para cocinar, de este río que va contaminando desde aquí que le decimos río la Andina. La última de mis niñas que tengo también pasa enferma, sufre mucho, para aprender", dando a entender una posible relación entre la muerte de su esposo, que padeció de cáncer y la utilización del agua contaminada con ciertos elementos carcinogénicos. De manera idéntica se hace mención al agua en la declaración del señor Gustavo Ledesma Riera, dado en la inspección judicial del pozo Shushufindi 4 (ver acta en fojas 74879 a 74904), quien nos aclara que "A raíz de que yo compré esta finca, como no había agua para beber, ya que tampoco se podía utilizar el agua de los esteros, seguí mi costumbre que ha sido hacer un cubo ; yo pensé prudente hacer un cubo para obtener agua buena que se pueda utilizar", aclarando que el pozo tiene una profundidad de 11 metros, según consta en el acta de la inspección judicial, donde el ciudadano además declaró y respondió a preguntas del siguiente modo: "Cuando empezó a salir el agua, lo dejamos un día para ver cuanto subía, entonces cuando ya hubo una cantidad de agua, pareció una cosa a ras de agua, una especia de aceite. Por la necesidad que teníamos del agua comenzamos a limpiar eso y la comenzamos a utilizar, más o menos hasta hace unos diez meses, en que dejamos de utilizar esas agua, porque a todo trabajador que venía aquí con su familia se le enfermaban los niños, y se enfermaban hasta los mismo trabajadores y no sabíamos porque y ahora me encuentro con el gravísimo problema de que ningún trabajador quiere venir

porque ya eso se ha hecho propaganda, de aquí no hay agua para beber, yo tengo agua aquí que la traigo de afuera, tengo que traerla en el carro porque esta agua no sirve, ni sirve el agua de los esteros que están alrededor, por lo que nadie quiere beber esa agua, porque se ha hecho propaganda por el caso de unos ocho a diez trabajadores, que han venido con familia aquí y se le ha enfermado todos, entonces esa propaganda de que la fina del señor Ledesma no hay como ir a trabajar, porque no hay agua para beber. Pregunta: No se han hecho análisis técnicos, científicos de laboratorio, de que es lo que contiene el agua?. Respuesta: No solamente el médico le supo decir a un trabajador de que de donde tomaba el agua al responderle él le dijo que era de ese cubo, entonces que había contaminación". En idénticas palabras se ha referido Lilia Perpetua Mora –Verdesoto, quien durante la inspección judicial de Sacha Norte (ver acta en fojas 1043921 a 104461) dijo que llegó a la zona en 1985, y nos indica en referencia a su propio cubo de agua que " son algunos años que abrimos el cubo para poder sacar agua para el consumo humano, abrieron mi esposo, pero sale un agua sucia contaminada, el olor y encima una capa de aceite, entonces no he podido hacer jugo, por eso nosotros traíamos el agua para cocinar del río, pero incluso ese aliciente de aquí que agua contaminada caía al río. Al estero donde nosotros traíamos para tomar." De manera similar el señor José Segundo Córdova Encalada, quien dice haber llegado a la zona en 1980, durante la inspección judicial de Sacha Sur (ver acta en fojas 97512 a 97585), declaró que " Ahora, por qué mi familia se enfermo? Porque caminábamos a pie, ya que no somos ricos más o menos a las doce del día, la naturaleza de aquí y el clima hacía que eso humeara en la carretera, lo que origino que muchos hombres de estas comunidades sufran de medio cuerpo para abajo y las mujeres les dio cáncer por partes que fecundaba el cuerpo cogían aspiraciones y eso era de la pura contaminación yo no soy conocedor en el arte del petróleo pero creo los afectaba ese fluido como de candela que cogían el cuerpo", aparte de esto en el acta, a fojas 97539 consta que "El testigo manifiesta que un tío hermano de su padre vino sano de la provincia de El Oro y tomaba agua aquí no mas, tío le decía yo ya conozco un poco no tome esa agua pero el seguía tomándola y al año mas o menos ya se sintió mal con quemazones en el estómago, se lo llevo a Quito vino varios meses aquí a la casa y finalmente murió, se le detecto un cáncer, mi mama por lo regular nos iba a dejar el almuerzo, ella era buena y sana y le dio inflamación al estómago, ella no ésta muerta pero nos ha costado los gastos mucho". En esta misma inspección judicial fue también examinada por la Presidencia de la Corte, la señora María del Carmen Villota, como consta en el acta a foja 97548, donde la

señora declara cómo acostumbraba caminar sobre el crudo regado en las carreteras y cómo las aguas a veces se mezclaban con algo que la testigo llama "crudo", que ella "lavaba y continuaba igual como que eso era que ya quedaba normalmente líquida el agua", quien afirmó ante la Corte que hace pocos meses le han detectado cáncer. También en esta inspección judicial, el señor José Holger García Vargas, quien dijo tener a su esposa postrada en cama y culpó a la contaminación del río por el sufrimiento suyo y de su esposa, afirmó además que utilizaba el agua del río "porque en ese tiempo no había de donde tomar agua, del río ocupábamos y nos bañábamos y lavábamos, y es por eso que en el cuerpo le ha pegado a uno hongos que hasta la vez no se ha podido curar con ninguna medicina", declaración que es particularmente ilustradora para esta Corte sobre la dependencia de estas personas a las fuentes naturales de agua que fueron impactadas por los vertimientos de Texaco. Luego, Gerardo Plutarco Gaibor, durante la inspección judicial de la Estación Aguarico (fojas 82595-82642) quien dice estar en la zona desde 1979, afirmó en la misma inspección que : " nosotros llegamos en este tiempo, por este estero corría bastante agua turbia, obscura y era bastante salada, yo tenía una casita, bajando de aquí al margen izquierdo, en la cual ahí me radique con mi esposa y mis dos hijas que tenían en ese entonces. Entonces las niñas bajaban a bañarse a tomar esa agua y se enfermaban, en la cual tenían que les daba fiebre tifoidea, hongos, y también a nosotros porque nosotros no sabíamos que era agua contaminada y nos bañábamos", declaración que contribuye a probar que se trataba de aguas de uso humano y que los vertimientos a cargo de Texpet sometieron a una exposición indebida a las personas que las utilizaban. El señor Gaibor además afirmó y demostró al Presidente de la Corte las huellas de su enfermedad, como se aprecia en el acta que dice " yo tengo enfermedades, como verá señor Presidente en estas fotos, aquí hay hongos en la piel de mi esposa, aquí estoy en la parte posterior del lado de mí, esta es mi barriga, son años, desde tiempo, y hasta la vez eso ha seguido contaminado en la piel, y todavía tengo aquí en la canilla, sigo afectado, no es que me he sanado. Esto es de aproximadamente 20 años atrás. Sigo con esas infecciones en la piel señor Presidente. No es que estoy mintiendo, se comprueba. Entonces esta agua, como la ve ahí, es de donde viene inspeccionando el tubo, y caía abundante agua salada." Concordantemente, en la inspección judicial de Shushufindi 13 (ver acta en fojas 74973-75013),la señora Aura Fanny Melo Melo, sostuvo que "Siempre esa agua ha estado así, cuando llueve sale más, queda manchadita la hierba que va al estero, queda manchada de crudo, incluso mi hija una vez cuando fue a buscar pescado metió el pie en el estero y le empezó a

picar el pie y no le puede curar. En Quito le hicieron una biopsia, le quitó lo de la rodilla y lo de abajo no le quita, mire en los dos pies tiene, en Quito le hicieron una biopsia y aquí tiene la cicatriz pero no se puede curar con nada". También la declaración del señor Pedro Chamba Paucar, quien dice vivir ahí desde 1973, y afirmó durante la inspección judicial de Shushufindi Sur Oeste (ver acta en fojas 10057 en adelante), que "que en esos tiempos tuve una niña que se enfermó y el Ingeniero de Cepe me dijo que me pedía de favor no bañarme en esa agua, menos mi señora que estaba en cinta que no use el agua y que en pocos días le venían a arreglar." Todas estas declaraciones que se hicieron ante el Presidente de la Corte, denotan un profundo convencimiento en todos los ciudadanos entrevistados respecto a la contaminación de las aguas, y a ésta como la causa de sus afecciones de salud. Sin embargo, hay muchas otras declaraciones que no se refieren puntualmente a la contaminación del agua, sino a los productos depositados en las piscinas y otras instalaciones petroleras, y que muchas veces entraron en contacto con la personas, como lo demuestra la declaración del señor Manuel Antonio Caba Caba, quien en la inspección judicial de Sacha Norte 1 (ver acta en fojas 104391-104461) nos indica que llegó a la zona en 1986, y que su "Esposa pastaba las vacas en la orilla de la piscina, y tienen una afección en los pies, yo quisiera que ustedes señores Abogados, señor presidente, verifique. Aquí está mi esposa, y aquí tiene las afecciones en los pies, que hasta la vez podemos curar y hasta la vez, pude tener... en ambos pies". Más adelante en el expediente, encontramos la entrevista a Romelia Mendúa, realizada mediante su intérprete Emergildo Criollo, durante la inspección judicial de Guanta 7 (acta en fojas 103431-103478): nos dice que "Con la llegada de la compañía Texaco, hizo contaminación, medio ambiente, y ríos pequeños y ríos grandes por eso sufrimos demasiado con época de la compañía Chevron. También terminó animales, que siempre comimos, por eso actualmente nosotros no tenemos suficiente comida, los niños también quedan pequeñitos, estamos sufriendo enfermedades desconocidas, con la llegada de la compañía Texaco". Luego, el testimonio de José Guamán Romero en la inspección judicial del pozo Aguarico 2, el 12 de junio de 2008, quien da su versión de cómo murió su esposa, María Transito Romero Carannqui, y lo que él cuenta que le dijeron, responsabilizando al petróleo en el que su esposa cayó por accidente por el cáncer que contrajo. También está la declaración de la señora Rosa Ofelia Guamán Guamán, en la inspección judicial del pozo Yuca 2B (ver acta en fojas 122533), dijo que " Sufro hace un año me dijieron que me hice tratar, yo era bien gorda y ahora estoy flaqueando, y de los exámenes que me hicieron dijieron que

tengo leucemia por las contaminaciones pues nosotros vivimos alado de un pozo", y finalmente, también se considera que en la inspección judicial a la Estación Sacha Sur (ver acta de fojas97512-97585) se examinó al señor Hugo Ureña, como consta en fojas 97537, donde el acta dice que el testigo tiene 34 años viviendo ahí y que "El testigo manifiesta que su papa murió con cáncer, igual una tía y últimamente una sobrina con leucemia, hace menos de un año, a los diez y siete años de edad. Indica que la enfermedad de su papa los dejo muy pobres, pues fue necesario vender sesenta y tres cabezas de ganado para buscar la salud, al igual que el carro de un hermano del testigo, pese a lo cual no se logro sanar al papa del testigo, quien se murió, al igual que la tía a los pocos meses, con cáncer al estómago". Esta Corte reconoce que todas estas declaraciones referidas líneas arriba no son prueba fehaciente e incontrovertible de que en realidad existe una afectación en la salud de estos ciudadanos , sin embargo no se les puede restar todo valor debido a que podemos observar la impresionante coincidencia entre los hechos que describen todas esta declaraciones, sin que exista un solo testimonio o declaración que diga lo contrario. Los expertos que han participado en este juicio conoce de cerca la realidad histórica mejor que quienes han vivido ahí emitido sus dictámenes ante estas Corte tienen su área de experticia, sin embargo no han experimentado lo que es vivir en ese ambiente, ni lo conocen históricamente más allá de lo que prueban algunos documentos. Ni uno solo de los expertos que han participado en este juicio conoce de cerca la realidad histórica mejor que quienes han vivido ahí, por lo que estas declaraciones serán consideradas dándoles el valor que merecen y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y en conjunto con las demás evidencias presentadas por las partes. Esta Corte comprende también que los ciudadanos que han sido examinados durante las inspecciones judiciales no son médicos ni técnicos en el área de la salud, como lo dejó claro el Procurador Judicial de Chevron, Dr. Adolfo Callejas, quien a examinar al señor Carlos Cruz Calderón durante la inspección judicial de Yuca 2B le preguntó "¿Cómo sabe que son [desechos] tóxicos, qué análisis, qué estudios ha hecho usted para definir que son tóxicos?", por lo que en reconocimiento a este sagaz argumento del abogado para descalificar a un campesino, se reitera que en este tema esta Corte apreciará tales declaraciones, de acuerdo a la sana crítica, y conjuntamente con todo el cúmulo de la evidencia científica que ha sido entregada por las partes. Sin embargo, esta Corte se inclina a pensar que todas estas coincidencias en las declaraciones recibidas corroboran lo dicho, lo cual nos hace pensar que los padecimientos que narran dichos testimonios son reales. Con respecto al medio aportado para probar la existencia de un daño a la salud pública y

su origen, es decir, las encuestas y los estudios epidemiológicos, debemos reconocer que en derecho normalmente se requiere prueba fehaciente de la existencia de un daño, pero que la evolución del derecho ha permitido la utilización de otros medios probatorios. Así lo reconoce el Procurador Judicial de la parte demandada, Dr. Adolfo Callejas quien durante la inspección judicial al pozo Sacha 6, el 18 de agosto de 2004, dijo: "Existen dos formas principales de evaluar la validez de reclamos relativos a la salud humana: (1) La ejecución de un estudio epidemiológico; y (2) Realizando una valoración de riesgo; los dos se basan en una sumisión fundamental: "Debe haber exposición personal a un agente dañino para que pueda resultar una enfermedad". En efecto, para que exista un riesgo ambiental es necesario tener los siguientes tres (3) componentes indispensables: 1. Una fuente de contaminación; 2. Una manera en que la contaminación llegue al receptor; y, 3. Un receptor de la contaminación. Si uno o más se estos tres componentes no existen, entonces no hay riesgo alguno. En caso de que sí hubiese riesgo y los tres componentes completan la cadena, todavía existe la posibilidad de que la contaminación sea de un nivel tan bajo que no cause daño alguno. Ejemplos de fuentes de contaminación pueden ser las piscinas de petróleo y los derrames. La contaminación allí existente podría transportarse por el aire, por aguas superficiales o subterráneas o por contacto directo. Los receptores pueden ser los habitantes, sus animales, sus plantas o sus fuentes de agua (esteros o pozos de agua)." Esta importante declaración admite no solo el medio de prueba que puede ser aportado para evaluar la validez de reclamos relativos a la salud humana, sino también reconoce la posibilidad de que, cumplidas ciertas condiciones, se produzca un daño en la salud de las personas. De manera concordante uno de los expertos insinuados por la parte demandada también ha reconocido esta posibilidad al decir que " Aunque el agua de producción no contiene concentraciones significativas de componentes tóxicos, esta puede presentar un daño potencial a los cuerpos receptores y a la vegetación debido a las concentraciones elevadas de sal (minerales naturales disueltos provenientes del yacimiento de producción)" (foja 70018). Dicho esto compete proceder a analizar respecto a las posibles formas de exposición de las personas a la contaminación ambiental reportada, recordando que se ha mencionado repetidas veces en el expediente y en este fallo, la ingestión, la inhalación, y el contacto directo, como principales formas de exposición. En primer lugar esta Corte advierte que todos estos mecanismos de exposición han sido descritos tanto por los peritos como por ciudadanos del área, lo cual se corrobora al analizar las declaraciones recibidas durante las inspecciones judiciales, en

donde pobladores de la zona han coincidido en narrar estas mismas formas de contacto, como por ejemplo Encontramos la declaración de Amada Francisca Armijos Ajila en Conocaco 6 (ver acta en fojas 123088 a 123123), acerca de "como no sabíamos seguíamos utilizando el agua hasta que llegó el tiempo que mi esposo se enfermo y el murió el año 2002", de manera similar el señor José Segundo Córdova Encalada, en Sacha Sur (ver acta en fojas 97512 a 97585), declaró que " Ahora, por qué mi familia de enfermo? Porque caminábamos a pie, ya que no somos ricos más o menos a las doce del día, la naturaleza de aquí y el clima hacía que eso humeara en la carretera, lo que origino que muchos hombres de estas comunidades sufran de medio cuerpo para abajo y las mujeres les dio cáncer por partes que fecundaba el cuerpo cogían aspiraciones y eso era de la pura contaminación yo no soy conocedor en el arte del petróleo pero creo les afectaba ese fluido como de candela que cogían en el cuerpo"; aparte de esto, como lo habíamos anotado , a fojas 97539 consta que "El testigo manifiesta que un tío hermano de su padre vino sano de la provincia del oro y tomaba agua aquí no mas, tío le decía yo ya conozco un poco no tome esa agua pero el seguía tomándola y al año más o menos ya se sintió mal con quemazones en el estómago" Gerardo Plutarco (fojas 82595-82642) también indicó que "por este estero corría bastante agua turbia, obscura y era bastante salda, yo tenía una casita , bajando de aquí al margen izquierdo, en la cual ahí me radique con mi esposa y mis dos hijas que tenía en ese entonces. Entonces las niñas bajaban a bañarse a tomar es agua y se enfermaban, en la cual tenía que les daba fiebre tifoidea, hongos, y también a nosotros porque nosotros no sabíamos que era agua contaminada y nos bañábamos", de igual modo que el señor José Holger García Vargas, en la estación Aguarico (ver acta en fojas 82595-82642) quien dijo que utilizaba el agua del río " porque en ese tiempo no había de dónde tomar agua, del río ocupábamos y nos bañábamos y lavábamos", todo lo cual da cuenta de distintas formas de exposición, a lo cual debemos agregarle lo dicho por el perito Jorge Bermeo, referido en líneas anteriores, en relación al riesgo de que estos elementos entren en la cadena trófica. Dicho esto, en relación a los impactos sufridos en la salud de las personas por la contaminación del agua pasamos a considerar lo dicho por el estudio de campo titulado "Estudio para conocer el alcance de los efectos de la contaminación en los pozos y estaciones perforados antes de 1990 en los campos de Lago Agrio, Dureno, Atacapi, Guanta, Shushufindi, Sacha, Yuca, Auca y Cononaco", elaborado por Roberto Bejarano y Monserrat Bejarano, agregado al proceso mediante providencia de 22 de octubre de 2003, a las 15h00, y constante en el expediente desde el cuerpo 7, Foja 614, que dice:

"La contaminación directa hacia los ríos, fuente indispensable de agua para la mayoría de familias, es uno de los peores problemas existentes, ya que es usada para cocinar, beber, bañarse, lavar ropa y para los animales. Por estas causas la presencia de enfermedades provocadas al exponerse y consumir el agua de los ríos, les provoca afecciones dérmicas, infecciones intestinales y vaginales, y en muchos casos cáncer, en mujeres básicamente al útero, ovarios y seno; en general a la garganta, estómago, riñón, piel y cerebro", lo cual viene a corroborar lo anticipado, en el sentido de que las fuentes naturales de agua de la Concesión ha sido contaminada por las actividades hidrocarburíferas de la empresa demandada y que por la peligrosidad de la substancias vertidas y por todos los medios de exposición posibles, esta contaminación pone en riesgo la salud y vida de las personas en general y del ecosistema. Sin embargo este caso es más complejo, pues como habíamos advertido en líneas anteriores, Como habíamos dicho en líneas anteriores, los daños ambientales descritos anteriormente y que son atribuibles a las actividades de la demandada (en suelo y agua) pueden tener consecuencias especialmente graves en casos en los que se afecte el ecosistema donde vivan grupos cuya integridad cultural esté firmemente asociada con la salud del territorio, pues la degradación ambiental puede llegar a amenazar la existencia misma del grupo. De este modo, en cuanto a los impactos en las comunidades indígenas, debido a que estos grupos humanos dependían de la caza y la pesca, los impactos sufridos por éstos el ecosistema los afectaba directamente, sin embargo esta Corte considera que la disminución en la caza y pesca de la que dependían las comunidades indígenas, aunque afecta su alimentación y por ende su derecho a la salud y a la vida misma, resulta ser el resultado de los impactos sufridos por la flora y fauna, por lo que debemos ocuparnos de reparar el daño ambiental causado a la flora y fauna para restaurar su fuente de subsistencia y recuperar así su alimentación tradicional, buscando así resarcirse este impacto. En cambio, en cuanto a las pérdidas de animales y cultivos domésticos sufridos por los ciudadanos que han declarado durante las inspecciones judiciales debemos aclarar que no se ha demandado puntualmente la reparación de estos daños, es decir, no se está pidiendo una indemnización, sino que todas las declaraciones recibidas durante las inspecciones judiciales por ser concordantes contribuyen a fortalecer el criterio en el juzgador en cuanto a la realidad de la situación descrita. Todo esto sin duda puede haber también afectado su derecho a la alimentación y consecuentemente su derecho a la vida, toda vez que "El derecho a la alimentación es un derecho humano protegido por el derecho internacional. Es el derecho a tener acceso, de manera regular,

permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero o una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna." (Ziegler, J., Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de NNUU para el derecho a la alimentación, Comité de Derechos Sociales y Económicos, Ginebra, marzo 2004). Bajo este marco se consideran las siguientes declaraciones recibidas durante las inspecciones judiciales: la declaración de José Guamán Romero en Aguarico 2, el 12 de junio de 2008, quien a fojas 141008, 141009, da su versión de cómo " primero cultivaba café, luego puse potreros, pero pasa que el potrero todo siempre se moría la hierva por el problema del crudo, todo era puro crudo, aquí se me murieron los chanchos, venían osando y cuando acordaban caían aquí." Concordantemente con la declaración brindada en la inspección judicial de Conocaco 6 por Telmo Ramírez, el 16 de noviembre de 2006, fojas 123100, acerca de que "Lo mismo en cuanto al ganado, perdí como diez cabezas de ganado, ya se me tomaba el agua aquí. Yo mismo no sabía que era contaminante cuando pasó eso, perdimos como diez cabezas de ganado. No los pude curar con ningún remedio". De manera idéntica se considera la declaración de Daniel Barre, dada el 15 de noviembre de 2006, en la inspección judicial de Auca 1 (foja 122971-123007), en la que según consta del acta "preguntado acerca de si tiene animales, responde que "claro, aquí el ganado malpare y me sale muerto por el agua contaminada que toma. Los responsables son los químicos que están aquí y se introducen hacia adentro, pues sale poco a poco". La declaración de Manuel Antonio Caba Caba, quien en la inspección judicial de Sacha Norte 1(foja 104391-104461) nos indica que llegó a la zona en 1986, y que ha "trabajado primeramente con café, se me perdió el café, luego sembré pasto y se me perdió una parte de pasto, puse ganado a criar, la mejor vaca se me enfermó, malparió,". Igualmente la declaración del señor Gustavo Ledesma Riera, dada en la inspección judicial del pozo Shushufindi 4 el 25 de julio de 2005 (foja 74879-74904), quien nos indica que "en vista de que tenía muchas pérdidas, o sea se habían muerto el ganado, los cerdos y por último escapé de perder a mi nuera, porque ella por salvar a los chanchos que se cayeron en esa piscina de crudo y se cayó, felizmente los trabajadores estuvieron cerca, oyeron los gritos de auxilio que pedía y ellos vinieron y le rescataron a mi nuera, yo tengo pruebas o sea los médicos que le atendieron". En la inspección judicial a la Estación Sacha Sur se entrevistó al señor Hugo Ureña, como consta en foja 97537, donde consta que

manifestó que " tiene una propiedad de cuarenta hectáreas, la mayor parte de la cual está cubierta de pastos, aunque ya no tiene animales ya que se morían y abortaban y pedimos un reconocimiento a la compañía para que le indemnicen por sus animales, para lo cual hicieron una investigación, con unos peritos del Ministerio de Agricultura, quienes encontraron el petróleo en los hígados, en los riñones en los intestinos de los animales, pero no encontramos una autoridad que nos haga justicia, nunca cumplieron los ofrecimientos". En la inspección judicial de Sacha Norte (fojas 104391-104461), el señor Carlos Quevedo Quevedo, quien declaró que vive en una zona desde 1970, declaró también que sus plantaciones no producían de una manera adecuada: "Un líquido sucio con un poco de aceite que corría y eso caía a los esteros, en cuestión de plantación, salía dañado las plantas, los frutos salían totalmente contaminados y consecuencia, le pongo como referencia una papaya, la papaya cargaba y reproducía y uno se la comía, traía ese olor malo a la persona entonces le dio dolor de cabeza o estómago" , agregando que "El agua del estero no la ocupamos porque no sirve, tengo un arroyito o vertiente y de ese vertientito nosotros cogemos el agüita y no es tan favorable porque siempre sale mala". Concordantemente se considera la declaración del señor Briceño Castilo José Antonio durante la inspección judicial de Lago Agrio 2 (fojas 87923-87965), quien declaró ante la Presidencia de la Corte que " entonces eso es lo que puedo dar fe de que aquí en esta zona por ejemplo yo tenía ganado, entonces aquí está la evidencia de que yo el ganado lo tuve que perder por cuanto aquí el ganado chupaba el agua, el ganado no moría pero sin embargo nunca producía, se ponía flaco, no daba leche y así todo". También encontramos la declaración de Celestina Piaguaje Payaguaje, quien dice que ha vivido desde 1973 en la zona, y durante la inspección judicial de la estación Aguarico (fojas 82595-82642) declaró que "Sí, del año 60 hasta el 69 se vivió en el pueblo Secoya y Siona de manera más digna. No ha habido ninguna contaminación y todo fue normal, como la vida de nosotros, de la gente de selva. Hemos vivido bien de la cacería y de la pesca y el ambiente fue saludable. Luego, del año 70 en adelante, cambió totalmente, muy bruscamente". A esto se refiere también al decir que "parece que cambió totalmente la vida, lo que nos obligó a buscar otro medio de vida para tener otra alternativa para la vida buena, porque ya no había cacería ni había pesca, así que teníamos que producir la crianza de ganado y vivir bien para no estar en búsqueda de otra forma a la que hemos vivido de la cacería tradicional y de la pesca" aclarando que "teníamos que comer pescados, pero a veces los bagres, por ejemplo, tenían sus estómagos tragados de petróleo y ya tenían otro sabor. Eso quiere



decir que ya estaban contaminados. Eso era con los pequeños bagres y con los bagres grandes también". Durante esta misma inspección, Gerardo Plutarco Gaibor, quien dice estar en la zona desde 1979, afirmó que : " Y lo mismo venimos con unas pocas cabezas de ganado, que bebían esa agua y malparían, se secaban y morían, se murió el ganado, se murió todos los animales porque ingerían esta agua, señor Presidente". También se considera la declaración de Anselmo Abad Vásquez, en foja 79715, brindado durante la inspección judicial de Shushufindi 21, donde señala que " Si, yo tenía ganado, todo esto era puro potreros, todavía se ven residuos de hierba, a mi el ganado se me enfermaba, tenían unas llagas que no es el conocido Tupe y todo eso así, no se curaban por mas que yo les trataba, aquí sufrimos de falta de veterinarios, pero preguntando al uno y al otro no había posibilidad de curarlos, se flaqueaban y morían, luego nos dimos cuenta que era por la contaminación del agua, yo optaba por buscar vertientes y hacer pozos para que el ganado toma ahí el agua no de los ríos, hasta ahora nadie puede tomar el agua de los ríos." Esto es concordante también con lo dicho en la declaración de Maximo Celso, en foja 41659, en la inspección judicial de Lago Agrio Norte, afirmó que " Aquí tenía una chanchera, de donde la cual perdí todos mis chanchos, ciento veinte chanchos, de los cuales había treinta puercas que producían, desde que Texaco comenzó a botar el agua para este sector", y que " En ese entonces yo cultivaba café. En medio del café tenía una bananera que tenía una chanchera, y perdí todos mis animales, porque desde ese momento el agua de formación era continuamente. La parte que cruzaba para botar el agua de formación era por este lugar. Nos decían que era saludable, que era buena hasta para tomar. Y yo confiadamente no saque a mis animales, porque yo estaba seguro de eso. Cuando los animales, cuando las puercas parían, se quedaban con el útero afuera; yo consulté con el médico y me dijo que eso era problema de una contaminación gravísima". También el señor Simón José Rogel Robles, fue examinado durante la inspección judicial de Lago Agrio Norte (foja 41632-41693), y declaró que ": Yo y mi familia me dedicaba a la agricultura y la ganadería porque todo era potrero por donde venimos caminando hasta allá, entonces tomaban esa agua el ganado y para nosotros ya no servía el ganado porque se ponía raquítico, prácticamente nosotros perdíamos, o se caía ahí se bañaban en petróleo, y tocaba en medio, medio, medio bañarlas y venderlas." En la inspección judicial de Shushufindi 13 (foja 74973-75013), la señora Aura Fanny Melo Melo, sostuvo que "Yo aquí tengo ganado pero el ganado se me muere, siempre, siempre, yo le di unas fotos a don Padilla que era el Presidente, por aquí tengo una y la entrego, no puedo encontrar las demás, algunas se mueren así

flacas, un chivo que se murió pelándose, se le cayó un pedazo de trompa, pero no tomaba fotos, pues yo como no sabía nada y los pescados no desarrollan"; mientras que el señor Pedro Chamba Paucar, quien dice vivir ahí desde 1973, afirmó durante la inspección judicial de Shushufindi Sur Oeste (foja 10057), que " Se me murieron como cinco animales y el resto se pusieron raquíticos y tuve que venderlos por la mitad de precio por que se desperdiciaba". Del mismo modo, en la inspección judicial de Shushufindi 48 (foja 9407), el señor Carlos Manuel Ajila Samaniego, declaró que "En lo que he sembrado de plantación es palma africana, cerca al pozo petrolero se está muriendo la palma, la que está retirada del pozo, la palma no muere, solo muere alrededor del pozo petrolero. En inclusive señor Juez, allá está una piscina que están los desechos, donde está agua con petróleo contaminada y está clarito, tal vez estará a unos quince o treinta centímetros". También Rosa Ramos, quien dice haber llegado en 1985, declaró en la inspección judicial de Sacha 53 (foja 9142-9171) que " fue hace unos ocho años, que rellenaron esa parte que era una poza de crudo donde se caían y se morían los animales cuando no se les veía." El señor Carlos Cruz Calderón, durante la inspección judicial de Yuca 2B (foja 1225333), declaró que " En este lugar, había una piscina de petróleo, donde se almacenó muchas cantidades de barriles de petróleo, donde caían cabezas de ganado, chanchos, gallinas y todo se perdía allí, porque realmente era una poza que tenía una gran cantidad de petróleo"; mientras que Luis Vicente Albán, quien dice haber llegado a la zona en 1980, durante la misma inspección de Yuca "B, declaró que "En ese tiempo que entré vine aquí con mi ganado, me posesioné y empecé a trabajar los potreros como se ve; y yo, no sabía nada de que el petróleo era malo, entonces se empezó a enfermar y enfermar y se me ha muerto bastante ganado, la contaminación está ahí y esto sigue largo a salir abajo al pueblito, se me han muerto como unas 30 cabezas de ganado". EL señor Miguel Zumba, quien declaró durante la inspección judicial de Sacha 13 (foja 11722), declaró que "Cuando compré la finca aquí hice excavaciones para sacar agua, los cubos de agua que nosotros llamamos, y se encontraba contaminado de agua con petróleo, en todo este sector, inclusive yo hice un pozo profundo a unos 6 o 7 metros de la casa, y a 3 metros más o menos" ya se encontró la contaminación de crudo con olor a lodo podrido, pero tenía petróleo. Más abajo iba petróleo y agua, el pozo que hicimos más o menos a 12 metros de profundidad encontramos contaminación de petróleo y sucesivamente así dejamos eso suspendido, hasta hoy se encuentra abierto el pozo, pero ya esta tapándose con basura e hicimos otro pozo más lejos y también encontramos contaminación, a unos 5 metros ya estaba la



contaminación, hicimos otro pozo más adelante a 60 metro que hasta ahora existe las huellas ahí y también encontramos la contaminación de petróleo, por lo que teníamos que cargar de donde los vecinos y agua del río que prácticamente para tomar se hacían hervir, traía agua del vecino, hasta que comencé a hacer un pozo a orillas del río, a 1.50 o 2 metros, más o menos que es a nivel del río, por lo que cuando el río se seca también el agua se seca. El momento que se hace la extensión del cubo se encuentra agua con petróleo, aunque no se nota la contaminación, esa agua la utilizábamos nosotros haciendo hervir, claro que no se veía netamente y al tiempo porque uno le lavaba con cloro y algunas otras cosas que se le pone en el agua, se iba desaparecido el color que iba quedando del agua, pero tenía un tufo, un olor diferente y ciertamente esa agua se utilizaba en ese tiempo que se ha vivido aquí trayendo agua y cogiendo la de la lluvia. Prácticamente los canales, es los más factible que uno utiliza aquí, en esta zona, se ha cogido el agua de lluvia, la que siempre hemos utilizado muchas veces haciendo hervir, muchas veces no habido como hacer hervir y se toma así". A pesar de que el Dr. Adolfo Callejas en la inspección judicial del pozo Shushufindi 48 (ver acta desde foja 9407), mientras ejercía su derecho de examinar al ciudadano que daba su declaración expresó que "El resultado de la agricultura siempre es aleatorio, está definido por las condiciones del clima, por las condiciones del suelo", esta Corte no está de acuerdo en que estas declaraciones de los ciudadanos entrevistados estén describiendo un hecho aleatorio, sino que la brumadora coincidencia entre todas las declaraciones, sin que haya una sola que diga lo contrario, apoyan más la tesis de que se trata de daños constantes causados por la contaminación, y no de "resultado aleatorios". Todas estas declaraciones citadas nos invitan a concluir que la exposición de los animales salvajes, domésticos y de cultivo a sustancias provenientes de la industria petrolera los afecta perjudicialmente, en detrimento de la propia capacidad y calidad de alimentación de las personas, el cual es un derecho necesario para el desarrollo integral de la persona así como para la conservación de sus facultades físicas y mentales. Por otro lado, se considera que la " pérdida de tierras" alegada por los demandantes no puede ser encasillada como un daño ambiental, pues no es un impacto sufrido por el medio ambiente o alguno de sus componentes, sino que de existir un daño constituiría un detrimento patrimonial, estricto sensum. De este modo para analizar este punto la Corte considera en primer lugar que no se ha demostrado una propiedad previa de las tierras, que debía existir ser capaces de disponerlas o de que se las arrebaten. El reconocimiento de la propiedad ancestral de las tierras es posterior a los hechos que originan este juicio, por

lo que a la fecha en que se vieron forzados a abandonar sus tierras no tenían ningún derecho de propiedad reconocido sobre esas tierras, de manera que legalmente no pudieron perderlas. Sin embargo esta Corte que el expediente ha demostrado el desplazamiento al que se han visto forzadas las comunidades aborígenes que habitaban el área de la Concesión, lo cual constituye otro de los elementos que influenció en el impacto cultural, especialmente porque se trataba de grupos humanos cuya existencia se hallaba íntimamente ligada a su entorno natural. Las principales razones para este desplazamiento eran el impacto sufrido por tierras y ríos, el ruido y la contaminación, porque cambiaban la configuración del ecosistema del que dependían sus instituciones culturales, obligándolos inevitablemente a movilizarse, a cambiar y/o adaptarse a la nueva situación, según aparece en la entrevista realizada a Celestino Piaguaje, rendida en la inspección judicial de la Estación Aguarico (ver fojas 82595-82642), donde indica que " Si del año 60 hasta el 69 se vivió en el pueblo Secoya y Siona de manera más digna. No ha habido ninguna contaminación y todo fue normal, como la vida de nosotros, de la gente de selva. Hemos vivido bien de la cacería y de la pesca y el ambiente fue saludable. Luego, del año 70 en adelante, cambió totalmente, muy bruscamente. Primero se podía ver como llegaban las Compañías, abriendo las trochas en las comunidades y también los Helicópteros, haciendo aeropuerto de helicópteros y se veía la llegada hasta nuestras comunidades de esta llanura amazónica. Se veía que como obra pasajera, pero más luego se hizo el trabajo de perforaciones y explotaciones de petróleo. De ahí digo yo, parece que cambió totalmente la vida, lo que nos obligó a buscar otro medio de vida para tener otra alternativa para la vida buena, porque ya no había cacería ni había pesca, así que teníamos que producir la crianza de ganado y vivir bien para no estar en búsqueda de otra forma a la que hemos vivido de la cacería tradicional y de la pesca". Bueno, como de costumbre, nosotros utilizamos la cacería y la pesca inevitable, porque no hay otra costumbre. Por eso teníamos que comer pescados, pero a veces los bagres, por ejemplo, tenían sus estómagos tragados de petróleo y ya tenían otro sabor. Eso quiere decir que ya estaban contaminados eso era con los pequeños bagres y con los bagres grandes también. Eso es lo que hemos visto.- Siguen pescando y cazando hoy día? Bueno, estos días, actualmente no mucho. Estamos muy escasos de cacería e igualmente de la pesca". Esta declaración corrobora el impacto sufrido en las culturas de pueblos que dependían de la selva para su "vida buena", debido a que las operaciones petroleras que descargaron sus desechos en los mismo ríos en los que pescaban, destruyendo con eso su cultura y costumbres. Adicionalmente los

demandantes se han referido a otro de los elementos que impactó culturalmente a los pueblos aborígenes, y atribuyen responsabilidad a la misma interacción cultural entre los trabajadores petroleros y las comunidades, pero esta Corte considera que esta interacción, aunque haya tenido un impacto en las culturas de los pueblos indígenas, no pueden considerarse como un impacto ambiental, ya que no se trata de una acción humana que no causa daño o menoscabo en el ambiente no en ninguno de sus componentes, sino personas que influyen directamente en otras personas. Por los motivo expuestos se considera que el único impacto sufrido por los pueblos indígenas que puede ser considerado como daño ambiental, es el daño cultural provocado por el desplazamiento forzado debido principalmente al impacto sufrido por tierras y ríos y por la disminución de las especies que servían para la cacería y la pesca tradicionales, lo que los ha obligado a modificar sus costumbres. Por otro lado, se recuerda a las partes que según el artículo 2216 del Código Civil están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos, por lo que se considera que aunque ya ha resuelto sobre el fundamento de la responsabilidad civil de esta acción (objetiva, sin culpa) del demandado y los daños jurídicos demostrados en el expediente, nos corresponde hacer un repaso acerca de la causalidad de los distintos tipos de daños hasta aquí descritos.- **DÉCIMO.** Causalidad.- En este punto del fallo resulta apropiado analizar la aplicación de las distintas teorías de causalidad explicadas anteriormente a los daños recientemente descritos, pues los mismos deben ser una consecuencia de los actos de la demandada para que quede fundamentada la obligación de reparar los daños. Bajo esta consideración se empieza este análisis tomando en cuenta por separado cada tipo de daños, pues como veremos a continuación se aplican distintas teorías de causalidad dependiendo del tipo de daño adecuada y a tendiendo siempre a la teoría de la casualidad adecuada, preferida en nuestra práctica legal, conforme lo señalan las citas presentadas de la sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dictada el 29 de octubre de 2002, publicada en R.O.43, del 19 de marzo de 2003. 10.1. Causalidad de los daños en suelos y aguas.- De este modo, empezamos el análisis para determinar la causalidad de los daños encontrados en los suelos de la concesión, considerando en primer lugar la naturaleza de la actividad que presuntamente condujo a los daños en suelos, es decir, a la industria llevada a cabo por la demandada como operadora del Consorcio, por lo que en criterio de esta Corte resulta apropiada la aplicación de la teoría "De la creación culposa del riesgo injustificado de un estado peligroso", en cuyo contexto se tiene

acreditado el nexo causal cuando el resultado causal precedió a la configuración de un riesgo injustificado, o bien la creación culposa de un estado que ciertamente incluía peligro", de ahí que conviene analizar 1.- Si las prácticas empleadas por Texpet configuraban un riesgo, es decir; si es que la industria hidrocarburífera es de hecho una industria peligrosa (en líneas anteriores ya quedo establecido de manera jurisprudencial esta característica, por lo que ahora conviene hacer una análisis fáctico de la peligrosidad), o sea si las prácticas empleadas por Texpet para el desarrollo de su industria implicaban necesariamente la generación de desechos peligrosos; luego 2.- si es que este riesgo peligro creado ha sido innecesario, es decir, si el riesgo creado por estos desechos podía ser evitado o al menos atenuado por quien lo ha creado; 3.- si es que el no haber evitado o atenuado el riesgo; pudiendo hacerlo, ha tenido efectivamente como consecuencia la ocurrencia de los daños previsibles; y 4.- Finalmente evaluaremos las declaraciones de ciudadanos que dicen haber conocido estos hechos de forma directa, las mimas que han sido recibidas durante las inspecciones judiciales, y que serán apreciadas en orden a corroborar o desmentir lo hallado en este análisis. En este orden, para determinar si es que las operaciones conducidas por Texpet creaban un riesgo, veamos como 1.- LAS PRACTICAS EMPLEADAS POR TEXPET PARA EL DESARROLLO DE SU INDUSTRIA IMPLICABAN NECESARIAMENTE LA GENERACIÓN DE DESECHOS AL ECOSISTEMA. Para llegar al convencimiento de que el diseño y operación de la Concesión por parte de Texpet necesariamente generaría desechos hemos tomado en cuenta la exposición brindada por el ingeniero Alfredo Guerrero a petición de la parte demandada, quien durante la inspección judicial de la Estación Guanta, a foja 155965, dio una explicación del funcionamiento de la estación y fue interpelado por pedido de la parte actora por la Ing. Olga Lucía Gómez, constando en el acta del modo siguiente: " Nos encontramos en la estación Guanta localizada en la provincia de Sucumbíos, como se puede ver al frente se encuentran los manifold, esta es una estación tradicional de producción, después de terminada la perforación de los pozos, las líneas de flujo de todos los pozos vienen a la estación donde es que se le dirige el fluido que tienen todos los pozos directamente a la estación, después de pasar por los manifolds que es una válvula de tres vías, por que se necesita saber cuál es la producción de cada pozo y se puede dirigir a los separadores más grandes que son de producción o al más pequeño que tiene un medidor que es para verificar pozo por pozo y se puede medir cuál es la producción que tiene ese pozo y poder hacer los correctivos que se necesita y hacer los trabajos de reacondicionamiento, en los separadores que básicamente son

cilindros horizontales que tienen deflectores y tiene láminas, es para cambiar y darle un sentido para que pueda el gas elevarse a la parte superior del separador y por las líneas amarillas, poder eliminar del petróleo un 95% del gas que con el que viene, como sabemos un pozo petrolero se compone de tres elementos que es gas, petróleo y agua, después de los separadores la producción viene al tanque negro que se llama tanque de lavado, al salir de los separadores se inyecta químicos porque por la velocidad con la que viene el petróleo y el gas se forma una emulsión demasiado fuerte y se necesita dos tipos de tratamiento para poder eliminar el agua del petróleo que son métodos mecánicos y químicos, los métodos mecánicos son láminas que cambian el flujo para que se pueda decantar el agua que es más pesada y el químico es para que entre en el espacio tensional del agua y el petróleo, baje la tensión, rompa y separe el agua. En el primer tanque de lavado es para decantar el agua, antes de entrar al tanque, se tiene unos cilindros verticales que es el remanente del gas que viene de los separadores y poderlo eliminar, se procede de esa forma porque los tanques son atmosféricos, no pueden subir más de seis onzas porque el techo ya se rompería, del tanque negro que se lo pintó negro es para poder aprovechar la temperatura del medio ambiente, la mayor temperatura hace más fácil romper la emulsión agua petróleo luego pasa al tanque plomo que es de surgencia y en donde se va a medir cual es la producción de la estación. De ese tanque de surgencia va a las bombas de oleoducto que son las que producen el ruido que apreciamos para enviar la producción a Lago Agrio. EL agua que se tiene en el tanque de lavado va al tanque de agua que es para utilizarla en la reinyección de los pozos, hasta aquí mi descripción". La presidencia de la Corte pregunta a la Ing. Olga Lucía Gómez Cerón si el funcionamiento de separación es bifásico o trifásico, a lo que la interrogada contesta bifásico, ante lo cual el Ing. Alfredo Guerrero manifiesta, "Yo fui el que construí la estación, hice lo requerimientos a los Estados Unidos y todos los equipos que se puso son trifásicos, pero aquí por la velocidad turbulenta con la que vienen los líquidos, por la emulsión que tienen el agua y el petróleo, no se puede separar, pues es mínima la cantidad la que sale por la parte inferior del separador, esos separadores son tanques API y es un separador que cumple todos los requisitos, todos estos son separadores trifásicos pero actúan en un 99.9% como bifásicos por la emulsión, la tensión superficial de las moléculas del agua con el petróleo es demasiado fuerte por eso se necesitan dos métodos, mecánicos y químicos para poder romper la emulsión y que se decante el agua en el tanque de lavado". A continuación la Presidencia concede la palabra a la Ing. Olga Lucía Gómez quien dice: "Solo quiero hacer una acotación, sobre lo siguiente, si no se

utilizara el sistema de bombeo en los campos que históricamente utilizó Texaco, que es un sistema electrosumergible, que en la mayoría de los campos existe, es un sistema que como yo explicaba ayer, es demasiado agresivo porque la generación de crudo aunque si interesa que sea alta también jala mucha cantidad de agua, y claro, al entrar esta emulsión con tal cantidad de agua que a veces sobrepasa inclusive la cantidad de crudo de producción, pues la emulsión depende de cómo se saca el crudo del yacimiento de producción, entonces es insuficiente un separador que trabaje a nivel bifásico aunque tiene razón el Ing. De que ese tipo de separadores pueden trabajar también como trifásicos, históricamente no lo han hecho, sencillamente, rompe la emulsión, saca el gas en una forma que no es completa, el separador viene ya construido para que tenga la eficiencia del 95 a 98%, pero por el tipo de emulsión no lo hace, entonces el gas sale todavía con partículas de líquido y el crudo y el agua salen todavía con partículas de gas, es por eso que tienen problemas en los tanques que tiene que tener esta bota de gas para que evacue el gas que todavía queda en la emulsión que entra aquí aceite agua, queda todavía partículas de gas igual en el gas que sale del separador quedan todavía partículas de líquido, no es completo el proceso, y que pasa, la industria está perdiendo, se está perdiendo crudo por medio del gas, se está produciendo demasiada agua que tiene muchos niveles corrosivos, eso puede haber ayudado a tanta rotura de las líneas de flujo que vienen de los pozos por los niveles de alta corrosividad que vienen en esta emulsión crudo, agua y gas" La Presidencia de la Corte concede una vez más la palabra al Ing. Alfredo Guerrero que dice "No sé si se pueda ir a los records, nosotros teníamos tres clases de levantamiento, en Shushufindi con gas, por la relación gas petróleo que se tenía, en Sacha Auca, el bombeo hidráulico que es inyectar petróleo para sacar más petróleo, que es un sistema dual y el tercero muy simple, era justo para cuando haya un paro u otra razón, era el sistema electrosumergible, eso es bombas eléctricas, es falso decir que había mayor cantidad, en la actualidad si puede ser, pero en el tiempo de Texaco, cuando yo operaba aquí, la mayor cantidad en Shushufindi era Gas lift, en Sacha y en Auca el Poweroil", La Presidencia de la Corte dispone que haga una última acotación la Ing. Olga Gómez, quien dice: " actualmente por la década de los 80 el gas se ha podido reutilizarlo aunque históricamente la quema de gas era lo más común en un campo petrolero, el gas sirve para reutilizarlo como combustible para la misma generación de aquí de los requerimientos de la estación como el caso de una refinería o como el caso de Shushufindi en donde si se reutiliza el gas que se produce". Dejando de este modo importantes conocimientos



técnicos a disposición del juzgador, que los considera en conjunto como una descripción técnica del proceso seguido en las estaciones de producción, dando cuenta que la emulsión obtenida de los pozos contiene distintos productos, en cantidades que pueden variar, y que deben ser separados, dando como resultado de este proceso la obtención de crudo, gas y agua de formación, que son precisamente los elementos con los que según los demandantes se ha contaminado el medio ambiente, por lo que más adelante conviene analizar el expediente en busca de una explicación acerca del destino final de cada uno de estos componentes de la emulsión referida por los expertos.2. Ahora, para determinar se es que este riesgo o peligro creado ha sido innecesario o si podía ser evitado o al menos atenuado por quien lo ha creado analizaremos en primer lugar los actos realizados por la demandada, es decir, el modo en que construyó las instalaciones y condujo sus operaciones, para posteriormente determinar su idoneidad para el manejo de los desechos producidos. De este modo vemos que los distintos peritos detallan el procedimiento y las técnicas utilizadas por Texpet para construir las instalaciones que utilizaría para tratar los residuos que producía cuando operaba el Consorcio, para lo que se consideran los informes periciales de Gino Bianchi, Jhon Connor y Bjorn Bjorkman, expertos extranjeros que han sido insinuados por la defensa de Chevron y que han sido nombrados como peritos por la Presidencia de esta Corte. EL informe pericial de Gino Bianchi, acerca de la inspección judicial del pozo Sacha 13 nos detalla acerca de la construcción de estas piscinas, diciendo que " La mayor parte de las piscinas de tierra (incluidas las construidas en la Región Oriente de Ecuador), son construidas mediante excavación de suelos a una profundidad de 1.5 a 1.8 m, por debajo de la superficie del terreno, el suelo se colocaba alrededor del perímetro para formar altas bermas, de 1.2 a 1.5 m de alto, las dimensiones de la piscina se establecían de acuerdo al volumen estimado del material a contener. " (Foja 76309). Estas cifras son consistentes con las utilizadas para calcular el tamaño de las piscinas, y ratifican lo dicho acerca de que las piscinas eran simples excavaciones en el suelo, sin ningún tipo de recubrimiento, y son consistentes con las de los otros peritos al señalar que LAS PISCINAS CONSTRUIDAS POR TEXPET ERAN EXCAVACIONES EN EL SUELO, SIN NINGUN TIPO DE REVESTIMIENTO. Aunque los peritos insinuados por Chevron han coincidido en afirmar que los suelos de la Concesión no permiten la migración ni filtraciones porque son impermeables, ya que han quedado establecido en líneas anteriores que las migraciones y filtraciones no eran solo una posibilidad sino una realidad documentada e inclusive comprobada por el Juzgador durante la inspección judicial del pozo Lago Agrio

15, referida líneas arriba.Luego, según informes de Jhonn Connor, tenemos que en las estaciones de producción se utilizan estas piscinas para decantar el agua de producción antes de descargarla al medio ambiente. Así lo dice, por ejemplo, en su dictamen pericial de la Estación Shushufindi Sur, donde explica que de forma " Consistente con las prácticas vigentes en los campos petroleros alrededor del mundo, durante el período de operación de Texpet en la antigua Concesión Petroecuador-Texpet, se usaban piscinas de decantación en las estaciones de producción para remover sólidos y petróleo del agua de producción antes de su descarga al medio ambiente " (foja 70018), insistiendo en la idea de que la utilización de piscinas de decantación previo al vertimiento de sus contenido al ambiente era la práctica vigente en los campos petroleros alrededor del mundo, y dejando claro ante esta Corte que en esa Estación " Las 3 piscinas de decantación se utilizaban para el tratamiento de las aguas de producción antes de su descarga, específicamente para la remoción de sedimentos y rastros de petróleo" (ver foja 70011). Se nota el hecho de que la declaración fue el único proceso utilizado para el tratamiento del agua de producción previo a su descarga al ambiente. Esto es corroborado por el perito insinuado por Chevron, Bjorn Bjorkman , en su informe de Sacha Norte 2, (ver informe en cuerpo 958 y anexos hasta el cuerpo 967), donde afirma que: "En las décadas de operación de Texpet, la práctica común en todas partes del mundo era el tratamiento de aguas en piscinas de decantación y la descarga del agua al medio ambiente" (foja 105072). Esta idea de que el vertimiento de substancias al ambiente era una "práctica común" en todos los campos petroleros del mudo ha sido también repetida por el perito insinuado por la parte demandada, John Connor, quien afirmó concordantemente que: "el manejo de agua de producción mediante el tratamiento en piscinas de decantación y la subsiguiente descarga al medio ambiente era la práctica común alrededor del mundo en las décadas de 1960 a 1990"; y repita en el mismo informe que " En el período en el que Texpet servía como operador de la estación de producción Shushufindi Norte (es decir, desde 1975 hasta 1990), el uso de piscinas de tierra era una práctica estándar de la industria petrolera alrededor del mundo, inclusive en Estado unidos " (foja 70020). Para emitir este fallo se nota que, aparte de abundar en la certeza de que las piscinas eran simples excavaciones en el suelo, utilizadas para decantar el agua de producción previamente a su descarga al medio ambiente, los peritos insinuados por Chevron insisten en afirmar que esta era la práctica estándar alrededor del mundo, lo cual se contradice directamente con lo afirmado por los demandantes en la demanda, por lo que corresponde al Juzgador emitir su criterio, fundamentado siempre en los elementos que



consten del expediente procesal, pero sin la obligación de atenerse al criterio de los distintos peritos, que son auxiliares de la Corte para informarle en, materias técnicas según su mejor entendimiento, razón por la cual no se atienden las afirmaciones de los distintos peritos cuando presentan conclusiones del tipo legal, pues al afirmar que "En Ecuador, durante el periodo de operación de Texpet, no existan criterios numéricos para la descarga de agua de producción ni requerimientos de reinyección" , o que "en aquella época (período de operación de Texpet) en Ecuador no existían estándares técnicos para el diseño o la construcción de piscinas de decantación" (foja 70020), le presentan al Juzgador un análisis jurídico muy sesgado y limitado, pues el análisis del experto técnico escapa a su experticia y contiene fallos importantes por limitarse a observar solo algunos reglamentos técnicos de la industria petrolera, mientras que no han considerado la demás legislación ecuatoriana vigente en la época de operaciones del Consorcio y que ha sido analizada en líneas anteriores. Por este motivo, con respecto a todas estas afirmaciones en cuanto a lo que se podría considerar como el "estado de la técnica", se tomará en cuenta lo dicho por los peritos insinuados por la parte demandada pero en conjunto con las demás pruebas del expediente. Esta Corte encuentra que para formarse una idea apropiada en el tiempo respecto al estado de la técnica, no podemos atender únicamente a lo dicho por los distintos expertos que han servido como peritos de la Corte insinuados por las partes, pues aparte de contradecirse unos a otros, cada uno demuestra distintas perspectivas de un mismo momento histórico. Considerando importante aclarar la aparente contradicción existente con las afirmaciones de los demandantes en relación a la utilización de este tipo de piscinas y al vertimiento al ambiente como práctica común para el manejo del agua de formación, debemos prestar especial atención si es que existen documentos más imparciales y objetivos, que hayan sido escritos en la época que nos preocupa, y no hayan sido preparados recientemente, ni bajo pedido de ninguna parte, pues aunque los peritos hayan querido respetar la perspectiva histórica, todo documento reciente puede estar sesgado por cierta subjetividad, al ser preparado con la intención de influir en el resultado de esta causa. Considerando que para emitir esta fallo es adecuado observar documentos que no hayan sido producidos por expertos insinuados y pagados por ninguna de las partes, y que ni siquiera hayan sido producidos pensando en este juicio pues en criterio de esta Corte estos documentos reflejarían de manera mucho más objetiva e imparcial la realidad del estado de la técnica en la época de las operaciones del Consorcio. Esta Corte observa que el Libro "Primer of Oil and

Gas Production" (original en fojas 140620 a 140698, traducción en fojas 158756-158834), escrito por el Instituto Americano de Petróleo, con colaboración especial de T.C. Brink., de Texaco Inc., no responde al interés de ninguna parte procesal en este juicio, ni a perspectivas históricas parciales, sino que consiste en un libro que describe los principio técnicos de esta industria para la misma época en que suceden los hechos materia de este juicio. Este documento, que ha sido escrito en 1962, esto es antes del inicio de la operación de Texpet en el Ecuador, nos da completa certeza de ser un texto objetivo e imparcial, que nos da una visión histórica de lo que era el estado de la técnica en la época de operaciones del Consorcio, por lo que se considera con mucho cuidado sus advertencias en cuanto al manejo y los peligros del agua de formación : " EL cuidado extremo debe ejercerse en el manejo y disposición del agua producida no sólo debido al posible daño a la agricultura, sino también debido a la posibilidad de contaminación de lagos y ríos que mantienen el agua para beber, así como para propósitos de irrigación " (foja 158811), lo cual constituye una advertencia y reconocimiento del peligro y posibles daños, que aparentemente han sido ignorados por Texpet, y que de hecho se contraponen con las prácticas implementadas por Texpet en la Concesión descritas por el perito John Connor, como " el manejo de agua de producción mediante el tratamiento en piscinas de decantación y la subsiguiente descarga al medio ambiente", y justificada en base a que supuestamente " era la práctica común alrededor del mundo en las décadas de 1960 a 1990", lo cual como acabamos de ver es falso o al menos contrario al único documento histórico que encontramos en el expediente. Si bien estas recomendaciones no eran parte de una ley, se entiende que tanto por sus autores como por la época en que fue escrito, marcan de forma clara y objetiva el Estado de la Técnica, por lo que resulta justo y apropiado utilizar estas palabras, escritas antes de que ocurrieran los hechos que suscitan estos juicios para definir el estado de la Técnica que Texpet estaba en capacidad y obligación de cumplir, en contraste con las prácticas implementadas que consistían en decantación de las aguas de formación en piscinas cavadas en el suelo, previa a su descarga al ecosistema. De modo coadyuvante se considera el Oficio 276-80, de 25 de junio de 1980, (ver original en foja 3118 y 3892, y su traducción en foja 4731 y 4732) enviado al Ing. René Bucaram en relación con la eliminación de las piscinas, o su recubrimiento y cercamiento para evitar la contaminación, en el que el Superintendente de Distrito D.W. Archer, de Texaco Inc., indica que la posibilidad de contaminación es mínima y recomienda no tapar, cercar ni recubrir los suelos de las piscinas. En este oficio se indica claramente que "las piscinas

actuales son necesarias para una producción eficiente y económica de nuestros programas de perforación y reacondicionamiento y para nuestras operaciones de producción. La alternativa para usar nuestras actuales piscinas es usar piscinas de acero a un costo prohibitivo", prosiguiendo en la explicación de los costos que esto acarrearía y menospreciando los problemas o daños que estas piscinas causarían. Esto da la certeza de que existía una alternativa a las piscinas cavadas en el suelo, pero que esta alternativa no fue considerada por razones principalmente económicas. La utilización de láminas o tanques de acero era una alternativa económicamente más costosa, pero que sería razonable esperar que hubiera garantizado que el contenido de las piscinas no se desborde ni migre a través del suelo, contaminándolo como ha quedado probado en el expediente. En criterio de esta Corte resulta apropiado afirmar que ha sido precisamente este tipo de decisiones, motivadas en fundamentos simplemente económicos pero que menosprecian el potencial daño que implican al ambiente y a terceros, las causantes de los daños probados en este juicio, pues estas decisiones de gerencia basadas en costos, se convierten en prácticas que tienen consecuencias para personas que no son parte dicha gerencia y que son quienes frecuentemente deben pagar los verdaderos costos de tales decisiones. Del mismo modo, con respecto al tratamiento del agua de formación, se considera que consta del proceso un documento emitido por la Oficina de Marcas Registradas y Patentes de los Estados Unidos, del Departamento de Comercio de Estados Unidos, el 18 de junio de 1974, de la patente No. 3,817.859, que tiene a Texaco Inc. como titular de un invención denominada Método de Tratamiento de Agua Contaminada, cuyo original consta en fojas 153722 a 153725, y su traducción y demás certificados, en fojas 156092 en adelante. Al respecto de esta prueba se considera que la parte actora, a través del Dr. Alejandro Ponce, durante la inspección judicial de Sacha Norte 1 (ver Acta en fojas 104391 a 1044619), al entregar una copia simple de este documento,, que es idéntica a la que reposa en las fojas referidas, dijo: "[...] la Compañía Texaco cuando en 1972, solicita a la oficina de patentes de los Estados Unidos en que se otorgue patente de invención sobre el método de tratamiento de agua de desecho que me permito leer, constituye un método para disponer de ciertos flujos de afluentes de desperdicios de los procesos mediante su inyección en las formas geológicas subterráneas que vincula y nivela la formación de precipitados sólidos que taponan la formación subterránea, además justifican los inventores que ciertos flujos de fluentes de las industrias son desperdicios y no tienen unos aparente, se debe disponer de estos flujos pero hacerlo en o cerca de la superficie del suelo puede ocasionar graves problemas de

contaminación, esto lo dice Texaco cuando presenta la solicitud de patente de invención en 1972 ". En relación a este documento al Dr. Adolfo Callejas también se refirió a esta misma inspección diciendo: "Dijo el Dr. Ponce hace un momento, que Texaco conocía que el arrojar agua de formación era un hecho contaminante porque había presentado esta patente, que además es un método descubierto por el señor Jack F. Tate, que lo cede a Texaco INC, el día 29 de marzo de 1972, según se lee en este documento. Pero ahí no dice lo que mencionaba el Dr. Ponce; ahí dice lo siguiente " En los antecedentes de la invención ciertos flujos de afluentes de la industria son desperdicio y no tienen un uso aparente, se debe disponer de estos flujos, pero hacerlo, en o cerca de la superficie de suelo; puede ocasionar considerables problemas. Puede, no dice con causa, como lo acaba de mencionar mintiendo tratando de engañar a la Corte, dice puede, lo que él leyó antes, yo tengo buena memoria gracias a Dios todavía; lo que él leyó antes decía puede y ahora cambió, ya no decía puede, sino ocasiona; " Luego de analizar las expresiones de los dos abogados resulta evidente que ambos están de acuerdo en que el mencionado documento indica que disponer de ciertos flujos o afluentes de la industria petrolera en la superficie o cerca de ella " puede" ocasionar considerables problemas, lo cual es considerado como una premisa que denota el reconocimiento de una posibilidad, a partir de la cual esta Corte proseguirá su análisis. Ahora bien , si consideramos que la ejecución de las prácticas operacionales descritas en los informes periciales tenían como resultado precisamente el vertimiento de estos afluentes en la superficie, que el Dr. Rodrigo Pérez Pallarez, como Representante legal de Texaco Petroleum Company ha admitido públicamente que " en el Ecuador se vertieron 15.834 millones de galones entre 1972 y 1990 durante todo el periodo de operación del Consorcio por Texaco" (foja 140601), y considerando finalmente que estos vertimientos "pueden ocasionar considerables problemas", sería razonables presumir que los problemas ambientales reportados pueden tener su causa en los vertimientos admitidos por el Dr. Rodrigo Pérez Pallarez. Adicionalmente, en la inspección judicial de la Estación Yuca (ver acta en fojas 155678 a 155714), luego de que se recibió la patente mencionada mediante al respectivo exhorto como se mencionó antes, las partes procesales volvieron a referirse a este documento. El Dr. Diego Larrea, en defensa de la parte demandada dijo: "Señor Presidente, una cosa es tener una patente que probablemente lo hayan tenido, y otra cosa es implementar eso, y otra cosa es tener los equipos y hacer las inversiones. Resulta que no dijo el abogado Prieto que en Texas, lugar de origen de esta norma, existen miles de piscinas que dicen que es la tecnología que con discrimen Texaco Petroleum Company aplicó aquí porque aquí

es el tercer mundo, pero resulta que en el primer mundo existen no el número de piscinas que en un número exagerado afirma mi estimado colega Fajardo, que ya desde ayer a acá subió de 900 a 1000. Allá existen 20 mil, 30 mil, 100 mil, 200 mil, en este estado, en Luissiana existen más en Colombia existen más, en Argentina existen más piscinas con y sin revestimiento. Señor Presidente no voy a usar mis argumentos, voy a usar los argumentos de mis colegas de la otra parte, porque a lo mejor a mí no me creen. Se molestaron, se cansaron, se hostigaron, 50 veces hemos hablado del mismo tema, hemos demostrado como en Texas y Luissiana, no quiero cansarles, no les enumero toda la lista ni el número de piscinas, pero sí hay piscinas. ¿Dónde falla la lógica de mi colega? Existen una patente, sí existe una patente es un hecho, nadie lo niega. Otra cosa es que se aplique esa patente. Texaco Petroleum Company tiene piscinas en Texas, en California y en otros lugares donde realiza explotación de petróleo." La Corte observa que es correcta la apreciación del abogado de la parte demandada, pues ser titular de una patente no implica necesariamente la utilización de la misma, sin embargo también observamos que la patente en mención se refiere a mejoras de equipos de reinyección, mientras que el Dr. Larrea en su argumentación se está refiriendo a la utilización de piscinas abiertas y sin recubrimiento. El entendimiento que esta Corte ha adquirido en la temática de este juicio le permite notar que la eventual utilización de la tecnología descrita en la patente hubiera reemplazado los cuellos de ganso, no las piscinas, por lo que la argumentación en relación a piscinas en otros países resulta irrelevante en relación a esta prueba. La parte actora, mediante el abogado Julio Prieto, replicó lo alegado por el Dr. Diego Larrea del siguiente modo: "El Dr. Larrea ha dicho que una cosa es tener una patente y otra aplicarla. Claro que sí. Pero si en el 62 está dibujada, y en el 72 hay una patente de mejora, justo el mismo año que sacan el primer barril de petróleo de Ecuador, demostramos que había capacidad pero que faltaba la voluntad por parte de la empresa demandada." En este particular se detiene esta Corte para analizar el hecho de que ciertamente que se ha probado la disponibilidad en aquella época de medidas tecnológicas eficaces para evitar verter el agua de formación de la superficie, del mismo modo que consta en líneas anteriores el hecho de que la Concesión fue otorgada por la Junta Militar de gobierno de Ecuador a Texaco Inc. considerando "Que la compañía solicitante cuenta con los medios técnicos y económicos suficientes para llevar a cabo una exploración hidrocarburífera eficaz" (ver R.O. 186, de 21 de febrero de 1964), reconocimiento fundamental que se convierte en una obligación que queda plasmada también en la cláusula Trigésima segunda, en la letra G), de la autorización al señor Ministro de

Fomento para que, a nombre y representación del Gobierno del Ecuador, otorgue a Texas Petroleum Company una concesión hidrocarburífera, que dispone que la Concesionaria está obligada "A explotar la concesión empleando maquinarias adecuadas y eficientes para el objeto", denotando una obligación expresa de la demandada de emplear los mejores medio tecnológicos disponibles. Además posteriormente se publicó en Registro Oficial 530 del 9 de abril de 1974 el Reglamento de la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, en Decreto Supremo 1185, donde se señaló que era obligación del operador "tomar todas las providencias y precauciones del caso al realizar sus actividades para evitar daños o peligros a personas, propiedades, recursos naturales y a sitios de interés arqueológico, religioso o turístico" (art. 41), quedando claro que el operador, pese a estar legalmente operado a emplear diligencia extrema, a estado lejos de tomar todas las providencias y precauciones del caso, evitando al amparo de justificaciones económicas tomar las providencias necesarias y utilizar los medios tecnológicos que estaban disponibles precisamente para evitar tales daños. "Tener" una patente, es decir, la titularidad de una patente implica derechos para su titular, tales como la capacidad legal de utilizar el avance tecnológico protegido, mientras que la implementación de dicha tecnología protegida en el campo requiere de la voluntad de hacerlo. La mera concesión de una patente implica necesariamente un adelanto tecnológico, pues la novedad y la utilidad industrial son algunos de los requisitos que debe tener una invención para acceder a la protección que brinda una patente, por lo que necesariamente el contenido de la patente debe ser "moderno" o "novedoso" ,como opuesto a algo ya existente y conocido, La patente en cuestión reivindica mejoras de equipos de reinyección, lo cual implica la existencia anterior de esta tecnología, cuyo propósito ha quedado claramente expresado en la misma patente: reinyectar los afluentes de la industria petrolera porque sus flujos pueden ocasionar serios problemas, lo cual necesariamente quiere decir que este problema mereció que Texaco Inc. Busque, invente, mejore y patente soluciones tecnológicas, las cuales constituían sin duda tecnología adecuada y eficiente para la época, pero que no fue utilizada por Texpet cuando operaba el Consorcio en el Ecuador. Todo lo anotado en la líneas precedentes, nos lleva al convencimiento de que el sistema implementado por Texpet para el tratamiento de sus desechos no eliminaba ni manejaba los riesgos de una forma adecuada o suficiente, sino económica. Tal como estaba diseñado el sistema de piscinas permitía que luego de un proceso de decantación los desechos sean descargados al ambiente, es decir, EL SISTEMA ESTABA diseñado PARA DESCARGAR AL AMBIENTE LOS DESECHOS, de una forma

económica pero no trataba adecuadamente los riesgos de daños, sino que los externalizaba. Es previsible que esta conducta haya generado un impacto negativo en el receptor de estas descargas, cuyo caso estaríamos ante una situación de riesgo que ha sido creada pudiendo ser evitada.-3.- Así, siguiendo con el análisis de la causalidad de los daños ambientales analizamos si los potenciales daños hán ocurrido realmente, es decir, si EL SISTEMA EFECTIVAMENTE DESCARGÓ AL AMBIENTE LOS DESECHOS, PARA LO CUAL ATENDEMOS PALABRAS del representante legal de la Compañía Texaco Petroleum Company. Rodrigo Pérez Pallarez, mediante carta dirigida al señor Xavier Alvarado Roca, Presidente de la Revista Vistazo, que fuera publicada en varios diarios del país, entre las que consta en este proceso la publicación hecha en diario El Comercio, el 16 de marzo de 2007, en la página 6 del cuaderno 1, declara que "en el Ecuador se vertieron 15.834" millones de galones entre 1972 y 1990 durante todo el período de operación del Consorcio por Texaco." (foja 140601). Lo cual confirma cuál fue el resultado o efecto de las prácticas utilizadas: luego de la decantación y de pasar por los cuellos de ganso, las aguas de formación fueron descargadas en el ambiente, contaminando inevitablemente las fuentes de agua naturales de la zona de las que dependían los pobladores de la zona, en una cantidad nada despreciable y con substancias peligrosas, aún cuando la ley disponía específicas prohibiciones en este sentido, como las contenidas en el Código de Salud publicado en R.O.No, 158, de 8 de febrero de 1971, que disponía que Ninguna persona podrá eliminar hacia el aire, el suelo, o las aguas, los residuos sólidos, líquidos o gaseosos, sin previo tratamiento que los convierta en inofensivos para la salud. (art. 12). Este vertimiento de aguas de formación, luego de un simple y gratuito proceso de decantación, directamente al ecosistema constituye sin dudarlo, un daño cierto, jurídicamente probado y públicamente reconocido por el representante legal de Texaco Petroleum Company, y encuentra su causa en los actos imputables a la demandada, quien como hemos visto fue la única responsable técnica de las operaciones del consorcio.-4.- Como elemento final de convicción respecto a la causa de estos daños, se consideran con cuidado especial las declaraciones brindadas por los ciudadanos que han sido examinados por la Presidencia de la Corte durante las diligencias de inspección judicial, al amparo de la potestad contemplada en el artículo 245 CPC, pues todas éstas coinciden en sus descripciones, dando cuenta de una percepción generalizada de prácticas contaminadoras en la época del Consorcio. Son frecuentes los relatos de cómo se contaminaban las fuentes de agua, como la declaración de José Guamán Romero en la inspección judicial del

pozo Aguarico 2 (ver acta en fojas 140787-140814), el 12 de junio de 2008, quien da su versión de cómo " cuando llueve, baja todito el petróleo al estero y se contamina", y de que " aquí existían dos tanques de petróleo, eran unos tanques grandes, y pasaban los guardianes ahí, pero se quedaban dormidos y los tanques se derramaban hasta cuando ellos querían y el petróleo caía hacia éste lado, por eso dije que no servía de nada la hierva.", o la declaración brindada en la inspección judicial del pozo Cononaco 6 por Telmo Ramírez, el 16 de noviembre de 2006, en fojas 123100, de que " Todo el lodo salía y la poza rebosaba hacía el estero. Hay no hubo murito de agua, no hubo nada, no pusieron membrana, nada. Iba solo limpio el lodo. Y todo se iba ahí. Que hay huellas hasta abajito de baritina que eso es cuando ya baja, que se pierde, ya no, ah. Para Texaco trabajé por dos años; trabajé en este pozo 6, como ayudante de producción; estaba con generación en ese tiempo. Ahí cuando lavaba los pozos, venía el chivo, el agua lo botaban en tanques de ..., lo vaciaban por aquí..... todo botaban al estero." Se considera que declaraciones como ésta no pueden ser tomadas como prueba técnica, pues los ciudadanos que declaran no son técnicos petroleros ni expertos en la materia, sin embargo, el hecho de que tantos ciudadanos recuerden y coincidan en narrar los mismos hechos, sirve a esta Corte para llegar al convencimiento de que sus declaraciones aunque puedan ser imprecisas desde el punto de vista de la técnica petrolera, son verdaderas en cuanto responden a evocar hechos que descansan de modo coincidente en las memorias de todos los examinados. Así, la declaración del señor Juan Zambrano, durante la inspección judicial de Lago Agrio 11 A, nos dice que "Aquí en esta piscina, una piscina grande de más o menos cuarenta metros ahí venían unos carros que me recuerdo, vacuum que se llaman, cargaditos, se metían de retro y botaban todito el crudo de ahí se contaminó todito para abajo"; coincidentemente con la declaración del señor José Segundo Córdova Encalada, quien dice haber llegado a la zona en 1980, nos indicó, durante la inspección judicial de Sacha Sur que "Las aguas contaminadas las colocaba Texaco en una piscina de tierra que tenía aquí a la que venían los vacums trayendo crudo de otras piscinas, de otros pozos que le acumulaban aquí al frente y cuando necesitaban para una carretera venían igual los vacums y llevaban el crudo como paso a mi finca donde dejaban humeando de manera que la gente pobre campesina del campo no podía caminar y también los productos como el maíz que se produce trimestral también se contaminaba con el crudo". También se considera la declaración en la inspección judicial de Auca 1 de Daniel Barre dada el 15 de noviembre de 2006, quien dice que llegó en 1971 a la zona, y que " Aquí habían puesto una tubería por la que botaban

esto hacia abajo, ya que estaba el que llaman antepecho de ganso que contaminaba esa otra parte, pues salía hacia allá, de aquí todo está lo mismo"; la declaración de la señora Cruz América Castillo Lamar, quien vive en la zona desde 1973, y durante la inspección judicial a la estación Sacha Norte, dijo: "Lo que yo he visto es que ha habido bastante contaminación como decir aquí , con el poblado de nosotros, cuando quemaban el petróleo aquí, todo ese humo salía con chispas de petróleo y eso contaminaba todo el ambiente hasta la agüita que se cogía para tomar en los tanquecitos que se tenía, eso era como haberle echado manteca, con trocitos de petróleo, eso era por una parte, y lo que se absorbe en la persona también, pues contamina eso. Y otra era que cuando regaban aquí el petróleo, las piscinas creo q se les llenaría de más o se regarían no sé, pero el hecho es que se regó para abajo y llegó al estero y pasó al río grande, y eso fue bastante tiempo que pasó así contaminado, que no podíamos ni bañarnos a gusto, ni lavar la ropa, que uno se ocupaba el agua." (Foja 88991) Concordantemente la declaración de Máximo Celso, en foja 41659, durante la inspección judicial de Lago Agrio norte, al ser examinado por la Presidencia contestó que "En ese pozo después quemaban el petróleo, eso era un infierno, había que mantenerse a unos cuantos metros de distancia, porque el calor no se soportaba, y la humareda era mortal, después de dos o tres horas llovía petróleo. En ese entonces la piscina, para que no botaran el agua directamente para allá al otro lado, cambiaron para que vaya al estero que está atras de la estación. Formaron una piscina que ahora está enterrada, y nosotros les hicimos relajo, porque estaban contaminando la parte que estaba cultivada. Pregunta: ¿Y eso ocurrió cuando estaba Texaco? Respuesta: Directamente cuando estaba Texaco, yo me recuerdo los nombres de los señores que operaban también.- Pregunta ¿Texaco desvió acá las aguas que salían con el petróleo? Repuesta: Desvió las aguas con petróleo. De ahí hubo un derrame aquí grandísimo; de aquí para allá, que se fue el petróleo para allá y lo quemaron. Le metían candela. Eso era lo normal que hacían ellos para limpiar; eso era una pestilencia, después de cinco días, por los animales que se habían muerto; vimos que se habían muerto venados, bueno, animales ". De igual modo la declaración del señor Simón José Robles, durante la inspección judicial de Lago Agrio Norte, donde dice "Cuando Texaco hacia las piscinas esa fosas grandes las llenaban de crudo, quemaban, y eso ardía hasta medios días enteritos, salía el humo y por la noche nosotros no podíamos extender la ropa porque esa ropa amanecía negrita", y además, ante las preguntas de la Presidencia de la Corte, consta a fojas 41669, las siguientes respuestas:" ¿En qué año se produjo esa contaminación del estero? Respuesta: la riega de petróleo cuando

cambiaron de piscina, porque acá atrás en la incineradora de basura, allí hubo una piscina, donde quemaban el petróleo; cambiaron de piscina más acá y comenzó el riego de petróleo. Pregunta: ¿Quién hizo el cambio de piscina? Respuesta: Texaco mismo hizo eso, Texaco dejó haciendo esa piscina. Donde estaban las piscinas donde depositan las aguas de formación", Otra declaración concordante que esta Corte considera para emitir su fallo, es la del señor William Powers, experto que fue entrevistado por pedido de la parte actora, quien durante la inspección judicial de Sacha Sur, declaró que "tanto Chevron como Texaco son compañías norteamericanas desde antes de la segunda Guerra Mundial, ha sido prohibido echar aguas de producción de alta salinidad, porque lo grave es la alta salinidad, más que los demás componentes, a las aguas superficiales y aguas subterráneas, allá siempre reinyectan esas aguas desde hace mucho tiempo, es bueno que Petroecuador lo haga. Sin embargo era la Ley en Estados Unidos evitar la contaminación de aguas dulces por aguas de producción, cuando Texaco comenzó sus operaciones en Ecuador, la descarga de esta agua a los esteros y ríos nunca debería de haber sucedido acá." Criterio con el cual coincide esta Presidencia, no porque se trate de empresas norteamericanas que cumplían otros estándares en sus países, sino porque revisada como ha sido la legislación histórica aplicable a las operaciones del Consorcio, ha quedado claro que por mandato del Código de Salud ninguna persona podía eliminar al ambiente residuos sin tratamiento que los convierta en inofensivos, prohibiendo descargar residuos industriales en cualquier curso de agua de uso doméstico o agrícola (arts. 12 y 25); por la disposición de la Ley de Agua se prohibía toda contaminación de las aguas que afecte a la salud humana o al desarrollo de la flora o fauna" (art. 22), por cláusula contractual se mandaba a la operadora " A explotar la concesión empleando maquinaria adecuadas y eficientes para el objeto", mientras que según la Ley de Hidrocarburos de 1971 Texpet tenía la obligación de "Adoptar las medidas necesarias para la protección de flora y fauna y demás recursos naturales", y " Evitar la contaminación de las aguas, de la atmósfera y de las tierras", (ver artículo 29, literales s) y t), disposiciones que son similares a las encontradas en la posterior codificación de la Ley de hidrocarburos, publicada en Registros Oficiales No. 616 del 14 de agosto de 1974 (artículo 30, literales s y t), y en Registro Oficial No. 711,del 15 de noviembre de 1978, en el artículo 31, literales s) y t), siendo una constante en la legislación hidrocarburífera vigente en el Ecuador).10.2. Causalidad de daños en salud. Como habíamos advertido en líneas anteriores, cuando se trata de demostrar la causalidad en daños a la salud de las personas es necesario aplicar teorías de causalidad que

diferencien entre la legal y la científica, como son la teoría de factor substancial y la teoría de causa más probable, pues como hemos visto en este caso no se demanda la reparación de daños en la salud de personas determinadas, sino "la contratación a costa de la demanda de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan de mejoramiento y monitoreo de la salud de los habitantes de las poblaciones afectadas por la contaminación", denotando que lo que se debe analizar es la presencia de un problema de salud pública y la causalidad de estos daños aplicando las teorías señaladas. Bajo esta óptica, la teoría del factor substancial nos indica que debemos analizar dos elementos: la probabilidad médica razonable y el factor substancial. En criterio de esta Corte, considerando la dependencia de los pobladores de la zona a las fuentes de agua naturales y las descargas realizadas por Texpet, es apropiado afirmar que es más improbable que la exposición a los efluentes descargados por Texpet en el ambiente puedan haber producido un impacto adverso a su salud por lo que existe una probabilidad de al menos el 50% de que la conducta de Texpet sea la causante de los impactos en la salud, es decir, existe una probabilidad médica razonable. En segundo lugar, la presencia de las substancias descargadas por Texpet al ambiente ha sido un factor substancial y no meramente teórico, sino que resulta previsible que haya jugado un papel principal, pues los impactos en la salud eran imprevisibles por tratarse de substancias que tienen un potencial dañino conocido y porque resulta plenamente concordante con los padecimientos encontrados en los pobladores de la zona. En la opinión de esta Corte ha quedado probada razonable y suficientemente tanto la existencia de afectaciones a la salud pública, como el hecho de que esta afectación tiene una probabilidad médica razonable de ser ocasionada por la exposición de las personas que habitan el área de Concesión a las substancias descargadas por Texpet en el ecosistema. Como hemos visto el expediente demuestra que miles de seres humanos efectivamente han estado expuestos a un riesgo por la contaminación de suelo y agua, cuya presencia en el ambiente constituye un factor substancial que encuentra su causa principalmente en las actividades de Texpet como operadora del Consorcio Petroecuador-Texaco. Pasando a la teoría de la causa más probable, si cambiamos los hechos demostrados por el expediente, en un proceso de inferencia, veremos lo que estos hechos señalan como factores contribuyentes, y aunque a ninguno de estos factores se le puede atribuir una causalidad directa ni una responsabilidad exclusiva, por otro lado la coincidencia de resultados entre los distintos estudios epidemiológicos científicamente sustentados, así como la valoración de riesgos para

la salud humana, y las declaraciones recibidas durante las inspecciones judiciales, han demostrado a satisfacción que existen bases científicas para conectar razonablemente los reclamos acerca de la salud de los residentes del área con la contaminación con petróleo que se ha originado en las actividades de Texpet como operadora del Consorcio, lo cual es suficiente nexo de causalidad para esta Corte en orden a condenar la reparación de los daños ocasionados. 10.3 Causalidad de los impactos culturales.- Considerando que impacto ambiental, es toda acción del hombre que produce alteraciones sobre el medio físico y humano, y que en este juicio se ha demandado tanto la eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazan todavía el ambiente y la salud de los habitantes (ver las pretensiones de la demandada, VI.1 Y VI.2 respectivamente, en foja 79 y 80), como la reparación de daños ambientales al amparo de lo que dispone el artículo 43 de la LGA, que en su primer inciso dice: " Las personas naturales , jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podran interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos", y acorde a la definición holística del daño ambiental propuesta en líneas anteriores, y además recordando lo que establecía la Constitución vigente en la época (numeral 2 del artículo 19 garantiza el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, de la Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1984), comprendemos el daño ambiental en toda su complejidad, atendiendo las distintas formas y derivaciones que éste puede tener en los componentes del medio ambiente. Así, viendo la vinculación de los daños ambientales con derechos de las personas, hemos hablado de la relación entre los daños ambientales e impactos a la salud, pero a los ojos de esta Corte también se evidencia una relación entre los impactos ambientales como el agente directo causante de ciertos cambios forzados en las culturas indígenas que basaban su sistema social, su cultura y su existencia en una estrecha relación con la naturaleza, constituyéndose en la causa de un impacto cultural sufrido por estos pueblos aborígenes. Las comunidades indígenas frecuentemente dependían de la caza y de la pesca para su subsistencia, pero éstas se vieron afectadas por los impactos ambientales causados por la actividad de la operadora del Consorcio. Esta realidad se encuentra graficada en palabras de Celestino Piaguaje, quien fue entrevistado por la Presidencia de la Corte en la inspección judicial de la Estación Aguarico (ver acta en fojas 82595-82642), y dijo: " Si del año 60 hasta el 69 se vivió en el

pueblo Secoya y Siona de manera más digna. No ha habido ninguna contaminación y todo fue normal, como la vida de nosotros, de la gente de selva. Hemos vivido bien de la cacería y de la pesca y el ambiente fue muy saludable. Luego, del año 70 en adelante, cambió totalmente, muy bruscamente. Primero se podía ver cómo, llegaban las compañías, abriendo las trochas en las comunidades y también los helicópteros, haciendo aeropuerto de helicópteros y se veía la llegada hasta nuestras comunidades de esta llanura amazónica. Se veía que como obra pasajera, pero más luego se hizo el trabajo de perforaciones y explotación de petróleo. De ahí, digo yo, parece que cambió totalmente la vida, lo que nos obligó a buscar otro medio de vida para tener otra alternativa para la vida buena, porque ya no había cacería ni había pesca, así que teníamos que producir la crianza de ganado y vivir bien para no estar en búsqueda de otra forma a la que hemos vivido de la cacería tradicional y de la pesca. Eso fue lo que puedo decir como la diferencia que se ha hecho." De manera concordante Mendua Omenda Romelia, quien fue entrevistada durante la inspección judicial en el pozo Guanta 7 (ver fojas 103431-103478, nos da cuenta de cómo tiene la percepción de que su alimentación se vio afectada por las prácticas de la demandada, al decirnos que: "terminó animales, que siempre comimos, por eso actualmente nosotros no tenemos suficiente comida, los niños también quedan pequeñitos, estamos sufriendo enfermedades desconocidas, con la llegada de la compañía Texaco". En este punto debemos hacer un paréntesis y notar que no todo el proceso de aculturización vivido por los pueblos indígenas ha sido propiciado por actividades de la demandada, sino que en muchos casos se ha tratado de un fenómeno social, como la migración y/o la colonización; sin embargo en otros casos los impactos son causados por daños en el medio ambiente, que pueden afectar inclusive las costumbres alimenticias y de subsistencia de una cultura, modificándola inevitablemente. De este modo, en criterio de esta Corte, los impactos sufridos en sus culturas por los pueblos indígenas han sido parcialmente producidos por las actividades de la demandada, pero también han sido producido por agentes externos, siendo la actividad de la demandada un factor contribuyente importante debido a la cercanía y dependencia entre el ecosistema dañado y las costumbres de los pueblos afectados. Hasta aquí el estudio de causalidad de los daños, que nos permite pasar a emitir nuestras conclusiones. Así, en relación a los daños hasta aquí enunciados, y siguiendo un criterio reiterado en múltiples ocasiones por la Corte Suprema, en el sentido de que "La relación causal entre el hecho ilícito y el daño considerados, se ha de calificar con criterio de razonabilidad por parte de los juzgadores, en cada caso concreto.

Esta Salda entiende que las distintas teorías sobre la calificación del nexo causal, que han sido enunciadas por la doctrina, son una guía importante para el juzgador; pero no limitan su facultad de calificar los hechos relevantes consideradas las circunstancias específicas de los asuntos puestos a su consideración" (ver Resolución 168-2007, de 11 de abril del 2007, caso número 62-2005, Andrade c. CONELEC y otro y en las resoluciones números 414-2007 de 2 de octubre del 2007, caso 19-2005, Hermida Moreira y otros c. Municipalidad de Cuenca; y,, 457-2007 de 16 de noviembre del 2007, caso 71-2005, López Yánez c. Presidente de la Repûblica) esta Corte, al amparo de los análisis y hechos hasta aquí enunciados, considera que todos estos factores conllevan a concluir que la manera en que se diseñaron, construyeron y la posterior operación de las instalaciones de la Concesión a cargo de la operadora del Consorcio, Texpet, son la causa directa y previsible de la presencia de los agentes contaminantes que dañan el ecosistema y la salud de las personas. Para esta Corte está claro que en 1962 existen textos escritos por expertos de Texaco Inc., en EEUU, que recomendaban extremo cuidado en el manejo del agua de producción para evitar posibles daños, lo cual demuestran que éste era un problema conocido y por tanto previsible, para el que Texaco Inc. Tenía soluciones tecnológicas disponibles, cuya utilización sin duda hubiera contribuido a evitar posibles daños a tierras y fuentes de agua, pero que no fueron aplicadas en la operación de la Concesión por consideraciones económicas, es decir, que durante la operación de la Concesión, Texpet omitió la utilización de tecnología disponible (equipos de reinyección, tanques de acero) y prácticas recomendadas (reinyección de aguas de formación) para evitar que se produzca daños previsibles. Consecuencia directa de esta omisión es el admitido vertimiento al ambiente de la Amazonía de 15834 millones de galones de agua de formación, que previsiblemente causaría daños, que podían además ser evitados con la implementación de tecnología disponible. Del mismo modo la construcción de piscinas a cielo abierto y sin recubrimiento no puede ser considerada como una práctica recomendada para ambientes donde estén en peligro fuentes de agua cercanas. No se necesitan pruebas de un hecho público y notorio, conocido generalmente, de que la zona de la Concesión, al igual que toda la Amazonia, es una zona con elevada humedad y pluviosidad, por lo que la lógica nos inclina a pensar que la construcción de este tipo de piscinas no sería una práctica recomendable por el riesgo de previsibles desbordamiento que causarían daños a las fuentes de agua cercanas. Así mismo, como consecuencia directa de la tecnología y prácticas operacionales empleadas por Texpet, que contaminaron el medio ambiente, se han visto afectados miles de

ciudadanos que habitan en el área, por que se han visto forzados a modificar su cultura y modo de vida debido a los impactos en el ecosistema con el cual están intimamente ligados, y también porque se ha generado un problema generalizado que afecta la salud de las personas que viven en las zonas impactadas por las actividades descritas. Así, tras analizar las distintas evidencias que aportan en el esclarecimiento de la materia de esta litis, para esta Corte ha quedado claro, que 1. Existe contaminación atribuible al esquema de operaciones petroleras de la Concesión, ya que tal como fue diseñado disponía el vertimiento de efluentes en el ambiente, a pesar de existir otras alternativas tecnológicas disponibles. 2. La contaminación reportada puede considerarse como peligrosa, porque consta admitida la posibilidad de que el vertimiento de fluidos como los que admite haber vertido Texaco, a nombre de Texpet, cause daños a la agricultura y a la salud de las personas. Esta posibilidad de sufrir un daño, que en este caso amenaza a personas indeterminadas, no deben padecerla indefensos los amenazados por el daño contingente, porque el legislador ha previsto sabiamente (art. 2236 Código Civil) el ejercicio de la acción popular que están ejerciendo, mediante la cual han pedido, entre otras cosas, la remoción y el adecuado tratamiento y disposición de los desechos y materiales contaminantes todavía existentes, el saneamiento de los ríos, esteros y lagos, y en general la limpieza de los terrenos plantaciones, cultivos y demás, donde existan residuos contaminantes producido o generados a consecuencia de las operaciones dirigidas por Texaco que son precisamente aquellos contaminantes referidos en líneas anteriores reportados en los informes de los distintos peritos que han presentado sus informes, y que amenazan con la posibilidad admitida por los demandados de causar daño a personas indeterminadas, como aquellas que los accionantes representan. 3. El vertimiento de los contaminantes descritos pudo ser evitado por la parte demandada con la utilización de otra tecnología que estaba disponible en la época, pero que fue omitida en el esquema de operaciones de la Concesión, que estaba bajo completa responsabilidad de la compañía Texpet, que operaba como subsidiaria de cuarto nivel de Texaco Inc., quien a su vez se fusionó públicamente con Chevron, creando Chevron Texaco, la compañía demandada en este juicio, que luego pasaría a cambiar su nombre a Chevron Corp.- **DECIMO PRIMERO**.- La culpa.- A pesar de no ser necesario entrar en el análisis de la culpa por tratarse evidentemente de un caso de responsabilidad objetiva, en criterio de esta Presidencia es conveniente analizar el nivel de diligencia con la que el sujeto actúa en relación con los efectos dañosos que se desprenden de su conducta, y con el nivel de diligencia que era exigible como operadora del Consorcio. Como

bien lo dice la Resolución 168-2007, de 11 de abril del 2007, caso número 62-2005. Andrade c. CONELEC y otros, y en las resoluciones números 414-2007 de 2 de Octubre del 2007caso 19-2005, Hermida Moreira y otros c. municipalidad de Cuenca; y, 457-2007 de 16 de noviembre del 2007, caso 71-2005, López Yánez c. Presidente de la República, en lo que constituye criterio de seguimiento obligatorio " la responsabilidad es objetiva, si ella depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto, por lo que, poco importa si el sujeto ha actuado con dolo o culpa", de manera que los resultados dañosos de la conducta del demandado, conforme se han detallado líneas arriba son suficiente fundamento para la responsabilidad del demandado, mientras que "En el caso de las denominadas actividades riesgosas, la culpa se presume; de tal forma, que le corresponde al sujeto demostrar que su conducta se ha ajustado al nivel de diligencia que la ley en su actividad.", por lo que, abundando en este análisis, y yendo más allá de esta presunción de culpa, se ha analizado si es que la conducta del demandado se ha ajustado al nivel de diligencia que exigía la Ley a todas las industrias y personas, por ejemplo al prohibir descargar residuos industriales en cursos de agua naturales (Código de Salud, art. 12 y 15), y prohibir toda contaminación que afecte la salud humana o al desarrollo de la flora y fauna (Ley de Aguas. Art. 22), resultando evidente a lo largo del expediente el permanente quebrantamiento de estas disposiciones por parte de la demandada. Como habíamos advertido líneas arriba, en caso de confirmarse que los actos de la demandada en el Consorcio han infringido normas legales sería suficiente jurídicamente para configurar otro pilar de la responsabilidad, la culpa, pues se entiende que se trata de la omisión de una conducta exigible a la parte demandada , por lo que en atención al análisis realizado acerca de la presencia de daños y de su causalidad, en relación con las obligaciones legales y contractuales que pesaban sobre la operadora del Consorcio, queda fundamentada la culpa de la demandada desde la perspectiva de la falta de la diligencia debida en una actividad riesgosa. Los actores han alegado que Texaco Inc. tenía el conocimiento y la capacidad técnica de impedir tales daños, lo cual ha demostrado ser cierto, de modo que los daños fueron no solo previsibles, sino evitables. Siendo así, y al ser jurídicamente exigible a Texpet el deber de evitar tales daños al amparo de la legislación histórica vigente en la época que operó el Consorcio, en criterio de esta Presidencia los actos de la demandada resultan evidentemente en una conducta culposa grave.- **DECIMO SEGUNDO**.- EL CONTRATO DE REMEDIACION Y LIBERACION DE RESPONSABILDADES.- Se considera con mucho cuidado el hecho demostrado documentalmente de que existe un

Contrato para la Ejecución de Trabajos de Reparación Medioambiental y Liberación de obligaciones, Responsabilidades y Demandas, entre Texpet y el ministro de Energía y minas y el Presidente Ejecutivo de Petroecuador, firmado el 4 de mayo de 1995, del cual constan también (varias veces) en el proceso las respectivas actas que certifican que varios sitios operados por Texaco han sido remediados según ordenaba el contrato y a satisfacción de las partes contratantes. Sin embargo en este proceso los demandantes, que no formaron parte del mencionado contrato, sostienen que más allá del eventual cumplimiento del contrato, en estos sitios existe contaminación que significa un riesgo para su salud y sus vidas. Es el criterio de que estos ciudadanos no pueden verse privados de sus derechos fundamentales, y en ejercicio de estos han iniciado acción ante la función pública encargada de administrar justicia, radicando la competencia en esta Presidencia de la Corte para que se pronuncie sobre su pretensión de la reparación de varios daños ambientales que supuestamente ocurren en varios de los mismos objeto del Contrato Como hemos revisado líneas arriba, durante el juicio se ha podido comprobar que muchos sitios incluidos en el RAP, que luego de la ejecución de los trabajos se aceptaron como remediados por parte del Gobierno, aún hoy en día presentan contaminación en niveles que resultan peligrosos, los cuales deberían ser eliminados para precautelar la salud de las personas. Esta particularidad no la hemos tomado en cuenta para calificar la validez del contrato, ya que no es materia de esta litis. Al respecto se aclara que no corresponde pronunciarse sobre la relación contractual entre las partes firmantes de dicho contrato, ni tampoco sobre el eventual cumplimiento o incumplimiento del mismo, pues no estamos litigando acerca del contrato ni poniendo en duda su vigencia, lo que quiere decir que el cumplimiento o incumplimiento del contrato no será analizado por no ser materia de la litis, sin embargo, considerando que muchos de los sitios que fueron objeto del contrato de remediación han sido también objeto de la demanda, y considerando que dicho contrato no afecta a terceros, que el demandado asuma la reparación de los daños ambientales que pudieran quedar remanentes en lugares remediados según el contrato de 1995, no se opone a la vigencia del mismo entre las partes firmantes. Lo dicho aquí se aplica también para los finiquitos firmados con municipalidades y Consejos provinciales, según se explicó en líneas anteriores, que no podrán beneficiarse ni administrar fondos provenientes de la ejecución de este fallo.-
DECIMO TERCERO.- MEDIDAS DE REPARACION DEL DAÑO.- Apreciando los distintos informes periciales según las reglas de la sana crítica, y atendiendo a la percepción unánime de las personas

entrevistadas a lo largo de este juicio durante las inspecciones judiciales, se llegan a la convicción de que existen varios tipos de daños ambientales y otros más que son consecuencia directa de estos. Los resultados de las inspecciones judiciales han demostrado la presencia de sustancias contaminantes originadas por las técnicas empleadas para la explotación petrolera, y del mismo modo se han presentado suficientes elementos probatorios que demuestran una probabilidad razonables de que estos contaminantes pueden ser los acusantes de los daños reportados al ecosistema y a la salud de las personas, por lo que para precautelar la salud y vida de los seres humanos deben ser reparados hasta eliminar cualquier riesgo que estos representen. Recordamos que la demanda ha solicitado la remoción y el adecuado tratamiento y disposición de los desechos y materiales contaminantes todavía existentes sin referencia alguna a un parámetro de referencia en cuanto al nivel de limpieza a ser alcanzado, por lo que se entiende que la remoción solicitada de estos desechos y materiales contaminantes debe ser completa en cuanto sea técnicamente posible, debiendo por lo tanto aplicarse el nivel de remediación más alto que sea posible, hasta devolver las cosas a su estado natural. En criterio de esta Corte la reparación del daño ambiental será eficaz en la medida que los elementos contaminantes sean removidos y eliminados del ecosistema hasta devolverlo a su estado natural, pero por otro lado, aquellos daños que presentan una probabilidad razonable de haber sido causados por la presencia de estos contaminantes, no se repararán por si solos al remover su causa, como es en el caso de los impactos sufridos por la flora, fauna, vida acuática, y la salud de los pobladores de la zona. Vistos así, los daños ambientales en el área en que operó la concesión son muy extensos y resulta técnicamente imposible volver las cosas a su estado original, al punto que en muchos de los casos no se puede reparar los daños, sino que habrá que establecer medidas de mitigación o de compensación de ser el caso, por ejemplo, de la existencia de un grave daño a la salud pública. Por esta razón esta Corte ha creído conveniente dividir las distintas MEDIDAS DE REPARACION que pueden ser aplicadas a los daños probados, considerando que éstas pueden ser tres tipos: (1) medidas principales, enfocadas a reponer los recursos naturales a su estado básico en la medida y a la brevedad posible; (2) medidas complementarias, creadas reconociendo que las medidas principales pueden demorar o no ser del todo efectivas, y cuyo objetivo es compensar el hecho de que la reparación primaria no consiga la plena restitución de los recursos naturales y compensar el tiempo que pasa sin reparación; y (3) medidas de mitigación, destinadas a disminuir y atenuar el efecto de daños de imposible

reparación. Cada una de estas medidas merece un análisis independiente para identificar la más apropiada según el tipo de daño, análisis que debe ser realizado considerando que para la condena a reparación de daños se toma en cuenta únicamente aquellos daños cuya reparación se solicitó en el libelo de la demanda y que además han sido probados como en derecho se requiere, por lo que en este asunto nuevamente nos guiaremos por lo solicitado en la demanda, en base a la cual se trabó la litis y la cual debía ser probada por la parte actora. Como pudimos leer en líneas anteriores, en la demanda se solicitó "1. La eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazan todavía al ambiente y la salud de los habitantes. En consecuencia, la sentencia deberá disponer: a)La remoción y el adecuado tratamiento y disposición de los desechos y materiales contaminantes todavía existentes en las piscinas o fosos abiertos por TEXACO y que han sido simplemente taponadas, cubiertas o inadecuadamente tratadas; b) El saneamiento de los ríos, esteros, lagos, pantanos y cursos naturales y artificiales de agua y la adecuada disposición de todos los materiales de desecho; c) La remoción de todos los elementos de estructura y maquinaria que sobresalen del suelo en los pozos estaciones y subestaciones cerrados, clausurados o abandonados, así como los ductos, tuberías, tomas y otros elementos semejantes relacionados con tales pozos; y , d) En general, la limpieza de los terrenos, plantaciones, cultivos, calles, caminos y edificaciones en los cuales existían residuos contaminantes producidos o generados a consecuencia de las operaciones dirigidas por TEXACO, inclusive los depósitos para desechos contaminantes construidos como parte de las mal ejecutoriadas tareas de limpieza ambiental. 2. La reparación de los daños ambientales causados, conforme lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental. En consecuencia en sentencia deberá ordenarse: a) la ejecución en las piscinas abiertas por TEXACO de los trabajos necesarios para recuperar las características y condiciones naturales que el suelo y el medio circulante antes de sufrir los daños; b) la contratación a costa de la demandada de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan de recuperación de la flora y fauna nativas, en donde fue posible; c) la contratación a costa de la demandada de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan para la regeneración de la vida acuática .- d) la contratación a costa de la demandada de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan de mejoramiento y monitoreo de la salud de los habitantes de las poblaciones afectadas por la contaminación. Los recursos necesarios para cubrir el costo de las actividades cuya

ejecución se demanda, en la cuantía que se determine pericialmente conforme lo previsto por el penúltimo inciso del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, deberán ser entregados al Frente de Defensa de la Amazonía, para que, con el concurso y asesoramiento de instituciones internacionales especializadas, los palique exclusivamente a los fines determinados en la sentencia", por lo que, considerando que se ha solicitado que sean entregados los costos que demanden estas actividades, analizaremos cada una de las medidas de reparación de forma independiente para identificar la más apropiada según el tipo de daño. De este modo, en cuanto a las medidas principales tenemos que éstas son necesarias para satisfacer la pretensión de los demandantes de La eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazan todavía al ambiente y la salud de los habitantes. Esta pretensión es admitida, por lo que se condena a la demandada a la completa remoción de los elementos contaminantes referidos en este fallo, por considerarse que amenazan el ambiente y la salud de los habitantes, de modo que se ordena a) "La remoción y el adecuado tratamiento y disposición de los desechos y materiales contaminantes todavía existentes en las piscinas o fosos abiertos por TEXACO", del modo que se detallarán más adelante. En cuanto al "saneamiento de los ríos, esteros, lagos, pantanos y cursos naturales y artificiales de agua y la adecuada disposición de todos los materiales de desecho.", ya hemos revisado cómo ha quedado probada en el expediente la descarga de miles de millones de galones de contaminantes en las fuentes de agua natural, por lo que se ordena que éstas deben ser saneadas en la medida de lo posible, a costa de la demandada, para lo que deberán eliminarse todo rastro de los elementos peligrosos referidos en este fallo de los sedimentos de los ríos, esteros y pantanos, que han recibido las descargas producidas por Texpet o las filtraciones de las piscinas construidas cuando operaba la Concesión, por lo que se condena a la demandada al pago de SEISCIENTOS MILLONES DE DÓLARES (USD$600'000.000,oo) para la limpieza de aguas subterráneas, cifra que es inferior al promedio según el criterio económico que ha sido estimado por Douglas C. Allen, experto contratado por la parte actora para dar sus criterios de valoración de sus criterios de valoración económica, que no es en ninguna forma obligatorio ni vinculante para esta Corte, sino una simple referencia que no es aceptada; sin embargo, la cifra señalada deberá ser suficiente para la contratación de las personas con la experticia necesaria para llevar a cabo esta medida principal de reparación; mientras que en relación a la pretensión de " La remoción de todos los elementos de estructura y maquinaria que sobresalen del suelo en los pozos estaciones y subestaciones cerrados, clausurados y abandonados,

así como los ductos, tuberías, tomas y otros elementos semejantes relacionados con tales pozos", esta Corte nota que se demandó la remoción de infraestructura abandonados, pero no procede la pretensión por qué no se ha demostrado en el expediente que dicha infraestructura abandonada cause daño o pueda causarlo en ningún caso. Del mismo modo con el 1.d, que dice "En general, la limpieza de los terrenos, plantaciones, cultivos, calles, caminos y edificaciones en los cuales existían residuos contaminantes productivos o generados a consecuencia de las operaciones dirigidas por TEXACO, inclusive los depósitos para desechos contaminantes construidos como parte de las mal ejecutoriadas tareas de limpieza ambiental", ante lo que se considera que no se ha demostrado en el expediente, como en derecho se requiere, la presencia de daños ni la necesidad de limpieza de terrenos particulares, cultivos, calles o edificaciones. En segundo lugar la demanda solicita "2. La reparación de los daños ambientales causados, conforme lo dispuesto por el Artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental." Para el cumplimento de esta pretensión la demanda solicita que se ordene "la ejecución en las piscinas abiertas por TEXACO de los trabajos necesarios para recuperar las características y condiciones naturales que el suelo y el medio circulante tuvieron antes de sufrir los daños", lo cual está relacionado con el punto 1. a) de las pretensiones, que se refiera en cambio al suelo del interior de las piscinas, mientras que ahora el pedido se extiende a la reparación de daños ambientales en las piscinas y en el medio circundante, por lo que nuevamente retomamos lo dicho por el perito Barros para limpieza de suelos, pero con las consideraciones anotadas, condenando a la demandada a la reparación también de los suelos alrededor de las piscinas. Como podemos ver, los actores han solicitado la remoción de los desechos y materiales contaminantes existentes en las piscinas y en sus alrededores, por lo que con respecto de la limpieza de suelos se observa la valoración hecha en el Dictamen Pericial del perito de la Corte, Ing. Gerardo Barros en cuanto a que contiene una referencia específica de los costos para la remediación de suelos, la cual puede ser ajustada al nivel de reparación ambiental necesario en esta causa, mediante cálculos matemáticos, considerando las diferencias como el número de metros cúbicos a limpiar y el nivel de limpieza a ser alcanzado, y aplicada al volumen de suelo contaminado que esta Corte. ha calculado que existe en el considerando noveno de este fallo, en el que afirmamos que la contaminación en el área de concesión alcanza los 7'392.000 metros cúbicos (m^3) de este modo, si consideramos que las cantidades invertidas pro los proyectos referidos por el perito Barros en su informe esta en tre lios 183 y 547 dólares por metro cúbico,

tomando un valor promedio de 365 dólares por metro cúbico, la cifra asciende a 2698'.080.000 dólares. Sin embargo si se considera los niveles de limpieza obtenidos por los proyectos referidos, vemos que alcanza un nivel de limpieza obtenidos por los proyectos referidos, vemos que alcanzan un nivel de limpieza de hasta 1000 mg/Kg. De TPHs, mientras que los demandantes han solicitado la remoción de todos los elementos que puedan afectar su salud y sus vidas, por lo que el nivel de limpieza deberá propender a dejar las cosa en el estado que tenían antes de las operaciones del consorcio, y no limitarse a evaluar y eliminar los TPHs, lo cual haría que el costo por metro cúbico estimado en base a la información proporcionada por el perito Barros se incremente. Esto es concordante con lo estimado por los demandantes en su escrito de 16 de septiembre de 2010, conteniendo criterios de valoración económica pedidos, por esta Corte, en el que afirman que Douglas C.Allen, una consultora especializada "estima que los costos potenciales para la remediación en suelos en 356 pozos y 22 estaciones de producción fluctúan entre $487 millones (para limpieza a 1000 ppm en TPH) y $949 millones (para limpieza de 100ppm en TPH), dependiendo del objetivo que se busque en cuanto a ppm TPH.", demostrando que los costos prácticamente se duplican al aumentar el nivel a 100 mg/Kg. Bajo este presupuesto la cantidad que esta Presidencia estima necesaria para una limpieza de suelos, no deberá sobrepasar los CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA I SEIS MILLONES DE DÓLARES CON CIENTO SESENTA MIL DÓLARES (USD$5.396`160.000,oo) y deberá propender a recuperar las condiciones naturales del suelo impactado por las actividades de Texpet. Pasando a las medidas complementarias a la reparación de daños, necesarias en cuanto que las medidas primarias no solucionarán por sí mismas todos los daños referidos, por lo que siguiendo con las pretensiones notamos que los actores han solicitado b) la contratación a costa de la demandada de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan de recuperación de la fauna y flora nativas, en donde fuese posible, del mismo modo que c) la contratación a costa de la demandada de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan para la regeneración de la vida acuática, todos estos aspectos referentes a la vida de los animales y de las plantas en el área de la Concesión, que han sufrido impactos negativos por las actividades hidrocarburíferas desarrolladas por Texpet, pero que serán reparados automáticamente por la remoción de los elementos contaminantes, por lo que se considera adecuado ordenar, como en efecto se lo hace, precisamente la instauración de un programa de recuperación de flora y fauna, y de la vida acuática, con una media

complementaria a las medidas principales ordenadas líneas arriba, pues es evidente que la flora y fauna originarias no se recuperarán por si solas cuando se haya removido los daños ambientales, por lo que se requerirán una medida complementaria que remedie este problema. Según los demandantes, fundamentados en lo dicho por el Dr. Lawrence W. Barnthouse, la cifra para compensar la pérdida de hábitat y servicios, ambientales por 60 años, es de entre 874 y 1700 millones de dólares, sin embargo esta cifra incluye compensaciones por servicios pasados perdidos, mientras que lo que esta medida complementaria persigue es recuperar la flora, fauna y la vida acuática nativas de la zona, por lo que considerando las diferencias se estiman necesarios al menos DOSCIENTOS MILLONES DE DÓLARES (USD$ 200`000.000,oo) divididos en 10 millones de dólares anuales, que deberán ser suficientes para invertirse en programas de recuperación de las especies nativas, por al menos 20 años o hasta que su presencia no sea necesaria, para lo cual deberá contarse con el trabajo conjunto de entidades especializadas y reconocidos en la materia y los habitantes del área impactada por las actividades del Consorcio. Esta medida de reparación, en cuanto tenga éxito en retornar las condiciones de la flora y fauna a su estado natural, ayudará también a reparar el impacto sufrido en la alimentación de los pueblos indígenas por el daño a sus fuentes de subsistencia. Así también, en cuanto a la contaminación de agua, se considera que a pesar del saneamiento ordenado anteriormente, las personas que dependen de estas fuentes necesitarán de una alternativa para sus necesidades más básicas, por lo que como medida complementaria se ordena la ejecución de un sistema o sistemas de agua potable, que deberán construirse a costa de la demandada, y beneficiar a las personas que habitan en el área que fue operada por la demandada. Para este particular se considera lo expuesto por el perito Gerardo Barros en su informe, y las diferentes fuentes contenidas en sus anexos y demás documentos que reflejan los costos de programas CEREPS, UNICEF, USAID (ver documentos en cuerpos 1501,1539,1557-1560,1573 y 1576) acerca del costo de abastecimiento de agua para el área afectada, en cuanto a que los distintos sistemas de abastecimiento de agua de fuente local varían entre valores promedio de 100 y 119 dólares por persona, afirmando que la conexión al resto de la población (35% no servido) costaría 7 millones de dólares. El perito Barros manifiesta que "los sistemas regionales de acueductos no solamente son innecesarios, sino que el costo que se alega de 430 millones es enormemente exagerado en comparación con el costo real para sistemas en la región", con lo que esta Presidencia está parcialmente de acuerdo, pues aunque es nuestro criterio es costo de 430 millones resulta

elevado, no concordamos en que los sistemas regionales puedan ser considerados innecesarios, pues la contaminación de las aguas locales es el problema precisamente que imposibilita que la captación de agua sea local, debiendo ser transportada de otras partes de la región mediante acueductos, lo que incrementaria notablemente el costo de este proyecto. Considerando las diferencias entre los proyectos que originan la diferencia de costos, como el hecho de que está planificado para un 100 o 35% de la población y que sea con capacitación de agua de fuente local o transporte mediante acueducto, encontramos que lo adecuado es cubrir al 35% no cubierto por los mencionados proyectos con agua transportada, por lo que haciendo los ajustes necesarios que deben haberse considerando las diferencias anotadas, la Presidencia estima que para esta medida de compensación serán necesarios CIENTO CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES (USD$ 150'000.000,oo) Pasando a las medidas de mitigación de daños, pensadas para los daños de imposible reparación y cuyo padecimiento no puede ser evitado, como son los daños en la salud de las personas y en sus culturas, se considera que en la demanda se solicitó "la contratación a costa de la demandada de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan de mejoramiento y monitoreo de la salud de los habitantes de las poblaciones afectadas por la contaminación", aspecto que merece un análisis detenido, considerando que ha quedado demostrada una grave afectación a la salud pública, provocada por la presencia en el ambiente de contaminantes provenientes de las prácticas hidrocarburíferas tal como fueron implementadas por Texpet, de manera que no se puede ordenar la reparación individualizada de la salud de las personas afectadas, que son indeterminadas, pero sí se puede ordenar medidas que igualmente ataquen de modo general al problema, tales como un plan de mejoramiento de salud, como fue solicitado entre las pretensiones de los actores, por lo que se condena a la demandada a sufragar los costos para la implantación de un sistema de salud. Este sistema de salud, para cubrir las necesidades en salud creadas por el problema de salud pública ocasionado por los actos de la demandada necesitará de al menos MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE DÓLARES (USD$1.400'000.000,oo) para funcionar de manera permanente y suficiente. También, dentro de las medidas de mitigación se atiende el daño cultural, por ser consecuencia de la conducta del demandado la ocurrencia de las afectaciones descritas en los pueblos indígenas, se ordena la implantación de un programa de reconstrucción comunitaria y reafirmación étnica, cuyos costos deberán también ser cubiertos por la demandada, en un monto CIEN MILLONES DE DÓLARES



(USD$100`000.000,oo) valor obtenido en base a los costos para cuatro años de nueve millones y medio de dólares, del proyecto CAIMAN, referido por el perito Gerardo Barros en su informe pericial (ver cuerpo 1576 y 1577), y que puede compartir sus objetivos con la medida de mitigación aquí ordenada, pero que deberá además duplicar esfuerzos para recuperar la organización y los valores comunitarios y reafirmar la identidad étnica de los diferentes pueblos, por un tiempo de al menos 20 años, lo que aumenta proporcionalmente los costos. Finalmente, esta Presidencia considera que también existen suficientes indicios para demostrar la existencia de un número excesivo de muertes por cáncer en el área de la Concesión, e inclusive muchas de las personas entrevistadas durante inspecciones judiciales declararon padecer o tener algún ser cercano padeciendo con algún tipo de cáncer , sin embargo debemos notar que no se ha demandado la reparación de casos particulares de cáncer, ni están identificados tales casos, por lo que no son reparables, sino que por el contrario, se considera que esta prueba en conjunto con la estadística refleja un agravante al problema de salud pública referido anteriormente. Considerando que la falta de individualización de las víctimas no libera de la responsabilidad de reparar tal daño, lo que conviene analizar es quién sería el beneficiario de dicha reparación, por lo que, atendiendo al hecho de que ha que ha quedado probado la existencia de un grave problema de salud pública, cuyas causas son razonablemente atribuibles a la explotación petrolera, resulta necesario que la medida de mitigación ordenada para cubrir el problema de salud pública originado por la inconducta de Texpet, se dirija también a mitigar este problema de salud pública, quedando de este modo acrecentada en OCHOCIENTOS MILLONES DE DÓLARES (USD$800`000.000,oo) la condena para la provisión de fondos de un plan de salud que deberá necesariamente incluir tratamiento para las personas que padezcan de cáncer que pueda ser atribuido a la operación de Texpet en la Concesión.- **DÉCIMO CUARTO**.- Se considera como muestras de mala fe procesal de la parte demandada, el no presentarse a la exhibición de documentos ordenados ni presentar excusa en la fecha señalada; el haber pretendido abusar de la fusión entre Chevron Corp. Y Texaco Inc. como mecanismo para evadir responsabilidades; abusar de los derechos que le confiere la Ley procesal, tales como el derecho de presentar los recursos que la Ley fraquea, como lo es el caso del recurso vertical de apelación, peticiones reiteradas sobre asuntos resueltos, e incidentes que por mandato de la Ley no tiene cabida dentro de un proceso verbal sumario, y que han merecido sendos llamados de atención y multas contra los profesionales que han defendido a la parte demandada por parte de los distintos

Magistrados que hemos ocupado la presidencia de esta Corte; retardos provocados mediante conductas en principio legítimas pero cuya utilización tiene consecuencia desleales para con el proceso mismo, como lo es el negar y obstaculizar el pago a los peritos posesionados, impidiéndoles así poder iniciar su trabajo, o girar cheques para el pago de peritos a nombre de la Corte de Justicia, o el bien documentado caso de los videos que fueron ilegalmente grabados por allegados a la parte demandada. Sin embargo, más allá de esta mala conducta procesal y sin perjuicio de las costas, considerando la gravedad de los efectos de la inconducta de Texaco, la mala fe con que ha litigado la parte demandada en ese juicio y la falta de reconocimiento público de la dignidad y el sufrimiento de las víctimas de la conducta de la demandada, se consideran los daños punitivos solicitados por los actores, y se anota que estos no fueron solicitados en la demanda. Pero a pesar de no ser solicitado de modo expreso, esta Corte observa que se ha presentado un fundamento jurídico, encontrado en la doctrina(ver Pizarro, "Derechos de daños", La Rocca, Buenos Aires, 1.996) basado en una serie de factores para ser considerados por el juzgador al momento de establecer este tipo de indemnizaciones, entre los que destacan: la gravedad de la falta, entendiéndose en este caso el daño causado aún a pesar de que debía y podía ser evitado; la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna, en donde destaca el posicionamiento de la demandada; los beneficios obtenidos por el ilícito, como serían mayores ganancias obtenidas por un menor costo de la producción petrolera; el carácter antisocial de la inconducta, en atención a los bienes jurídicos protegidos; la finalidad disuasiva futura; la actitud del demandado durante el reclamo, calificando la lealtad en el litigio hacia la otra parte y con la Corte; y los sentimientos heridos de las víctimas, que en este caso inclusive carecen de reconocimiento; todo lo cual ha sido considerado por esta Presidencia por ajustarse a los principios universales del derecho que imperan en nuestro país y sustentan tal pedido, de modo que los actos de la demandada mientras operaba la Concesión, su beneficio económico obtenido, los actos de sus representantes, y su manera de proceder en este proceso, hacen apropiada la aplicación de esta sanción, pero no en la suma pretendida por los actores ni bajo la forma de un pretendido enriquecimiento injustificado, sino que esta presidencia, según sana crítica, impone una penalidad punitiva equivalente a 100% adicional de los valores sumados de las medidas de reparación, lo que resulta adecuado con la finalidad punitiva y disuasoria de este tipo de indemnizaciones, teniendo propósito a la vez ejemplarizantes y disuasivos, queriendo reconocer a las víctimas y garantizar la no-repetición de inconductas similares. Sin embargo,



considerando que ya se ha condenado al demandado a la reparación del daño, y por cuanto sirve a los mismos fines ejemplarizantes y disuasorios, esta penalidad civil podrá ser reemplazada, a lección del demandado, por una disculpa pública a nombre de Chevron Corp., ofrecida a los afectados por las operaciones de Texpet en el Ecuador. Este reconocimiento público del daño causado deberá publicase a más tardar dentro de 15 días, en los principales medios de comunicación escritos en el Ecuador y en el país del domicilio de la demandada, en tres días distintos, lo cual en caso de cumplirse, será considerado como una medida simbólica de reparación moral y de reconocimiento de los efectos de su inconducta, así como garantía de no repetición, que ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos humanos con el propósito de "recuperar la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad,[y ...] transmitir un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que hechos similares se repitan" (ver caso Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, Párr. 223).- **DECIMO QUINTO**.- Finalmente, considerando que es necesario establecer un mecanismo adecuado de ejecución de la condena, que permita asegurar que el criterio de Justicia empleado en la presente sentencia se haga realidad, asegurando así la tutela Judicial efectiva, y teniendo en cuenta la procedencia del fideicomiso como modo de cumplir las obligaciones ha sido reconocida en las resoluciones de Corte Suprema números 168-2007 de abril 11 de 2007, juicio No. 62-2005, propuesto por Andrade c. CONELEC; y, 229-2002, R.O. 43 de marzo 19 de 2003, y procurando precautelar los derechos de los demandantes y de los afectados, a través de la aplicación del mismo criterio que ha servido para fijar las indemnizaciones, se impone el siguiente modo de ejecución de la condena a reparación de daños, prevista en el considerando Décimo Tercero: a) En el plazo de sesenta días desde la fecha de notificación con la presente sentencia, los actores deberán constituir un fideicomiso mercantil, ser administrado por alguna de las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos radicadas en el Ecuador al tenor de lo dispuesto por la Ley de Mercado de Valores y demás cuerpos aplicables. b) El patrimonio autónomo estará conformado por el valor total de las indemnizaciones a las que ha sido condenada la demandada en el considerando Décimo Tercero. c) El beneficiario del fideicomiso será el Frente de Defensa de la Amazonía o la persona o personas que éste designe, considerando que "los afectados" por los daños ambientales, son personas indeterminadas, pero determinables, unidas por un derecho colectivo, siendo las medidas de reparación

la forma de beneficiarlos. d) Las instrucciones para la administradora de fondos y fideicomisos, que contenga el contrato de fideicomiso, comprenderán de modo no exclusivo, pero sin poder contradecirse, las siguientes disposiciones: i. Todo el patrimonio tendrá como destino cubrir los costos necesarios para la contratación de las personas encargadas de ejecutar las medidas de reparación previstas en el considerando Décimo Tercero, y los gastos legales y de administración del fideicomiso; ii. Los representantes del Frente de Defensa, o quienes estos designen a nombre de los afectados, constituirán la junta de fideicomiso, que será el organismo de toma de decisiones y de control, y establecerán un plan de reparación dentro de los parámetros establecidos en el considerando Décimo Tercero de esta sentencia. iii. Es facultad de la Junta la selección de los contratistas, que deberán ser personas con dominio en las artes y técnicas aplicables a cada medida de reparación; para lo cual previa a la selección de las personas contratadas por parte del Fideicomiso para ejecutar las medidas de reparación, la Junta deberá asesorarse técnicamente y expresar un voto razonado que deberá ser transcrito y presentado a la fiduciaria; iv. La administradora, aparte de ejercer la representación legal del fideicomiso, supervisará que el plan de reparación se adecue a las medidas de reparación dispuestas en el considerando Décimo Tercero, y de manera previa también verificará que los contratos que vaya a firmar cumplan con el destino del fideicomiso; v. La administradora y la Junta del fideicomiso tienen la facultad de supervisar la correcta ejecución de los trabajos por parte de las compañías contratadas, por si mismo o mediante fiscalizadores y/o auditores externos; El Tribunal de instancia, en la etapa de ejecución, verificará el cumplimiento exacto de la obligación de constituir el fideicomiso, en el plazo otorgado para el efecto; y posteriormente, aplicadas que sean, comprobará también la efectividad de las medidas de reparación, quedando bajo responsabilidad de la fiduciaria el buen manejo de los fondos.- Por las consideraciones expuestas **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEYES DE LA REPÚBLICA,** acepta parcialmente la demanda presentada por María Aguinda, Ángel Piaguage y otros en contra de Chevron Corp., y se condena a la demandada al pago de los costos de las medidas de reparación de los daños conforme se dispone en el considerando Décimo Tercero, que deberá aportarse a un fideicomiso conforme se establece en el considerando Décimo Quinto de esta sentencia. Adicionalmente, por mandato legal el demandado deberá satisfacer un 10% adicional al valor sentenciado por concepto de reparación de daños a nombre del Frente de Defensa de la Amazonía. Con

costas.-Por renuncia de la señora Secretaria Relatora titular, actúe como tal la Lcda. Gloria Cabadiana Guanulema.- NOTIFIQUESE. f) Abg. Nicolas Zambrano, Presidente de la Sala Unica de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbios, lo que comunico a Usted para los fines legales consiguientes.

LCDA. GLORIA CABADIANA
SECRETARIA RELATORA (E)

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA
SALA UNICA
SUCUMBIOS

8646.160.000
864.616.000 10%
38.000

Delitos contra el medioambiente (en España)

De: **Raúl Pardo Ruiz**
Fecha: **Enero 2012**
Origen: **Noticias Jurídicas**

Re: http://noticias.juridicas.com/articulos/30-Derecho-Medioambiental/201201-81281356462561.html

Antes de la revolución industrial y de la superpoblación de la tierra era comprensible que el medio ambiente no fuese considerado un bien jurídico trascendental porque las reservas ecológicas eran muy abundantes y la capacidad lesiva de las acciones del hombre, en función del desarrollo tecnológico, resultaba insignificante. Sin embargo, tras la revolución industrial, el enorme desarrollo tecnológico alcanzado, el incesante aumento de población en el planeta y el paralelo consumo de los recursos ecológicos han convertido al medio ambiente en uno de los bienes jurídicos más importantes (Schünemann). En este sentido, como apunta Muñoz Conde, la preocupación por el medio ambiente y por el equilibrio de las condiciones ecológicas ha sido y es un fenómeno típico de nuestro tiempo, pues el desequilibrio ecológico es una de las peores consecuencias de la "civilización industrial". Las aguas de los ríos se contaminan con los vertidos de las aguas residuales de las grandes urbes y de las fábricas e industrias que en sus márgenes se asientan; el tráfico automovilístico produce gases que contaminan el aire; las centrales eléctricas y nucleares perturban el equilibrio biológico; las playas se ven invadidas por "mareas negras" producto de las pérdidas de petróleo y de los naufragios de los petroleros; el mar se convierte en un gigantesco basurero atómico, etc. Todo ello produce incomodidad, mala calidad de vida, desaparición de especies animales, enfermedades y al final, a veces, la muerte. Por ello es que el continuo deterioro que ha venido sufriendo el entorno natural del hombre ha hecho reaccionar a los distintos países, que han optado por acudir a la vía penal para tratar de poner límites a ese deterioro, obteniendo una protección más severa que la que brindaba el mero Derecho Administrativo. En esta misma línea, se pronunciaron los Magistrados y Fiscales del Foro Medioambiental, en su Encuentro celebrado en Granada, los días 23 y 24 de abril de 2009, cuando recordaban que a pesar de que siempre ha sido el Derecho Administrativo el que se ha encargado de regular esta defensa (a través de la protección de determinadas zonas naturales, por el valor ecológico que representan, o de determinadas especies en peligro de extinción, ordenando aquellas actividades que podían atacarlo, estableciendo un concreto régimen de sanciones), se comprobó que esa regulación era claramente insuficiente y de ahí que se acudiera al Derecho Penal para sancionar aquellas conductas que atentaren de forma más grave contra el medio ambiente. En España esta concienciación se pone de manifiesto en la Constitución Española que en su artículo 45.1 establece que "todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo" recogiéndose, en el apartado tercero del referido artículo, la posibilidad de establecer sanciones penales para quienes violen la utilización racional de los recursos naturales. Consecuencia de

ello fue la inclusión en el Código Penal del artículo 347 bis, en el año 1983, y la posterior tipificación, en el actual Código, de un número significativo de tipos penales, que ampliaba su alcance y las penas. Ahora bien, pese a ello, la dependencia del Derecho Penal respecto del Administrativo en esta materia es evidente, de ahí el empleo de lo que la doctrina denomina "ley penal en blanco" que opta por no definir íntegramente el hecho constitutivo de la infracción sino que se remite a normas de índole administrativa. Claro ejemplo de ello son, entre otros, los artículos 319, 325, 333, 334, etc., todos ellos del Código Penal, que se remiten a leyes u otras disposiciones del referido ámbito. La construcción de los tipos penales como ley penal en blanco, la ingente normativa existente y la ausencia de un Código ambiental que sistematice las numerosas disposiciones existentes sobre la materia dificulta el conocimiento efectivo de las conductas prohibidas, no solo a los ciudadanos sino también a los jueces penales.

Regulación legal

El Código Penal regula el medio ambiente de forma expresa en el Título XVI: De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente(rúbrica modificada por la LO 5/2010 de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010) organizándose la referida regulación en cinco Capítulos referidos, el primero de ellos, a los delitos contra la ordenación del territorio (capítulo también modificado por la referida Ley Orgánica); el segundo, a los delitos sobre el patrimonio histórico; el tercero, dedicado a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente; el cuarto, a la protección de la flora fauna y animales domésticos y por último, el quinto, que recoge unas disposiciones comunes para todos ellos.

Todos estos Capítulos protegen bienes que la doctrina ha calificado como colectivos o supraindividuales y que guardan, a su vez, relación con el medio ambiente en sentido amplio y, por ende, con la propia existencia del ser humano. Ese medio ambiente regulado o Derecho Ambiental –entre el que también se encuentra el Derecho Penal del Medio Ambiente– es definido por la jurisprudencia como el conjunto de normas jurídicas que tienden directamente a proteger, conservar y mejorar aquellos elementos que representan una riqueza natural digna de tutela por sus especiales valores estáticos o dinámicos, entre los que se encuentra la contribución a la mejora de la calidad de la vida y el desarrollo de la persona a través de un disfrute inmediato de los mismos, sustrayendo de su ámbito de aplicación los elementos naturales que carecen de tales valores, en aras de un desarrollo sostenible. Teniendo en cuenta que el artículo 45 de la Constitución, informador de ese Derecho Ambiental, se configura primeramente en torno al desarrollo de la persona y a la protección y mejora de la calidad de la vida, parece coherente defender que el legislador punitivo debe sistemáticamente establecer de forma conjunta el reproche penal que merece la puesta en peligro de la salud de las personas como consecuencia de la afectación, penalmente relevante o no, del equilibrio de los sistemas naturales en sí mismo considerado (Vg. Sentencia de la AP de Jaén de 20 de marzo de 2006 y de 24 de octubre de 07, así

como la sentencia del Tribula Supremo de 27 de abril de 2007, entre otras). La jurisprudencia constitucional, en parecidos términos, ha manifestado que, por coherencia y respeto al artículo 45.2 de la Constitución, el Derecho Ambiental debe caracterizarse por proteger o conservar los elementos naturales con el fin de mejorar, propiamente, el medio ambiente y la calidad de vida, que se integra, entre otros elementos, por la salud.

Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente han sido objeto de sustanciales modificaciones desde que, como tales, fueron recogidos en el Código Penal de 1995, previa existencia de la LO 8/1983, de 25 de junio, que por primera vez introdujo el llamado "delito ecológico" en el artículo 347 bis del Código Penal. Las reformas más notables en los mismos se produjeron a través de la LO 15/2003, de 15 de noviembre, de reforma del Código Penal de 1995 y, en la actualidad, éstos vuelven a ser objeto de reforma por mor de la LO 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, tal y como se expuso ut supra. En virtud de esta reforma, se ha ido más allá de lo que previó el pre-legislador, pues se ha variado sustancialmente el texto recogiendo previsiones que no se encontraban en el mismo (verbigracia, la introducción definitiva en el orden penal del principio "el que contamina paga"). La consecuencia de la mayoría de reformas producidas ha sido debida, tal y como expresa en la Exposición de motivos, "a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito" y, así, la promulgación de la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal, ha sido la piedra angular que ha producido este efecto reformador.

Al margen de lo expuesto, seguimos contando con una amplia gama de normativa jurídica, protectora del precitado derecho, conformada -entre otros- por los artículos 45, 148.1.9ª y 149.1.23ª de la CE; el artículo 1.2 e) de la LOTJ; Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera; la Ley de 21 de julio de 1973, de minas; los artículos 25.2 f) y 26.1 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local; el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas; los artículos 14 y 42 de la LGS; la Ley de Residuos 22/2011; la Ley 37/2003, del ruido; el Real Decreto 484/1995, sobre medidas de regulación y control de vertidos; la Ley 22/1988, de Costas y el Real Decreto 1-12-1989, que aprueba su reglamento; la Ley 42/2007, de 13 de Diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; la Ley 3/1998, general de protección del medio ambiente del país vasco; la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades (LPCA), que deroga y sustituye la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración Ambiental; el Real Decreto 302/1986, de evaluación del impacto ambiental; el Real Decreto 258/1989, por el que se establece la normativa general sobre vertidos de sustancias peligrosas desde tierra al mar; el Título XVI del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Roma 25 de marzo de 1957; la Convención de 23 de junio de 1972, sobre protección del patrimonio mundial cultural y natural; la Convención de 29

de julio 1972 sobre prevención de contaminación del mar por vertido de desechos; la Convención de 10 de julio de 1976, sobre prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros hostiles; la Convención de 13 de junio de 1979, sobre contaminación atmosférica; la Convención de Viena de 22 de marzo de 1985, para la protección de la capa de ozono; la Directiva 79/409/CEE, relativa a la conservación de las aves silvestres; la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la protección del medio ambiente por medio del derecho penal; la Directiva de la CEE 2002/49, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental; la Directiva de la CEE 2003/35, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y la Decisión de la CEE 466/2002, por la que se aprueba un programa de acción comunitario de fomento de las organizaciones no gubernamentales dedicadas principalmente a la protección del medio ambiente.

El delito ecológico (325 del Código Penal)

Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

Los elementos que configuran este tipo penal son los siguientes[1]:

- Uno de naturaleza objetiva (**elemento objetivo**) que por exigencias típicas descriptivas ha de consistir en la provocación o realización, directa o indirecta, de alguna de las actividades aludidas en el precepto (emisiones, vertidos, extracciones o excavaciones, aterramientos, residuos, vibraciones, inyecciones o depósitos) realizadas sobre alguno de los elementos del medio físico también enumerados (atmósfera, suelo, subsuelo, o aguas terrestre, marítimas o subterráneas).
- En segundo lugar, la infracción de una norma extrapenal (**elemento normativo**), requisito exigido de manera explícita en forma de contravención de alguna de las leyes o disposiciones normativas reguladoras de aquel tipo de actividades.
- Que se cree una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido (**elemento valorativo**).
- La comisión dolosa en la producción o realización (**elemento subjetivo**) para lo que deberá acreditarse bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación.

Con relación al primero, esto es, el **elemento objetivo**, la conducta típica (como antes, en el artículo 347 bis del Código Penal de 1973) consiste en "provocar o realizar" directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas. Pese a que de la redacción legal parece desprenderse la necesidad de una forma activa de comportamiento, también está incluida en el tipo la comisión por omisión, es decir dejar que se produzca la emisión o vertido, no evitarla o no poner los medios para impedirlo. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo 105/99, de 27 de enero, señaló que la conducta, pese a la forma activa de las locuciones verbales descritas, alcanza sin duda a la comisión por omisión, cuando el sujeto deja, tolera, permite en suma, que se produzca un vertido y no pone los medios para impedirlo. Los dos verbos nucleares son los de “provocar” o “realizar” y no deben estimarse idénticos -semánticamente tampoco lo son- y empleados como recurso estilístico del legislador, apuntando la sentencia antes citada (también la nº 96/2002, de 30 de enero) que “provocar” es equivalente a originar, facilitar o promover; empero, entonces, resultaría igual o parejo a “realizar” por lo que debe reputarse que “provocar” puede comprender, en su diferencia con “realizar”, la de mantener tales emisiones o vertidos, máxime cuando la interpretación contextual da pie para ello al entender que el vertido puede hacerse directa o indirectamente y no sólo en el sentido subjetivo o personal, sino en el objetivo, finalista o direccional. Así, debe tenerse en cuenta que la dicción utilizada en el precepto "provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos" pretende abarcar toda acción humana que determine o un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto. Por lo que se refiere al controvertido aspecto de “vertido”, éste ha sido resuelto, en primer lugar, por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea que, en sentencia 22301/99 de 29 de septiembre, estableció que el concepto jurídico medio ambiental de vertido es el tipificado en el artículo 1.2 de la Directiva Comunitaria 76/464 CE que se refiere a todo acto imputable a una persona por el cual, directa o indirectamente, se introduce en las aguas a las que se aplica dicha Directiva alguna de las sustancias peligrosas enumeradas en las Listas I y II de su Anexo. Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo al distinguir el artículo 325 del Código Penal, en cuanto sanciona la emisión directa de vertidos, del artículo 328 del mismo texto legal, referido a depósitos o vertederos líquidos o sólidos, matiza esta distinción en el sentido de que los vertidos contaminantes en depósitos o los vertidos contaminantes en depósitos o balsas insuficientes o permeables, de suerte que se produzcan filtraciones en el terreno con la subsiguiente contaminación de acuíferos, es conducta que debe llevarse a la figura básica del artículo 325y en modo alguno al 328. En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 215/2003, de 11 de Febrero, textualmente estableció que “el artículo 328 no cubre los vertidos de purines procedentes de una granja de 5.000 cerdos en bolsas permeables e insuficientes”, en donde los residuos sobresalían o filtraban y producían contaminación de acuíferos, pues considera que la conducta sería integrable en el artículo 325 del Código Penal. Tanto el antiguo artículo 347 bis del Código Penal de 1973, como el 325 del Código de 1995, utilizan las mismas expresiones para definir la conducta nuclear en estas infracciones penales"provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase". La amplitud de estos términos permite que hayan de

considerarse delictivas conductas que no constituyen un acto de vertido directo en la corriente de agua pero que son un comportamiento previo del que necesariamente ha de derivarse ese vertido.

Por lo que respecta al **elemento normativo**, se refiere a la infracción de una norma extrapenal, esto es, que la acción típica se verifique contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente. El nuevo texto legal da cabida tanto a disposiciones de rango superior (Directivas y Reglamentos de la Unión Europea (Vg. Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2001 y de 24 de febrero de 2003), como inferior (Órdenes Ministeriales, Decretos y Órdenes emanadas tanto de la Administración Central como de las autoridades Administrativas autonómicas y locales. De forma detallada se refiere a esta posibilidad la sentencia del Tribunal Constitucional 128/98, de 15 de junio). Esta normativa complementaria del tipo penal(Comunitaria, Estatal, Autonómica y Local) se rige en su aplicación por el principio de jerarquía normativa, de forma que el Derecho Interno de cada Estado está supeditado al comunitario y la normativa autonómica y local a la estatal, siendo nulas de pleno derecho las disposiciones y actos jurídicos que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior. En el ámbito penal medioambiental, la primacía de la normativa medioambiental complementaria del tipo penal sobre aquellas normas, disposiciones o actos administrativos de rango inferior que vulneren la exigencia constitucional de respetar el Medio Ambiente como obligación que compete a todos los poderes públicos se ha invocado como excluyente del elemento normativo del tipo, la aplicación o existencia de normativa medioambiental autonómica o local o de actos administrativos basados en la misma, que vulneraban la norma medioambiental de rango superior (sentencia de la AP Barcelona, 450/2011, de 22 de junio). La normativa medioambiental protectora, complementaria del tipo penal del artículo 325, debe ser conocida y aplicada de oficio por el Tribunal Penalen base al principio Iura Novit Curia, sin necesidad de que la misma sea invocada por el Ministerio Fiscal, ni por las partes acusadoras, o mencionada en los respectivos escritos de acusación. Así lo establece la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1999, siguiendo la doctrina sentada por las sentencias del Tribunal Constitucional 127/90, de 5 de julio y del Supremo de 3 de abril de 1995 y 1 de febrero de 1997, en un supuesto de vertido de excrementos de cerdo (purines) en que se alegó vulneración de la tutela judicial y del principio acusatorio por no constar mencionada en los escritos de las acusaciones la normativa completaría del tipo penal.

En cuanto al **elemento valorativo**, situación de peligro grave para el bien jurídico, se debe partir de que las irregularidades administrativas no constituyen ni dan vida sic et simpliciter al delito medio ambiental (sentencia del Tribunal Supremo 1118/2005, de 26 de septiembre). El delito contra el medio ambiente es un delito de peligro que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. Después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2002, de 1 de abril de 2003, de 24 de junio de 2004, de

27 de abril de 2007 y de 20 de junio de 2007) entendiendo por tal un híbrido "a medio camino entre el peligro concreto y abstracto" (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2004) en el que "no basta la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa, lo que significa que habrá que analizar, no sólo la composición y peligrosidad de los vertidos (administrativamente prohibidos), sino también si tales vertidos hubieran podido tener importantes efectos nocivos sobre el cauce del río y su caudal. Lo que debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta" (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo 2004), esto es, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004, debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear o, en su caso, el daño causado como concreción del riesgo. Es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido. Ahora bien se acoja la estructura del tipo penalde peligro concreto, abstracto-concreto o hipotético, como últimamente se afirma en la doctrina y jurisprudencia de la Sala Segunda del Supremo, lo cierto es que el artículo 325 exige, como elemento de tipicidad, la gravedad del peligro a que se somete al equilibrio de los sistemas naturales, o en su caso, a la salud de las personas. De no alcanzar este nivel, el comportamiento sólo podrá dar lugar, en su caso, a reacciones sancionadoras administrativas. Por ello lo cierto es que debe concurrir un peligro grave para el medio ambiente, elemento del tipo valorativo y excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro, lo que hace preciso que desde la jurisprudencia, en su función nomofiláctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma a través de las sentencias. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo 96/2002, de 30 de enero, estableció que "esta exigencia atribuye a los tribunales una labor de concreción típica. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (STS 105/99, de 27 de enero)". La valoración que hace el tribunal es inmune en lo que dependa de la inmediación, pero es revisable en su racional expresión, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido casacional utilizado. Para encontrar el tipo medio de la gravedad a que se refiere el artículo 325 del Código Penalhabrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro tanto el factor antropocéntrico, es decir la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro. En la sentencia del Tribunal Supremo 194/2001, de 14 de febrero, se afirmó, en el mismo sentido, que “el peligro equivale a la relevante posibilidad de que llegue a producirse un efecto temido. Se trata de un elemento constitutivo del tipo penalcuya concurrencia debe determinarse, en concreto, mediante la prueba... A tal efecto no puede perderse de vista que el Código Penalcifra la concreción del peligro en la intensidad de la incidencia contaminante. Es el índice de ésta, cuando sea susceptible de connotarse con el rasgo típico de gravedad, el que dará relevancia penala la conducta”. Parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro

se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo. En todo caso, estos criterios necesitan de una prueba pericial que lo exponga, al menos que el Juez sea asesorado pericialmente por expertos que expongan los criterios anteriormente relacionados y sobre los que se establezca la necesaria contradicción evitando que las percepciones del Juez se conviertan en presupuesto inseguro en la aplicación del tipo penal. En cualquier caso, por la doctrina se destaca que la inevitable valoración ha de tener en cuenta que integran el concepto de peligro dos elementos esenciales: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. La gravedad se ha de deducir, pues, de ambos elementos conjuntamente lo que significa negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afecten de manera insignificante al bien jurídico. Tampoco puede pasar de soslayo que, el inciso último del artículo 325 no exige –ni siquiera gramaticalmente– que, además de la salud de las personas, se afecte al equilibrio de los sistemas naturales. Quizá podría pensarse que si el hecho afecta a la salud de las personas, entonces ya afecta también, por definición, al equilibrio de los sistemas naturales, pero eso no es ni mucho menos un axioma: una emisión contaminante de humos de una fábrica que pone en peligro la salud de unas decenas de personas que viven o trabajan en las cercanías seguramente no incide en los «sistemas naturales». Podría pensarse también, que como el Capítulo se refiere a atentados contra el medio ambiente, la mera afectación de la salud de las personas que no tuviera esa dimensión sistémica quedaría fuera del ámbito de protección. Sin embargo, debe partirse de que el medio ambiente no es, en su contemplación por la Constitución, sino un medio para el desarrollo de la persona, por lo que la sanción por dicho Título de los supuestos en que se afecta no ya al medio, sino al propio sujeto de referencia del medio, podría sostenerse sobre la base de una argumentación «a fortiori». Además, en última instancia, es obvio que cada hombre es, en sí mismo, un ecosistema, por lo que no puede haber objeción a la protección, desde el delito contra el medio ambiente, del sistema natural humano (Por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2007). Por último, por lo que respecta a la contaminación acústica, fue la famosa y pionera sentencia del "caso Chapó" de 24 de febrero de 2003, la que condenó por emisión de ruidos y consideró que el tipo del 325.1 no necesariamente surge cuando la conducta supone una puesta en peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales, sino también cuando con independencia de ello, el riesgo de grave perjuicio creado con esas modalidades comisivas fuere –únicamente– para la salud de las personas. También se desprende de ésta que la sanción penal ha de reservarse para conductas que pongan el bien jurídico en una situación de peligro grave y, por tanto, considera que el ruido puede ser una conducta de perfecto encaje en el 325.1 en tanto en cuanto suponga un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas. Desde que se dictara esa pionera sentencia en el año 2003, han ido surgiendo in crescendo sentencias que ya no sólo castigan los ruidos, emisiones o radiaciones como un delito de lesiones –sino también y a su vez – como un delito contra el medio ambiente,

poniendo más énfasis, aún si cabe, en la no necesidad de peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales, bastando sólo con que exista riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas para que las citadas conductas tengan exacto encaje en el tipo penal. Así, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2007 o, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 16 de diciembre de 2005 que literalmente dice que "de todos los hechos expuestos son responsables los dos acusados, cuya conducta ha estado presidida en todo momento por el más absoluto desprecio a las más elementales normas protectoras del medio ambiente y a la salud de los vecinos, los cuales han vivido un auténtico calvario desde que comenzó la actividad del "pub Bucanero", amparándose los acusados en la ineficacia del sistema administrativo sancionador. Además de su salud, se ha visto afectada su intimidad personal y familiar, la inviolabilidad de su domicilio, su bienestar y su calidad de vida" y que continua diciendo que "los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra el medio ambiente previsto y penado en los arts. 325, segundo inciso, y 327 del Código Penal, en concurso medial con cuatro delitos de lesiones (art. 147.1º del C. p.), porque contraviniendo de manera reiterada y contumaz las normas administrativas que regulan la actividad a que se dedicaban en cuanto protectoras del medio ambiente, vertían ruidos al exterior, con grave riesgo para la salud de las personas, que se concretó en las lesiones psíquicas sufridas por las cuatro personas ya mencionadas". Como se ve, no menciona en momento alguna la puesta en peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales.

Por último, condición sine qua non para castigar estas conductas es la concurrencia del elemento subjetivo del tipo del 325, esto es, la actuación dolosa, bien sea directa o eventual, incluso por imprudencia cuando ésta es grave (Cfr. Artículo del que suscribe acerca de la culpa consciente y la ignorancia deliberada). El dolo será normalmente un dolo eventual o de segundo grado, siendo improbable la apreciación del dolo directo, ya que normalmente la conducta potencialmente lesiva del medio ambiente se comete con una finalidad inocua para el derecho penal, como es el desarrollo de una actividad industrial. La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Vg. Sentencia 486/2007 de 30 de mayo) ya se pronunció acerca de las singularidades del tipo subjetivo en el presente delito. Así, en su sentencia de 19 de mayo de 1999 dijo que "el conocimiento y voluntad del riesgo originado por la acción es lo que configura el elemento subjetivo del delito en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto, al dolo directo o eventual según el nivel de representación de la certeza o probabilidad del resultado de la conducta ejecutada y de la decisión de no desistir de ella a pesar de las perspectivas previstas por la mente del sujeto". En efecto, el tipo del artículo 325 del Código Penal (sentencia del Tribunal Supremo 1527/2002, de 24 de septiembre) requiere la comisión dolosa en la producción del vertido, para lo que deberá acreditarse bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación. Esa acreditación, como todo elemento subjetivo, deberá resultar de una prueba directa o ser inferida de los elementos objetivos acreditados que permita afirmar la comisión dolosa del vertido. La contaminación por vertidos (sentencia del Tribunal Supremo 1538/2002, 24 de septiembre) no requiere una específica construcción dolosa, sino la genérica de dolo, esto es, conocimiento de los elementos

típicos y la voluntad de su realización, expresiones que se reflejan en el hecho probado. Se ha rechazado la calificación imprudente cuando se está en presencia de un profesional, conocedor de la carga tóxica transportada, de la necesidad de autorización administrativa, de su procedencia y de la gran cantidad de aquélla (sentencia del Tribunal Supremo 442/2000, de 13 de marzo). En estas situaciones si bien no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción. En definitiva, en estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro (sentencia del Tribunal Supremo 388/2003, de 1 de abril). En consecuencia, el dolo no es otra cosa que el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo y, por ello, será necesario acreditar el conocimiento y voluntad por parte de cada acusado del riesgo inherente al vertido incontrolado, por ejemplo, de residuos líquidos y tóxicos y, en fin, de la idoneidad de esa situación de riesgo para producir, importantes filtraciones en el suelo, subsuelo y acuífero subterráneo de la zona. Y el conocimiento de esa situación de riesgo ecológico, de sus potenciales efectos contaminantes en el medio ambiente y, cuando menos, la aceptación de sus irreversibles consecuencias, fluye del juicio histórico. En idéntico sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 1162/2011, de 8 de noviembre y la sentencia 235/2011 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 3 noviembre, cuando refieren que "quien conoce suficientemente el eventual peligro generado por su acción, que pone en riesgo especifico a otros bienes, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado", que constituye consecuencia natural y que es la situación de riesgo deliberadamente creada (sentencias del Tribunal Supremo 1160/2000; 1715/2001; 20/2002 y 1564/2001). En suma, obra con dolo todo el que conociendo el peligro concreto generado por su acción no adopta ninguna medida para evitar la realización del tipo (sentencia del Tribunal Supremo 327/2007, de 27 abril).

Tipo cualificado (326 del Código Penal)

Se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.

- Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.
- Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.
- Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.
- Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.
- Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones.

La referencia a "sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos" establece una cláusula de concurso de delitos, en los supuestos en los que, concurriendo una de las agravantes previstas, se realice otro tipo penal.

La clandestinidad se justifica por la mayor peligrosidad de la conducta al sustraerse a la actividad inspectora de la administración. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia 1162/2011, de 8 de noviembre) ha declarado que "clandestino" es lo que se realiza sin haber obtenido la autorización y la aprobación administrativa requerida para la regular utilización de las instalaciones de que se trate. La sentencia del Tribunal Supremo 1112/2009, de 16 de noviembre, perfila la cuestión diciendo que "la razón de la agravación hay que encontrarla en el incremento del riesgo derivado de la realización de una actividad arriesgada, como es la explotación de un vertedero, sin obtener la autorización de la administración que actúa como agravante del bien jurídico. Esa autorización es la que permite la realización de inspecciones y control de la realización del servicio. En el caso de autos, como dijimos ese incremento de riesgo no existe por la falta de autorización en la medida en la que la administración, en este caso local, se sabe al corriente de la ilícita actividad que se realizaba en el vertedero. Acreditado el conocimiento público de la actividad y de los riesgos existentes, hasta el punto de que la acusación pública acusó en el enjuiciamiento al Alcalde y a dos de los concejales del ayuntamiento, no procede la ampliación de la agravación específica"

Desobediencia, es especial respecto del delito o falta de desobediencia (artículo 556 y 634 del Código Penal) puesto que la agravante requiere desobediencia a órdenes expresas de la Administración (Sentencia del Tribunal Supremo 1118/2007, 20 de diciembre, concurre cuando constan requerimientos, aun cuando se hicieran mejoras; 373/2009, 8 de abril, que establece que no concurre si hay autorización temporal sujeta a requisitos no cumplidos o, en idéntico sentido, la sentencia de la AP de Valladolid de 20 de diciembre de 2005).

En lo que atañe a la falsedad u ocultamiento de información sobre aspectos ambientales y a la obstaculización de la actividad inspectora, ambas modalidades agravadas, pueden interpretarse en sentido formal (donde bastaría con acreditar la actividad de ocultación u obstaculización, sin ser preciso que la información falseada u ocultada afecte a aspectos relevantes de la actividad ni que la actuación de control y vigilancia por la Administración se vea impedida o dificultada hasta el punto de no

detectar elementos que hubieran impedido obtener la licencia administrativa o la continuación de la actividad), o en sentido restrictivo, en la línea referida respecto a las anteriores circunstancias en virtud de la cual deberían ir vinculadas a un incremento del riesgo para el bien jurídico protegido. En consonancia con una u otra opción, el concurso con eventuales delitos de falsedades se resolverá como concurso de leyes (artículo 326) o concurso de delitos (artículo 326 e ilícitos de falsedades). La sentencia de la AP de Valladolid, de 20 de diciembre de 2005, establece que se aplica la agravante, aun cuando se reconoce que los inspectores no se identificaron como Funcionarios de la Confederación Hidrográfica del Duero.

La causación de un riesgo de deterioro catastrófico o irreversible existe cuando el daño en el medio ambiente alcance tal gravedad que no pueda ser remediado por la capacidad generadora de la propia naturaleza, haciéndose necesaria una intervención activa del hombre. Habrá deterioro catastrófico cuando el daño revista intensidad y extensión más que considerables por el número de elementos naturales destruidos, la población humana afectada y la duración de los efectos contaminantes.

Respecto de la extracción ilegal de aguas en período de restricciones, es una agravante que debe ponerse en relación con la conducta típica de "captación de aguas" y para su aplicación no es suficiente que exista sequía sino que requiere una resolución administrativa que restrinja el uso de agua.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas (327 del Código Penal)

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

- Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años.
- Multa de uno a tres años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

En coherencia con el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31 bis, el legislador ha sustituido el antiguo artículo 327, en el que recogían las "consecuencias accesorias" imponibles a las empresas, por una auténtica responsabilidad penal de éstas. Con ello se da cumplimiento a las previsiones recogidas en la Directiva 2008/99/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal que, en su artículo 7, obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas

consideradas responsables en virtud del artículo 6 sean castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, sin concretar cuáles deben ser estas consecuencias dejando, por tanto libertad a los Estados para elegirlas. En consecuencia, las personas jurídicas en los delitos medioambientales se convierten ahora en penalmente responsables, siempre y cuando concurran los requisitos exigidos en el citado artículo 31 bis y ello aun cuando, como se establece en este último precepto citado, no sea posible individualizar una concreta persona física autora del delito. Se ha configurado un sistema de penas doble: una obligatoria (pena de multa por cuotas) y otras, dando un amplio margen de discrecionalidad, facultativas de los jueces y tribunales (el resto de las recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7).

El delito relativo a la gestión de residuos (328 Código Penal)

- Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años quienes establezcandepósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.
- Con las mismas penas previstas en el apartado anterior serán castigados quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos y que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas.
- Serán castigados con la pena de prisión de uno a dos años los que en la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación o el aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos, pongan en grave peligro la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.
- El que contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general traslade una cantidad importante de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.
- Cuando con ocasión de las conductas previstas en los apartados anteriores se produjera, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los jueces o tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior.
- Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este artículo, se le impondrán las siguientes penas:
- Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

- Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

  Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

- Cuando en la comisión de cualquiera de los hechos previstos en los apartados anteriores de este artículo concurra alguna de las circunstancias recogidas en los apartados a), b), c) o d) del artículo 326 se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código.

  En definitiva, la reforma del precepto ha consistido en mantener el antiguo artículo 328 –convirtiéndose ahora en el 328.1– pero aumentando la pena de prisión y adicionando la de inhabilitación. Además, se han añadido seis números más al precepto, introduciendo nuevas figuras relacionadas con la explotación de instalaciones peligrosas o con el tratamiento de residuos, contemplando asimismo la responsabilidad de las personas jurídicas. Todo ello, sobre la base de las obligaciones impuestas por la normativa comunitaria, más concretamente, de la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

  Comencemos pues el análisis, siquiera somero, de estos siete apartados:

- **Establecimiento de depósitos o vertederos de sustancias tóxicas o peligrosas (328.1 del Código Penal).**

  Para dotar de sentido y autonomía a esta figura, conviene entender dicho término como "lugar o recipiente donde se deposita", lo que además es coherente, a su vez, con el sentido del otro término al que le une la conjunción "y", esto es, el "vertedero". En efecto, si se interpreta conjuntamente con el término "vertedero", que hace referencia al "lugar adonde o por donde se vierte algo", y también al "lugar donde se vierten basuras o escombros" (acepciones 1ª y 2ª del Diccionario de la Lengua Española), resulta claro que aquí se castiga no la provocación o realización de vertidos o depósitos stricto sensu, ni siquiera de forma indirecta, sino la disposición, en el sentido de creación o establecimiento, de vertederos o depósitos de una determinada clase de desechos o residuos (Faraldo Cabana). Desde esta perspectiva, este tipo castiga actos preparatorios o tentativas de participación en la provocación o realización de vertidos o depósitos, conductas que quedarían impunes en el marco del artículo 325 hasta que se iniciara la ejecución. El simple depósito de sustancias contaminantes, susceptibles de provocar daños al equilibrio medioambiental, pero ajeno a cualquier prevención normativa, tendría cabida en el artículo 328, mientras que la tipicidad del artículo 325.1 quedaría reservada para aquellos otros casos en los que, además del depósito, su simple existencia implicara la vulneración del mandato imperativo del derecho administrativo relativo a la utilización industrial de sustancias

tóxicas o contaminantes (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 486/2007, de 30 de mayo; 875/2006, de 6 de septiembre y 81/2008, de 13 de febrero)

- **Realización de actividades peligrosas y utilización o almacenamiento de sustancias peligrosas (328.2 del Código Penal).**

  Introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, es consecuencia directa de la transposición de la Directiva 2008/99/CE. No se trata de una modalidad privilegiada del delito de contaminación, sino que, como en el caso de establecimiento de depósitos, se tipifica expresamente una fase comisiva previa de forma que si, efectivamente, fruto de la explotación de las instalaciones se produce cualquiera de los resultados contemplados en el artículo 325 (emisiones, vertidos, radiaciones, etc.) peligrosos para el equilibrio de los sistemas naturales, vendrá en aplicación este precepto y no el tipo más benigno del 328.2. La conducta supone la explotación de instalaciones vinculadas a una actividad peligrosa que puede consistir, según se menciona expresamente, a modo de ejemplo, en el almacenaje o utilización de sustancias peligrosas.

- **Recogida, transporte, valorización, eliminación o aprovechamiento de residuos (328.3 del Código Penal).**

  Esta nueva figura sanciona la actuación en cualquier momento del ciclo de tratamiento de los residuos que ponga en peligro a las personas o a los elementos del medio ambiente, tal y como se formula en la Directiva 2008/99/CE, artículo 3.b. Se configura como delito de peligro sin exigir contravención de norma administrativa alguna, a diferencia del precepto anterior. Se exige, en suma, que la conducta reprochable comporte un grave peligro para la vida, la integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo, de las aguas, animales o plantas (Auto 139/2011 de la AP de Ávila, de 22 de julio).

- **El traslado de una cantidad importante de residuos (328.4 del Código Penal).**

  Se configura de manera similar a la figura del apartado tercero como norma penal en blanco, por lo que debe acudirse a la Ley de Residuos (Ley 10/1998, de 21 de abril) y concordantes (Vg. RD 1378/199, de Medidas para eliminación de residuos tóxicos; Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases, etc.). Se eleva, de nuevo, la infracción administrativa a la categoría de delito; no obstante, no se vacía de forma automática la infracción administrativa puesto que para sancionar penalmente no basta con contravenir la normativa administrativa sino que además el traslado ha de ser de una cantidad importante de residuos (ya sea en un único acto o en varios vinculados). Serán, pues, los Jueces y Tribunales quienes determinen qué se entiende por "cantidad importante" y, a la hora de determinar ese concepto, deberán tener presente aspectos tan relevantes como la cantidad o naturaleza de los residuos. En este sentido, Auto 139/2011 de la AP de Ávila, de 22 de julio, que establece que "son elementos típicos el "traslado de residuos" en "cantidad importante" que contravengan las leyes u otras disposiciones de carácter general, por lo que tal conducta no

comprende el depósito sino la movilización o desplazamiento de los residuos desatendiendo la reglamentación normativa que vela por la idoneidad de ese procedimiento"

- **El concurso del artículo 328.5 del Código Penal.**

  El comportamiento típico previsto en las distintas modalidades del artículo 328 del Código Penal puede desencadenar un riesgo para el medio ambiente y/o las personas que se traduzca en resultados lesivos para otros bienes jurídicos como la vida o la integridad de las mismas. En estos casos habrá de definirse la relación concursal existente entre el tipo contra el medio ambiente y los delitos o faltas de homicidio, lesiones (psíquicas o físicas), etc.

- **Responsabilidad penal de las personas jurídicas (328.6 del Código Penal).**

  Este precepto, en consonancia con la introducción de la responsabilidad penal para las personas jurídicas por mor del artículo 31 bis del Código Penal, prevé dicha responsabilidad para las mismas. A pesar de que, en esencia, se sigue la misma estructura que la marcada por el artículo 327, existen algunas especificidades: sistema de multa por cuotas o proporcional al daño causado y posibilidad de imponer adicionalmente las penas recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7 del Código Penal.

- **Modalidades agravadas del artículo 328.7 del Código Penal.**

  Supone un agravamiento de la pena, no previsto anteriormente, cuando concurran sólo algunas de las circunstancias agravantes del artículo 326 del Código Penal; sin perjuicio de las penas que pudieren corresponder con arreglo a otros preceptos del mismo texto legal (Vg. Artículo 138 o 147, entre otros).

El delito de prevaricación medioambiental (artículo 329 del Código Penal)

- La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses.
- Con las mismas penas se castigará a la Autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

La reforma ha consistido, esencialmente, en la introducción –dentro del delito de prevaricación medioambiental– de una nueva conducta omisiva consistente en la no realización de inspecciones de carácter obligatorio. Junto a ello, además, la multa ha pasado a ser una pena adicional a la de prisión e inhabilitación, sin que exista facultad de elegir entre la pena privativa de libertad o la multa. En esta materia, la responsabilidad cabe extenderla no sólo a los causantes o titulares de la fuente de contaminación, sino a los administradores públicos a los que debe exigirse un escrupuloso cumplimiento de sus responsabilidades aun reconociendo que es necesario dejar en sus manos una cierta discrecionalidad técnica para conjugar las políticas de desarrollo sostenible. Así, a modo de ejemplo, comete este delito el alcalde y los equipos técnicos que no realizan la inspección de las instalaciones de una granja que crea residuos contaminantes pues aquél tenía la obligación de control legal de la inspección y, consecuencia de su inactividad, se crearon unos resultados dañosos consistentes en la filtración de purines: sentencia del Tribunal Supremo 449/2003, de 24 de mayo, que establece que "el art. 329 incorpora un delito de prevaricación en relación con los delitos contra el medio ambiente, consistente en silenciar infracciones normativas de carácter general con ocasión de sus inspecciones. Tipo que permite la comisión por omisión, es decir, no actuar cuando se está infringiendo normas en materia de ordenación del territorio y patrimonio histórico, como ocurre en el presente caso, en que empezó a funcionar una industria de vertido de purines, sin el preceptivo informe de impacto ambiental ni licencia municipal de actividades clasificadas ni verificarse las correspondientes inspecciones "in situ". Tal conducta omisiva, causó un daño al medio ambiente". En el mismo sentido, el Auto 17/2011 de la AP de Jaén, de 28 de enero. Se trata, en definitiva, de una prevaricación omisiva que ya fue admitida por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997. Así, esta modalidad de prevaricación omisiva, como digo, aceptada por la jurisprudencia de Sala Segunda del Tribunal Supremo, adquiere todavía una mayor justificación y razonabilidad en los casos de actuaciones de los funcionarios responsables en actuaciones medioambientales. A modo de ejemplo, la omisión del preceptivo informe de impacto ambiental de cualquier industria que se instale en el territorio sobre el que tiene competencia en esta materia constituye –por inactividad dolosa– una decisión o actitud que equivale a la concesión de autorización o licencia, por vía de la tolerancia y permisividad, con manifiesta infracción de la normativa medioambiental. Por último, señalar que este delito puede apreciarse como continuado cuando se reiteren las acciones y/o omisiones típicas (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2006, que condena a un alcalde que mantiene de forma reiterada una actitud de pasividad permitiendo –a su través– la actuación ilegal de una industria emisora de ruidos, a pesar de las movilizaciones y peticiones realizadas por los ciudadanos).

Disposiciones comunes (artículos 338 a 340 del Código Penal)

Artículo 338.

Cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas.

El concepto de espacio natural protegido viene recogido en la Ley 42/2007 que los define como aquellos espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que cumplan al menos uno de los requisitos siguientes y sean declarados como tales: a) contener sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo y b) estar dedicados especialmente a la protección y el mantenimiento de la diversidad biológica. En función de los bienes y valores a proteger, y de los objetivos de gestión a cumplir, los espacios naturales protegidos, ya sean terrestres o marinos, se clasifican, al menos, en alguna de las siguientes categorías: parques, reservas naturales, áreas marinas protegidas, monumentos naturales y paisajes protegidos.

Artículo 339.

Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.

Tras la reforma operada por la LO 5/2010, sólo se ha visto modificado este artículo en donde, por fin, nuestro legislador ha dado el paso de instaurar claramente en el ámbito penal el conocido principio de "quien contamina paga". En efecto, con anterioridad, eran los jueces o tribunales los que podían decidir, de forma motivada, si ordenar, o no, las medidas restaurativas con cargo al autor; sin embargo, ahora se impone a éstos que decreten tales medidas en cuanto sean necesarias al objeto de adoptar vías eficaces para la salvaguarda del medio ambiente coherentes con la naturaleza de la acción delictiva. La sentencia del Tribunal Supremo 1318/2005, de 17 de noviembre, confirma el deber de reparación inmediato que impuso la Sala de Instancia a la Junta de Andalucía, a tenor de la naturaleza de los hechos y del carácter del bien afectado, ello no obstante su condición de responsable civil subsidiario. Refiere la citada sentencia que "lo decidido por la Audiencia es una actuación administrativa de naturaleza cautelar que guarda plena coherencia con la valoración del daño y con los efectos que el propio tribunal entiende ya producidos cuando se hace eco en la resolución de la ineficacia de ciertas medidas reparadoras adoptadas que, obviamente, habrían de incrementarse si las obras de restauración del medio natural se demorasen en el tiempo".

Artículo 340.

Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas.

Poniendo fin a la presente exposición, este artículo engloba las consecuencias de la reparación voluntaria del daño causado por el culpable de cualquiera de los hechos recogidos en el Título XVI, pues se impondrá la pena inferior en grado de las previstas respectivamente. Ad exemplum, la sentencia del Tribunal Supremo 1183/2003, de 23 de septiembre, aprecia como muy cualificada la reparación de los daños causados (clausura del vertedero ilegal antes de la presentación de la querella), rebajando la pena en un grado, no habiendo, sin embargo, ningún obstáculo –a mi juicio– en aplicar la pena inferior en dos grados a tenor de lo preceptuado en el artículo 21.5º del código Penal, en relación con el artículo 66.2º, siempre que se atienda a la entidad de dicha circunstancia atenuante.

Raúl Pardo Ruiz.
Licenciado en Derecho.
Abogado penalista en ejercicio (Máster en Derecho Penal) perteneciente al despacho "Pardo Geijo Abogados".

Bibliografía

- **Ceres Montes**. La regulación en el nuevo Código Penal de los delitos relativos a la protección de los recursos naturales y del medio ambiente. Los delitos contra la flora y la fauna, y los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes. AP, 1999.
- **Tomás S. Vives Antón**. Derecho Penal, Parte Especial. Valencia, 2004
- **Francisco Muñoz Conde**. Derecho Penal, Parte Especial. Valencia, 2007.
- **Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**. Código Penal, 13º Edición. Madrid, 2010.
- **González Cussac, Álvarez García**. Consideraciones a propósito del Proyecto del Ley de 2009 de modificación del Código Penal. Valencia, 2010.
- **Autos** 17/2011 de la AP de Jaén, de 28 de enero; 139/2011 de la AP de Ávila, de 22 de julio y 944/2011 de la AP de Madrid, de 29 de julio.
- **Sentencias de la Audiencia Provincial** de Barcelona, de 12 de julio de 1996 y de 25 de mayo de 1999; de Asturias de 10 de septiembre de 1999; de Cádiz, de 16 de octubre de 2001; de Albacete, de 31 de octubre de 2001; de Alicante, de 31 de octubre de 2002; de León, de 30 de septiembre de 2004; de las Islas Baleares, de 21 de abril de 2005; de Murcia, de 16 de diciembre de 2005; de Valladolid, de 20 de diciembre de 2005; de Jaén, de 20 de marzo de 2006 y de 24 de octubre de 07; de Barcelona, 450/2011, de 22 de junio y de Palma de Mallorca, 235/2011, de 3 noviembre.
- **Sentencias del Tribunal Supremo** de 11 de marzo de 1992; de 5 de octubre de 1993; de 3 de abril de 1995; de 1 de febrero de 1997; de 30 de junio de 1997; nº 105/99, de 27 de enero; de 6 de abril de 1999; de 19 de mayo de 1999; nº

442/2000, de 13 de marzo; de 12 de diciembre de 2000; nº 1160/2000; nº 194/2001, de 14 de febrero; nº 1564/2001; nº 1715/2001; de 21 de diciembre de 2001; nº 20/2002; nº 96/2002, de 30 de enero; nº 1527/2002, de 24 de septiembre; nº 1538/2002, 24 de septiembre; de 25 de octubre de 2002; nº 215/2003, de 11 de febrero; de 24 de febrero de 2003; de 1 de abril de 2003; nº 388/2003, de 1 de abril; nº 1183/2003, de 23 de septiembre; de 25 de mayo 2004; de 24 de junio de 2004; de 27 de septiembre de 2004; nº 1118/2005, de 26 de septiembre; nº 1318/2005, de 17 de noviembre; nº 875/2006, de 6 de septiembre; de 19 de octubre de 2006; de 19 de marzo de 2007; nº 327/2007, de 27 abril; nº 486/2007 de 30 de mayo; de 20 de junio de 2007; nº 1118/2007, de 20 de diciembre; nº 81/2008, de 13 de febrero; nº 916/2008, de 30 de diciembre; nº 373/2009, 8 de abril; nº 1112/2009, de 16 de noviembre y nº 1162/2011, de 8 de noviembre.

- **Sentencia del Tribunal Constitucional** número 127/90, de 5 de julio.
- **Sentencias del TJCE** de 18 de diciembre de 1997 (en el asunto C-129/96) y de 25 de junio de 1997 (en el asunto C-224/95).

Notas

1 Auto de la AP de Madrid 944/2011, de 29 de julio; sentencia de la AP de Barcelona 450/2011, de 22 de junio y sentencias del Tribunal Supremo 81/2008, de 13 de febrero; 916/2008, de 30 de diciembre y 1162/2011, de 8 de noviembre.

SENTENCIA
DEL PLENO DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Presidente de la República (demandante) c. Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo, Ayacucho (demandado)

Lima (Arequipa), 25 de julio de 2011

Asunto:

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Municipal N.° 04-2008-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.

Magistrados presentes:

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
URVIOLA HANI

.....

EXP. N.° 00008-2010-PI/TC
LIMA
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima (Arequipa), a los 25 días del mes de julio de 2011, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Beaumont Callirgos, que se agrega

I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Municipal N.° 04-2008-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.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso: Proceso de Inconstitucionalidad.
Demandante: Presidente de la República
Norma sometida a control: Ordenanza Municipal N.° 04-2008-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.
Normas constitucionales cuya vulneración se alega: Artículos 66°, 106º y 119º de la Constitución.
Petitorio: Se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N.° 04-2008-MPF-H/A.

III. NORMA CUESTIONADA

Ordenanza Municipal N.° 04-2008-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.

ORDENANZA MUNICIPAL N.° 04-2008-MPF-H/A

"(...)

ARTICULO PRIMERO: DECLARAR, como Zonas intangibles toda la Jurisdicción Territorial de la Provincia de Fajardo con un área *de 2,260.19 Km2,* por cuanto en ella se encuentra las vertientes de agua, zonas urbanas, zona de expansión urbana y rural, tierras aptas para desarrollo agropecuario, zonas arqueológicas y turísticas, zonas minerales (metálicos y no metálicos), fauna y flora, praderas naturales, zonas forestales, bosques naturales, zonas agrícolas, zonas ganaderas, zonas frutícolas – hortícolas, productos agrícolas nativas, animales silvestres, plantas aromáticas y medicinales, zonas reservadas, quebradas, punas, zonas altas y altiplanos, cerros altos, recursos hídricos (lagunas, manantiales, ríos y riachuelos), recursos hidrobiológicos, etc., que se detallan en el Anexo Nº 01 de la Presente Ordenanza Municipal.

ARTICULO SEGUNDO: DISPONER, que el agua es un recurso natural limitado, esencial para la vida humana y para toda vida en el planeta, es un bien social y cultural, como vital e insustituible y de escasez en nuestro mundo. El

agua es un derecho humano desde la visión doctrinaria de la integridad e interdependencia de los derechos humanos que están íntimamente vinculada con otros derechos como: la salud, la alimentación adecuada, vivienda, medio ambiente sano y calidad de vida entre otros.

ARTICULO TERCERO: ESTABLECER, que el derecho al agua, es un derecho humano de todos, quienes deben utilizar, bajo las condiciones de salubridad, sin contaminación, accesible, aceptable para el consumo y uso humano agrícola, sin riesgo alguno.

ARTICULO CUARTO: DISPONER, que la Sub Gerencia Municipal de Desarrollo Urbano y Comunal, Sub Gerencia Social, la Comisión de Regidores y las Autoridades competentes, son los responsables de velar por el cumplimiento de la presente ordenanza reglamentaria, así como, de la aplicación de las sanciones a que corresponda, pudiendo solicitar el auxilio de la fuerza pública en caso de ser necesario.

ARTICULO QUINTO: PRECISAR, que es obligación de las Juntas Vecinales, Comités Conservacionistas del medio ambiente, representante de Organizaciones Sociales o cualquier ciudadano con vocación de servicio, para tal efecto apoyarán y colaboran denunciando a los infractores ante la Gerencia de Desarrollo Urbano y Comunal y Sub Gerencia de Desarrollo Social.

ARTICULO SEXTO: PROCEDER, que la violación de la presente norma se denunciará ante las autoridades competentes y la opinión pública, para la aplicación de sanciones según lo establecido en el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales y demás dispositivos legales.

ARTICULO SEPTIMO: SOLICITAR, al Concejo Regional de Ayacucho para que dentro de su competencia emita la correspondiente Ordenanza Regional confirmando la intangibilidad del territorio de la provincia de Fajardo, por voluntad de su población y de conformidad a la normatividad vigente, lo que indica que en la Provincia de Fajardo no *habrá licencia social para las exploraciones y/o explotaciones mineras en la zona.* Las empresas que vienen explotando actualmente deberán ceñirse a una consulta popular dentro de su ámbito de intervención y cumplir minuciosamente con las leyes del medio ambiente, respetando los acuerdos internacionales; así mismo deben reparar los daños causados por sus relaves y otros; caso contrario si no cumple serán retirados definitivamente y quedarán automáticamente en disolución los acuerdos y/o contratos que han suscrito con la comunidad y/o distrito.

ARTICULO OCTAVO: DEJAR SIN EFECTO, todas las disposiciones que se opongan a la presente Ordenanza Municipal.

<u>ARTICULO NOVENO</u>: DISPONER, que la presente Ordenanza Municipal se publique por el órgano de difusión de circulación Local, Regional y Nacional.

<u>ARTICULO DECIMO</u>: DISPONER, que la presente Ordenanza Municipal, entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación.

<u>ARTICULO UNICO</u>: DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES, facúltese al Alcalde de la Municipalidad Provincial de Fajardo, para que mediante Decreto de Alcaldía, dicte las disposiciones complementarias y reglamentarias necesarias para la adecuada aplicación de la presente Ordenanza Municipal".

IV. ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 7 de abril de 2010, el Ministerio de Energía y Minas, en representación del Presidente de la República, conforme al Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha 16 de diciembre de 2009, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Municipal N.° 04-2008-MPF-H/A expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo, Departamento de Ayacucho, por considerar que al declarar como zona intangible toda la jurisdicción territorial de la Provincia de Fajardo, y en consecuencia, prohibir las licencias para la exploración y explotación minera en la zona, se violan los artículos 66º (las condiciones de utilización y otorgamiento de recursos naturales se fijan mediante ley orgánica), 106º (materias reguladas mediante ley orgánica) y 119º (la dirección y gestión de los servicios públicos están a cargo del Consejo de Ministros) de la Constitución.

Argumentos de hecho y derecho

El demandante aduce que la Municipalidad Provincial de Fajardo, del Departamento de Ayacucho, cuando establece en el artículo primero de la Ordenanza cuestionada

> "**DECLARAR,** como Zonas intangibles toda la Jurisdicción Territorial de la Provincia de Fajardo con un área *de 2,260.19 Km2,* por cuanto en ella se encuentra las vertientes de agua, zonas urbanas, zona de expansión urbana y rural, tierras aptas para desarrollo agropecuario, zonas arqueológicas y turísticas, zonas minerales (metálicos y no metálicos), fauna y flora, praderas naturales, zonas forestales, bosques naturales, zonas agrícolas, zonas ganaderas, zonas frutícolas – hortícolas, productos agrícolas nativas, animales silvestres, plantas aromáticas y medicinales, zonas reservadas, quebradas, punas, zonas altas y altiplanos, cerros altos, recursos hídricos (lagunas, manantiales, ríos y riachuelos), recursos hidrobiológicos, etc., (…)",

y, en el artículo sétimo

> "**SOLICITAR,** al Concejo Regional de Ayacucho para que dentro de su competencia emita la correspondiente Ordenanza Regional confirmando la intangibilidad del territorio de la provincia de Fajardo, por voluntad de su población y de conformidad a la normatividad vigente, lo que indica que en la Provincia de Fajardo no *habrá licencia social para las exploraciones y/o explotaciones mineras en la zona* (…)",

se vulneran y desconocen las competencias que le asisten al Ministerio de Energía y Minas en materia de concesiones para la exploración y explotación minera, por cuanto el numeral g) del artículo 98º del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 031-2007-EM, reconoce la competencia de la Dirección General de Minería para "otorgar títulos de concesiones de beneficio, labor general y transporte minero". Así también, alega se vulnera y desconoce la competencia que de acuerdo a la normatividad vigente tiene el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico –INGEMMET– para otorgar derechos sobre recursos metálicos y no metálicos en el subsuelo a favor de terceros.

Asimismo, sostiene el demandante que con la expedición de la Ordenanza cuestionada se violan los artículos 66º y 106º de la Constitución cuando establece que las condiciones de utilización y otorgamiento de recursos naturales se fijan mediante ley orgánica.

Finalmente, advierte que como consecuencia de la emisión de la Ordenanza N.° 04-2008-MPF-H/A las empresas que actualmente desarrollan proyectos mineros en la zona estarán prohibidas de efectuar actividades de exploración y explotación, a pesar de contar con títulos válidos otorgados por el Estado para tal efecto.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 5 de agosto de 2010, el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Fajardo contesta la demanda señalando que la Ordenanza fue emitida con el fin de preservar el medio ambiente y proteger la salud de los pobladores; y que las autoridades, organizaciones sociales de base, comunidades y centros poblados han desarrollado el I Fórum Provincial de Defensa del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Desarrollo Sostenible, acordándose el rechazo total de las actividades de exploración y explotación minera dentro de la jurisdicción de la Provincia de Fajardo, toda vez que la explotación minera produce serios perjuicios a la población, porque viola la posesión y la propiedad de los pobladores de las comunidades, ocasiona contaminación ambiental como resultado del uso intensivo de mercurio y cianuro, tóxicos de baja degradación que dañan irreparablemente los cursos de agua y las aguas subterráneas. Tal medida, sostiene, ha sido adoptada dentro de los lineamientos establecidos por el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales, por el cual 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. Por lo demás, alega que conforme al artículo 75º de la Ley Orgánica de Municipalidades, ninguna persona o autoridad puede ejercer funciones que son de competencia municipal exclusiva.

V. FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N.° 04-2008-MPF-H/A, de fecha 2 de abril de 2008, expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo, Departamento de Ayacucho. A juicio del recurrente, cuando la emplazada expide dicha Ordenanza y 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, viola los artículos 66º (las condiciones de utilización y otorgamiento de recursos naturales se fijan mediante ley orgánica), 106º (materias reguladas mediante ley orgánica) y 119º (la dirección y gestión de los servicios públicos están a cargo del Consejo de Ministros) de la Constitución.

§2. Sobre los presupuestos formales para evaluar la constitucionalidad de la norma objeto de control

2.1 La norma sometida a examen de constitucionalidad

2. El artículo 200º, inciso 4) de nuestra *ley fundamental* señala expresamente que el proceso de inconstitucionalidad puede ser interpuesto "contra las normas que tienen rango de ley", otorgándole dicha cualidad a las ordenanzas municipales. En ese sentido, resulta correcto que a través del presente proceso se evalúe la constitucionalidad de la Ordenanza Municipal N.° 04-2008-MPF-H/A expedida por la Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo, Ayacucho, guiados por el objetivo fundamental de defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa, tal como lo establece el artículo 75º del Código Procesal Constitucional.

2.2 El reconocimiento del bloque de constitucionalidad

3. El bloque de constitucionalidad, como ya ha dicho este Colegiado en reiteradas oportunidades (*Cfr*. Expedientes N.ºs 0002-2005-AI/TC; 0013-2003-CC/TC; 0005-2005-CC/TC; 3330-2004-AA/TC), puede ser entendido como el conjunto de disposiciones que deben tomarse en cuenta al momento de apreciar los supuestos vicios de inconstitucionalidad que adolece una ley sometida a control. El propio Código Procesal Constitucional en su artículo 79º ha establecido que

> "para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona".

4. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional para analizar la presente demanda partirá de un canon interpretativo integrado por las normas de la Constitución, y en tanto desarrollan su contenido, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales N.º 26821, la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, la Ley N.º 27783, de Bases de la Descentralización, así como el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 014-92-EM.

§3. Sobre los presupuestos materiales para evaluar la constitucionalidad de la norma objeto de control

3.1 El gobierno local

5. En la sentencia recaída en el Expediente N.º 3283-2003-AA/TC, caso Taj Mahal Discoteque, este Colegiado definió a las municipalidades como

> "(...) los gobiernos locales que ejercen su competencia en la circunscripción de las provincias y distritos del Estado, y tienen una pluralidad de tareas, las cuales le son asignadas atendiendo a lo siguiente:
>
> a) Competencia por territorio.
> Según ésta, las municipalidades, sean provinciales, distritales o delegadas, cuando ejercen sus atribuciones normativas, administrativas o económicas sólo deben referirse a las circunscripciones geográficas para las cuales han sido elegidas (esto se conoce como la jurisdicción).
> b) Competencia por grado.
> Se refiere a que, sin perjuicio de su autonomía, entre las municipalidades provinciales, distritales y delegadas existen dos tipos de relaciones: de coordinación, para las labores conjuntas, y de subordinación de las segundas para con las primeras, en el sentido que deben someterse a la decisión final o a su autorización que según el caso emitan. Se establece, así, un criterio de jerarquía.
>
> c) Competencia por materia.
> Según la cual, los campos específicos en los cuales las municipalidades pueden actuar, se encuentran enumerados en la Ley Orgánica de Municipalidades".

6. En ese sentido, cabe afirmar que los gobiernos locales ejercen descentralizadamente el poder del Estado en las distintas provincias y distritos del país, orientados por los intereses y necesidades particulares de los vecinos. La *ley fundamental,* así como las normas de rango legal que desarrollan los preceptos constitucionales aplicables a la materia, establecen expresamente cuáles son sus atribuciones y competencias, las mismas que serán ejercidas dentro del ámbito territorial previamente delimitado por el Congreso de la República.

3.2 La garantía institucional de la autonomía municipal

7. La garantía institucional de la autonomía municipal aparece recogida en el artículo 194º de la Constitución cuando establece que "Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativas en los asuntos de su competencia (...)".

8. El concepto de garantía institucional ha servido de instrumento para constitucionalizar determinadas instituciones que son parte del núcleo esencial que conforma todo ordenamiento jurídico. La "autonomía municipal" es uno de

esos casos a través del cual se busca proteger el ámbito de acción de los gobiernos locales en su interrelación con otros órganos del Estado.

9. Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0013-2003-AI/TC, caso Municipalidad Provincial de Urubamba, este Tribunal ha señalado que,

> "(...) frente a la diversidad de significados y contenidos de la garantía institucional de la autonomía municipal, deben tenerse en consideración, principalmente, los siguientes: a) contenido subjetivo u organizativo de la autonomía: la existencia de las municipalidades; b) contenido objetivo o sustantivo de la autonomía, esto es, la autonomía como garantía de la gestión de los asuntos que interesen a la comunidad local, y c) contenido institucional de la autonomía, que hace referencia a la posición de las municipalidades en el desempeño de sus funciones, es decir, la autonomía como ejercicio bajo la propia responsabilidad del ámbito de funciones públicas confiado por el legislador, con lo que se alude a cierto grado de libertad e independencia que caracteriza la posición de la actuación de las municipalidades frente a injerencias de instancias superiores [Antonio Faulo Loras. *Fundamentos constitucionales de la autonomía local.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 256-257]".

10. En esta línea cabe señalar que si bien los gobiernos regionales, locales, provinciales y distritales gozan de autonomía no pueden olvidar que forman parte de un Estado Constitucional, de modo tal que en virtud al principio de fuerza normativa de la Constitución se encuentran directamente vinculados a ella y, en consecuencia, las decisiones, el ejercicio de sus competencias y el desarrollo de sus relaciones necesariamente deberán respetar las reglas inherentes al principio de lealtad constitucional.

11. En consecuencia, como ya tuvo oportunidad de advertir este Colegiado en el proceso de inconstitucionalidad N.º 0007-2001-AI/TC, la autonomía otorgada a los gobiernos municipales si bien es cierto que les permite desenvolverse libremente en asuntos de naturaleza administrativa, económica y política, no supone, por otro lado, "autarquía funcional" al extremo de que cualquiera de sus competencias pueda desvincularse del sistema político o del orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. Por tanto, no porque un órgano es autónomo deja de pertenecer al Estado ya que sigue formando parte de él y en ese sentido no puede apartarse del sistema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél.

12. La *ley fundamental,* en síntesis, 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. Sin embargo, 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.

3.3 Las competencias constitucionalmente otorgadas a los gobiernos locales

13. De acuerdo a lo establecido por el artículo 195º de la Constitución, los gobiernos locales

> "(...) promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo",

en ese sentido, son competentes, específicamente, para:

> "(...)
>
> 8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley".

14. En consecuencia, nos encontramos ante la presencia de atribuciones de naturaleza indisponible e irrenunciables otorgadas por el propio constituyente a los gobiernos locales. Por tanto, no cabe discusión por parte de autoridad o persona alguna que pretenda cuestionar dichas competencias, a no ser que éstas sean ejercidas sin contemplar el marco normativo constitucional, trasgrediendo las demás leyes y vulnerando la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

§4. Juicio de constitucionalidad de la Ordenanza Municipal N.º 04-2008-MPF-H/

15. En el caso de autos el recurrente solicita que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N.º 04-2008-MPF-H/A, expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo, Departamento de Ayacucho, porque a su juicio, vulnera los artículos 66º, 106º y 119º de la Constitución; el artículo 43º, literal d), de la Ley N.º 27783, de Bases de la Descentralización, así como los artículos 9º, 104º y 105º, literales a) y f) del Decreto Supremo N.º 014-92-EM**,** Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, afectando las competencias reconocidas por ley al Ministerio de Energía y Minas respecto de la regulación de las actividades mineras.

16. El Tribunal Constitucional estima que, en principio, resulta conveniente precisar que si bien es cierto, la cuestionada ordenanza contiene una variedad de disposiciones (*Cfr.* declara zonas intangibles, reconoce al agua como un recurso natural limitado y como un derecho humano de todos, entre otras), del texto de la misma, esto es, tanto de su parte considerativa como de las normas propiamente dichas, fluye que, en esencia, y por ello se plantea la demanda de inconstitucionalidad de autos, regula el otorgamiento y, en su caso, la nulidad del otorgamiento de concesiones mineras, lo cual afectaría las competencias del Ministerio de Energía y Minas.

17. En efecto, así se desprende, en particular, del artículo 1º de la ordenanza impugnada, en tanto declara como zona intangible toda la jurisdicción territorial

de la Provincia de Fajardo, y como consecuencia de ello dispone, a través del artículo 7º que, para efectos de preservar el medio ambiente en la referida provincia,

> "no *habrá licencia social para las exploraciones y/o explotaciones mineras en la zona.* Las empresas que vienen explotando actualmente deberán ceñirse a una consulta popular dentro de su ámbito de intervención y cumplir minuciosamente con las leyes del medio ambiente, respetando los acuerdos internacionales; así mismo deben reparar los daños causados por sus relaves y otros; caso contrario si no cumple serán retirados definitivamente y quedarán automáticamente en disolución los acuerdos y/o contratos que han suscrito con la comunidad y/o distrito".

18. En ese sentido, considera este Colegiado que previamente debe esclarecerse qué se entiende por concesión minera. Así, el Decreto Supremo N.º 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería dispone en el Capítulo I del Título II, denominado Concesiones Mineras, en particular en sus artículos 8º y 9º, que la exploración es la actividad minera tendente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales; y la explotación es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento. Asimismo, que la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos.

19. Por ende, queda claro que la ordenanza cuestionada, al referirse al otorgamiento o retiro de la "licencia social" para las exploraciones y explotaciones mineras, lo que en realidad está haciendo es regular el otorgamiento y retiro de títulos de concesiones mineras.

20. Hechas tales precisiones, es menester señalar que el artículo 66º de la Constitución dispone que "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real sujeto a dicha norma legal". Vale decir que el legislador, al regular el aprovechamiento de los recursos naturales, necesariamente debe realizarlo a través de una ley orgánica.

21. Así, el artículo 106° de la Constitución establece que mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución, requiriéndose para su aprobación o modificación más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

22. Mientras que el artículo 119º de la Constitución, invocado por el demandante, dispone que la dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.

23. De otro lado, el artículo 1º de la Ley N.º 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, regula el régimen de su aprovechamiento, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 66º y 67º del Capítulo II, Título III, de la Constitución Política del Perú, en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internacionales ratificados por el Perú.

24. El artículo 3º, inciso f) considera 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.

    Como límites al otorgamiento y aprovechamiento de los recursos naturales, el artículo 8º 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.

25. Asimismo, el artículo 19º 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.

26. Y por último, conforme al artículo 23º, 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.

27. Por el lado de lo dispuesto por la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, el artículo 73º –referido a las materias de competencia municipal– establece que la Ley de Bases de la Descentralización establece la condición de exclusiva o compartida de una competencia. En ese sentido, las municipalidades, sean éstas provinciales o distritales, ejercen funciones específicas que se derivan de las competencias con carácter exclusivo o compartido entre las municipalidades provinciales y distritales.

28. Así pues, las municipalidades provinciales o distritales asumen las competencias y ejercen las funciones específicas, con carácter exclusivo o compartido, en distintas materias. Por lo que ahora interesa, el acápite 3 del mismo artículo 73º, denominado Protección y Conservación del Medio Ambiente, reconoce en el numeral 3.1º la competencia de manera general a 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.

29. De manera más pormenorizada, el artículo 80º de la Ley Orgánica de Municipalidades prescribe en el acápite 1º, numerales 1.1º y 1.2º, como una de las funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales en materia ambiental, regular y controlar el proceso de disposición final de desechos sólidos, líquidos y vertimientos industriales en el ámbito provincial; y, regular y controlar la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.

30. Mientras que el propio artículo 80º de la Ley Orgánica de Municipalidades prescribe en el acápite 2º, numeral 2.4º, como una de las funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales en materia ambiental, difundir programas de saneamiento ambiental en coordinación con las municipalidades distritales y los organismos regionales y nacionales pertinentes.

31. Siendo todas las invocadas disposiciones de la Ley Orgánica de Municipalidades tan genéricas, la Ley de Bases de la Descentralización N.º 27783 ha sido el ordenamiento que se ha encargado de determinar, a través del artículo 13º –por lo que ahora interesa, numerales 13.1º y 13.2º– cuáles son los tipos de competencia. Así, debe tenerse presente que:

a) Competencias exclusivas son aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley; y,

b) Competencias compartidas son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados.

32. En ese sentido, el numeral 43º, literal d) prescribe que una competencia municipal compartida es aquella referida a la preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente.

33. Como puede advertirse, se trata, en cualquiera de los casos, de normas que regulan materias y competencias municipales en asuntos de naturaleza ambiental de manera general. Sin embargo, lo que queda claro para este Tribunal Constitucional es que de todas éstas disposiciones, esto es, las contenidas en la Ley Orgánica de Municipalidades, así como en la Ley de Bases de la Descentralización, no existe norma alguna que las habilite a otorgar, y menos anular, títulos de concesiones mineras, mal denominadas en la impugnada ordenanza como "licencias sociales" para exploración y explotación mineras.

34. En todo caso, si lo que se pretende es proteger el medio ambiente y preservar los recursos naturales, lo que también queda claro para este Colegiado es que, en cualquiera de los casos, se trata de una competencia compartida con los organismos nacionales pertinentes, según lo expuesto en el Fundamento N.º 32, *supra*.

35. Por ello, resulta pertinente recurrir al Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 014-92-EM, cuyo artículo 105º, 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.

36. Cabe precisar que, en un principio, 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.

37. Así, por Decreto Supremo N.º 035-2007-EM, Reglamento de Organización y Funciones del INGEMMET, se establece en el artículo 3.14º como una de sus funciones, otorgar los títulos de concesión minera.

38. La Ordenanza Municipal en cuestión declara como zona intangible toda la jurisdicción territorial de la Provincia de Fajardo, debido a la diversidad de recursos naturales existentes en ella (artículo 1º), y como consecuencia de ello, no habrá licencia social para las exploraciones y/o explotaciones mineras en la zona; y las empresas que vienen explotando deben ceñirse a una consulta popular dentro del ámbito de su intervención respetando las leyes de medio ambiente y los tratados internacionales; debiendo reparar los daños ocasionados; caso contrario quedan disueltos los contratos y/o acuerdos suscritos (artículo 7º).

El demandado, considera que dicha medida ha sido adoptada para preservar el medio ambiente y proteger los recursos naturales, conforme a la facultad exclusiva de la Municipalidad de adoptar medidas para la preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del medio ambiente, no pudiendo intervenir ninguna otra persona o autoridad, tal como lo prescribe el artículo 75º de la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades.

39. A juicio del Tribunal Constitucional, y aún cuando pueda considerarse que la ordenanza impugnada fue emitida como una medida para proteger el medio ambiente y preservar los recursos naturales, lo cual puede ser entendido como una medida loable y ejercida dentro de sus facultades y en su condición de Comuna Provincial, lo que para este Colegiado queda claro es que:

a) Desde el punto de vista de lo dispuesto tanto por la Ley Orgánica de Municipalidades, como por la Ley de Bases de la Descentralización, se trata de normas que regulan materias y competencias municipales en asuntos de naturaleza ambiental de manera general.

b) En ese sentido, no existe norma alguna que habilite a las Municipalidades Provinciales –tampoco a las distritales– a otorgar, y menos anular, títulos de concesiones mineras.

c) En todo caso, si de lo que se trata es proteger el medio ambiente y preservar los recursos naturales, y aún cuando como antes quedó dicho, se trata de normas genéricas en materia ambiental, lo que también queda claro para este Colegiado es que, en cualquiera de los casos, se trata de una competencia compartida con los organismos nacionales pertinentes, según lo manda el numeral 43º, literal d) de la Ley de Bases de la Descentralización N.º 27783.

d) En consecuencia, al prohibir el otorgamiento de concesiones mineras, y no sólo eso, sino que inclusive las ya existentes deberán ser sometidas a consulta popular, pudiendo ser revocadas, la Municipalidad Provincial de Fajardo, del Departamento de Ayacucho, ha ejercido una competencia que no le compete y, por ende, tal ordenanza, y en particular sus artículos 1º y 7º, resultan contrarios a lo dispuesto en la normativa antes señalada, y que la define como una competencia exclusiva del Ministerio de Energía y Minas, y en particular, del órgano adscrito a él, esto es, del Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET), según lo disponen el artículo 105º, incisos f) y h) del Decreto Supremo N.º 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, así como el numeral 3.14º del Decreto Supremo N.º 035-2007-EM, Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET).

§5. Descentralización, medio ambiente y recursos naturales

40. Si bien es cierto, y como ya ha ocurrido en otras oportunidades, este Colegiado admite la importancia del proceso de descentralización y lo que ello implica para nuestra organización política territorial, sin embargo, también cabe recordar que este proceso cuenta con diversas etapas a través de las cuales se posibilitará las respectivas transferencias en materia de protección del medio ambiente y otras de vital importancia para las regiones y los gobiernos provinciales y locales, proceso en el cual será necesario hacer uso de diversos mecanismos y principios rectores para alcanzar la finalidad para el que fue diseñado este proceso –el desarrollo integral del país– sin que ello implique olvidar que nuestro país políticamente es unitario.

41. En ese sentido, y aún cuando el Tribunal Constitucional reconoce la legítima preocupación de la Municipalidad Provincial de Fajardo por la protección del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales en toda la jurisdicción territorial de la aludida provincia, porque finalmente ellos son mandatos que se derivan de la propia Constitución (artículos 66º, 67º, 68º y 69º), sin embargo, ello debe ser realizado en coordinación con el Gobierno Nacional.

42. Puede afirmarse, por ello, que así como los Gobiernos Locales tienen el deber de observar el *principio de cooperación y lealtad constitucional nacional*, así

también al Gobierno Nacional le asiste el deber de cooperación para con los Gobiernos Locales *–lealtad constitucional local–*, más aún si se considera que uno de los deberes constitucionales del Estado es el de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44º de la Constitución).

§6. Inconstitucionalidad por conexidad

43. Conforme a los fundamentos precedentes, el análisis de constitucionalidad de la impugnada Ordenanza Municipal N.º 04-2008-MPF-H/A se ha centrado, esencialmente, en sus artículos 1º y 7º, no sólo por cuanto así fluye del tenor de la demanda –aún cuando se solicita se declare la inconstitucionalidad de toda la ordenanza, y no sólo de los referidos artículos 1º y 7º– sino porque son precisamente éstos numerales los que le sirven de sustento para pretender, de un lado, declarar como zona intangible toda la jurisdicción territorial de la Provincia de Fajardo debido a la diversidad de recursos naturales existentes en ella, y por otro, y como consecuencia de ello, pretender que no habrá licencia social para las exploraciones y/o explotaciones mineras en la zona.

44. Sin embargo, el Tribunal Constitucional estima oportuno precisar que los artículos 4º, 5º, 6º, 8º, 9º, 10º, así como la Disposición Transitoria y Final prevista en el artículo único también resultan inconstitucionales por conexidad dado que su contenido tiene por finalidad difundir y poner en vigencia las normas declaradas inconstitucionales a través de la presente sentencia.

45. Por lo demás, lo mismo ocurre con los artículos 2º y 3º, que si bien es cierto, y conforme fluye de la cuestionada ordenanza, se limitan a reconocer al agua como un recurso limitado y esencial para toda forma de vida, así como un derecho humano de todos, sin embargo, en la medida que sirven de fundamento a los numerales 1º y 7º cuya inconstitucionalidad ya ha sido declarada *supra*, este Colegiado considera que, de igual manera, también resultan inconstitucionales por conexidad, dado que su sola existencia sin el resto de los apartados declarados contrarios a la Constitución carecería de sentido.

46. Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que la demanda debe ser estimada, y por ende, la cuestionada Ordenanza Municipal N.º 04-2008-MPF-H/A resulta inconstitucional al encontrarse afectada por un vicio de incompetencia, toda vez que al ser emitida, la emplazada ha ejercido una competencia que de manera exclusiva corresponde al Ministerio de Energía y Minas, en particular, al Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET) como órgano adscrito a él.

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda, y en consecuencia, inconstitucional la Ordenanza Municipal N.º 04-2008-MPF-H/A, del 2 de abril de 2008, emitida por la Municipalidad Provincial de Fajardo, del Departamento de Ayacucho.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
URVIOLA HANI

EXP. N.° 00008-2010-PI/TC
LIMA
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

En general coincido con los argumentos y fallo de la sentencia, salvo con los fundamentos 45 y 46, por las siguientes razones:

1. En el fundamento 45 se sostiene que los artículos 2° y 3° de la Ordenanza Municipal N.° 04-2008-MPF-H/A, son inconstitucionales por conexidad, en la medida que sirven de fundamento a los artículos 1° y 7° -ya declarados inconstitucionales-, "dado que su sola existencia sin el resto de los apartados declarados contrarios a la Constitución carecería de sentido" [resaltado agregado].

2. Al respecto, cabe mencionar que los artículos 2° y 3° de la Ordenanza Municipal N.° 04-2008-MPF-H/A establecen lo siguiente:

> Artículo Segundo: DISPONER que el agua es un recurso natural limitado, esencial para la vida humana y para toda vida en el planeta, es un bien social y cultural, como vita e insustituible y de escasez en nuestro mundo. El agua es un derecho humano desde la visión doctrinaria de la integridad e interdependencia de los derechos humanos que están íntimamente vinculada con otros derechos como: la salud, la alimentación adecuada, vivienda, medio ambiente sano y calidad de vida entre otros.
>
> Artículo Tercero: ESTABLECER que el derecho al agua es un derecho humano de todos, quienes deben utilizar, bajo las condiciones de salubridad, sin contaminación, accesible, aceptable para el consumo y uso humano y agrícola, sin riesgo alguno.

3. De la revisión de los artículos 2° y 3° de la Ordenanza Municipal N.° 04-2008-MPF-H/A, estimo que el argumento "carecer de sentido" no es uno que resulte pertinente para declarar la inconstitucionalidad de tales artículos. En efecto, queda claro que un proceso de inconstitucionalidad se circunscribe a verificar si una determinada disposición legal es *válida o inválida*, más no a verificar si resulta *eficaz* o si *carece o no carece de sentido*. El concepto de *validez* alude a la relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango. Así, una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al *íter* procedimental que regula el proceso de su

producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (*validez formal*), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (*validez material*).

4. Si bien el argumento "carecer de sentido" puede tener justificación para mantener una denominada "unidad de técnica legislativa" de la ordenanza impugnada, estimo que dicho argumento no puede ser utilizado en el control de constitucionalidad de las leyes pues se encuentra relacionado con asuntos de "eficacia" o "ineficacia", los que como hemos visto en el parágrafo precedente no justifican la declaratoria de inconstitucionalidad en la que sólo resultan permisibles los asuntos relacionados con la verificación de "validez" o "invalidez" de las leyes.

5. En cuanto a la denominada "unidad de técnica legislativa" que podría ser utilizada para declarar la inconstitucionalidad de un determinado extremo de una ley, debo mencionar que si bien todas las disposiciones de una ley o norma con rango de ley deben contener "unidad técnico-legislativa", ello no excluye a que existan específicas disposiciones de dicha ley que puedan ser evaluadas sin depender del conjunto de normas que forman parte de la ley y que por tanto exijan un pronunciamiento independiente. Asumir que por "unidad técnico-legislativa" de una ley se puedan declarar inconstitucionales todas las disposiciones de la misma –además de la norma ya identificada como inconstitucional–, sin evaluar, extremo a extremo, su compatibilidad con la Norma Fundamental, constituye un argumento insuficiente y además confuso, pues dicha "unidad técnico-legislativa" constituye una expresión vaga –en la medida que no se puede conocer con exactitud su ámbito normativo de aplicación– que requiere ineludiblemente el examen de constitucionalidad individualizado de cada norma o extremo de la ley objeto de control o la identificación de la norma a la que debe extenderse "por conexión o consecuencia", tal como lo exige el artículo 78° del Código Procesal Constitucional.

6. Más allá de no encontrarme de acuerdo con los fundamentos 45 y 46, estimo que los citados artículos segundo y tercero de la Ordenanza N.° 04-2008-MPF-H/A, que reconocen el derecho al agua, deben también ser declarados inconstitucionales, pero por *conexidad* con la inconstitucionalidad de los artículos primero y séptimo, que declara zona intangible una determinada área y prohíbe el otorgamiento de concesiones mineras, respectivamente. En efecto, si atendemos a que el objetivo principal de la municipalidad que expide la ordenanza –manifestada en sus considerandos–, es la declaración de zonas intangibles para la explotación minera, y que en el presente caso se ha determinado que dicho objetivo –

concretizado en los artículos primero y séptimo– es inconstitucional, entonces también debe extenderse dicha inconstitucionalidad a aquellas normas, como los aludidos artículos segundo y tercero, en la medida que dichas normas son subsidiarias y tienen conexión directa con el mencionado objetivo principal.

Si la intención del legislador municipal al expedir la ordenanza cuestionada no fue únicamente reconocer el derecho fundamental al agua, sino establecer prohibiciones para la explotación minera, entonces, el Tribunal Constitucional se encuentra impedido de pronunciarse en el sentido de mantener vigentes los artículos segundo y tercero de la ordenanza –que reconocen el derecho al agua– pues con ello estaría manifestando un significado y objetivo de la ordenanza que el respectivo legislador no ha expuesto, lo que evidentemente no forma de su competencia.

S.
BEAUMONT CALLIRGOS

EXP. N.º 00013-2007-PI/TC

LIMA

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

EN REPRESENTACIÓN DE MÁS DE

CINCO MIL CIUDADANOS

SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 13 DE JULIO DE 2007

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS, REPRESENTADOS POR DON JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *C/.* CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SÍNTESIS

Proceso de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo24º de la Ley de Radio y Televisión

Magistrados firmantes

LANDA ARROYO

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

VERGARA GOTELLI

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

Sumario

I. **ASUNTO**

II. **DATOS GENERALES**

III. **NORMAS DEMANDADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

IV. **DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

V. **MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES**

VI. **FUNDAMENTOS**

§1. DERECHOS COMUNICATIVOS Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

§2. LA LEY DE RADIO Y TELEVISIÓN COMO REFLEJO DE LA RADIO Y LA TELEVISIÓN EN TANTO INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES

§3. LAS REGLAS DE LAS AUTORIZACIONES PARA RADIO Y TELEVISIÓN

§4. EL *TEST* DE IGUALDAD CON RELACIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y NACIONAL EN LAS EMPRESAS DE RADIODIFUSIÓN

§5. LA RECIPROCIDAD EN EL TRATAMIENTO IGUALITARIO ENTRE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y NACIONAL

VII. **FALLO**

EXP. N.º 00013-2007-PI/TC

LIMA

MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de julio de 2007, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Alva Orlandini

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por cinco mil cuarenta y cuatro ciudadanos, representados por don Jorge Santistevan de Noriega, contra el segundo párrafo del artículo 24º de la Ley de Radio y Televisión, Ley N.º 28278.

II. DATOS GENERALES

◊ Violación constitucional invocada

El proceso constitucional de inconstitucionalidad presentado fue promovido por más de cinco mil ciudadanos.

El acto lesivo denunciado lo habría producido la dación del segundo párrafo del artículo 24º de la Ley de Radio y Televisión, promulgada el 15 de julio de 2004.

◊ **Petitorio constitucional**

Los demandantes alegan la afectación de diversos derechos fundamentales previstos en la Constitución. Consideran que el párrafo de la ley sujeta a control de constitucionalidad vulnera la exigibilidad de trato igual a los inversionistas extranjeros y nacionales (artículo 63º).

Alegando tales actos vulneratorios, solicitan que se declare la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 24º del Reglamento del Congreso.

III. NORMA CUESTIONADA

Ley N.º 28278
Ley de Radio y Televisión

Artículo 24º, segundo párrafo
(...)
La participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no puede exceder del cuarenta por ciento (40%) del total de las participaciones o de las acciones del capital social, debiendo, además, ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión en sus países de origen.
(...)

IV. ANTECEDENTES

A. Argumentos de la demanda

Con fecha 7 de mayo 2007, más de cinco mil ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión -en adelante, LRT-, por establecer un trato desigual discriminatorio en perjuicio de los inversionistas y accionistas extranjeros de empresas titulares de autorizaciones y licencias que desarrollan actividades de radio y televisión.

Lo que se pretende es que el Tribunal Constitucional -en adelante, TC- se pronuncie respecto al 40% de participación o acciones del capital social impuesto por el artículo 24° de la ley en mención a los inversionistas y accionistas extranjeros en empresas de radio y televisión, lo cual supone para ellos un trato desigual, discriminatorio por parte de los inversionistas y accionistas extranjeros. Para los recurrentes dicha diferenciación carece de fundamento objetivo, razonable o proporcional, cuyo origen inconstitucional estaría en la procedencia nacional del inversionista o accionista, vulnerando

de esta manera el principio y derecho constitucional de igualdad, así mismo el mandato constitucional de que las inversiones nacionales y extranjeras deben recibir igual tratamiento legal. Con esto se pretende el acceso a la propiedad y participación en el capital de tales empresas sin límite alguno, en las mismas condiciones que los inversionistas nacionales.
Sustenta su pretensión en el numeral 2) del artículo 2° de la Constitución, que establece como regla de nuestro ordenamiento el principio-derecho a la igualdad, así como la prohibición de la discriminación.
Además, agregan como parte del sustento de su demanda el *test* de igualdad como criterio de interpretación constitucional para determinar si el tratamiento diferenciado del artículo 24° de la LRT resulta compatible con la Constitución o no. Los recurrentes utilizan las siguientes reglas para determinar el supuesto trato discriminatorio:

- El primer paso del *test* es el de verificación de la diferenciación legislativa, el cual consiste en determinar si el supuesto de hecho cuestionado como discriminatorio es efectivamente distinto al supuesto de hecho con el cual se le compara (término de comparación). Para tal efecto debe acreditarse previamente la situación del demandante que alega violación, la cual debe ser análoga o comparable a aquélla en que se encuentran las personas que disfrutan de una mejor protección del derecho en cuestión. Para el presente caso, del artículo 24º de la LRTV, se infiere que las situaciones comparables son las de los inversionistas o accionistas nacionales y extranjeros.

- El segundo paso del *test* consiste en la determinación del nivel o grado de intensidad de la intervención en la igualdad de la diferencia en el trato legislativo. Existen tres niveles de intervención: (a) el grave se aplica a los casos en los que la diferenciación tiene como sustento cualquiera de los proscritos en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución, como son: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o condición económica; (b) el medio, por el que la diferenciación se sustenta en cualquiera de los motivos proscritos en la Constitución ya mencionados, teniendo como impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o de un interés legítimo o de un legitimo interés; y, (c) el leve, según el cual se analiza si la diferenciación se sustenta en motivos distintos a los proscritos en la Constitución y tiene como correlato el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de un rango meramente legal o el de un interés legítimo. Los recurrentes aducen encontrarse ante el primer nivel tipo de intervención, es decir, la intervención grave, pues la diferencia introducida por la norma legal mencionada se sustenta en el motivo prohibido por la Constitución, el origen nacional o nacionalidad del inversionista, es decir su condición de extranjero.

- El tercer paso del *test* es la verificación de la existencia de un fin constitucionalmente admisible o legitimo en la diferenciación, lo que supone determinar si el tratamiento distinto dado por la ley obedece a una finalidad o finalidades que explican determinada regulación, no siempre indicada de manera expresa en la norma objeto de análisis o cuestionamiento. En el caso de la finalidad del tratamiento diferenciado del artículo 24º de la LRTV puede considerarse que el trato preferencial otorgado a los inversionistas nacionales y la limitación impuesta al porcentaje de participación de los inversionista extranjeros en el capital de la empresa de radiodifusión, obedecería a alguna de estas finalidades o a ambas: (a) proteger la identidad cultural de la nación; o, (b) proteger y beneficiar al inversionista y accionista nacional.

- El cuarto paso del *test* consiste en el examen de la idoneidad de la diferencia cuestionada, de acuerdo a lo establecido por el TC. Refieren que esta limitación impuesta a los inversionistas y accionistas extranjeros no resulta idónea para la finalidad perseguida. En efecto no puede establecerse una relación o implicación necesaria entre la protección y promoción de la cultura e identidad nacional y la propiedad o porcentajes de participación nacional o extranjera en el capital de la empresa de radiodifusión. Lo primero se refiere a los contenidos de la programación de la emisora, mientras que lo segundo tiene que ver con el origen nacional o extranjero de los propietarios y accionistas de la empresa. Manifiestan además que la legislación sobre radiodifusión establece o puede establecer medidas tales como la exigencia de un porcentaje de la programación que corresponde a la difusión de la cultura nacional y manifestaciones artísticas tradicionales, y que un determinado porcentaje de programas tenga que ser necesariamente producido en el país, con la participación de personal nacional. Se trata de obligaciones impuestas a toda emisora, que deben y pueden ser cumplidas sin importar quiénes son los accionistas o propietarios de la empresa, si estos son nacionales o extranjeros, o el porcentaje de la participación de cada uno de ellos. Con esto, la diferencia de trato establecida por la norma en perjuicio de los inversionistas extranjeros, ni siquiera resulta idónea para alcanzar la finalidad de proteger o promover la identidad cultural de la nación. En consecuencia, el artículo impugnado carece de fundamento para establecer un trato diferenciado; más bien, configura una discriminación en razón del origen nacional del inversionista.

- El quinto paso del *test* consiste en el examen de necesidad. Se relaciona con que la medida legislativa que establece un trato diferente para conseguir una finalidad legítima, deba resultar la menos gravosa para los principios y derechos afectados.

- El sexto paso del *test* es el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Es necesario determinar si el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental.

En tal sentido, los recurrentes consideran que esta limitación impuesta a los inversionistas y accionistas extranjeros no resulta idónea para la finalidad perseguida. En efecto, y ésta es la conclusión a la cual arriban, no puede establecerse una relación o implicación necesaria entre la protección y promoción de la cultura e identidad nacional, y la propiedad o porcentajes en el capital de la empresa de radiodifusión.

B. Argumentos de la contestación de la demanda

Con fecha 2 de julio de 2007, el Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se declare infundada la misma.
Con relación al derecho de propiedad, la emplazada refiere no estar de acuerdo con los demandantes, puesto que estos alegan que no existe otra limitación constitucional respecto a la propiedad de los

extranjeros, sin embargo en el artículo 70º de la Constitución dispone que dicho derecho que ostenta toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. En consecuencia, el bien común y los límites establecidos por ley, también resultan una limitación constitucional respecto a la propiedad de los extranjeros. Refiere, asimismo, que el bien común, al cual se le identifica con el interés público, resulta indispensable al tiempo de desarrollar la institución de la propiedad.
Critican el hecho de que los recurrentes aleguen que el ámbito del derecho de propiedad que se encuentra en juego es el derecho de propiedad a las acciones en las personas jurídicas (empresas de radiodifusión) y licencias (para establecer un servicio de radiodifusión autorizada). En tal sentido, hacen referencia al caso de personas jurídicas que para el desarrollo de sus actividades hacen uso del espectro radioeléctrico, el cual constituye un recurso natural de carácter limitado tal como se encuentra establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N.° 013-93-TCC, que establece que dicho espectro es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la nación, definición mantenida en el artículo 11º de la LRT. Ante esta regulación, al Estado le corresponde la regulación, administración, atribución, asignación, control y en general todo cuanto concierne a la gestión del espectro radioeléctrico atribuido a dicho servicio. De esta manera, concluyen, que no es correcto afirmar la inexistencia de una limitación constitucional respecto a la propiedad de los extranjeros, puesto que tal derecho debe ejercerse en armonía con el interés nacional, pues el bien explotado constituye patrimonio de la nación. Asimismo, los artículos 14º y 2º, inciso 19), de la Constitución habilitan al Estado para tener la capacidad de legislar en torno al mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico y cumplir de esta forma con el deber que le ordena de reconocer y proteger la identidad cultural de la nación, en concordancia con el artículo 70º de la Constitución.
Respecto al tratamiento de las inversiones extranjeras, refiere la emplazada que lo que parte demandante no considera es que la interpretación del artículo 63º de la Constitución no puede hacerse de manera aislada sino, por el contrario, de forma sistemática con los artículos 2º inciso 14), 14º y 70º de la Norma Fundamental. Es así como la interpretación del artículo impugnado ha de tener en cuenta el principio de unidad de la Constitución. Sólo así puede entenderse la intención de dicha norma con relación al artículo 63º de la Constitución. En consecuencia, realizar una interpretación literal como lo hacen los demandantes lleva a interpretaciones sesgadas que no aseguran el cumplimiento de los deberes ciudadanos y los deberes del Estado, mucho más cuando se trata de disposiciones vinculadas a los medios de comunicación.

En cuanto al *test* de igualdad como criterio constitucional alegado por los demandantes, expresa lo siguiente:

- En referencia a la verificación de la diferenciación legislativa en el caso del artículo 24º de la LRT y contrario a lo que sostienen los demandantes, la Ley N.° 28278 realiza un trato diferenciado, mas no discriminatorio, al asegurar una participación mínima a la inversión nacional, norma que efectúa un tratamiento especial o diferenciado para un sector específico presentando una justificación razonable.

- Respecto a la verificación de la existencia de un fin constitucionalmente admisible o legítimo en la diferenciación aplicado al caso de la norma en cuestión, refiere que existe cierta coincidencia con la parte demandante en que el fin constitucionalmente legítimo es la protección de la

identidad cultural de la nación con relación a la pluralidad cultural, en el entendido que el control mayoritario de la empresa por inversionistas nacionales puede incidir en que los contenidos que se difunden respondan, en mayor medida, a los valores, costumbres, tradiciones e idiosincrasia nacional; la que podría verse menoscabada por la preponderancia de valores culturales foráneos, provenientes de los inversionistas y accionistas extranjeros, si se permitieran que estos cuenten con una participación mayoritaria en el capital de la empresa.

- Ante el examen de la idoneidad de la diferencia cuestionada, correspondiente al tercer *test* realizado, señala que la diferenciación establecida a favor de los nacionales respecto de la participación en las acciones y participaciones de las empresas de radiodifusión es un medio idóneo para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo (proteger o promover la identidad cultural de la nación). Siendo esto así, son los peruanos titulares de un mínimo de 60% de las acciones o participaciones de las empresas de radiodifusión, los convocados, a través de la disposición establecida en el artículo 24° de la LRT, a promover la identidad cultural con respecto de la pluralidad cultural de la nación.

- Finalmente, ante el examen de necesidad de la norma impugnada, la emplazada señala que esta disposición dispone la inversión extranjera hasta un 40% del total de las participaciones o de las acciones del capital social de dichas personas jurídicas, con lo cual se permite la participación de la inversión extranjera dentro de un proceso gradual de apertura que está supeditado a la consolidación de la identidad nacional, que representa una meta de acuerdo con lo señalado por el TC, en el sentido de que la multiculturalidad del Estado peruano no debe significar un lastre para lograr la identidad nacional, sino un desafío constitucional en la medida que se debe tener en consideración el valor de la diversidad cultural.

Asimismo, señala que en la Decisión N.º 219 de la Comunidad Andina de Naciones, referida al régimen de inversiones, se hace alusión a que son los países los que disponen la apertura al comercio y la inversión internacional; y que en la línea o conforme a sus intereses nacionales y de acuerdo a estas consideraciones es que el artículo 2° de la Decisión establece que los inversionistas extranjeros deben tener los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada país miembro. De esta manera, señala que son precisamente las disposiciones establecidas en la legislación peruana las que estipulan las condiciones y requisitos para la participación de la inversión extranjera en el país, y, en el caso concreto, de la inversión en las personas jurídicas dedicadas a la prestación de servicios de radiodifusión.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Este Colegiado estima que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas debe centrarse en los siguientes temas:

- ¿Cuál es la relación existente entre los derechos de comunicación (expresión e información) y el rol que cumplen los medios de comunicación social?
- Al ser consideradas como instituciones constitucionales, ¿de qué forma habrá de concretizarse el tratamiento de la radio y la televisión a través de una ley de desarrollo?
- ¿Qué reglas se han previsto para las autorizaciones para la radio y la televisión, en virtud de su sustento en la libertad de empresa?
- ¿Existe igualdad en el trato de la inversión extranjera y nacional en las empresas de radiodifusión?
- ¿Debería exigirse algún criterio de reciprocidad en el trato entre los inversionistas nacionales y extranjeros, según sea el país del cual provengan estos últimos?

VI. FUNDAMENTOS

1. El tema sometido a controversia constitucional tiene que ver básicamente con el porcentaje de la inversión extranjera en los medios de comunicación social radiales y televisivos.

   Sin embargo, comenzaremos el análisis con algunas precisiones referidas a la ubicación de estos medios dentro de la Constitución, para luego centrarnos específicamente en la materia cuestionada en este proceso.

§1. Derechos comunicativos y medios de comunicación social

2. La Constitución ha sido muy clara en reconocer los derechos fundamentales comunicativos a través del artículo 2º, inciso 4):

> A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin

> previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley

A partir de este enunciado (que es coherente con lo señalado en los instrumentos internacionales a los cuales el Perú se ha adscrito, como el artículo 19º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo IV de la Declaración Americana, el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13º de la Convención Americana) se puede deducir que los derechos que están en juego son tanto la libertad de expresión como la libertad de información. Cada uno de estos tiene un contenido propio, el mismo que ha sido delimitado en la STC N.º 0905-2001-AA/TC, básicamente a través de su fundamento 9:

> (...) Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan trasmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente.
> Así, mientras que con la libertad de expresión se garantiza la *difusión* del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un *test* de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser.

3. Desde el punto de vista de la teoría institucional, ambos derechos fundamentales cuentan con un ámbito subjetivo de protección conjuntamente con uno objetivo, el cual ha sido reconocido expresamente por este Colegiado en el fundamento 13 de la STC N.º 2262-2004-HC/TC:

> (...) ambos derechos tienen un sólido sustento democrático, e incluso se han propuesto garantías para que la injerencia a su ejercicio sea lo más limitada posible.

De ello es imposible desdecir lo que significan dentro del ámbito constitucional los derechos a la expresión y a la información. En tal entendido,

> (...) tampoco se puede ignorar que en una sociedad democrática, los medios de comunicación social constituyen el principal instrumento de control de la actividad gubernamental.

Es decir, retomándose la doctrina ya expresada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de la Opinión Consultiva 5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, de 13 de noviembre de 1985 y de la Resolución de 5 de febrero de 2002, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros), se ha expresado en el fundamento 26 de la STC N.º 0027-2005-PI/TC que

> El Tribunal Constitucional no puede soslayar la importancia capital del rol del ejercicio profesional del periodismo y de los medios de comunicación social para la consolidación de las instituciones y del propio régimen democrático; claro está, cuando ellos se realizan con responsabilidad y dentro del respeto de la dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución), de sus derechos fundamentales y de valores democráticos como la tolerancia y el pluralismo. Su papel es especialmente relevante porque su ejercicio democrático incide en la posibilidad de que los ciudadanos estén convenientemente informados sobre los temas que son de interés público (...).

Pero también es cierto que este Tribunal ha puesto una condición para que el fin proveniente del artículo 3º de la Norma Fundamental pueda ser plenamente aceptado en sede constitucional. El fundamento 36 de la STC N.º 6712-2005-PHC/TC ha señalado que

> El ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. Sólo así, con los límites que se deben encontrar en la propia Constitución, el derecho a la información podrá convertirse en la piedra angular de la democracia (...).

4. El ejercicio de estos derechos habrá de ejercerse a través de cualquier medio de emisión de un discurso, ya sea éste informativo o expresivo.

Sin embargo, la propia Constitución ha señalado en el artículo 2º, inciso 4), que la forma más concreta de comunicación es la realizada a través de medios especializados, toda vez que establece que su ejercicio se dará 'por cualquier medio de comunicación social', aunque no puede afirmarse que ellos son los únicos vehículos de transmisión de las ideas.

Esta fórmula también ha sido recogida por la Corte Interamericana en el párrafo 31 de la Opinión Consultiva 5/85 y en el párrafo 147 de la sentencia del Caso Baruch Yvcher c/. Perú.

5. Ahora bien, entrando de lleno a lo que son los medios de comunicación social, entre los cuales se encuentran la radio y la televisión, materias de regulación de la ley controvertida en el presente proceso de inconstitucionalidad, se puede señalar que estos pueden ser considerados como instituciones constitucionales. Cabe recordar que las instituciones son realidades con efectiva vida social y política que ameritan una protección jurídica determinada, por lo que son institutos delimitables y efectivamente existentes.

Esta relación entre medios de comunicación social e instituciones ya ha sido aceptada por este Colegiado en el fundamento 11 de la STC N.º 3362-2004-AA/TC, según el cual

> (...) la insistencia de nuestra Norma Fundamental en los medios de comunicación social se debe justamente a la tangible preocupación por la responsabilidad que acarrea su actuación en la sociedad. Para limitar su poder se les ha reconocido como una institución constitucional, lo cual fluye de su tratamiento genérico (artículo 2º, inciso 4, de la Constitución) como de la búsqueda para su colaboración con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural de la nación (artículo 14.º *in fine* de la Constitución). Es más, en el artículo II del Título Preliminar de la Ley de Radio y Televisión, Ley N.º 28278, se reconoce que la prestación de los servicios de radiodifusión, como medio de comunicación masiva, debe regirse, entre otros, por la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, la libertad de información veraz e imparcial, la tutela del orden jurídico democrático, la promoción de los valores y la identidad nacional, y, claro está, por la responsabilidad social de los propios medios.

Así, bajo el principio de unidad de la Constitución y el de concordancia práctica de los derechos fundamentales, la interpretación correcta del artículo 2º, inciso 4) se debe hacer en correspondencia con lo señalado por el mencionado artículo 14º y también por el artículo 6º (aseguramiento de los programas de educación sobre paternidad y maternidad responsables), y así se puede terminar entendiendo a los medios de comunicación social como verdaderas instituciones.

> Lo que sí supone la comprensión institucional de la prensa es la atribución al legislador de una contribución muy importante en el establecimiento de su regulación. Al legislador compete, especialmente, la fijación de su organización interna democrática y la imposición de obligaciones que garanticen la transparencia del accionariado de sus empresas, así como establecer los criterios de su intervención en supuestos de monopolio informativo.

Entonces, al igual que sucede en el derecho comparado, con relación a la configuración constitucional de estos derechos comunicativos, puede decirse que los constituyentes

> (...) le confirieron el tratamiento inherente a una libertad institucional, puesto que al establecer el derecho de todos los habitantes de la Nación de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, aseguraron la esencia republicana democrática. Es que en la medida en que exista una prensa libre e independiente (...), el pueblo ha de tener conocimiento pleno de la labor de los gobernantes y de todo lo inherente a la cosa pública.

6. Como parte de la lógica antes establecida, la radio y la televisión también adquieren la calidad de instituciones constitucionales, por lo que su tratamiento siempre ha de estar en coherencia y en armonía directa con los valores, principios, bienes y derechos que la propia Norma Fundamental reconoce.

   Y hacia ello debe propender la LRT, y claro está, dentro de ella, también la norma impugnada. Caso contrario, la radio y la televisión no habrán cumplido con el rol asignado, ni la libertad de expresión o la libertad de información estarán ubicándose dentro de su ámbito de validez.

7. Pero para que la televisión y la radio cumplan el rol que constitucionalmente se les ha asignado, se requiere además de una voluntad estatal; que

> (…) pueda surgir de la opinión pública fácticamente generalizada una convicción acreditada desde el punto de vista de la generalización de intereses, que legitime las decisiones políticas.

El tema de los medios audiovisuales requiere una participación activa de todos nosotros, pues la implicancia del rol participativo del ciudadano en el Estado, a través de los 'bienes jurídicos de democracia militante', permite a la sociedad superarse, esto es, consagrará un orden fundamental democrático caracterizado por la preservación de la apertura y libertad del proceso de creación de opiniones y voluntades, formación de la voluntad popular que se dé desde el seno de la sociedad -pasando por los partidos- hasta en los propios poderes del Estado.

En fin, la eficacia de estos derechos dependerá del ambiente democrático en que incida y, en especial, en el modo en que la televisión y la radio cumplan sus funciones básicas. Por ello,

> (...) el objetivo final del control democrático de los medios de comunicación es hacer real y efectivo el libre desarrollo de la personalidad; es decir, garantizar su libre formación y su libre difusión (conformación de una opinión pública libre y plural); de ahí su necesidad como algo vital para cualquier sistema democrático.

Para que una democracia funcione en un país se requiere de unos medios, no sólo con una cobertura mayor, sino también que su objetivo esté mejor dirigido, para así superar la consecución de una opinión pública libre y consciente.

§2. La LRT como reflejo de la radio y la televisión en tanto instituciones constitucionales

8. El sector audiovisual tiene una singularidad que hace necesario imponer restricciones aceptables y necesarias a la aplicación incondicionada de las reglas.

   La televisión y la radio tienen un doble estatus: uno, como derecho subjetivo, en tanto actividad empresarial que desarrollan las personas en virtud de la libertad empresarial; y, otro, como derecho objetivo, en tanto cumplen una función social de comunicación pública. En este sentido, la libertad empresarial de constituir empresas televisivas y radiales, para que sea legítima constitucionalmente debe asegurar las posibilidades de comunicación de todos los intereses sociales e informar sin manipular, y, por tanto, formar libremente la opinión pública.

   No es solamente un servicio a los ciudadanos para mejorar su bienestar o sus condiciones de vida; es también el instrumento por el que se canalizan libertades constitucionales como la de comunicación y se hace posible la preservación de valores constitucionales como la formación de la opinión pública libre. Al mismo tiempo que es el lugar que permite el ejercicio y consagración de dichas libertades, es también una herramienta imprescindible para que puedan desarrollarse otros valores, como la cultura común o la protección de la infancia.

   Tal como se irá observando a lo largo de la sentencia, es indispensable ir dibujando los contornos adecuados del ejercicio de los derechos que asisten a las empresas de radiodifusión, para que sean congruentes con los roles que la Constitución les ha asignado.

9. La lógica que guía la LRT debe realmente vislumbrar el fortalecimiento democrático, máxime si la *ocassio legis* de su debate y posteriormente promulgación fue siempre la admisión en el Perú de una ética pública, luego de la experiencia nefasta del decenio pasado con relación a la corrupción de algunos medios radiales, y especialmente televisivos, y la compra de la línea editorial de muchos de ellos a favor del gobierno de entonces.

Por ejemplo, muchos de los casos de la red de corrupción de la década pasada involucraban a propietarios de canales de televisión: Expedientes N.º 025-2001 (investigados: José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, actualmente extraditados), N.º 044-2001 (investigados: Manuel Hugo Delgado Parker y Ernesto César Schütz Landázuri), N.º 17-2001 (investigados: Julio César Vera Abad y Edgardo Daniel Borobio Guede), N.ºs 034-2002 y 022-2001 (investigados: Mendel Winter Zuzunaga y Samuel Winter Zuzunaga) y N.º 029-2001 (investigado: Genaro Delgado Parker). Asimismo, existen muchos vídeos de reuniones del ex asesor de Fujimori, Vladimiro Montesinos, en la sala del Servicio de Inteligencia Nacional, con los personajes antes citados.

Justamente para evitar nuevamente ello, surge la LRT, la misma que en su artículo II del Título Preliminar ha sido muy clara en señalar cuáles son los principios que rigen la prestación de los servicios de radiodifusión:

a) La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad.

b) La libertad de expresión, de pensamiento y de opinión.

c) El respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural.

d) La defensa del orden jurídico democrático, de los derechos humanos fundamentales y de las libertades consagradas en los tratados internacionales y en la Constitución Política.

e) La libertad de información veraz e imparcial.

f) El fomento de la educación, cultura y moral de la Nación.

g) La protección y formación integral de los niños y adolescentes, así como el respeto de la institución familiar.

h) La promoción de los valores y la identidad nacional.

i) La responsabilidad social de los medios de comunicación.

j) El respeto al Código de Normas Éticas.

k) El respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar.

l) El respeto al derecho de rectificación.

Algo similar se puede encontrar en el artículo III, con relación a los principios para la prestación de los servicios de radiodifusión. Así, tales máximas reflejan fielmente lo que la Constitución requiere de los medios de comunicación, especialmente de la radio y de la televisión.

10. En este marco, se ha de colegir que la radiodifusión nacional, en tanto institución reconocida constitucionalmente, debe ser entendida como un servicio esencial, a la vez que como un servicio privado de interés público, el mismo que habrá de ser otorgado en base de una autorización, según los parámetros constitucionales a ser explicados *infra* (fundamento 17). De esta forma, el artículo 3º de la LRT señala que los servicios de radio y televisión,

> Los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público, prestados por una persona natural o jurídica, privada o pública, cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general.

Ahora bien, sobre esta consideración, parte de la doctrina ha sido meridianamente alentadora:

> (...) si bien los medios radioeléctricos deben estar al servicio del público, sostener que la actividad de los mismos es un servicio público representa el serio problema de que, con ese pretexto, el Estado pretenda su actividad más allá de todo límite razonable y entrar a regular el contenido de los mensajes que se difunden a través de ese medio.

Pero, por otro lado, partiendo de considerarlos como servicios esenciales,

G*rundversorgung*, la radio y principalmente la televisión deben ofrecer una programación al mayor número de ciudadanos posibles, de manera continuada e igual, y presentarse como elemento esencial para cumplir los fines del Estado social y democrático de derecho.

El concepto de servicio esencial (*Grundvesorgung*) es un elemento básico de las libertades televisivas -y también radiales- en el marco constitucional, como forma básica de la 'procura existencial' del Estado democrático y social de derecho. Por ello,

> (...) aunque legalmente las telecomunicaciones no revisten en general el carácter de servicio público y a pesar de que su prestación queda genéricamente abierta al régimen de competencia, la indudable utilidad pública de tales prestaciones ha obligado al legislador a buscar una fórmula que garantice la plena satisfacción del interés general en un contexto de libre competencia (...).

En fin, tal como lo ha señalado la propia normatividad infraconstitucional, el marco en el cual se desenvuelven la radio y la televisión es el de un servicio privado de interés público.

11. Lo significativo de los puntos antes explicados es la insistencia en que la radio y la televisión puedan ser consideradas verdaderas instituciones constitucionales.

Es decir, la regulación existente en la LRT debe ser plenamente congruente con los postulados previstos en la Norma Fundamental, pues un servicio de radiodifusión debe estar siempre enmarcado dentro de los límites admisibles y admitidos por los principios de dignidad de la persona y de vigencia democrática del país. Por ende, siempre se considera necesaria para la radiotelevisión

> (...) una regulación que refuerce, por razón de la actividad como tal y no sólo por la del sujeto que la lleve a cabo, y en garantía de los derechos e intereses concernidos, la protección de base dispensada por el régimen general de la comunicación y la información.

El rol social que cumple la radio y la televisión justifica esta decisión y esta necesidad jurídica:

> Se le asigna a los medios de comunicación la función de una nueva forma de control social basada en el consentimiento de un modo similar al surgimiento de la democracia (...). El papel eminentemente crítico y esclarecedor que debería desempeñar los medios de comunicación, se vuelve manejable mediante la estructuración de esos medios para que sus mensajes no contradigan radicalmente la ideología hegemónica de la sociedad.

De hecho, en el mundo actual, no debe quedar duda que el discurso emitido a través de la radio y la televisión puede ser considerado como una mercancía (tanto así que, tal como se verá más adelante, está en relación directa con los derechos y libertades económicas, sobre todo con libre iniciativa privada y libertad de empresa), en tanto es susceptible de intercambio en el mercado; sin embargo

> (...) conviene no olvidar que las plusvalías económicas no son, a diferencia de lo que sucede en otros sectores económicos, el único fin que persiguen estas sociedades, lo que explica tanto situaciones de persistente déficit comercial de empresas de comunicación como las ayudas públicas de que son beneficiarios los medios de comunicación.

Es así como resulta lógico, dentro de esos postulados, que la propia LRT haya señalado en su artículo 4° que

> Los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional.

12. Lo que corresponde al TC, como órgano encargado del control de la Constitución, es buscar por todos los medios posibles que la radio y la televisión cumplan con los fines asignados en bloque de constitucionalidad (Constitución – LRT), pues muchas veces estos medios de comunicación social se encuentran lejos de ellos.

    Por eso, en el Perú de hoy lo que realmente se necesita es crear una nueva esfera pública, un nuevo espacio público para la confrontación de las opiniones e ideas.
    Debemos entender, por ende, a la LRT con todas las críticas que a ella se le pueda realizar, como un mecanismo de 'reciprocidad igualitaria', es decir, como el instrumento ideal que abra el diálogo libre y sin restricciones entre individuos racionales, a través de un tratamiento comunicativo con simetría y reflexividad.

§3. Las reglas de las autorizaciones para radio y televisión

13. Los servicios de radiodifusión en tanto servicios privados de interés público se obtienen a través de concesiones, bajo la forma de autorizaciones (sobre la relación entre concesión y autorización, revisar el fundamento 17 de esta sentencia), previstas en el artículo 14° de la LRT y cuyos requisitos están contemplados en el artículo 29º del Decreto Supremo N.° 005-2005-MTC, Reglamento de la LRT. De ello se colige que los medios de comunicación radiales y televisivos deben cumplir algunas exigencias previstas normativamente, a riesgo que el Estado no realice la aprobación correspondiente de su funcionamiento.

    Tal aseveración se engloba en el hecho de que según la Constitución, en el ya mencionado artículo 2°, inciso 4),

    > (…) Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

    Queda reconocido, entonces, el hecho de que formar un medio de comunicación social, entre los cuales se encuentran la radio y la televisión, es plenamente amparable y protegible por la Norma Fundamental, razón por la cual su existencia no puede ser objeto de negativa por parte de la entidad administrativa.

14. Pero ello no es impedimento para que el propio Estado defina legalmente las condiciones para el otorgamiento de las autorizaciones correspondientes, pues tal situación tiene que ver básicamente con la forma de servicio que se está brindando. Son distintas las condiciones para el funcionamiento de un canal de televisión o de una radio a las existentes en un medio escrito.

> En la actualidad convergen las infraestructuras para la prestación de servicios, y también comienzan a hacerlo los dispositivos terminales. La convergencia posibilita que las empresas oferten combinaciones de servicios a los usuarios. Gracias a los avances tecnológicos se superponen diferentes modalidades de transmisión que permiten la prestación de servicios nuevos con los medios existentes y la propia generación de nuevas infraestructuras adecuadas para la provisión de servicios combinados.

Habrá de recordarse en este punto que la LRT sólo tiene validez para las empresas de radiodifusión privadas en señal abierta (artículo 1° de la LRT), pues no incluye en su seno las existentes en señal cerrada, como en cable, o por internet, sino únicamente las que usan el espectro radioeléctrico, exceptuando también a las empresas públicas de radio y televisión.

15. Una legislación de este tipo, más allá de poderse considerar como una regulación incompleta o insuficiente, pues tampoco admite situaciones como la propiedad cruzada de medios (*cross ownership*), se basa en la existencia de un limitado espectro radioeléctrico, que según el artículo 11º de la LRT,

> (…) es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento para la prestación del servicio de radiodifusión, se efectúa en las condiciones señaladas en la presente Ley y las normas internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Asimismo, el artículo 3º.e de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley N.º 26821 -en adelante, LORN- expresamente presenta al 'espectro radioeléctrico' como una forma de recurso natural.

16. Entonces, es lógico que la validez de la actuación de las empresas radiodifusoras sobre recursos naturales fluya de una norma constitucional como la prevista en el artículo 66º, que expresa que

> Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.
> Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Al respecto, es muy clara la LORN, la misma que manifiesta y desarrolla, en su artículo 23º, que

> La concesión, aprobada por las leyes especiales, 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.
> Las concesiones son bienes incorporales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella deberán inscribirse en el registro respectivo.

En este esquema, se ha señalado que siempre que una actividad comercial sobre bienes naturales sea susceptible de aprovechamiento económico, podrá ser objeto de gestión concesional.

17. Sin embargo, el artículo 14º de la LRT señala que la actuación de las empresas radioeléctricas se dará a través de las autorizaciones que el Estado le otorgue:

> (...) La autorización es la facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de radiodifusión (...).

Así, la autorización a favor de las empresas radiodifusores debe ser entendida como una forma de aprovechamiento válido de los recursos naturales del Estado, en el caso concreto del espectro radioeléctrico. Justamente este punto es utilizado por la parte demandada para fundamentar la validez de la norma impugnada, pues

> (…) siendo el espectro radioeléctrico patrimonio de la Nación, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional, su explotación no puede ser separada del interés nacional por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Además, debe destacarse que el dominio estatal sobre el espectro radioeléctrico es eminente, por lo que el Estado tiene la capacidad de legislar en torno a su mejor aprovechamiento, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política cuando establece en su artículo 70º que el derecho de propiedad ‘se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley’.

Pero, ¿acaso la Constitución no se refiere a la concesión como el mecanismo jurídico *ad hoc* para permitir a los particulares utilizar los recursos naturales, cuando precisamente el espacio radioeléctrico es un recurso natural? ¿Sería inconstitucional el artículo 14º de la LRT al señalar que es la autorización administrativa la vía de la concesión del espacio radioeléctrico para el caso de la radio y televisión? La respuesta a esta pregunta la encontramos en la propia ley orgánica sobre la materia, que para el caso concreto se convierte en un bloque de constitucionalidad.

Así, el artículo 24º de la LORN señala que

> Las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales, tienen los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable.

Por esta razón, es válido, desde el punto de vista constitucional, que la LRT se refiera a la actividad de los medios radiodifusores como una forma de autorización por parte del Estado, pues ésta habrá de entenderse como una concesión.

18. A partir de este entendido, es necesario requerir a los medios de comunicación social televisivos y radiales a que, a partir de la autorización que obtienen para utilizar un recurso natural como es el espacio radioeléctrico, cumplan adecuadamente con los cometidos constitucionales.

    A partir del ya mencionado artículo 14º *in fine* de la Norma Fundamental y el rol de promoción de los medios a la educación y a la cultura, se puede entender que la radio y la televisión, en tanto institutos constitucionales, deben buscar primordialmente lo siguiente:

- Que se promueva la existencia de programación nacional, pero no de cualquier tipo, sino que ésta sea coherente con el impulso del desarrollo intelectual, moral, psíquico y físico de los peruanos, toda vez que en el país se debe buscar el bienestar general de la población basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación (artículo 44º de la Norma Fundamental), además que existe el deber constitucional de protección de los intereses nacionales (artículo 38º de la Norma Fundamental).

- Que se proteja convenientemente a los niños y adolescentes, pues la Constitución les reconoce a ellos, a partir del artículo 4º, una titularidad superreforzada de derechos fundamentales, más aún si también se ha previsto que el único límite a la proscripción de censura previa en el ámbito

hemisférico dentro de los espectáculos públicos se refiere a la protección moral de la infancia y la adolescencia (artículo 13.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

- Que promueva un verdadero pluralismo informativo, sobre todo si la propia Norma Fundamental en el artículo 61º *in fine* expresa que los medios de comunicación social, especialmente la radio y televisión, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

- Que la publicidad no sea engañosa, desleal o subliminal, máxime si la Constitución señala en su artículo 65º que se ha de defender el interés de los consumidores y usuarios, exigiéndose una adecuada información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, velándose por la salud y la seguridad de la población.

19. Aparte de lo claro que puede resultar el artículo 14º de la Constitución, hay que observar también que según el artículo 7º de la LORN,

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

El cumplimiento de dichos fines constitucionales, además, se hace posible cuando las empresas radiodifusoras asumen el compromiso de lo que se ha venido a denominar la 'responsabilidad social', que incluso puede llegar a ser una 'responsabilidad constitucional'. Para el caso de los medios de comunicación social regulados por la LRT cabe insistir en su capacidad y obligación de educar en la cultura y la moralidad públicas, tal como lo señala el artículo 14º de la Constitución, tal como ya se vino a explicar en el fundamento anterior.

Con relación a la responsabilidad social de la empresa, este Colegiado ya ha señalado, como parte de los fundamentos 14, 15 y 16 de la STC N.º 0048-2004-AI/TC, que

> El modelo del Estado Social y Democrático de Derecho representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado Liberal. Pero ¿qué supone la fórmula política o, más precisamente, el término 'social' respecto a la actuación de los grupos económicos y las empresas privadas? ¿Es indiferente que el Estado se defina constitucionalmente como

> ‘Social y Democrático de Derecho’ cuando se trata de extraer algunos efectos frente a los particulares? Respecto del Estado, ya sabemos que ha suscitado una especie de mutación estructural. No es lo mismo, ni en la perspectiva histórica, ni en cuanto a los alcances y contenidos concretos, la fórmula del Estado Liberal y la acuñada por el constitucionalismo de posguerra como ‘Estado Democrático y Social de Derecho’.
> En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.
> Lo ‘social’ se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi ‘natural’, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.
> *Prima facie*, la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *per se* virtuoso y el Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: ‘tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario’.

Por tales consideraciones, las empresas radiodifusoras, en tanto cumplen roles establecidos explícitamente en la Constitución, y a partir de su configuración como instituciones, deben asumir su responsabilidad social; además deberán regirse por la cláusula de progresividad en la protección de las personas, es decir se les debe exigir una no regresividad, razón por la cual en caso de que haya mejorado el nivel de su programación no pueden retornar a los paradigmas netamente comerciales, sino que siempre deben propender a educar y reforzar los valores éticos de la sociedad peruana.

Es por eso que el artículo II del Título Preliminar de la LRT ha sido claro en presentar los principios que rigen la programación de las empresas de radiodifusión, tal como ya se pudo presentar en el fundamento 9 de la presente sentencia. Sólo así se podrá considerar a la empresa televisiva como un titular efectivo

de los derechos fundamentales que la Constitución le asigna. Cabe recordar también que es la propia LRT la que impone sanciones a los medios que incumplen con las funciones que se les han asignado (artículo 74º ss.).

20. Por tal razón, resulta admisible que la LRT haya impuesto condiciones para el otorgamiento de autorizaciones, lo que se entiende como la facultad que confiere el Estado a personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de radiodifusión (artículo 14º de la LRT).

> Mediante los principios de libertad de admisión y de renuncia a intervenir en la estructura financiera y organizativa de los medios, el Estado ha brindado las fórmulas generales de actuación económico-privadas para extensas ramas de la comunicación de masas (...).

En primer lugar, como norma para ejercer tal titularidad se ha impuesto la prohibición de exclusividad, monopolio y acaparamiento. Así lo ha establecido el artículo 22º de la LRT, como concretización del artículo 61º *in fine* de la Constitución.

Y en segundo término, y he aquí donde ingresa el cuestionamiento por parte de los demandantes a la LRT, está la norma establecida en el artículo 24º de la LRT, que señala lo siguiente:

> Sólo pueden ser titulares de autorizaciones y licencias personas naturales de nacionalidad peruana o personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el Perú.
> La participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no puede exceder del cuarenta por ciento (40%) del total de las participaciones o de las acciones del capital social, debiendo, además, ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión en sus países de origen.
> El extranjero, ni directamente ni a través de una empresa unipersonal, puede ser titular de autorización o licencia.

El cuestionamiento central frente a ello se encuentra en lo señalado en el segundo párrafo, pues consideran que esto afecta gravemente lo establecido en la Norma Fundamental. No consideran inconstitucionales los párrafos primero y tercero, sino únicamente el segundo. Por tanto, se acepta que los extranjeros no puedan ser titulares de las autorizaciones, pero no que se vea limitada su participación en el capital de la empresa.

21. Dentro del análisis formal de la inconstitucionalidad, existe una norma que es la que supuestamente estaría siendo vulnerada, y es el artículo 63° de la Norma Fundamental, que a la letra dice:

> La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones.

Esta norma tiene un correlato directo, o es una manifestación específica de lo contemplado en el artículo 2º, inciso 2):

> Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Este Colegiado ya ha mencionado, dentro de la STC N.º 0018-2003-AI/TC, el contenido del artículo 63°, como parte de un derecho a la inversión, y lo ha hecho de la siguiente manera:

> El artículo 63° de la Constitución señala que 'La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones [...]'.
> La inversión puede ser definida como aquella acción mediante la cual los agentes económicos –personas e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos– realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros. Es decir, significa el ingreso de dinero, insumos, equipos, etc.
> La inversión supone el acrecentamiento del capital de una economía o, en otras palabras, la acumulación de capital (...).
> Asimismo, será extranjera cuando la acción económica se efectúa dentro del territorio de un Estado por agentes económicos con domicilio en otros países.
> Dicha inversión facilita la dinámica económica de un país; conlleva aportes tecnológicos, coadyuva para fomentar una más eficiente organización empresarial y hasta traslada su *know how* (conocimientos, procedimientos, métodos de elaboración, utilización de medios necesarios o aportes de información secreta, etc.).
> Pues bien, en cuanto al asunto bajo análisis, es menester puntualizar que la Ley especial lo que hace es distinguir entre aquellas empresas postoras que son proveedoras de bienes o servicios producidos o prestados en el territorio nacional, y aquellas otras que no producen o brindan fuera de él.
> Por ende, la ley especial incorpora tanto al inversionista nacional como al extranjero dentro de las reglas de diferenciación. A mayor abundamiento, la distinción no opera en función a la calidad de inversionista, sino en lo que atañe a las empresas que producen y proveen servicios en el interior o desde el exterior del país.
> De lo que se concluye que la supuesta violación del artículo 63° de la Constitución también debe desestimarse.

A raíz de ello, es innegable que la pregunta que este Colegiado debe responderse es la siguiente: ¿El segundo párrafo del artículo 24º de la LRT respeta o no el artículo 63º de la Constitución? O dicho de

otro modo, y aquí sí seguimos lo previsto en el artículo 75º del Código Procesal Constitucional, ¿el segundo párrafo del artículo 24º de la LRT es una infracción directa y por el fondo del artículo 63º de la Constitución, afectándose de esta forma la jerarquía normativa de la Norma Fundamental?

22. Ante todo, conviene revisar el marco constitucional en el cual va a desarrollarse la actividad de empresas privadas extranjeras. Éste no puede ser otro que el contenido en la Economía social de mercado. El artículo 58º de la Constitución explica que si bien existe iniciativa privada libre, el sistema económico (en el cual no puede excluirse a las empresas de radiodifusión) debe ser guiado por una Economía social de mercado.

    Sobre la base de esta normatividad, los demandantes manifiestan

> (…) que las prohibiciones y restricciones impuestas a los inversionistas y accionistas extranjeros en el artículo 24º de la Ley de Radio y Televisión no resultan compatibles con el ordenamiento constitucional peruano, cuyo régimen económico consagra dentro de sus principios rectores la economía social de mercado, la libre iniciativa privada y de empresa, y la libre concurrencia e igual tratamiento de las inversiones nacionales y extranjeras. Asimismo, si bien hace unas décadas se propiciaron normas restrictivas o prohibiciones a la participación extranjera en determinadas actividades económicas, reservándolas para el Estado o, algunas veces, a la inversión nacional, ello no resulta coherente, en un esquema de globalización e internacionalización de la economía, ni con la política del Estado en esta materia, ni con el régimen económico de nuestra Constitución, más aún si actualmente la regla predominante en el país es una política de estímulo y promoción a la venida de la inversión extranjera, para que contribuya al desarrollo del país.

Sobre el modelo económico y sus implicancias, este Colegiado ha dejado sentado en los fundamentos 13.a y 16 de la STC N.° 0008-2003-AI/TC que

> La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios. c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como

> auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social (…).
> Y es que, dado el carácter 'social' del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

23. Conviene recordar, de otro lado, que el sistema de mercado tiende simplemente a establecer un estado de cosas en virtud del cual ninguna necesidad se satisface empleándose un volumen de recursos superior al que realmente se precisa.

Esto traducido al ámbito concreto de la inconstitucionalidad planteada viene a significar que las empresas de radiodifusión si bien parten de una iniciativa privada, y así lo demuestra el propio artículo 2º, inciso 4), *in fine* de la Constitución, tampoco pueden estar exentas de parámetros establecidos o dados desde el Estado.

Tomando en cuenta estos argumentos, para resolver una controversia relacionada con derechos fundamentales de índole económico, el juez constitucional

> (...) valora el contexto socioeconómico, lo considera relevante para una interpretación vivificante de la Constitución, incorpora los elementos de éste que son pertinentes para ponderar los principios enfrentados y delinear sus alcances e, inclusive, aprecia si las consecuencias económicas de un fallo inciden en el goce efectivo de derechos o en la realización de principios constitucionales (...).

Además, no es posible desdeñar el hecho de que, con el paso del tiempo, se ha llegado a lo que se conoce 'la definitiva instauración del libre mercado audiovisual'.

24. Bajo este parámetro, las empresas de radiodifusión podrán ejercer su derecho a la libertad de empresa, pues este derecho es la base de protección que habrá de argüirse para el caso concreto.

Según el artículo 59° de la Constitución que garantiza expresamente la libertad de empresa, siempre como principal expresión de la libre competencia, señala que su ejercicio

> (…) no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas (…).

Lo que sí no se puede olvidar es que

> La conformación pública de la economía de mercado no sólo atiende a la protección de terceros, sino que también afecta a la esencia misma de la libertad de empresa en cuanto potencial generadora de poderes económicos que pueden rivalizar con el poder político.

De ello se desprende que

> Junto con la ineludible vinculación de la televisión con la libertad de expresión y el derecho a la información, y bajo el imprevisible soporte de la tecnología, la actividad televisiva consta de lo que se ha calificado como una inequívoca vertiente mercantil que se encuentra amparada (...) por la libertad de empresa (...).

Entonces, la actuación de las empresas de radio y televisión habrá de sujetarse al ejercicio de este derecho, que como bien señalamos en el fundamento 26 de la precitada STC N.° 0008-2003-AI/TC está definida como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.

Es decir, y así también lo ha expresado este Tribunal en los fundamentos 12 y 13 de STC N.° 3330-2004-AA/TC,

> (…) Según está dispuesta la libertad de empresa, esta también está en relación directa con la función social que debe cumplir. Y asume este objetivo por ser parte de un sistema como el de la economía social de mercado (…).
> Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho. - En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado (…). - En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros). - En tercer lugar, está la libertad de competencia. - En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

No está de más señalar que lo que está en juego en el presente caso es lo referido a la libre competencia, en la forma de la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, básicamente de capitales extranjeros, lo cual está en fraternal conexión con la autoconfiguración que gozan las propias empresas de radiodifusión.

> Ese derecho no se agota simplemente en la posibilidad de crear las empresas, organizarlas y dirigirlas; sino también en el derecho a instalar redes y acceder a ellas, lo cual es muy importante porque los servicios de radiodifusión no limitan su actividad a la simple difusión de una señal, sino para hacer que esta llegue realmente a puntos que hayan sido incluidos dentro de la estrategia o desarrollo empresarial planteados por la empresa, se deben valer de servicios portadores -lo cual indica que hay una interacción entre servicios de difusión y servicios portadores, que son servicios de telecomunicaciones puros por así llamarlos-.

Lo interesante en este punto está en verificar si los límites impuestos por la LRT a los capitales extranjeros realmente contribuyen a un correcto ejercicio de la libertad de empresa en los medios de comunicación social televisivo y radial, tal como es la intención de los artículos 59° y 63º de la Constitución.

§4. El *test* de igualdad con relación a la inversión extranjera y nacional en las empresas de radiodifusión

25. Este Colegiado en diversa jurisprudencia (entre ella, STC N.° 0006-2006-PI/TC, STC N.° 0023-2005-PI/TC y STC N.° 0025-2005-PI/TC) ha venido a utilizar, con el fin de analizar la existencia de discriminación en un caso concreto, el *test* de igualdad, el mismo que consta de seis pasos: (a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la *intervención* en la prohibición de discriminación; (b) Determinación de la 'intensidad' de la intervención en la igualdad; (c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); (d) Examen de idoneidad; (e) Examen de necesidad; y, (f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

    Por esta razón, se debe realizar el *test* señalado a fin de analizar si él es superado o no por el segundo párrafo del artículo 24° de la LRT. Sin embargo, no haremos un análisis estricto de la igualdad sobre la base de los pasos antes mostrados, sino por una cuestión meramente pedagógica uniremos algunos, por lo que el estudio será en bloque.

26. Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el carácter que posee el mencionado artículo 63° en tanto criterio de análisis de igualdad, haciendo un exhaustivo estudio de lo que este principio-derecho significa.

    A través de la STC N.° 0018-2003-AI/TC, el TC ya ha señalado que

> El principio de igualdad se constituye simultáneamente de la manera siguiente: a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y, d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres (…).
> La idea de igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos. El tratamiento desigual no será injustificado en tanto no se afecte dicha dignidad.

Aparte de señalarse que el derecho a la igualdad posee dos componentes: igualdad de la ley o en la ley (artículo 103° de la Constitución) e igualdad en la aplicación de la ley (inciso 2 del artículo 2° de la Constitución). En todo ello, lo esencial será mantener el carácter diferenciador que sí pueden tener las normas, lejos de una discriminación.

Y si bien en un caso anterior (específicamente, STC N.° 0018-2003-AI/TC), y que marca nuestra línea jurisprudencial sobre la materia, ya se ha pronunciado como infundada una demanda sobre la base del mismo artículo 63°, este Colegiado considera pertinente señalar que en dicha oportunidad, a diferencia de lo que sucede en el caso actual, consideró que la distinción existente en la norma no operaba en función a la calidad de inversionista, sino en lo que atañía a las empresas que producían y proveían servicios en el interior o desde el exterior del país.

27. Con relación a la **determinación del tratamiento legislativo diferente**, es necesario revisar la validez de los argumentos de cada una de las partes del presente proceso constitucional.

Para los demandantes, esta finalidad de tratamiento diferenciado del artículo 24° de la LRTV obedecería a algunas de estas finalidades, entre las cuales concluye no han sido cumplidas:

a) Proteger la identidad cultural de la nación, en el entendido que el control mayoritario de la empresa por inversionistas nacionales puede incidir en que los contenidos que se difundan respondan, en mayor medida, a los valores, costumbres, tradiciones e idiosincrasia nacional; la que podría verse menoscabada por la preponderancia de valores culturales foráneos, provenientes de los inversionistas y accionistas extranjeros, si se permitiera que estos cuenten con una participación mayoritaria en el capital de la empresa, lo cual podría vincularse con lo dispuesto en el inciso 19) del artículo 2º de la Constitución, que señala que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural y que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

b) Proteger y beneficiar al inversionista y accionista nacional, por su condición de tal, frente al inversionista extranjero, asegurando que el control o dominio de la propiedad y dirección de

> la empresa de radiodifusión sea ejercido por nacionales. Siendo que esta diferenciación tendría como finalidad beneficiar o proteger determinadas personas y limitar a otras en razón de su condición nacional o extranjero, ello apuntaría al origen nacional del inversionista o accionista, supuesto proscrito por la Constitución como motivo para la desigualdad de trato, por lo que resultaría discriminatoria e inconstitucional.

Una explicación similar es utilizada también por la demandada para argumentar la validez de su actuación, claro con el fin de justificar lo contrario:

> Asimismo, que es el Estado quien debe brindar las condiciones necesarias para cumplir con los deberes constitucionales en la educación y en la formación moral y cultural de la Nación y la protección de la identidad cultural con respeto de la pluralidad cultural de la Nación con la colaboración de la sociedad. Por otro lado, manifiesta que la importancia del artículo 38º de la Constitución puede equipararse con el artículo 1º de la Constitución, en el que establece que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado", es decir, se estaría ante disposiciones constitucionales a partir de las cuales se regulan los derechos (artículos 1º) y los deberes (artículo 38º) de la persona.

No es ilógico el planteamiento mostrado en virtud de que cualquier norma de desarrollo de la Constitución habrá de respetar siempre los intereses del país. Es válido para ello recordar lo que señala el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual los derechos comunicativos poseen determinados límites:

> El ejercicio de este derecho entraña deberes y responsabilidades especiales y por lo tanto puede estar sujeta a restricciones establecidas por ley y que sean necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

Nada más cierto. La actuación de la radio y de la televisión siempre tiene que estar ligada a un fin especial, cual es el interés público de la nación, tal como su propia catalogación de servicio privado de interés público. Por lo tanto, el límite del 40% de la inversión extranjera debe responder a esta finalidad pública.

Para una determinación correcta y adecuada, habremos de recordar también que en el mundo actual se

> (...) ha abierto el mercado a la radio y la televisión, creando un ordenamiento jurídico para la autorización y la actuación de las empresas privadas.

De un estudio preliminar de la cuestión, se puede observar que no existe relación alguna entre lo que se está buscando proteger y el medio utilizado, tema sobre el cual insistiremos líneas abajo. Es cierto que la ley se presume constitucional (artículo 109° de la Constitución), pero también es cierto que la norma impugnada muestra en su contenido un trato diferenciado -o diferenciador, en su inicio- para con los inversionistas extranjeros, motivo por lo cual es obligación de la demandada desvirtuarlos, cosa que no la ha logrado realizar. Expliquemos por qué.

28. Con relación al **examen de idoneidad** y a la **determinación de la 'intensidad' de la intervención en la igualdad,** se plantean algunas razones para entender por qué habrá de admitirse una regulación como la existente en el segundo párrafo del artículo 24° de la LRT, pues ahora corresponde el análisis de la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto.

    La principal de las razones argüidas para sostener la constitucionalidad de la norma es la presentada en el artículo 2°, inciso 9) de la Constitución, referido al derecho que todos tenemos a la

> (…) identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Pero también ha manifestado la demandada, a través de sus apoderados, que se está tutelando el artículo 38° de la Constitución, referido a que

> Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Así queda acreditada la diferenciación realizada por el legislador. En tal entendido, sólo la mayoría del capital nacional podría determinar la protección de los intereses nacionales.

Al respecto, el argumento de los demandantes se centra en la supuesta protección de la identidad cultural nacional a través del 60% del capital nacional:

> (…) la finalidad de brindar protección a la identidad cultural de la nación peruana supondrá la intención de tutelar el patrimonio cultural inmaterial (integrado por tradiciones y expresiones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales y actos festivos, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y técnicas artesanales tradicionales), entendiéndolo desde perspectiva cultural y diversa. Siendo esto así, para admitir como válida y no discriminatoria la distinción introducida por el artículo 24º de la LRTV entre inversionistas extranjeros y nacionales, esta diferenciación debe resultar adecuada o idónea para el logro de esta finalidad. En consecuencia, que la limitación impuesta a los inversionistas y accionistas extranjeros no resulta idónea para la finalidad perseguida, puesto que no puede establecerse una relación o implicación necesaria entre la protección y promoción de la cultura e identidad nacional, con la propiedad o porcentajes de participación nacional o extranjera en el capital de la empresa de radiodifusión. Lo primero se refiere a los contenidos de la programación de la emisora, mientras lo segundo tiene que ver con el origen nacional o extranjero de los propietarios y accionistas de la empresa.

Pese a la argumentación mostrada por parte de la demandada, es claro que su análisis peca de insuficiente, y hasta de incorrecto. Tal como se ha podido ver la discusión en el presente caso no versa sobre si la empresa ha de ser nacional o no (no hay discrepancia sobre ello: debe tener necesariamente la nacionalidad peruana) sino sobre si ella puede tener capitales foráneos más allá del 40% admitido. Y sobre el tope impuesto no se ha dado argumento alguno, menos aún que deba existir algún límite. Hay otras formas en que se podría proteger a la radio y a la televisión con el objeto de tutelar la identidad cultural y los intereses de los peruanos antes que teniendo un determinado porcentaje de capital nacional.

Además de esta manera se estaría restringiendo ostensiblemente la capacidad de las empresas de actuar correctamente:

> El establecimiento del régimen jurídico de las infraestructuras soporte de las televisiones constituye una opción del legislador que tiene una notable relevancia en orden a la distribución de los costes, de los riesgos que la creación de empresas de televisión supone. Los requerimientos propios de la eficiencia parecen pues que deban ser tomados en consideración, especialmente si atendemos a su relevancia constitucional ya que se inscriben en la libertad de empresa.

De otro lado, nadie puede dudar que lo que la radio y la televisión deben ofrecer al público es una especie de mezcla entre ética pública (si bien no es entidad estatal, su impacto sí es general) y ética privada (por el carácter de las empresas involucradas), y quizás éste también podría ser un argumento a favor de la constitucionalidad de la norma. Queda claro que estos medios han de establecer

> (...) modelos de conducta o de comportamiento, estrategias de felicidad, o ideales sobre el bien y la virtud, lo que hemos llamado contenido de planes de vida que se ofrecen a los posibles destinatarios de los mismos (...).

Sin embargo, consideramos inadecuado poder señalar que esta búsqueda de ética se pueda lograr a través de una norma como la impugnada, que hasta puede ser una cortapisa a ello, toda vez que someter a una empresa nacional a los capitales extranjeros la podría volver más expedita al control de la propia inversión.

Entrando específicamente al tema de la intensidad de la vulneración, se ha alegado que ésta es sumamente grave. La argumentación en este extremo se basa en que existe una violación manifiesta de la Norma Fundamental y de los bienes en ella contenidos, máxime si como se ha venido señalando estos medios habrán de ser considerados como instituciones constitucionales. La gravedad de la intensidad se demuestra en la presentación clara de la norma impugnada. Es evidente que el segundo párrafo del artículo 24° de la LRT afecta principios constitucionales, como los que se han ido presentando a lo largo de esta sentencia.

En conclusión, la norma impugnada no supera el examen de idoneidad, y se puede considerar que su intervención es grave.

29. Con relación al **examen de necesidad** y al **examen de proporcionalidad en sentido estricto**, se habrá de entender que no existe otra disposición más adecuada para el cumplimiento de los fines de la LRT que la establecida en la norma impugnada.

Sin embargo, uno puede ver con facilidad que independientemente de dónde provengan los capitales para la empresa de radiodifusión, siempre ella estará sujeta a responsabilidades, tal como el artículo 71° de la LRT lo expresa:

> Las personas naturales o jurídicas que incurran en infracciones tipificadas en la presente Ley, son responsables administrativamente ante el Ministerio, independientemente de la responsabilidad civil y penal que pudiera corresponderles.
> Las sanciones administrativas que se impongan, son independientes del cumplimiento de obligaciones o requisitos exigidos a los infractores, por lo que su aplicación no convalida, exime o reemplaza ninguna exigencia incumplida, ni los daños ni perjuicios causados.

Asimismo, se puede considerar que no existe un límite alguno más gravoso para los derechos de los accionistas extranjeros, sobre todo respecto a su derecho a la propiedad. Al respecto, y en ello coincidimos con la parte demandada, ella expresó que

> (…) no está de acuerdo con el demandante cuando éste afirma que 'no existe otra limitación constitucional respecto a la propiedad de los extranjeros', puesto que el artículo 70º de la Constitución dispone que el derecho de propiedad que ostenta toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. En consecuencia, el bien común y los límites establecidos por ley también resultan una 'limitación constitucional respecto a la propiedad de los extranjeros'.

También vale la pena precisar que con independencia de la nacionalidad de los capitales en la empresa, siempre las empresas de radiodifusión deben buscar la observancia y la defensa de toda la Constitución.

A través del fundamento 26 de la STC N.° 0027-2005-PI/TC, este Colegiado ha venido a señalar que

> (…) no puede soslayar la importancia capital del rol del ejercicio profesional del periodismo y de los medios de comunicación social para la consolidación de las instituciones y del propio régimen democrático; claro está, cuando ellos se realizan con responsabilidad y dentro del respeto de la dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución), de sus derechos fundamentales y de valores democráticos como la tolerancia y el pluralismo. Su papel es especialmente relevante porque su ejercicio democrático incide en la posibilidad de que los ciudadanos estén convenientemente informados sobre los temas que son de interés público.

Además habrá de recordar que la propia LRT, en su artículo 33º establece que

> Los servicios de radiodifusión, sonora y de televisión deben contribuir a proteger o respetar los derechos fundamentales de las personas, así como los valores nacionales que reconoce la Constitución Política del Perú y los principios establecidos en la presente Ley.

Insistimos que la protección, observancia y promoción de la radio y televisión de los derechos fundamentales, sobre la base de su consideración como instituciones constitucionales, no puede hacerlos desconocer la necesidad que tienen de influjos de capitales; lo contrario, sería negarles su capacidad de desarrollo.

> En relación con la liberalización del sector, es fundamental facilitar la entrada de nuevos operadores a través de la liberalización de la prestación de servicios de valor añadido y la posterior ampliación de la libertad de prestación al resto de los servicios (...). También tiene gran importancia la credibilidad del sector público en el proceso liberalizador, ya que de este modo se va a evitar la oposición de los grupos de presión y se incentiva simultáneamente la entrada de diferentes agentes económicos en el sector.

En el mundo empresarial, la regulación de la radio y televisión está en un proceso de transición desde el servicio público a una situación de mayor liberalización. Las reglas del mercado no pueden imponerse sobre esos valores constitucionales. Todas las regulaciones proporcionadas y razonables que tratan de preservarlos son, por tanto, admisibles. En esencia,

> la historia de las comunicaciones en los países poderosos, durante las últimas décadas, revela el deseo de los gobernantes por atender las crecientes necesidades y exigencias de los ciudadanos por una mayor y mejor información, por una oferta cultural y recreacional variada, tratando de satisfacerla y atenderla por los mejores medios y técnicas disponibles, a precios accesibles para las grandes mayorías; dicho en otras palabras, la voluntad de establecer unas telecomunicaciones eficientes, como soporte de una vida económica y cultural activa y creativa.

Como punto final de este análisis habrá de recordarse que algunos han propuesto que empresas de este tipo habrán de considerarse como empresas estratégicas en el país, justamente para tutelar los intereses nacionales. Al respecto, sólo podemos mencionar que este tipo de entidades deben estar sujetas a un *numerus clausus*, máxime si lo estratégico, pues, no se refiere a una 'función' económica sino a una calidad jurídica. Normalmente, como característica se encuentra la barrera absoluta de ingreso a los particulares, pero persistimos en el hecho de que lo único que se estaría prohibiendo con el segundo párrafo del artículo 24° es el ingreso de capitales, puesto que la titularidad de la empresa siempre recaerá en un nacional.

> A partir de la Constitución de 1993 existe un estudio detallado en materia de las inversiones. Dado que, en el pasado en virtud de una visión nacionalista e ideologizada de las inversiones, se orientó a nuestra legislación proteger la inversión nacional y controlar e imponer un límite a las inversiones extranjeras. Siendo esto así, las inversiones extranjeras se le relacionaba con el gran capital, así como los perjuicios que este traía con relación a los inversionistas nacionales y al propio mercado. Sin embargo, esta visión de la economía resulta distinta en la actualidad, puesto que las economías excesivamente cerradas y proteccionistas solo han generado pobreza y subdesarrollo de los países que las han implementado.

Como colofón de este punto, no puede aceptarse la medida impuesta en el plano normativo por no cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

30. Con relación a la **<u>determinación de la finalidad del tratamiento diferente</u>**, se puede señalar que el propósito legislativo de consagrar un 40% como máximo para la inversión extranjera en radio y televisión, con la finalidad de preservar en 60% la inversión nacional conducente a la cautela de la identidad nacional y de los bienes y valores que la constituyen, es equívoco, erróneo e inútil.

En relación a este punto, habrá que tener cuidado con estos medios en vista que

> (...) la televisión invierte la evolución de lo sensible en inteligible y lo convierte en un *ictu oculli*, en un regreso al puro y simple acto de ver. La televisión produce imágenes y anula los conceptos, y de este modo atrofia nuestra capacidad de abstracción y con ella toda nuestra capacidad de entender.

Por eso el Estado debe saber actuar. No intervenir por intervenir, sino hacerlo conscientemente de que existen derechos y bienes constitucionales en juego.

En efecto, en el marco del derecho societario, que es en el que se inscribe la materia, es perfectamente posible acordar la emisión de diversas clases de acciones, las mismas que pueden conferir distintos derechos y en este orden de ideas, establecer, por ejemplo, unas acciones de fundador, que tenga como atribución la de elegir a la mayoría de miembros en el directorio, así, cuatro de siete miembros o tres de cinco, y con ello será el directorio mayoritario extranjero elegido por la minoría de la junta de accionistas quien dirija las pautas de lo que se difunda y anuncie por el canal de televisión o emisora radial respectiva.

Basta revisar tan sólo el artículo 88° de la Ley General de Sociedad, que señala lo siguiente:

> Pueden existir diversas clases de acciones. La diferencia puede consistir en los derechos que corresponden a sus titulares, en las obligaciones a su cargo o en ambas cosas a la vez. Todas las acciones de una clase gozarán de los mismos derechos y tendrán a su cargo las mismas obligaciones.
> La creación de clases de acciones puede darse en el pacto social o por acuerdo de la junta general.
> La eliminación de cualquier clase de acciones y la modificación de los derechos u obligaciones de las acciones de cualquier clase se acuerda con los requisitos exigidos para la modificación del estatuto, sin perjuicio de requerirse la aprobación previa por junta especial de los titulares de acciones de la clase que se elimine o cuyos derechos u obligaciones se modifiquen.
> Cuando la eliminación de la clase de acciones o la modificación de los términos y condiciones con las que fueron creadas implique la modificación o eliminación de las obligaciones que sus titulares pudieran haber asumido frente a la sociedad, a los otros accionistas o a terceros, se requerirá de la aprobación de quienes se vean afectados con la eliminación de la clase de acciones o con la variación de las obligaciones a su cargo.

> El estatuto puede establecer supuestos para la conversión de acciones de una clase en acciones de otra, sin que se requiera de acuerdo de la junta general, ni de juntas especiales ni de la modificación del estatuto. Sólo será necesaria del estatuto si como consecuencia de ello desaparece una clase de acciones.

Como si ello fuera poco, también es perfectamente posible a tenor de lo dispuesto en el artículo 39º de la misma ley que la distribución de beneficios o utilidades no se realice en proporción a los aportes al capital sino de manera distinta, de modo tal que por ejemplo, el 40% de acciones perciba el 80% de las utilidades y el 60% restante de acciones, sólo el 20% de dichas utilidades.

Lo que queremos expresar es que dicho porcentaje accionario (el de 60%) no asegura en absoluto al inversionista nacional porque el pacto social o el estatutario, después de las tratativas y negociaciones empresariales del caso, pueden fijar, con arreglo a ley, modos distintos de dirección y de reparto de utilidades reñidas con lo que supuestamente era la intención legislativa.

Todo esto en el marco estrictamente peruano, sin perjuicio de los otros enfoques que nos viene haciendo conocer la mundialización o globalización de la economía, en donde, existiendo el dinero virtual y el capital del mismo predicamento, ahora ya no es posible conocer, con absoluta certeza, si el capital del inversionista de un determinado país foráneo es verdaderamente de dicho país, o si, por ejemplo, puede ser peruano, proveniente de una empresa nacional y que ha hecho inversiones en el extranjero.

Adicionalmente, se puede señalar que existen temas, tanto en materia societaria como en derecho económico, concernientes a la certeza del lugar de donde proviene la real inversión llevada a cabo, que no han sido tomados en cuenta por la LRT. Esto sin perjuicio de lo que también podemos agregar en el marco del derecho concursal, en donde un inversionista extranjero puede adquirir legítimamente la totalidad de las acreencias comunes de una empresa radiodifusora en procedimiento concursal.

Claramente, se puede concluir que la norma impugnada tampoco supera el análisis del fin del tratamiento diferenciado.

§5. La reciprocidad en el tratamiento igualitario entre la inversión extranjera y nacional

31. Para concluir con el análisis constitucional de la materia impugnada, el TC considera imprescindible dejar señalada una cuestión fundamental para entender correctamente el artículo 63º de la Constitución.

Se ha argüido la existencia tanto de convenios de colaboración entre países para tratamiento igualitario de los capitales (por parte de los demandantes) como de prohibiciones expresas para el ingreso de capital foráneo para las empresas de radiodifusión (por parte de la demandada).

Al respecto, este Colegiado no puede sino remitirse al texto expreso de la Norma Constitucional, y ello va a ser un motivo de modulación de la sentencia que se está emitiendo. El artículo 63° señala explícitamente que

> Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

Por tal razón, es válido que nuestro Estado tome en cuenta esta consideración para el análisis del tratamiento igualitario entre los capitales extranjeros y nacionales.

32. Insistimos en que la norma impugnada debe ser reputada como inconstitucional, pero es necesario, en pos de tutelar intereses como país soberano, y en la necesidad de demandar reciprocidad económica con otros países, buscar que el trato que podamos brindar a los capitales de un país extranjero sea equitativo al que puedan recibir los nuestros cuando accedan a dicho país.

Al respecto, se ha señalado que

> (...) detrás de esos aparentes deseos de mayor libertad, igualdad, calidad y progreso en materia de libertad de expresión, existe una realidad de poder creciente de un número cada vez menor de empresas con idénticos fines e ideología.

Por eso, consideramos imperioso a la luz del propio artículo 63º de la Constitución que se exija en el ámbito del territorio un trato similar, con no menos derechos, al de nuestros nacionales en los países extranjeros, por eso es el mandato expreso de la propia Norma Fundamental.

33. Actualmente no existe prohibición entre los movimientos de capitales en las empresas de radiodifusión, por ejemplo, entre los miembros de la Comunidad Europea, pero siempre ponen límites a esta libertad de circulación de capitales:

> (...) los pagos relativos a los servicios (incluidos los de emisión y retransmisión de programas de televisión) debían liberalizarse entre los Estados miembros en la misma medida en que la libre circulación de servicios haya sido liberalizada entre los Estados miembros (...).

Situaciones como la mostrada redundan a favor de que la liberalización en el movimiento de los capitales dentro de los países tenga como objetivos mejorar la cobertura y la calidad de la radio y la televisión, tal como puede ocurrir en el caso peruano dentro de la Comunidad Andina (más aún si, como señala el artículo 44º de la Constitución, se debe promover la integración, particularmente la latinoamericana).

Pero ello necesariamente importa que las contrapartes reciban un trato no discriminatorio, puesto que si ponen trabas o restricciones al ingreso de los capitales, también deberían recibir un trato igual en el país, tal como fue la intención de nuestro constituyente.

VII. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el segundo párrafo del artículo 24º de la Ley de Radio y Televisión, entendiendo que la igualdad entre los capitales peruanos y foráneos en el país ha de estar en relación directa con el principio de reciprocidad de trato que el país extranjero otorgue a los nacionales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

VERGARA GOTELLI

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
Expediente N.º 0001-2012-PI/TC

SENTENCIA DEL PLENO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Fiscal de la Nación contra el Gobierno Regional de Cajamarca
Lima, 17 de abril de 2012

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ordenanza Regional de Cajamarca N.º 036-2011-GR.CAJ-CR, que declara inviable la ejecución el Proyecto Minero Conga

Magistrados

ALVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
MESIA RAMIREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

EXP. N.º 0001-2012-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del abril de 2012, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Calle Hayen, y pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ordenanza Regional de Cajamarca N.º 036-2011-GR.CAJ-CR, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de diciembre de 2011, que declara inviable el Proyecto Minero Conga.

ANTECEDENTES

Argumentos de la demanda

Mediante demanda de inconstitucionalidad el Fiscal de la Nación cuestiona la Ordenanza Regional N.º 036-2011-GR.CAJ-CR emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca. Alega que con dicha normativa el Gobierno Regional de Cajamarca se

extralimitó en sus funciones invadiendo competencias propias del Ejecutivo, cuestionando específicamente: i) la declaración del interés público regional respecto la protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la región Cajamarca; ii) la declaración de la inviabilidad del Proyecto Conga; iii) el encargo dado al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca para que canalice ante el Congreso de la República, los procesos investigatorios sobre el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) que aprobó dicho proyecto; y, iv) que se deje sin efecto cualquier norma que se oponga tal Ordenanza Regional.

El Fiscal de la Nación argumenta que en aplicación del *test* de competencia el Gobierno Regional de Cajamarca actuó fuera del ámbito de sus competencias. Así afirma que si bien el artículo 192 de la Constitución establece que los Gobierno Regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan de las inversiones, actividades y servicios públicos que son de responsabilidad, tal función debe efectuarse en armonía con las políticas y planes nacionales locales. Y que si bien el artículo 192, inciso 7) establece que los gobiernos regionales son competentes para promover y regular actividades en materia de agricultura, minería y medio ambiente, ello debe realizarse de acuerdo al principio de unidad. En tal sentido la autonomía regional no puede contravenir la normativa del gobierno nacional.

En tal sentido, la Ley N.º 27783, de Bases de la Descentralización (LDB) establece en su artículo 26.1 establece que el diseño de políticas nacionales y sectoriales entre otros, es competencia exclusiva del Gobierno Nacional. Y de manera similar, la Ley N.º 27867, de Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), artículo 45 a) establece que es competencia exclusiva del Gobierno Nacional definir, dirigir y gestionar las políticas nacionales y sectoriales en consideración a los intereses nacionales y diversidad de las regiones, estando los Gobiernos Regionales encargados de definir, dirigir y gestionar sus políticas regionales en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales. Refiere, por consiguiente, que las competencias de los Gobiernos Regionales deben desarrollarse de conformidad con las políticas y planes nacionales atendiendo al principio de unidad y el de cooperación y lealtad Regional, sin contravenir las políticas nacionales y sectoriales elaboradas por el Gobierno Nacional.

Aludiendo al Decreto Legislativo N.º 1088, Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro de Planeamiento Estratégico, en sus artículos 3 y 4, concluye que a fin de contribuir con el desarrollo de nuestro país los cursos de acción de los Gobiernos Regionales y Nacional deben estar alineados con un objetivo común, de lo contrario la visión de futuro en sociedad sería difusa. De ahí que concluya la entidad demandante que los gobiernos regionales carecen de competencia para normar las políticas regionales y ejercer funciones generales, en contravención con las políticas nacionales y sectoriales. Refiere también que la Ley N.º 29157, Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) en su artículo 4 indica que es competencia exclusiva del Ejecutivo diseñar y supervisar las políticas nacionales y sectoriales, las que son además de obligatorio cumplimiento para los gobiernos regionales.

De otro lado, argumenta el Fiscal de la Nación que de conformidad con el artículo 52 de la Ley N.º 28611, General del Ambiente (LGA), las competencias ambientales son ejercidas por los gobiernos regionales entre otras instituciones, de conformidad con las políticas públicas y normas ambientales de carácter nacional, las mismas que son función exclusiva del Gobierno Nacional.

De igual forma alude al artículo 25de la Ley N.º 29338, de Recursos Hídricos (LRH) que establece que los Gobiernos Regionales intervienen en la elaboración de los planes de gestión de recursos hídricos, siendo la Autoridad Nacional del Agua la encargada de velar por la protección del agua, sus fuentes, ecosistemas y bienes naturales asociados. En virtud de ello, es esta autoridad la que puede declarar zonas intangibles. El Decreto Supremo N.º 001-2010-AG, que Aprueba el Reglamento de la LRH, establece de igual forma que la declaración de zonas de protección del agua es declarada por la Autoridad Nacional del Agua, en coordinación con la autoridad ambiental y las autoridades sectoriales correspondientes, con lo que se podrá restringir cualquier actividad que afecte la calidad del agua (artículo 127). Concluyendo el Fiscal de la Nación por lo tanto de que los gobiernos regionales no son competentes para declarar zonas intangibles.

Respecto la inviabilidad declarada por el Gobierno Regional de Cajamarca del proyecto Conga, advierte el demandante que corresponde al Poder Ejecutivo establecer la política gubernamental del sector minero, por lo tanto determinar la viabilidad de proyectos mineros de gran envergadura. Así lo determina el artículo 6, inicio h) del Decreto Ley N.º 25952, Ley Orgánica del Sector Energía y Minas (LOSEM) que establece como función del Ministerio de Energía y Minas (MEM) otorgar, en nombre del Estado, concesiones y celebrar contratos, de conformidad con la legislación de la materia.

Por su parte, el Decreto Supremo N.º 016-93-EM, Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería contempla en su artículo 4, que la autoridad competente en el sector minero metalúrgico es el único ente gubernamental encargado de: "1. Fijar las políticas de protección del medio ambiente para las actividades minero-metalúrgicas y dictar la normativa correspondiente." "2. Aprobar los Estudios de Impacto ambiental y Programas de Adecuación y Manejo de Ambiental y autorizar la ejecución de los mismos para cada una de las unidades económicas administrativas."

Más aun, el artículo 1 del Decreto Supremo N.º 053-99-EM, que Establece Disposiciones Destinadas a Uniformizar Procedimientos Administrativos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales, uniformiza procedimientos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales. Por consiguiente, establece que "La Autoridad Sectorial competente en Asuntos Ambientales del Sector Energía y Minas es el Ministerio de Energía y Minas a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales (…)."

Argumenta por último que, al declararse la inviabilidad del Proyecto "Conga" en el fondo se ha declarado la nulidad de un acto administrativo que aprobó el EIA y las autorizaciones otorgadas a la empresa minera Yanacocha SRL, no siendo el Gobierno Regional de Cajamarca competente para declarar la nulidad del acto administrativo referido. De acuerdo al artículo 202 de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativos General (LPAG) la nulidad de oficio procede por el mismo funcionario que emitió el acto administrativo o por uno de mayor jerarquía y solo luego dentro del años de emisión de tal acto. Una vez transcurrido tal período solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial.

Sobre el encargo dado al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca para que canalice ante el Congreso de la República, los procesos investigatorios sobre la aprobación del referido, el Fiscal de la Nación argumenta que según los artículos 88 y 89 del Reglamento del Congreso de la República las investigaciones del Congreso se desarrollan a través de comisiones respectivas constituidas en virtud de la mociones de orden presentadas por los parlamentarios.

Por lo expuesto el demandante considera que el Gobierno Regional de Cajamarca no ha respetado el principio de cooperación y lealtad regional, puesto que ha contravenido el ordenamiento legal. La Ordenanza resulta contraria así al principio de taxatividad y clausula residual ya que el Gobierno Regional de Cajamarca se ha atribuido facultades que no les corresponde. Por ende, la ordenanza regional cuestionada no supera el test de competencia, y por lo tanto debe ser declarada inconstitucional.

Contestación de la Demanda

Con fecha 13 de marzo de 2012 el Gobierno Regional de Cajamarca, por medio de su representante, contesta la demanda argumentando que el Fiscal de la Nación, de conformidad con al artículo 159 de la Constitución, carece de las atribuciones necesarias para interponer la presente demanda de inconstitucionalidad. Alega que si bien el artículo 203.2 de la Constitución legitima al Fiscal de la Nación a interponer demandas de inconstitucionalidad, solo podría hacer ello para cuestionar aspectos que afecten al ámbito de su competencia. Permitir lo contrario significaría que un órgano constitucional, desarrolle su actividad fuera del marco autorizado por la Constitución.

Sobre el fondo de la cuestión demandada, alega que la Constitución de 1993, al igual que la de 1979, no desarrolla minuciosamente las competencias de los órganos constitucionales, por lo que "es muy difícil encontrar las atribuciones del gobierno nacional (Poder Ejecutivo)" (sic). Afirma que en los 27 artículos de la Constitución "dedicados al gobierno no se determinan las atribuciones propias" (sic) tan solo se refieren a competencias genéricos. De igual manera, al Congreso solo se le reconoce atribuciones normativas y no vinculadas a la administración pública. Por consiguiente, es "casi imposible contrastar un ejercicio de atribuciones de órganos constitucionales distintos con las atribuciones del Legislativo y el Ejecutivo" (sic).

De otro lado, para la demandada, luego de la reforma constitucional introducida por la Ley N.º 28607, sí se determinaron las competencias de los gobiernos regionales y locales. Estima en tal sentido que en lo que respecta la minería, compete al gobierno regional otorgar licencias y autorizaciones respectivas. Alega asimismo que la LOGR reconoce específicas atribuciones en materia ambiental a los gobiernos regionales, entre las cuales destaca; implementar el sistema regional de gestión ambiental y controlar y supervisar el cumplimiento de las normas, contratos, y proyectos y estudios en materia ambiental y sobre el uso racional de los recursos naturales.

Acerca del artículo 66 de la Constitución refiere que es requerida su reglamentación por cuanto el Estado, si bien es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales, está conformado por varios niveles de gobierno. Destaca también el respeto que merecen las propiedades de las comunidades indígenas, no pudiendo ser modificados sus derechos reconocidos por la Constitución de l920 y 1933. En virtud de lo argumentado solicita que la demanda sea declarada infundada.

FUNDAMENTOS

§1. Cuestiones previas

1. El Gobierno Regional de Cajamarca cuestiona la competencia del Fiscal de la Nación para interponer la demanda de inconstitucionalidad. Argumenta que si bien de conformidad con el artículo 203º inciso 3 de la Constitución el Fiscal de la Nación tiene legitimidad para interponer este tipo de demandas, estas solo podrían estar dirigidas a cuestionar aspectos relativos al ámbito de su competencia desarrolladas en el artículo 159 de la Norma Fundamental, lo que no ha ocurrido en este caso, ya que tales competencias son: promover de oficio o a pedido de parte la acción judicial en defensa de la legalidad y los intereses públicos tutelados por el derecho, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y la recta administración de justicia, representar en los procesos penales a la sociedad, conducir la investigación del delito, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contemple, ejercer iniciativa en la formación de leyes y dar cuenta al Congreso o al Presidente sobre los vacíos o defectos de la ley.

2. El artículo 121º del Código Procesal Constitucional establece que contra los decretos o autos que emita el Tribunal Constitucional procede recurso de reposición dentro de los tres días de notificado aquel auto o decreto. La resolución de fecha 16 de enero de 2012, notificada al Gobierno Regional de Cajamarca el 1 de febrero de 2012 admitió a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación. En tal sentido, tal resolución pudo ser cuestionada mediante el recurso de reposición y dentro del plazo de tres días de notificada la resolución de admisibilidad. Sin embargo, solo con la contestación de la demanda del 13 de marzo de 2012 el Gobierno Regional de Cajamarca cuestiona la legitimidad del demandante para interponerla demanda de inconstitucionalidad. Consecuentemente y, habiendo transcurrido el plazo para interponer el recurso de reposición, debe tenerse por consentida la admisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad.

3. Al margen de ello, en virtud del rol como Supremo Interprete de la Constitución, este Colegiado observa que la Norma Fundamental no dispone de limitación alguna a la legitimidad del Fiscal de la Nación para interponer demandas de inconstitucionalidad. En tal sentido, argumentos como el presentado por el Gobierno Regional de Cajamarca respecto a este punto no tiene asidero constitucional.

§2. Delimitación del petitorio

4. El Fiscal de la Nación solicita que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional de Cajamarca N.º 036-2011-GR.CAJ-CR, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 28 de diciembre de 2011, la cual establece:

> "**PRIMERO**: **DECLARAR** de interés Público Regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región Cajamarca, en armonía con los planes nacionales y regionales de desarrollo sostenible."

SEGUNDO: **DECLARAR** inviable la Ejecución del Proyecto "CONGA" en las cabeceras de cuenca donde se ubican las lagunas: El Perol, comprensión del Distrito de Sorochuco, Azul, Cortada comprensión del Distrito de Huasamín; Mamacocha comprensión del Distrito de Bambamarca y todas aquellas ubicadas en el ámbito de influencia del Proyecto Conga, en razón a las inconsistencias técnico – legales del Estudio de Impacto Ambiental aprobado mediante Resolución Directoral N.º 351-2010-MEM/AAM, de fecha 27 de octubre de 2010, por contravenir normas constitucionales y tratados internacionales a los cuales está adscrito el Perú, ejecución que podría ocasionar daños irreversibles en los ecosistemas frágiles generando a su vez perjuicios económicos y sociales de magnitudes incalculable, colisionando directamente con los derechos fundamentales de las personas que habitan dichas jurisdicciones y en el área de influencia directa e indirecta del Proyecto Conga, lo cual, pone en riesgo la gobernabilidad de la Región Cajamarca y la Paz social de sus pobladores. Por lo que el Gobierno de Regional de Cajamarca, al amparo y aplicación de los Principio de Subsidiariedad, Precautorio, *Pro homine*, y haciendo uso de su autonomía política, económica y administrativa ante la falta de regulación y los vacios normativos advertidos respecto a la protección del medio ambiente, está obligado a adoptar medidas que garanticen el orden público, la paz social y el respeto del Estado Constitucional de Derecho, instando al Gobierno Central el respaldo de esta decisión.

TERCERO: **ENCARGAR** al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca, realice las acciones técnico – legales a fin de canalizar ante el Congreso de la República, los procesos investigatorios sobre las circunstancias en que se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto "Conga", a ejecutarse en la concesión minero "Conga" a fin de deslindar las responsabilidades legales de los funcionarios y servidores públicos a cargo de la revisión y aprobación de dicho expediente.

CUARTO: **DEJAR** sin efecto cualquier disposición legal que se oponga a la presente Ordenanza Regional."
[…]

5. El argumento central del demandante es que mediante la cuestionada ordenanza regional se invaden las competencias del Gobierno Nacional en lo que a la regulación del sector minero se refiere. Afirma que el verdadero efecto de la ordenanza es la declaración de nulidad del acto administrativo que aprobó el EIA, esto es, la Resolución Directoral N.º 351-2010-MEM/AAM, aprobada por el MEM, para lo cual el gobierno regional no tiene competencia alguna. En efecto, basándose en la normativa referida en los antecedentes, el Fiscal de la Nación alega que es el Gobierno Nacionales el encargado de determinar la política nacional relativa a la explotación minera y de la política ambiental. En tal sentido, el Gobierno Regional de Cajamarca no tendría competencia alguna para declarar inviable la ejecución del proyecto Conga.

6. De otro lado, el Gobierno Regional de Cajamarca afirma que mientras que la Constitución no determina una competencia precisa sobre los sectores en los cuales el gobierno nacional es competente, el artículo 192 de la Constitución sí lo establece para el caso de los gobiernos regionales. Por ello alega que los gobiernos regionales

son competentes para regular la normativa relativa al ámbito de minería y protección del ambiente, entre otros aspectos. Por consiguiente, el representante del Gobierno Regional de Cajamarca afirma que es la región la competente para regular tales ámbitos.

§3. Conflicto de competencias y legitimidad de actos administrativos

7. En los considerandos de la Ordenanza Regional bajo examen se pueden distinguir dos tipos de argumentos: Aquellos dirigidos a sustentar la conservación e intangibilidad de la protección de cabeceras de cuencas, como de interés público regional, y aquellos dirigidos a sustentar la inviabilidad de la ejecución del proyecto Conga al cuestionar el EIA de tal proyecto minero, aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales (DGAAM) del MEM.

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

§4. Delimitación de los ámbitos competenciales en conflicto

9. La ordenanza regional bajo análisis declara intangible las cabeceras de cuenca de toda la Región de Cajamarca y declara inviable la ejecución del proyecto minero Conga. Los efectos normativos de tal Ordenanza se despliegan dentro del ámbito regulatorio de las actividades mineras, en relación con el impacto ambiental que estas pueden tener en determinada área (cabecera de cuenca). Por lo tanto, debe tomarse en consideración cómo la Constitución ha repartido las competencias normativas entre los gobiernos regionales y el Gobierno Nacional en el ámbito del sector minero, considerando como un elemento relevante en tal repartición, la protección de los recursos hídricos, específicamente las cabeceras de cuenca.

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

§5. Determinación de competencias: test de competencia

11. El principio de competencia, tributario del principio de jerarquía (STC 0020-2005-PI/TC, fund. 19 y 20), es la herramienta que guiará la metodológica con la que este Tribunal resolverá la presente causa, debido a que, como ya se advirtió, se está ante lo que en esencia es un conflicto de competencias. Por ello, este Colegiado tendrá que observar cómo la Constitución y las normas interpuestas han repartido las competencias entre los gobiernos regionales y el Gobierno Nacional a fin de determinar las competencias respectivas en materia de minería y protección de cabeceras de cuencas.

12. Como ya ha sido establecido en la jurisprudencia de este Tribunal, si bien el Estado Peruano es unitario (art. 43 de la Constitución), ello no implica la negación de competencias normativas autónomas de los gobiernos regionales. En efecto, ha sido ampliamente explicitado en la STC 0020-2005-PI/TC que el Estado peruano es unitario y descentralizado. Y conforme lo expresa el artículo 191 de la Constitución, los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa. No obstante, de acuerdo al artículo 192, tal autonomía debe ser ejercida "en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo."

13. Para determinar ello se deben tomar en consideración las normas que establecen las competencias de los gobiernos regionales, y en general, organizan y desarrollan el proceso de descentralización. Así, la LBD y la LOGR son las normas interpuestas que delimitan formal y materialmente la autonomía de los gobiernos regionales. Asimismo, en determinados casos también deben considerarse otras normas como la Ley N.º 28273, *Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales* (LSAGRL) y, ya dentro del ámbito de la ejecución de tal normativa, es de tenerse en cuenta los planes anuales de transferencia de competencias sectoriales, tales como los emitidos mediante el Decreto Supremo N.º 052-2005-PCM o el Decreto Supremo N.º 036-2007-PCM.

14. Las referidas normas interpuestas desarrollan las competencias exclusivas y compartidas de los gobiernos regionales. En efecto, el artículo 13º de la LBD explica: "a) Competencias exclusivas son aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley; y, b) Competencias compartidas son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados." Por su parte, para determinar los límites concretos de las competencias de los gobiernos regionales y el Gobierno Nacional, como ya lo hizo en otras ocasiones (SSTC 0020-2005-PI/TC acumulados, 0024-2006-PI/TC, 006-2010-PI/TC y 008-2010-PI/TC), este Tribunal apelará al *test* de competencia.

15. Este *test* está estructurado según determinados principios constitucionales. En tal sentido, se debe analizar en primer lugar el **principio de unidad**, compuesto por el **principio de cooperación y lealtad regional**, así como por el **principio de taxatividad y cláusula de residualidad** y el **principio de control y tutela**. Por su parte, el siguiente principio que estructura el referido test es el **principio de competencia**, conformado por el **principio de competencias** y **el bloque de constitucionalidad**. La misma manera, otros principios deben ser tomados en

consideración como, el **principio de efecto útil y poderes implícitos** y **el principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos**. Estos principios ha sido desarrollados en permanente jurisprudencia de este Tribunal, por lo que nos remitimos a lo ya desarrollado las STC 0020-2005-PI/TC (fund. 34-79) y otras (0024-2006-PI/TC, 006-2010-PI/TC y 008-2010-PI/TC).

16. En suma, se debe contrastar la normativa cuestionada a la luz del principio unitario, procediendo posteriormente al análisis del principio de competencia, propiamente dicho, en donde se revisa la lista de materias repartidas previstas en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. De igual modo, deben observarse las funciones generales conferidas a cada uno de los órganos constitucionales (STC 020-2005-PI/TC, fund. 33).

§6. Las SSTC 008-2010-PI/TC (Municipalidad Provincial Víctor Fajardo) y 009-2010-PI/TC (Gobierno Regional del Cusco)

17. Es relevante para resolver este caso tener presente lo expresado por este Tribunal en las STC 008-2011-PI/TC (*Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo*) y 009-2011-PI/TC (*Gobierno Regional del Cusco*). En el primero de los casos se discutió si es que la Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo podía prohibir el otorgamiento de licencias para la exploración y explotación minera en su jurisdicción territorial. En tal caso, la Municipalidad Provincial Víctor Fajardo, argumentaba, en términos generales, que tal decisión se tomaba en virtud a la protección del recurso hídrico del área de su competencia. En el segundo de los casos, fue el Gobierno Regional del Cusco el que declaró su jurisdicción territorial, como área de no admisión de denuncios mineros. En este caso, el gobierno regional alegaba que tal decisión se daba en virtud a su trascendencia histórica de la región, que estaba dedicada exclusivamente a la actividad turística y agropecuaria.

18. En ambos casos el Tribunal determinó la inconstitucionalidad de tales las normas. En virtud del análisis de competencias establecido por la Constitución y las normas interpuestas, se determinó que tales ámbitos eran competencia del Gobierno Nacional. En líneas generales, el argumento que sustentaba ambas decisiones del Tribunal era que el Gobierno Nacional era el 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 denuncios mineros en cierta jurisdicción, contraviene las competencias del Gobierno Nacional.

§7. Competencias normativas en materia de minería

19. Como se pasará a fundamentar a continuación con mayor detalle, la Constitución ha establecido que las regiones son competentes para regular las materias relativas al ámbito de minería. La LBD y la LOGR, por su parte, en su calidad de normas interpuestas, establecen que estas competencia son compartidas, estando los gobiernos regionales encargados de regular y fiscalizar la pequeña minería y la minería artesanal, mientras que el Gobierno Nacional estará encargado de la gran y mediana minería. En consecuencia, como se sostendrá a continuación, el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene competencias normativas para intervenir en la ejecución del proyecto de gran minería, como es el caso del proyecto Conga. En tal

sentido, es manifiesto que el Gobierno Regional de Cajamarca, excedió sus funciones y contravino la repartición de competencia establecida por la Constitución.

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

21. El artículo 36 c) de la LBD, por su parte, establece que son **competencias compartidas** (entre el gobierno regional y nacional) "la promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, **minas**, transportes, comunicaciones y **medio ambiente**" (énfasis agregado). La LOGR, siguiendo el mismo criterio establece en su artículo 10º las competencias exclusivas y compartidas especificando, en el inciso 2, literal c), y como una competencia compartida, la promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel correspondientes a minas y medio ambiente, entre otros.

22. Queda claro hasta ahora que la competencia del ámbito de minería es compartida entre los gobiernos regionales y el Gobierno Nacional. Sin embargo, estos artículos no presentan una lista específica de cómo se reparten tales responsabilidades normativas. Para ello debe observarse lo establecido en el artículo 59º de la LOGR, que complementando y desarrollando las disposiciones previas, establece que son **funciones específicas** de los Gobiernos Regionales, en materia de energía y minas e hidrocarburos: "a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, fiscalizar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de energía, **minas** e hidrocarburos de la región, **en concordancia** con las políticas nacionales y los planes sectoriales. […]" y "f) Otorgar concesiones para **pequeña minería y minería artesanal** de alcance regional" (énfasis agregado). Se deprende pues que no los gobiernos regionales no cuentan con competencia expresa en el ámbito de la gran y median minería.

23. Como se observa, en materia de minería, el ejercicio de las competencias a cargo de los gobiernos regionales debe realizarse conforme a las políticas nacionales elaboradas por el gobierno nacional y de manera compartida. Ello implica la continuación de un mismo proyecto de desarrollo por parte de los gobiernos regionales, bajo las premisas generales decididas por el Gobierno Nacional. Así, las concesiones para la pequeña minería y la minería artesanal se encuentran bajo la competencia normativa de los gobiernos regionales, mientras que la mediana y la gran minería son competencia del Gobierno Nacional. En efecto, mediante el Decreto Supremo N.º 036-2007-PCM, se aprobó el Plan Anual de Transferencias de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales, transfiriéndose, entre otras funciones, la evaluación y otorgamiento de Certificado de Operaciones Minera a la pequeña y minería y a la minería artesanal. Y desde la Resolución Ministerial N.º 179-2006-MEM-DM, se observa que el Gobierno Regional de Cajamarca ya contaba, respecto la pequeña minería y la minería artesanal, con la función de fomentar y supervisar su exploración y explotación. Dicho de otro modo,

las concesiones para la pequeña minería y la minería artesanal deben ser otorgadas y fiscalizadas por los gobiernos regionales en concordancia con las políticas nacionales. Por el contrario, las competencias relacionadas a la mediana y gran minería están excluidas del ámbito normativo de los gobiernos regionales.

24. Por su parte, el Decreto Supremo N.º 014-92-EM, *Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería* (TUO-LGM), establece en su artículo 105º que son atribuciones del Registro Público de Minería: "f) Otorgar el título de las concesiones mineras" y "[…] h) Declarar la caducidad, abandono, caducidad o nulidad de las concesiones y publicar, en su caso, su libre denunciabilidad." De otro lado, el Decreto Ley N.º 25962, llamada "Ley Orgánica" del Sector Energía, (LOSE), establece en su artículo 5º que:

> "Corresponde al Ministerio de Energía y Minas formular, en armonía con la política general y los planes del Gobierno, **las políticas de alcance nacional en materia de** electricidad**,** hidrocarburos y **minería**, supervisando y evaluando su cumplimiento." Y en su artículo 6 establece **"**Son funciones del Ministerio de Energía y Minas: […] h) Otorgar, en nombre del Estado, concesiones y celebrar contratos, según corresponda, de conformidad con la legislación sobre la materia; […]" (énfasis agregado).

25. Así, si bien el órgano competente era el denominado Registro Público de Minería, a partir del Decreto Supremo N.º 015-2001-EM, *Aprueban Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero-INAAC* (ROF-INAAC), las menciones al Registro Público efectuadas al TUO-LG, se entenderán como referidas al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (INACC). Dicha entidad es, según el artículo 17° de la LOSE, una Institución Pública Descentralizada del Sector Energía y Minas dependientes del MEM. A su vez, debe considerarse el Decreto Supremo N.º 008-2007-EM, que aprueba la fusión del INACC con el Instituto Geológico Metalúrgico (INGEMMET). Y, como lo indica el Decreto Supremo N.º 035-2007-EM, *Reglamento de Organización y Funciones del INGEMMET*, en su artículo 3.14, una de sus funciones es otorgar los títulos de concesión minera (STC 0008-2010-PI/TC, fund. 36).

26. En suma, si bien la Constitución establece que los gobiernos regionales son competentes para regular materias relativas al ámbito de minería, las normas interpuestas, como la LBD y la LOGR, establecen que las competencias en materia de minería son compartidas, estableciéndose específicamente que las concesiones en el caso de la pequeña minería y la minería artesanal recaen sobre los gobiernos regionales. En cuanto al Gobierno Nacional, este es competente para el otorgamiento de la concesión de la gran minería así como de la mediana minería. En tal sentido, el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene competencias normativas para declarar la inviabilidad de la ejecución del proyecto de gran minería, como es el caso del proyecto Conga, ya que intervenir en ello, implica exceder las competencias normativas atribuidas por la Constitución y las normas interpuestas que ordenan la repartición de competencias. Por todo ello, el artículo segundo de la Ordenanza regional bajo estudio debe ser declara inconstitucional.

§8. Minería y protección los recursos hídricos

27. En la STC 0048-2004-AI/TC, se determinó que *el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado* (art. 2.18 de la Constitución), "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 en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente 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" (fund. 17). De ahí que este derecho se concretice en el *derecho a que el medio ambiente se preserve*.

28. En lo que se refiere a la protección del agua, no es posible enfatizar más la importancia del recurso hídrico. Evidentemente, la salud ambiental de una población se vería en un gravísimo riesgo si es que los sistemas hidrográficos de la región que esta habita son contaminados. Tales sistemas mantienen la vida, son fuente directa del agua potable, así como fuente para el desarrollo de la industria y la agricultura. Pero no solo la contaminación resulta ser una amenaza, sino que ciertos fenómenos naturales, como el cambio climático, demandan acciones concretas por parte del Estado y la sociedad a fin de preserva y explotar de manera sostenible el agua. Por ejemplo, el Decreto Supremo N.º 086-2003-PCM, que *Aprueba la Estrategia Nacional sobre Cambio Climático*, publicado en el Diario Oficial *El Peruano,* el 27 de octubre de 2003, hace referencia a la *desglaciación andina*, producto del calentamiento global, lo que hace peligrar los recursos hídricos de alta montaña.

29. En tal sentido, la protección del agua debe realizarse considerando los sólidos indicadores que demuestran una previsible escases 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. 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 (LRH, art. 3).

30. De igual modo, este Tribunal en su rol de defensa de la Constitución y derechos fundamentales, ha establecido en la STC 06546-2006-PA/TC la relevancia del derecho al agua potable. Y en la STC 03343-2007-PA/TC (fund. 12) ha hecho referencia a la importancia de proteger los servicios ambientales, como el almacenamiento del agua.

§9. Protección del ambiente, cabeceras de cuencas y competencias de los gobiernos regionales

31. Las cabeceras de cuenca son ecosistemas frágiles, son zonas en donde se generen los flujos de agua que riegan las áreas menos elevadas, como los valles cosechables. Por esta razón, es que existen referencias específicas sobre la protección de estas zonas. Resulta loable por 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 éstas pueden servir como una medida meramente temporal

pero sin cumplir con brindar una protección orgánica, sostenible y verdaderamente efectiva.

32. La Ordenanza Regional bajo análisis sostiene estar regulando la protección de las cabeceras de cuenca y con ello un ambiente equilibrado y adecuado. En virtud de tal argumento, lo que en la práctica ocurre, es la invalidación del EIA aprobado por la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM), y por lo tanto, se declare inviable la ejecución del Proyecto Minero Conga.

33. En efecto, en los considerandos de dicha ordenanza se argumenta que el EIA aprobado "violaría abiertamente" el artículo III numeral 5, de la LRH que establece el principio de respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas. De igual forma, afirma que se está contraviniendo el artículo 75 que estipula "el Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan las aguas…". Tales cuestionamientos le valen al Gobierno Regional para que "recogiendo la demanda de inviabilidad del proyecto Conga formulada por diversas organizaciones sociales y autoridades de los sectores más humildes" se autorice al Presidente Regional para que "se solicite a los órganos competentes el inicio de las investigaciones necesarias sobre la forma en que se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Conga […]." Y que se "declare de interés público Regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región de Cajamarca e inviable la Ejecución de Proyecto Conga".

34. En suma, la Ordenanza Regional bajo análisis plantea proteger a determinado sector de la población cajamarquina de un proyecto minero cuyo EIA tiene, supuestamente, serias deficiencias. No obstante esta preocupación del Gobierno Regional, es de preguntarse hasta que punto ello activa competencias normativas para regular la protección de cabecera de cuencas. O si es que en todo caso, tal competencia existía previamente a la supuesta amenaza originada por el proyecto Conga y detectada por el Gobierno Regional. Como ya se ha expresado, la determinación y autorización del EIA para proyectos de mediana y gran minería es competencia del Gobierno Nacional.

35. A mayor abundancia, tal relevancia ha sido, asimismo, reconocida en la LRH, que en su artículo 75 establece: "El Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan las aguas. 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." Con ello no solo reconoce la importancia especialísima de las cabeceras de cuenca sino que también determina de manera taxativa las entidades involucradas en declarar qué cabeceras de cuencas son intangibles.

36. Tal como se lee en el artículo 4 de la LRH, la Autoridad Nacional es una referencia a la Autoridad Nacional del Agua (ANA). Por lo tanto, es el ANA el organismo encargado de determinar la intangibilidad de una zona de cabecera de cuenca y no el Gobierno Regional, que no interviene en tal procedimiento. En suma, y atendiendo al principio de taxatividad desarrollado previamente, así como al principio de subsidiariedad, es de determinarse que el Gobierno Regional de Cajamarca no es competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca en su región.

§10. Competencias normativas en materia ambiental de los Gobiernos Regionales

37. La LOGR, en su artículo 10º, inciso 2 d) establece como competencias compartidas la gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental. De otro lado, el artículo 53º h) de la LOGR establece como función específica de los gobiernos regionales en materia ambiental la de controlar y supervisar el cumplimiento de normas, contratos, proyectos y estudios de impacto ambiental y uso racional de los recursos naturales en su respectiva jurisdicción.

38. Por su parte, el artículo 18º de la Ley N.º 27446, *del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental* (LSNEIA), modificado por el Decreto Legislativo N.º 1078, precisa que corresponde "a las autoridades regionales y locales, emitir la certificación ambiental de los proyectos que dentro del marco del proceso de descentralización resulten de su competencia." Ello es coherente con la competencia otorgada a los Gobiernos Regionales, encargados de aprobar la certificación ambiental en los proyectos de su competencia, como son los proyectos de pequeña minería y minería artesanal.

39. En los considerandos de la Ordenanza Regional bajo análisis se alega que, tomando en cuenta el principio de subsidiariedad establecido por el artículo 4, literal f) de la LBD, y en base al principio precautorio y el Informe Técnico de la Gerencia Regional de Recursos Naturales del Gobierno Regional de Cajamarca, éste decidió declarar inviable la ejecución del proyecto Conga. Se sustentó para ello que se contravenía específicamente el artículo III de la LRH. El Gobierno Regional de Cajamarca refirió también que el Proyecto Conga vulneraría lo dispuesto por el Decreto Supremo N.º 020-2008-EM, que aprueba el *Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera* (RAAEM), que prohíbe que la actividad de exploración pueda "atravesar bofedales o humedales con caminos de acceso u originar colocación de materiales residuos o cualquier otra materia o sustancia sobre ellos."

40. Considerando ello, el Gobierno Regional de Cajamarca concluyó que en uso de la autonomía conferida por la Constitución a los gobiernos regionales e invocando los principios de subsidiariedad, el precautorio, así como el de interpretación *pro homine*, era preciso establecer medidas eficaces para la protección del medio ambiente en la zona amenazada gravemente por el Proyecto Conga puesto que "no existe reglamentación asertiva y directa respecto al órgano competente a la protección, conservación e intangibilidad de cabeceras de cuenca ecosistemas frágiles, ya que las normas hacen referencia al Estado en general […] quedando habilitado el Gobierno Regional de Cajamarca a normar estos supuestos de hecho donde la problemática ambiental y social constituyen una unidad indisoluble, procurando salvaguardar así derechos fundamentales de mayor jerarquía y orden que los derechos de propiedad y explotación que ostentará el titular del Proyecto Conga" (sic).

41. Al respecto es importante que se tome en consideración que el RAAEM establece en su artículo 3º que es el Ministerio de Energía y Minas, a través de la DGAAM, la entidad competente para evaluar y aprobar o desaprobar los EIA para el desarrollo de las actividades de exploración de las gran minería y la mediana minería.

§11. La inversión privada deseada por la Constitución

42. La Constitución ha establecido un amplio margen para la inversión privada, reconociendo la libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59 de la Constitución). De igual modo la Constitución garantiza la iniciativa privada (artículo 58 de la Constitución) y facilita y vigila la libe competencia (artículo 61 de la Constitución), entre otras libertades. La empresa, que es el conjunto de esfuerzo para alcanzar un fin comercial es reconocida como uno de los elementos indispensables en la creación de riquezas. Desde luego, y como bien lo dispone la Constitución, el "ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública" (artículo 59). Es por ello que la Constitución protege determinada actividad empresarial, dejando sin protección a aquella que contravenga los límites impuestos en el artículo 59, y además, a aquellas que vulneran los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

43. Así, con los ingresos que el Estado percibe por el pago de tributos y en algunos casos, por naturaleza de canon, es que el Gobierno puede mantener el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho. La explotación de recursos naturales desde luego no está desregulada y tampoco cuenta con licencias especiales que lo eximan de la compensación o indemnización de daños cuando estos ocurrieran. Además de ello, en los casos dispuestos por la Constitución debe garantizarse la co-participación de las riquezas.

44. Tomando ello en consideración, este Tribunal estima relevante desarrollar el siguiente planteamiento, a manera de esquema, sobre la inversión privada deseada por la Constitución. Esto es, brindar previsibilidad sobre qué tipo de inversión privada, en materia de extracción de recursos naturales, es la que se encontrará protegida por la Constitución. Así, debe considerarse cuatro puntos esenciales que deben ser evaluados al realizarse un análisis de este tipo: i) aspectos relativos a la prevención de conflictos y de posibles daños que puedan generar determinada inversión en recursos naturales, ii) fiscalización estatal de la actividad privada a fin de determinar si cumple con los estándares nacionales de protección, iii) Reparaciones integrales en caso de afectación a la población, y; iv) concretización del principio de co-participación de la riqueza.

45. Respecto el punto i), es de resaltarse el deber de las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales de establecer mecanismos a fin de prevenir daños ambientales y conflictos sociales. Ello es parte de la responsabilidad social de la empresa, lo que permitiría desarrollar su actividad empresarial en armonía con la comunidad. En la STC 03343-2007-PA (*Caso Cordillera Escalera*), este Tribunal determinó que en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa.

46. De igual modo este Tribunal se afirmó en lo expresado en la STC (STC 0048-2004-AI/TC) respecto el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho y la Economía Social de Mercado, expresando:

> "La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para

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

47. Continuando con lo expuesto en el caso *Cordillera Escalera* el tribunal dijo que el carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares. En la actualidad, existe consenso en señalar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a asumir una responsabilidad social. El concepto de responsabilidad social de la empresa, tiene diversos ámbitos de aplicación, como el interno: relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno.

48. Y es que desde la emisión de la STC 0048-2004-AI/TC, este Tribunal ya especificó, el vínculo y tensión existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado adecuado al desarrollo de la vida. Tal actividad debe encausarse dentro de cierto principio tales como: a) el principio de desarrollo sustentable, b) el principio de prevención; principio de restauración; principio de mejora; principio precautorio; c) principio de prevención, d) principio de restauración, e) principio de mejora, f) principio precautorio y, g) principio de compensación (STC 0048-2004-AI/TC, fund. 18). Solo bajo el respeto de tales principios se puede comprender el desarrollo de la actividad empresarial minera. De igual modo en la citada sentencia, se dejó establecido la especial responsabilidad que tenían las empresas mineras. Y es que debido a la naturaleza de su actividad, estas tiene una "responsabilidad de primer orden en la implementación de políticas públicas orientadas a la preservación del medio ambiente, debido a los riesgos que supone su actuación en el ámbito de la exploración y la explotación minera misma" (fund. 34).

49. Así, interesa resaltar que la finalidad de lucro de la empresa debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental, y así prevenir conflictos sociales. Y es que la Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice

en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales o sociales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no estará dispuesta a soportar.

50. Para ello, las empresas deben de internalizar ciertos costos que le permitan prevenir el origen o escalamiento de conflictos sociales. Ello, recae en principio en la esfera de la empresa, la que debido a su experiencia debe tomar en consideración posibles tensiones con la población de las áreas aledañas. En tal sentido, estas deberían tratar de evitar medidas aisladas y optar por medidas dirigidas a solucionar y prevenir los verdaderos problemas o de la comunidad. Lo que no implica imponer soluciones sino, plantear un primer nivel de consenso con los pobladores de la zona a fin de apreciar sus preocupaciones.

51. El punto ii) recae en la actividad estatal. Es el Estado, y particularmente la Administración la que debe fiscalizar celosamente el cumplimiento de los estándares nacionales y también los estándares internacionales, a fin de evitar extralimitaciones por parte de las empresas que invierten en el país. Y es que si bien los agentes económicos deben someter su conducta a los principios de la responsabilidad social de la empresa, es deber del Estado vigilar su cumplimiento así como su maximización. De igual forma el Estado debe diseñar políticas, que según el caso, beneficien la principal actividad económica de las poblaciones afectadas, como por ejemplo, la actividad agrícola, de pastoreo, o la pesca.

52. Este es un aspecto neurálgico, ya que no puede negarse que en varios casos, la ausencia fiscalizadora del Estado ha puesto en evidencia la debilidad institucional del Estado Peruano. En tal sentido, la Administración debe elaborar verdaderos planes de control de la actividad económica de las empresas dedicadas a la extracción de minerales. Y es que de nada sirve tener reglas claras en un contexto en que el problema histórico ha sido la implementación de tales medidas. La imposición de multas así como la utilización de tales montos debería ser más transparente a fin de que la población pueda fiscalizar tal actividad estatal.

53. No escapa a este Colegiado que para que el Estado cumpla con sus objetivos esenciales y promueva el Bien Común es indispensable la creación de nuevos proyectos de desarrollo que en forma eficiente y responsable posibiliten la creación de riqueza, la cual, deberá ser objeto de una razonable distribución en coherencia con los principio de la Economía Social de Mercado, entre los que cabe mencionar el principio de subsidiariedad solidaridad y de redistribución de la riqueza. Por tanto, el desarrollo del país, que es un imperativo histórico, no puede estar reñid, a priori, con el respeto a las distintas actividades económicas de los ciudadanos ni con la preservación del medio ambiente.

54. El punto iii) se dirige atender las situaciones en caso de la ocurrencia de daños contra terceros. En tal sentido, si la actividad empresarial genera daños estos no solo deben ser sancionado por la Administración, sino que deben generar una reparación directa, justa y proporcionada, a las personas directamente afectadas. Ello implica no solamente esperar, en virtud de la autonomía de la persona, a que demandas de indemnización sean interpuestas. Como la realidad lo ha demostrada en varias

ocasiones, la desesperación de los ciudadanos, de la mano de otras circunstancias tales como bajos ingresos o desconocimiento de sus derechos, genera en ocasiones, que estos no hagan valer sus derechos en forma idónea. En tal sentido, es deber del Estado, brindar la estructura y presupuesto adecuado para que se brinde la orientación legal adecuada a fin de que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos. Así, poner a disposición de los ciudadanos no solo información sino asistencia legal gratuita en los casos en donde los bajos ingresos de los pobladores así lo demande. Por su parte, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de considerar los daños provocados de manera integral a fin de, si es que se determinara fehacientemente, ordenar el pago indemnizatorio proporcional a los daños sufridos.

55. Por último, el punto iv), que a continuación se desarrollará está referido al principio de co-participación de la riqueza que viene a reforzar un modelo descentralista adoptado por la Constitución. La relevancia de este principio a la luz del presente caso, obliga por lo tanto a desarrollarlo de manera más pormenorizada, dejando para otros casos, el desarrollo de los puntos precedentes.

§12. Descentralización y el principio constitucional de la co-participación de la riqueza

56. Las aspiraciones de descentralización, tan inevitables y necesarias como la propia expansión de los valores de libertad y tolerancia, tiene por objetivo acercar el Estado a la población. La consecuencia práctica que con ello se pretende, es un mejoramiento en la prestación de servicios estatales, así como la fiscalización de las actividades de los particulares, puesto que la entidad estatal estaría más próxima a las poblaciones y por lo tanto, más al tanto de sus necesidades. Los recursos naturales pertenecen a la nación de acuerdo a lo estipulado en el artículo 66 la Constitución. Pero en ningún momento restringe que estos sean únicamente administrados por el Gobierno Nacional. Son las normas como la LBD y la LGR las que, concretizando el principio de progresividad de competencias y transferencias de recursos, disponen las competencias atribuidas a cada entidad gubernamental sobre distintos ámbitos. Como se ha apreciado, en el caso de la pequeña minería y la minería artesanal, por ejemplo, es el Gobierno Regional el que es competente para otorgar su concesión.

57. Además de las cláusulas constitucionales sobre descentralización (artículo 189-199 de la Constitución), otras clausulas constitucionales también deben ser consideradas manifestaciones del objetivo descentralizador del constituyente. Es de apreciarse, por ejemplo, el rango legal otorgado a las ordenanzas regionales y municipales respecto de cuestiones de su competencia y en su jurisdicción territorial (art. 200.4). De igual manera, la Constitución reconoce legitimación a los Gobiernos Regionales y Municipales Provinciales que interpongan demandas de inconstitucionalidad (art. 203).

58. Por su parte, el artículo 77 de la Constitución establece en su segundo párrafo el derecho que le asiste a los gobiernos locales y regionales a recibir en calidad de canon, una porción de lo recaudado por la explotación de recursos naturales en beneficio de la comunidad de la zona. Como ya lo ha establecido este Tribunal en la STC 0042-2004-PI/TC (fund. 53): "el canon, es la participación de la renta económica ya recaudada dispuesta por el Estado a favor de los gobiernos regionales y locales de las zonas de explotación de recursos."

59. Desde luego, tal canon no implica un pago por asumir y soportar el proceso extractivo de, por ejemplo recursos minerales, y menos aun se trata de una compra de voluntades o silencios para asumir la carga de la contaminación ambiental. Mediante el canon se pretende evitar que los beneficios por la explotación de los recursos naturales, sean absorbidos por el Gobierno Nacional, en desmedro de la zona de donde tales dividendos proceden. Frente a casos de contaminación proceden otro tipo medidas legales como el pago indemnizatorio por la provocación de daños o medidas sancionatorias en contra de quienes hayan sido responsables de tales hechos.

60. En tal sentido, el canon es una de las manifestaciones del proyecto descentralista, específicamente en cuanto plasma el *principio de co-participación de la riqueza*. Este principio, establece que las poblaciones desde donde se han extraído determinados recursos naturales se vean directamente beneficiadas con las rentas de dicha explotación. La explotación de recursos sin co-participación contraviene no solo el artículo 66 de la Constitución sino también el principio de solidaridad. Y precisamente en virtud de tal principio es que, los gobiernos regionales no pueden tampoco negarse que tales beneficios sean compartidos con otras entidades del Estado. En suma, no todo debe ser absorbido por el Gobierno Nacional y no todo puede ser absorbido por el Gobierno Regional o Municipal.

61. La consecuencia esperada de este principio es que tales recursos sean utilizados a fin de empoderar a las sociedades circundantes al área de donde se extraen los recursos naturales. Concretizar esta idea, no obstante, requiere no solo de tales recursos financieros sino de recursos humanos preparados para poder plantear las políticas de desarrollo verdaderamente necesarias y técnicamente idóneas. En tal sentido, debería estar considerado que las entidades que reciben el canon, tengan personal realmente capacitado para poder administrar la riqueza, privilegiándose proyectos de inversión a favor de la educación y la salud.

§13. Aspectos contextuales del presente caso

62. La coyuntura internacional prevalente ha significado una subida en el precio de los metales, lo que ha beneficiado las perspectivas de los proyectos mineros en el país. No obstante, esta industria, que significa importantes ingresos a las arcas del Estado ha generado tensiones con ciertos sectores de la población que alegan, en líneas generales, que tal actividad perjudicaría su salud así como sus actividades económicas por los pasivos ambientales de la industria de la minería. El debate ha sido planteado por la opinión pública como la tensión entre pro-mineros contra anti-mineros. Cada una de estas posiciones ha buscado desprestigiar a la otra, aduciendo la intolerancia de los sectores que se oponen a los proyectos mineros, a pesar de los beneficios que las mineras puedan brindar según alegan. De otro lado, se ha argumentado que la gran minería no ha traído los beneficios prometidos y que por el contrario, deja pasivos ambientales que terminan por empobrecer a la población. Esta polarización del debate está compuesta por varias capas que atraviesan cuestiones culturales, económicas y políticas.

63. Determinar cuál de estas posiciones del debate es la posición "correcta" no es el deber de este Tribunal. Es deber de este Tribunal, en cambio, supervisar que se garantice el acceso de todas las partes interesadas al dialogo institucionalizado. De

igual forma, este Tribunal debe garantizar que los acuerdos tomados en tales espacios no vulneren o contravengan los valores básicos de la Constitución. El debate democrático, debe precisamente por ello encausarse dentro de las vías institucionales; no es sencillo y muchas veces puede tener la apariencia de no ser ordenado o inclusive efectivo; pero lo opuesto, la ausencia de consensos, la imposición de medidas en virtud de una principio de autoridad que no haya tomado en cuenta demandas de la sociedad, sin que ello signifique el sometimiento a populismos cortoplacistas, no soluciona los conflictos sociales, sino que por el contrario puede agudizarlos, generando situaciones de mayor polarización. Una sistema político sin diálogo, sin un amplio y vigoroso debate, y sin consensos, es una sistema sospechoso de toma de decisiones, y por lo tanto, con serios riesgos de deslegitimización frente a la sociedad.

64. En el Perú, la historia ha demostrado cómo importantes sectores de la sociedad han sido ignorados o invisibilizados [Mendez, Cecilia. *Incas Si, Indios No: Apuntes Para el Estudio del Nacionalismo Criollo en el Perú*. 2a. ed. -Lima:IEP, 2000. Documento de Trabajo 56, Serie Historia 10]. Bastaba con tildar a ciertos sectores de la población como retrógrados, ignorantes, incivilizados o salvajes a fin de socavar sus demandas e implantar las políticas elaboradas sin tomar en cuenta los específicos contextos que rodeaban a estas poblaciones. No existió preocupación alguna por incluir su voz, o reconocerlos como interlocutores en los debates acerca de lo que es el desarrollo y cómo debe alcanzarse. Pero no solo ello, cuando se generaron daños a consecuencia de tales políticas, el Estado falló en solucionar efectivamente tales conflictos, que en varias situaciones, han escalado hasta convertirse en verdaderas demandas sociales.

65. Así, y para centrar la problemática en la extracción minera, es de citar algunos ejemplos, tangibles de desastres ambientales a consecuencia de la actividad minera. Así es, pertinente citar el caso de La Oroya, una situación crítica analizada por este Tribunal (STC 2002-2006-PC/TC). De igual forma, es de citarse el caso de los Niños de Plomo de las comunidades de Quiulacocha y Champamarca en Cerro de Pasco, en donde, en 2005, según un estudio realizado se concluyó que 4 de cada 5 niños en tales comunidades adolecía de intoxicación por plomo [Astete, John, Walter Caceres y otros "Intoxicación por Plomo y otros Problemas de Salud en Poblaciones Aledañas a Relaves Mineros" *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 2009, 26(1), pp. 15-19]. Asimismo, el derrame de mercurio ocurrido en junio de 2000 en las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan en la Provincia de Cajamarca [Defensoría del Pueblo. *Informe Defensorial N.° 62. El caso del Derrame de mercurio que afecto a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan en la provincia de Cajamarca.* Lima: Defensoría del Pueblo, 2001] y que generó numerosos casos de contaminación en tales poblaciones. Tal hecho además puso en evidencia la debilidad institucional del Estado Peruano para lidiar con desastres de este tipo. Según se aprecia del Informe Defensorial N.º 62, la Dirección General de Minería del MEM no adoptó medidas de prevención y fiscalización sobre las normas de seguridad de la Minera Yanachocha tampoco se observó, a decir de la Defensoría, "un adecuado nivel de coordinación y colaboración entre las entidades públicas competentes tanto para prevenir los efectos del derrame de mercurio como para entrenar tal emergencia." [Ib. p. 83]. También es pertinente mencionar el colapso parcial de la presa de relaves en el distrito de Huachocolpa, provincia de Huancavelica y distrito de Licay, provincia de Angáres, que ocasionó la contaminación de los ríos Escalera y Opamayo en 2010. A consecuencia de ello, el Ministerio del Ambiente declaró la

Emergencia Ambiental en el área afectada [Resolución Ministerial N.º 117-2010-MINAM, del 5 de Julio de 2010].

66. Estos dramáticos y penosos casos ponen en manifiesto la intensidad de los daños ocasionados y el entendible temor y suspicacias que los proyectos mineros causan en lo pobladores de las zonas aledañas a estos proyectos. En consecuencia, la resistencia a tales proyectos tiene una historia que no puede, de buenas a primeras, ponerse a un lado. La desconfianza frente a los proyectos mineros no debe ser comprendida como expresión de intolerancia ni de intransigencia; es tan solo una predisposición como consecuencia de determinadas experiencias de una comunidad. Esta situación se transvasa a cualquier dialogo que sobre la materia se plantee, por lo que ignorarla o menospreciarla, no significará la volitización del problema.

§14. La Ordenanza Regional de Cajamarca N.° 036-2011-GR.CAJ-CR

67. La Ordenanza Regional N.° 036-2011-GR.CAJ.CR, en su artículo 1º declara de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en la región Cajamarca. Como ya se observó en la presente resolución, el Gobierno Regional de Cajamarca no es competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca. En tal sentido, tal artículo debe ser declarado inconstitucional.

68. De igual forma el artículo segundo de la ordenanza en cuestión, que declara inviable la ejecución del proyecto minero Conga, es inconstitucional puesto que el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene competencias para anular o suspender proyectos de gran minería.

69. Respecto el artículo tercero, este Tribunal entiende 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 sobre las circunstancias en que fue aprobado el EIA del proyecto Conga. Tal encargo no contraviene lo estipulado en los artículos 88° y 89° del Reglamento del Congreso de la República. En efecto, en virtud del principio de efecto útil y poderes implícitos, el Gobierno Regional de Cajamarca puede realizar las coordinaciones que estime pertinente a fin de coordinar políticas regionales con el Congreso de la República o solicitar la creación de comisiones. Por consiguiente, habiendo sido declarado inconstitucional el artículo primero y segundo de la ordenanza, el artículo cuarto, deviene igualmente en inconstitucional porque una ordenanza regional no puede desconocer las competencias normativas asignadas por la Constitución y la Ley.

70. Por último, queda claro que a juicio de este Tribunal, los funcionarios del Estado, cualquiera sea su jerarquía (artículo 39º de la Constitución), deben ejercer sus competencias y atribuciones de manera proporcionada al principio de "lealtad constitucional" [Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional*, 1985], 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.

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucional la Ordenanza Regional de Cajamarca N.° 036-2011-GR.CAJ-CR

Publíquese y notifíquese.

SS.
ALVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
MESIA RAMIREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

EXP. N.° 0964-2002-AA/TC
LIMA
ALIDA CORTEZ GÓMEZ DE NANO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de marzo de 2003, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Alida Cortez Gómez de Nano contra la sentencia de la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 564, su fecha 18 de diciembre de 2001, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de febrero de 2001, la recurrente interpone demanda de amparo contra la empresa NEXTEL DEL PERÚ S.A., por violación de sus derechos a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Solicita, por tanto, que se ordene el inmediato desmantelamiento de la antena y equipos instalados por la empresa demandada.

Afirma que, con fecha 30 de enero de 2001, se percató de que en el lote colindante con su vivienda, trabajadores de la empresa NEXTEL DEL PERÚ S.A. habían instalado algunos equipos argumentando que contaban con el permiso del propietario del terreno para colocar una antena, por lo que inmediatamente denunció este hecho ante la Municipalidad de Ate, la que constató que la emplazada no contaba con las autorizaciones del Ministerio de Transportes. Asimismo manifiesta que el Ministerio de Transportes le comunicó que los permisos para la instalación de antenas y otros equipos requerían de un informe técnico independiente de la licencia general, los cuales, hasta la fecha, no han emitido ni el Ministerio ni la empresa demandada. Agrega que el 1 de febrero de 2001 solicitó oficialmente, mediante la Junta de Vecinos de Mayorazgo, a la Municipalidad que paralice las obras y exija la presentación de las autorizaciones requeridas, y al Ministerio de Transportes la emisión de un informe respecto de las autorizaciones otorgadas a la empresa para efectuar dichos trabajos. Alega que Defensa Civil ha emitido un informe desfavorable a la instalación de la antena en dicho lugar, por cuanto no se respeta la distancia recomendada por los organismos internacionales entre la instalación y las viviendas, añadiendo que el domingo 4 de febrero de 2001, el personal de la empresa demandada, aprovechando que era día no laborable para la municipalidad, trabajó todo el día para colocar la antena, lo que constituye una clara desobediencia a la

autoridad municipal y al Ministerio de Transportes, así como un peligro inminente de consumar un hecho que resulta perjudicial para la paz, la tranquilidad y la salud, ya que dichos equipos causan interferencia en otros aparatos eléctricos, incluidos audífonos y marcapasos; además, el campo electromagnético generado con la instalación de la antena daña directamente las neuronas cerebrales deteriorándolas paulatinamente. Por otro lado, indica que la Municipalidad de Ate, con fecha 12 de febrero de 2001, expidió la Resolución Directoral N.° 0132, que declara procedente la reclamación presentada por los vecinos de la urbanización Mayorazgo, determinando la paralización y/o demolición de la construcción efectuada por la emplazada y que, asimismo, se le impone una multa por carecer de licencia de construcción; añade que mediante oficio N.° 0324-2001-MTC/15.03.UECT, del 19 de febrero de 2001, el Ministerio de Transportes pone en conocimiento de los vecinos de Mayorazgo que la Unidad Especializada de Concesiones ha comunicado a la demandada que su solicitud de permiso de instalación de la antena no podrá ser atendida en mérito de la mencionada resolución expedida por la Municipalidad de Ate.

La emplazada contesta la demanda señalando que dispone de una red de telecomunicaciones propia; que cuenta con la autorización respectiva del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y la Resolución Viceministerial N.° 365-98-MTC/15.03, que la autoriza a operar en el departamento de Lima y la provincia constitucional del Callao; precisa que todos sus equipos tienen los certificados de homologación que expide el Ministerio de Transporte, lo que determina que pueden ser utilizados en nuestro país sin atentar contra la seguridad de los usuarios. Por otro lado, manifiesta que los trabajos de instalación de la estación base (antena de comunicaciones) en la Av. Prolongación Javier Prado N.° 7069, manzana A, lotes 15 y 16, urbanización Mayorazgo, Ate, se encuentran suspendidos por encontrarse en trámite la obtención de los permisos y licencias correspondientes ante la Municipalidad de Ate y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC); que, con fecha 13 de febrero de 2001, interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N.° 0132 que ordenó la paralización y/o demolición de su estación base, solicitando que se le otorgara la licencia de construcción respectiva y que el 9 de marzo de 2001 presentó un recurso de reconsideración contra el oficio N.° 305-2001-MTC/15.03.UECT, señalando que el TUPA del MTC no exige la autorización como requisito para obtener el permiso de instalación de estaciones. Además, afirma que la alegada violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales invocados, a la fecha no es tal, dado que los trabajos de instalación de la estación base continúan suspendidos, y, por tanto, esta no funciona; y que la sola presencia de la antena e inclusive su puesta en funcionamiento no alteran en modo alguno la paz y tranquilidad de los vecinos, ni afecta a la salud humana. Agrega que la supuesta agresión no puede convertirse en irreparable, por lo que no se cumple uno de los supuestos de excepción del agotamiento de la vía administrativa, debido a que la estación base no se encuentra en funcionamiento, tal como lo reconoce la propia demandante.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, con fecha 22 de junio de 2001, declaró fundada la demanda, por considerar que la alegada amenaza de violación constitucional se pone de manifiesto con la existencia del

riesgo para la salud que implica la instalación de la referida antena, ya que hay incertidumbre científica sobre el daño que podría producir en las personas, agregando que si bien es cierto que los trabajos de instalación de la estación base están suspendidos y, que, por tanto, esta no funciona, también lo es que tales instalaciones representan un peligro inminente y evidente, con lo que se acredita la amenaza de violación de los derechos invocados.

La recurrida declaró improcedente la demanda, por considerar que la Resolución Directoral N.° 0132, expedida por la Municipalidad Distrital de Ate, que ordenó la paralización y/o demolición de la construcción efectuada por la empresa NEXTEL DEL PERÚ S.A. fue apelada por la recurrente y sus vecinos de Mayorazgo el 20 de febrero de 2001, así como por la empresa emplazada y que, sin embargo, la presente demanda fue interpuesta el 6 de febrero de 2001, es decir, con anterioridad a la presentación de dicho recurso; más aún, con fecha 23 de mayo de 2001, se expidió la Resolución Directoral N.° 404, que declaró fundado el mencionado recurso de apelación, de lo que se deduce que la demandante no agotó la vía administrativa.

FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto que se ordene el inmediato desmantelamiento de la antena y los equipos instalados por la demandada en la Av. Prolongación Javier Prado Este N.° 7069, en el distrito de Ate, provincia y departamento de Lima, por violarse los derechos constitucionales a la paz, tranquilidad y a gozar de un medio ambiente sano y adecuado.

2. Antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia, este Tribunal considera necesario señalar que en el presente caso no es necesario que se exija el agotamiento de la vía administrativa, pues, como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia, el acto reclamado no fue ejecutado por un órgano público, sino por una persona jurídica de derecho privado, con la que la recurrente no tenía (ni tiene) ninguna relación.

   Por tanto, al ser de aplicación el inciso 3) del artículo 28° de la Ley N.° 23506, el Tribunal Constitucional es competente para conocer del fondo del recurso extraordinario.

3. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe volver a recordar su doctrina, según la cual los derechos fundamentales que la Constitución ha reconocido no sólo son derechos subjetivos, sino también constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional (cf. STC 0976-2001-AA/TC). Esta última dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes y sus actos de aplicación se realicen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, de otro, en imponer, sobre todos los organismos públicos, un "deber especial de protección" de dichos derechos. Desde luego que esta vinculación de los derechos fundamentales en la que se encuentran los organismos públicos, no significa que tales derechos sólo se puedan oponer a ellos, en tanto que las personas (naturales o jurídicas de derecho privado) se

encuentren ajenas a su respeto. El Tribunal ha manifestado en múltiples ocasiones (algunas veces de manera implícita, otras de manera expresa) que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares.

4. En el caso de autos, a lo largo del proceso se ha acreditado que la instalación de antenas y equipos para explotar el servicio público de telefonía se encontraba autorizada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, pero no por la Municipalidad Distrital de Ate, la que, precisamente en mérito de tal anómala situación, a través de diversas resoluciones, dispuso que se paralizaran las obras y/o que se procediera a su demolición.

Por otro lado, con posterioridad, y ya cuando la causa se encontraba en el Tribunal, la demandada presentó a esta sede jurisdiccional una copia legalizada de la Resolución del Concejo Metropolitano de Lima N.° 108, de fecha 4 de abril de 2002, en virtud de la cual, al amparo de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, se declaraba la nulidad de la Resolución Directoral N.° 132 y de la Resolución Subdirectoral N.° 0554, ambas expedidas por entidades de la Municipalidad Distrital de Ate; con lo cual, en la práctica, las órdenes de paralización y/o demolición de lo instalado han quedado pendientes de resolución, nuevamente, por la Municipalidad distrital antes aludida.

5. En cualquier caso, una cosa parece inobjetable a este Tribunal. Al haberse declarado la nulidad de las resoluciones administrativas mencionadas en el fundamento anterior, la demandada ha logrado, sobre la base de criterios estrictamente formales, suspender el mandato contenido en ellas –y, en particular, la orden de demolición–; pero definitivamente no ha acreditado que la construcción que inició la haya efectuado de conformidad con el ordenamiento municipal vigente en aquella fecha. Es decir, que si bien es cierto que no cabe que la Municipalidad Distrital de Ate ejecute la paralización y/o demolición de la obra, en tanto no vuelva a pronunciarse sobre el asunto, también lo es que la instalación de antenas y equipos efectuada por la demandada se encuentra en una virtual situación de ilegalidad, pues por mucho que se haya declarado la nulidad de aquellas resoluciones, es claro que, pese a requerirse de una autorización municipal para instalar tales antenas y equipos, no se actuó así.

¿La ilegalidad en la que se encuentra el acto reclamado permite que este Tribunal Constitucional expida una sentencia estimatoria de la pretensión?

6. La competencia del Tribunal Constitucional no abarca, para sustituirse o superponerse, a la que el ordenamiento le ha conferido a los jueces ordinarios. La Constitución le ha encargado a este Tribunal y, con él, a todos los jueces del amparo, una tarea en extremo delicada: proteger los derechos constitucionales.

Ciertamente, si todo el problema se redujese a un tema de mera legalidad, esto es, a determinar si la instalación de antenas y equipos se efectuó o no de acuerdo con la ley, y nada más que ello, este Tribunal usurparía una

atribución que, en principio, la Constitución ha confiado al Poder Judicial. Cabe, entonces, plantear una nueva interrogante: ¿Con la instalación de tales antenas y equipos, para la prestación del servicio de telefonía, puede amenazarse o vulnerarse un derecho constitucional?

7. La demandante ha alegado que con la instalación de dichos equipos y antenas se amenazan sus derechos constitucionales a gozar de un medio ambiente sano y adecuado, a la paz y la tranquilidad. Sin embargo, no es la instalación de por sí, sino el eventual inicio de operaciones, lo que podría amenazar su derecho a un medio ambiente sano y adecuado.

8. El inciso 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú reconoce, en calidad de derecho fundamental, el atributo subjetivo de "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo" de la vida de la persona. Se trata, en principio, y como se desprende de la ubicación de su reconocimiento, de un derecho subjetivo de carácter constitucional, cuyo titular es el ser humano considerado en sí mismo, con independencia de su nacionalidad o, acaso, de ciudadanía. Sin embargo, no sólo es un derecho subjetivo, sino que se trata también de un derecho o interés de carácter difuso, puesto que es un derecho que lo titularizan todas y cada una de las personas.

   En cuanto al interés difuso, cualquier persona natural está autorizada para iniciar las acciones judiciales que se hayan previsto en el ordenamiento con el objeto de dispensarle tutela, por lo que, para tales casos, no se requiere que exista una afectación directa al individuo que promueve la acción judicial. Además, también se ha previsto que gozan de legitimidad procesal para su defensa las personas jurídicas que tienen como objeto social la preservación del medio ambiente.

   La Constitución no señala el contenido protegido del derecho en referencia. A diferencia de muchos derechos constitucionales cuyo contenido protegido puede extraerse de su formulación constitucional o de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en el caso del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, la determinación de ese contenido es más problemática, pues la expresión "medio ambiente" a la que implícitamente se hace referencia, como lo reconoce la doctrina y jurisprudencia comparada, tiene un contenido difícilmente delimitable, debido a que este concepto está compuesto de muchos elementos, distintos los unos de los otros.

   No obstante esto, la Constitución vigente proporciona algunas características a partir de las cuales es posible determinar su contenido. En efecto, no solo se limita a señalar que es un atributo subjetivo del ser humano el vivir en un medio ambiente (lo que desde luego no significaría

gran cosa, pues todos vivimos en uno), sino que también subraya que ese "ambiente" debe ser "equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida". Lo que significa que, desde una perspectiva constitucional, se tenga que considerar al medio ambiente, equilibrado y adecuado, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

A partir de la referencia a un medio ambiente "equilibrado", este Tribunal considera que es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, los componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico.

Tales elementos no deben entenderse desde una perspectiva fragmentaria o atomizada, es decir, con referencia a cada uno de ellos considerados individualmente. Como destaca el inciso 22 del artículo 2° de la Constitución, se tiene el derecho a un medio ambiente "equilibrado", lo que significa que la protección comprende al sistema complejo y dinámico en el que se desarrolla la vida.

9. Sin embargo, la Constitución no sólo garantiza que el hombre se desarrolle en un medio ambiente equilibrado, sino también alude a que ese ambiente debe ser "adecuado para el desarrollo de la vida humana", lo que se traduce en la obligación del Estado, pero también de los propios particulares, de mantener las condiciones naturales del ambiente a fin de que el ser humano viva en condiciones ambientalmente dignas. En efecto, en el Estado democrático de derecho de nuestro tiempo ya no sólo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13 de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, el "derecho a un medio ambiente seguro, sano [es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo".

10. Tal derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales como de los derechos prestacionales. En su faz reaccional, éste se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el

medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana.

En su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades, entre las cuales cabe mencionar la de expedir disposiciones legislativas destinadas a que desde diversos sectores se promueva la conservación del ambiente. Desde luego, no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecte a ese ambiente equilibrado. El Tribunal considera que, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, especial relevancia tiene la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, este Tribunal estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no sólo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan.

11. Respecto de la posible afectación del derecho a la salud y a un medio ambiente sano y adecuado a consecuencia de la propagación de ondas electromagnéticas, este Tribunal debe destacar que se trata de un tema en el que, desde un punto de vista científico, no existe actualmente consenso. Sí existe consenso, sin embargo, en que a través de la legislación correspondiente se establezca una serie de precauciones destinadas a evitar que la carencia de resultados satisfactorios en la investigación sobre el tema, no termine generando problemas irreversibles en la salud y el medio ambiente, y, en ese sentido, que en la medida de lo posible tales equipos y antenas se instalen en lugares donde la gente no pase prolongados periodos de tiempo. Forma parte de ese denominado "principio de precaución", que el Estado prevea a través de medidas de regulación en la prestación de ese servicio público o mediante la regulación de la materia urbanística, que la instalación de tales equipos y antenas no se efectúe cerca de hospitales, escuelas o zonas residenciales, y que se asegure que los que operan en el mercado en la prestación del servicio público en referencia, compartan torres para reducir su número. Lo anterior, desde luego, no excluye que se puedan considerar otras medidas y, entre ellas, a título meramente enunciativo, que con fines de prevención, las empresas que operan con tales servicios, tengan como obligación prestar, directa o indirectamente, servicios médicos, estrictamente relacionados con los riesgos propios de los servicios que prestan.

12. Precisamente, en ese deber de prevención que el derecho de contar con un medio ambiente sano y adecuado impone sobre los poderes públicos y dentro del cual hay que considerar al principio de precaución, es que el Tribunal estima que tales antenas y equipos, cuando no fuese posible su instalación en otras áreas que no sean las zonas residenciales, deben necesariamente colocarse distante de las viviendas. En el presente caso, la recurrente ha acreditado, mediante fotos, que la instalación cuestionada está extremadamente próxima a diversas viviendas y, además, pese a lo

que se ha expuesto en el fundamento N.° 5 de esta sentencia, que la demandada no contaba con la autorización municipal para instalarlas.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que debe estimarse la demanda y, como lo hizo en la sentencia recaída en el Caso Edelnor (Exp. N.° 1006-2002-AA/TC), disponer que se retiren las antenas y equipos, así como todo los bienes muebles relacionados con ellos, entre tanto no se cuente con la autorización municipal correspondiente. Y es que "Un Estado de derecho que proclama como valor primordial la defensa de la persona, no puede desatenderse de mecanismos con los que efectivamente se garantice su protección adecuada. Cualquiera que fuese el medio en el que se desenvuelva o se desarrolle la persona, no se le puede atropellar en sus derechos esenciales, exponiéndola a riesgos o perjuicios innecesariamente ocasionados por las propias personas, por las organizaciones colectivas o por el propio Estado, en cualquiera de sus corporaciones". El hecho de que exista una necesidad de mejorar la prestación de ciertos servicios públicos no significa que ésta se satisfaga afectando los intereses de esos mismos ciudadanos o de otros distintos, como parece ocurrir en el presente caso. De ahí que el Tribunal considere que al no haber obtenido la emplazada la autorización municipal para la ejecución de la obra, no se ha acreditado técnicamente que ésta no representa una amenaza para los derechos fundamentales invocados por la recurrente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda; y, reformándola, la declara **FUNDADA** y, en consecuencia, ordena a NEXTEL DEL PERÚ S.A. retirar los equipos y antenas ubicadas en la avenida Prolongación Javier Prado N.° 7069, manzana A, lotes 15 y 16, de la urbanización Mayorazgo, distrito de Ate-Vitarte, y que se abstenga, en el futuro, de ejecutar obras sin contar con la autorización municipal correspondiente. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
.....

EXP. N.° 00639-2013-PC/TC
LIMA
INSTITUTO DE DEFENSA
LEGAL DEL AMBIENTE Y
DESARROLLO SOSTENIBLE
PERÚ - IDLADS PERÚ

RAZÓN DE RELATORÍA

En la presente causa, la resolución sólo es suscrita por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pero no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa Nº 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16º, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar resolución, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 11 de junio de 2013

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y Desarrollo Sostenible Perú (Idlads Perú) contra la resolución de fojas 57, su fecha 20 de setiembre de 2012, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 12 de octubre de 2011, el Instituto recurrente interpone demanda de cumplimiento contra la Presidencia del Consejo de Ministros solicitando el cumplimiento de los artículos 2, 3 y 4 de la Ley N.º 28495, que crea el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (Indepa), a fin de que se reconozca a dicha institución como un órgano público, técnico y especializado con personería jurídica de derecho público, con autonomía funcional, técnica, económica,

financiera, administrativa y presupuestal, que tiene por objeto ser el ente rector en los asuntos relacionados con los pueblos indígenas. Asimismo, solicita el cumplimiento del numeral 1 del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT a fin de que se revise, adecue y se deje sin efecto los Decretos Supremos N.os 034-2008-PCM y 001-2010-PCM, expedidos por la emplazada, que omitieron el derecho a la consulta previa.

2. Que el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 20 de octubre de 2011, declaró improcedente la demanda en atención a lo dispuesto por el artículo 70.5 del Código Procesal Constitucional. A su turno, la Sala revisora confirmó la apelada por estimar que lo que pretende el Instituto recurrente es cuestionar la legalidad del Decreto Supremo N.° 034-2008-PCM y la transferencia del Indepa al Ministerio de Cultura.

3. Que el artículo 66.° del Código Procesal Constitucional dispone que

> Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:
> 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
> 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

4. Que en el presente caso, se advierte que la pretensión demandada no tiene por objeto exigir el cumplimiento de normas legales, sino cuestionar la legalidad de los Decretos Supremos N.os 034-2008-PCM y 001-2010-PCM, pues a consideración del Instituto recurrente, los citados decretos supremos son contrarios a la normativa que creó el Indepa, al derecho a la consulta previa y al Convenio 169 de la OIT, entre otras razones, por haberse transferido a dicha institución el Ministerio de Cultura como un órgano ejecutor, argumentos que evidencian que la demanda merece ser desestimada, dado que la controversia no cae en ninguno de los supuestos establecidos por el mencionado artículo 66.° del Código Procesal Constitucional, que regula el proceso de cumplimiento.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 03088-2011-PA/TC
LIMA
IMPORTACIONES Y
EXPORTACIONES
MIGUEL E.I.R.L.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de mayo de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Miguel Fabián Garrido Agüero en representación de la empresa Importaciones y Exportaciones Miguel E.I.R.L. contra la resolución expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 442, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de marzo de 2008, la empresa interpone demanda de amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y Finanzas, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Aduanas) con el objeto de que sean declarados inaplicables a su caso:
A) El Decreto de Urgencia Nro. 050-2008, que modifica el literal a) del artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 843, reformado por la Ley Nº 29303, "Ley que modifica el plazo que fija la Tercera Disposición Transitoria y Complementaria de la Ley Nº 27688, modificada por la Ley Nº 28629, y fija plazo para la culminación de las actividades de reparación y reacondicionamiento de vehículos usados en los CETICOS y la ZOFRATACNA", en los términos siguientes: "Artículo 1.- A partir del 1 de noviembre de 1996, queda restablecida la importación de vehículos automotores usados, de transporte de pasajeros o mercancías, que cumplan con los requisitos mínimos de calidad que se señalan a continuación: a) Que tengan una antigüedad no mayor de cinco (5) años, con excepción de los vehículos automotores con motor de encendido por compresión (diesel y otros) cuya antigüedad deberá ser no mayor de dos (2) años. La antigüedad de los vehículos se contará a partir del año de su fabricación. A partir del 1 de enero del 2009, queda prohibida la importación de vehículos usados con motor de encendido por compresión (diesel y otros) de las categorías L1, L2, L3, L4, L5, M1, M2, N1 y N2. De conformidad con el Artículo 1 del Decreto

de Urgencia N° 052-2008, publicado el 31 diciembre 2008, la modificación dispuesta en el presente artículo no alcanza a los vehículos automotores usados que a la fecha de entrada en vigencia de dicho dispositivo, se hayan encontrado en cualquiera de las situaciones señaladas en el citado artículo. De conformidad con el Numeral 4.1.1 de la Circular N° 004-2009-SUNAT-A, publicada el 03 junio 2009, la modificación dispuesta en el presente artículo no alcanza a los vehículos automotores usados que a la fecha de su entrada en vigencia, se hayan encontrado en cualquiera de las situaciones establecidas en el citado Numeral, y;

B) El Decreto de Urgencia Nro. 052-2008, Artículo 1.- Establece las normas transitorias para la aplicación del Decreto de Urgencia Nº 050-2008. La modificación dispuesta en el artículo 1 del Decreto de Urgencia Nº 050-2008, no alcanza a los vehículos automotores usados que a la fecha de entrada en vigencia de dicho dispositivo, se hayan encontrado en cualquiera de las siguientes situaciones: a) Que hayan sido desembarcados en puerto peruano; b) Que se encuentren en tránsito hacia el Perú, lo cual deberá acreditarse con el correspondiente documento de transporte; c) Que hayan sido adquiridos, mediante documento de fecha cierta, tales como carta de crédito irrevocable, giro, transferencia o cualquier otro documento canalizado a través del sistema financiero nacional emitidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Decreto de Urgencia Nº 050-2008. En todos los casos, el vehículo a importar debe estar claramente identificado en forma individual mediante el número de serie o código VIN.

La recurrente manifiesta que dichas prohibiciones aplicables a la importación de vehículos vulneran el derecho al trabajo de todos los importadores de autopartes, partes, piezas, repuestos y motores usados, así como también de las empresas que se dedican a la reparación y reacondicionamiento de vehículos en el país. Indica que la arbitrariedad de tales normas tan solo beneficia a las empresas importadoras peruanas de vehículos nuevos que son representantes de grandes corporaciones extranjeras.

Concluye afirmando que como consecuencia de la puesta en vigor de tal normativa, su empresa viene teniendo serios problemas de liquidez y de cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

El Ministerio de Economía y Finanzas deduce la excepción de incompetencia y contesta la demanda alegando que el proceso de amparo no constituye una vía idónea para cuestionar los indicados Decretos de Urgencia. Indica que el Tribunal Constitucional ha valorado y declarado de interés nacional la protección al medio ambiente.

La Presidencia del Consejo de Ministros contesta la demanda argumentando que la demandante no ha explicado concretamente en qué medida las normas

impugnadas cuya inaplicación invoca vulneran o amenazan sus derechos constitucionales.

El Ministerio de Transporte y Comunicaciones contesta la demanda y manifiesta que dichas normas se han expedido en el marco constitucional de protección a los consumidores y usuarios.

El Noveno Juzgado Constitucional de Lima desestima la excepción formulada y declara infundada la demanda por considerar que la normativa acusada de inconstitucional responde a motivaciones de interés nacional y corresponde a materias de orden económico y financiero. Así indica que la imposición de requisitos para la importación de vehículos y autopartes no es vulneratoria de ningún derecho ni del orden constitucional.

La Segunda Sala Civil de Lima confirma la apelada, por considerar que existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional que valida la normativa cuya inaplicación se solicita.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se inapliquen los Decretos de Urgencia N.os 050 y 052-2008, que establecen una serie de requisitos y normas de aplicación para la importación de vehículos usados de transporte terrestre.

2. Pues bien, en esta materia el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamiento convalidando la normativa aplicable a la importación de vehículos usados; a saber, la STC 03610-2008-PA/TC y la STC 05961-2009-PA/TC, que establecen los criterios aplicables a este tipo de controversias.

3. En la STC 05961-2009-PA/TC, sobre la constitucionalidad de los Decretos de Urgencia en cuestión se ha establecido que, en cuanto al Decreto de Urgencia Nro. 050-2008, se modificó el artículo 1º, literal a), del Decreto Legislativo Nro. 843 a fin de mantener requisitos mínimos de calidad para la importación de vehículos automotores usados, que después fueron precisados mediante el Decreto de Urgencia Nro. 052-2008 (también sometido a control de constitucionalidad). Así, indica que los requisitos establecidos y precisados por tales decretos tienen por finalidad "la satisfacción de los intereses del usuario, el resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto".

4. Por tal razón, el Tribunal Constitucional considera que los requisitos para la importación de vehículos automotores usados, establecidos en dichos

decretos constituyen un límite legítimo, razonable y proporcional al ejercicio de los derechos constitucionales al trabajo y a las libertades de empresa, de contratación y de iniciativa privada, porque persiguen la protección de un fin constitucional, como lo es la protección de los derechos a un medio ambiente equilibrado y adecuado para la salud de las personas.

5. Es decir, el Tribunal Constitucional cuenta con una línea jurisprudencial uniforme en la que se destaca el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, tema que ocupa un lugar medular en nuestra Ley Fundamental.

6. Ahora bien, el Tribunal Constitucional estima pertinente resaltar que si bien el recurrente ha cuestionado la constitucionalidad de tales decretos, simplemente se ha limitado a señalar, de manera vaga, que sus derechos vienen siendo conculcados, sin tomar en consideración, por un lado, que el ejercicio de ningún derecho fundamental puede efectuarse al margen de los principios, valores y demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce, y por otro, desconociendo además la función supervisora y reguladora del Estado.

7. Este Colegiado considera que ante los hechos que son de conocimiento de la opinión pública, respecto de los peligros que representa para la sociedad la circulación de esta clase de vehículos usados con el timón cambiado y el aumento en los niveles de contaminación que supondría su ingreso, es evidente que la regulación estatal resulta legítima en la medida que otros valores constitucionales superiores como el derecho a la vida misma se encuentra en juego.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ
URVIOLA HANI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de febrero de 2009, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

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, de fojas 926, su fecha 10 de mayo de 2007, que declara infundada la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 13 de octubre de 2006, el recurrente interpone demanda de amparo contra las empresas Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (hoy Talismán Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú), Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú (en adelante REPSOL) y Petrobras Energía Perú S.A. (en adelante PETROBRAS), por considerar que se amenazan sus derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; a la vida, el libre desarrollo y el bienestar; a la protección de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa; a exigir del Estado la promoción de la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas; alimentación; y al agua. Solicitan que se repongan las cosas al momento en que se inició la amenaza de violación de dichos derechos y se suspenda la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida "Cordillera Escalera".

Alega que en el Lote 103 (área a explorar y explotar) se encuentra el Área de Conservación Regional *Cordillera Escalera,* establecida mediante Decreto Supremo N.º 045-2005-AG. Dicha área tiene especial importancia por su biodiversidad y como fuente captadora y almacenadora de agua ya que ahí nacen las tres cuencas hidrográficas (Cumbaza, Caynarachi y Shanusi) que son la única fuente proveedora de agua con la que cuenta la población de zonas aledañas. Manifiesta que la explotación petrolera implica que millones de litros de agua de producción petrolera con alta salinidad serán extraídos del subsuelo y aflorarán a la superficie contaminando y

devastando el medio ambiente (principalmente el agua), pues dichas aguas saladas suelen ser vertidas a los cauces de los ríos. Además, indica que la exploración se está realizando incumpliendo lo previsto en el artículo 27 de la Ley N.º 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, el que establece que el aprovechamiento de los recursos naturales en áreas naturales protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro.

Contestación de la demanda

a) Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Energía y Minas

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales, con fecha 21 de noviembre de 2006, contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente. Sostiene que el Ministerio de Energía y Minas (MEM) no ha violado precepto constitucional alguno, por cuanto mediante la Resolución Directoral N.° 360-2006-MEM/AAE, del 4 de julio de 2006, la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del MEN aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Exploración Sísmica de la Estructura Pihuicho en el Lote 103, presentado por OXY.

b) Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (OXY) y Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú (REPSOL)

Con fecha 21 de noviembre de 2006, OXY y REPSOL contestan la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Aducen que la ejecución del programa de exploración sísmica de la estructura Pihuicho en el lote 103 se inició el 22 de julio de 2006, luego de que OXY obtuviera todas las autorizaciones, y concluyó en su totalidad el 28 de octubre de 2006, por lo que es de aplicación lo previsto en el inciso 5 del artículo 5º del Código Procesal Constitucional. Además, señalan que el Tribunal Constitucional ha desarrollado una amplia jurisprudencia según la cual los procesos de amparo que requieran de una etapa probatoria debido a la naturaleza o la complejidad de la materia controvertida serán declarados improcedentes.

Por otra parte, sostienen que el demandante no ofrece pruebas que sustenten sus afirmaciones; que la calificación de un territorio como "área natural protegida" no implica que dicha área no pueda ser materia de actividades humana; que no se ha realizado actividades de explotación de recursos que puedan calificarse como "aprovechamiento" de recursos naturales; y, que para la realización del programa de exploración sísmica se cumplió una serie de exigentes y especializados requisitos ante todas las autoridades competentes.

c) Petrobras Energía Perú (PETROBRAS)

Petrobras, con fecha 21 de diciembre de 2006, contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Alega que en el caso de autos es necesario actuar medios probatorios que permitan demostrar si existe una amenaza de daño al ambiente, así como la relación de causalidad entre las actividades de exploración y la supuesta amenaza; por lo que en aplicación del artículo 9º del Código Procesal Constitucional y en atención a la reiterada y uniforme jurisprudencia que en ese sentido

ha emitido el Tribunal Constitucional, considera que el Juzgado deberá declarar improcedente la demanda.

Asimismo, manifiesta que el establecimiento de un área natural protegida no es, necesariamente, incompatible con la realización de actividades económicas al interior de la misma, y que por el contrario, es lícito su desarrollo, cumpliendo para ello con obtener las autorizaciones exigidas por las normas vigentes y respetando las normas en materia ambiental.

Sobre la aplicación de los principios de prevención y precautorio, sostiene que no es posible utilizar los principios generales del Derecho, entre ellos los que forman parte del Derecho Ambiental, para tipificar infracciones y por lo tanto, imponer sanciones a los particulares, toda vez que los mismos desempeñan una función eminentemente orientadora para las autoridades y para la ciudadanía en general respecto a los alcances de las normas legales.

A su entender, el principio de prevención ya ha sido debidamente aplicado por la autoridad en el procedimiento de evaluación y aprobación del Estudio de Impacto Ambiental del lote 103, por lo que su invocación en la demanda como fundamento de la pretensión carece de sustento.

Señala que para la aplicación del principio precautorio se requiere acreditar, de manera conjunta, la concurrencia de: a) la existencia de daño grave e irreversible; b) la incertidumbre científica e indicios consistentes de amenaza, y, c) la adopción de medidas para prevenir las afectaciones al ambiente. Tales supuestos no han sido acreditados por el actor.

Resolución de primer grado

El Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín, con fecha 31 de enero de 2007, declara infundada la demanda argumentando que en las conclusiones del informe técnico presentado por el perito de la especialidad de ingeniería ambiental, se aprecia que el impacto donde se realizaron los trabajos de exploración ha sido mínimo y que no se ha utilizado agua para dichos trabajos, más allá del agua para consumo humano directo del personal que laboró en dichas obras; asimismo, agrega que la muestra tomada para análisis de la Quebrada del río Charapillo arroja que el agua necesita tratamiento previo para el consumo humano, mas no se aprecia niveles de contaminación relevantes o que representen un peligro para la población de zonas aledañas.

Resolución de segundo grado

La Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 10 de mayo de 2007, confirma la apelada considerando que de la lectura del Informe N.º 082-2006-MEM-AAE/MB, el mismo que versa sobre la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de exploración sísmica de la estructura Pihuicho en el lote 103,

desprende que se ha emitido una opinión favorable para la aprobación del Estudio e Impacto Ambiental (EIA), de acuerdo a lo establecido en el Decreto supremo N.º 015-2006-EM, por lo que no existe amenaza de violación al medio ambiente; y que del peritaje obrante en autos se colige que no se ha generado impactos ambientales de envergadura, habiéndose determinado que en las operaciones de análisis sísmico experimental realizado por las emplazadas, no se hizo uso del recurso hídrico, precisándose que no existe afectación directa o indirecta sobre el agua superficial y subterránea que atente contra el uso y consumo humano.

FUNDAMENTOS

§ Petitorio de la demanda

1. El objeto de la presente demanda de amparo es que se suspenda la exploración y eventual explotación de hidrocarburos en el Área de Conservación Regional denominada *Cordillera Escalera.* Alega el demandante que tal situación amenaza su derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado. En ese sentido, se analizará si es que efectivamente existe una amenaza, o inclusive una afectación, al referido derecho constitucional, verificándose para ello si las actividades realizadas por los demandados implican amenaza o afectación al ecosistema del Área de Conservación Regional denominada *Cordillera Escalera* (en adelante ACR *Cordillera Escalera*).

§ Solicitud de información

2. Es del caso precisar que a efectos de mejor resolver y conforme al artículo 119 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal Constitucional solicitó información a las instituciones que a continuación se detallan:

a) Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), que remitió la información solicitada mediante Oficio N.º 342-2008-INRENA-IANP-DPANP.
b) Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA), que remitió la información solicitada mediante Oficio N.º 253-2008/MIMDES-DGPOA.
c) Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas, que remitió la información solicitada mediante Oficio N.º 1426-2008/MEM-AAE.

d) PERUPETRO S.A., que remitió la información solicitada mediante Oficio GGRL-PRRC-GFPC-0240-2008.
e) Defensoría del Pueblo, que remitió el Oficio N.º 191-2008-DP/ASPMA.

§ Materias constitucionalmente relevantes

3. A efectos de dilucidar la controversia originada en el presente caso, este Tribunal considera pertinente pronunciarse respecto de los siguientes temas:

- Derecho a un ambiente equilibrado y adecuado
- Medio ambiente y Constitución ecológica
- Desarrollo sostenible y generaciones futuras
- Medio ambiente y principio de prevención
- Medio ambiente y responsabilidad social de la empresa
- Comunidades nativas y medio ambiente
  a) Derecho a la identidad étnica y cultural
  b) Convenio 169 de la OIT y recursos naturales

§ Derecho a un ambiente equilibrado y adecuado

4. Este Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado con anterioridad sobre el contenido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida (STC N.º 00018-2001-AI/TC, STC N.º 00964-2002-AA/TC, STC N.º 0048-2004-PI/TC, STC N.º01206-2005-AA). En ese sentido, se ha establecido que dicho derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, y 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado .

En su primera manifestación, 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. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. En suma, se debe tutelar del ambiente 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.

Sobre el segundo acápite, se ha establecido que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal

obligación alcanza también a los particulares, particularmente a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente.

5. El derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales -libertad negativa (de no dañar el medio ambiente)- como de los derechos prestacionales -libertad positiva (evitar, proteger y/o reparar los daños inevitables que se produzcan)-. En su faz reaccional, se traduce en la obligación de los particulares y del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. En su dimensión prestacional, impone a los particulares y al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Esto no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención y evidentemente de reparación o compensación de los daños producidos. Debe enfatizarse que la prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin tienen especial relevancia, ya que siempre es preferible evitar el daño (principio de prevención y principio de precaución) a tener que indemnizar prejuicios que pueden ser sumamente costosos para la sociedad. ¡Y es que, de lo contrario, abusar del principio contaminador-pagador, podría terminar por patrimonializar relaciones y valores tan caros para el Derecho Constitucional! En este sentido, si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un ambiente sano, estos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible.

§ Medio ambiente y Constitución ecológica

6. Los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son efectivamente derechos subjetivos pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes se apliquen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer sobre todos los organismos públicos un deber de tutelar dichos derechos.

7. Ello no significa que tales derechos sólo puedan oponerse a los organismos públicos. El Tribunal Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares. En el caso de autos, la responsabilidad del Estado la comparte, entre otros, con los particulares que promueven actividades que dañan o pueden dañar el medio ambiente.

8. Tomando en cuenta doctrina y jurisprudencia constitucional comparada se ha denominada al conjunto de disposiciones de la Carta fundamental, referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, *Constitución Ecológica* (STC 3610-2008-PA/TC, fundamento 33). Así, el artículo 66 de la Constitución establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por su parte, el artículo 67 de la Constitución dispone que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales. De otro lado, el artículo 68º de la Constitución prescribe: "El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas"; en esa línea, el artículo 69 señala: "El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía".

9. De ahí que se derive un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional 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.

10. Desarrollando los alcances de los artículos constitucionales referidos, el artículo 9º de la Ley General del Ambiente, Ley N.º 28611, establece: "La Política Nacional del Ambiente tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona" (subrayado agregado).

11. El enunciado legal materializa lo determinado en la llamada *Constitución Ecológica*. Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales, *in totum*, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras. En segundo lugar, los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce.

12. Una perspectiva que no debe ser soslayada es la relativa a la consideración de los servicios ambientales que prestan ciertas áreas del territorio de la Nación. Recursos que, en algunos casos, benefician no sólo al país, sino también a la región e inclusive a todo el planeta; por ejemplo, la captura de

carbono realizada por la selva amazónica. Por ello, la relevancia de que el Estado asuma la protección de esta riqueza mediante la exhaustiva fiscalización de la explotación de las riquezas ubicada en estas zonas. Una de las formas de protegen estas riquezas, que además suelen ser ecosistemas frágiles, es la implantación de áreas especialmente protegidas. Con ello se deberá evitar la afectación o disminución de la calidad de los servicios ambientales, como puede ser el caso captación y almacenamiento de agua.

§ Desarrollo sostenible y generaciones futuras

13. El uso sostenible de los recursos naturales comporta la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de dicha diversidad, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras. De igual modo, cuando se explotan recursos no renovables, como los hidrocarburíferos, debe cuidarse en no comprometer aquella diversidad biológica.

14. Al respecto, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, conocida también como la *Comisión Brundtland,* emitió un 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 (véase STC 0048-2004-AI/TC).

    En dicho informe también se expresa que el "desarrollo sostenible no es un estado concreto, sino un proceso de cambio en donde la explotación de recursos, la dirección de las inversiones, la orientación de los desarrollos tecnológicos y los cambios institucionales, deben ser consistentes con el futuro así como con el presente".

    Como se aprecia, la perspectiva del desarrollo sostenible busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado. Es una maximización de las ganancias o utilidad frente a la calidad del entorno que sufre el desgaste de la actividad económica. En tal sentido, con el principio *sostenibilidad* (artículo V de la Ley General del Ambiente) se pretende modular esta actividad económica a la preservación del ambiente, el mismo que tendrá que servir de soporte vital también para las generaciones venideras. Así, los derechos de las

actuales generaciones no deben ser la ruina de las aspiraciones de las generaciones futuras.

15. Cabría advertir, no obstante, que no se trata de preservar exclusivamente el legado ambiental, sino también aspectos relativos al ámbito cultural. Es decir, que nuestra deuda con las generaciones futuras no se agota en aspectos ambientales, que si bien forman parte esencial del concepto *desarrollo sostenible,* no se agota en él.

16. En suma, de una interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 22), y de los artículos 66º, 67º, 68º y 69º 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 renovables-, en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y que 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 a tal efecto.

§ Medio ambiente y principio de prevención

17. El artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente establece que la "gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental." Asimismo, en su artículo 11º señala:

> "Sin perjuicio del contenido específico de la Política Nacional del Ambiente, el diseño y aplicación de las políticas públicas consideran los siguientes lineamientos: (…) b. La prevención de riesgos y daños ambientales, así como la prevención y el control de la contaminación ambiental, principalmente en las fuentes emisoras. En particular, la promoción del desarrollo y uso de tecnologías, métodos, procesos y prácticas de producción, comercialización y disposición final más limpias".

18. Por su parte, este Tribunal ha establecido en la STC N.º 01206-2005-AA/TC que:

> "(…) este principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, lo que ha sido concretizado por el legislador ordinario. En tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente".

19. La cristalización del principio de prevención "se encuentra en la acción que el Estado debe adoptar para prevenir un daño al medio ambiente que, en la actualidad, es potencial. Con él se pretende prevenir, por ejemplo:

> "La extinción de las especies de la flora y fauna (…); la contaminación de los mares (por petróleo, desechos radioactivos, desperdicios y sustancias peligrosas, de fuentes terrenas o de cualquier fuente); contaminación de los ríos (…) violenta modificación del ambiente; efectos adversos de las actividades que previenen la migración de especies; contaminación del aire; modificación de la capa de ozono; degradación del ambiente natural; toda clase de contaminación; implicancias adversas de los impactos ambientales (…); y pérdida de la biodiversidad (…) Iturregui encuentra la aplicación del referido principio en las políticas nacionales de prevención, tales como "los sistemas de evaluación del impacto ambiental y los controles directos sobre la contaminación, como en los estándares de emisión de licencias ambientales " (FOY; Pierre y otros: *Derecho Internacional Ambiental*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; 2003, pp. 85-86).

20. Es del caso advertir que si bien el principio de prevención y el principio precautorio están íntimamente relacionados, existe una distinción entre ambos. En ese sentido, Jiménez de Parga y Maseda manifiesta que:

> " [...] la prevención se basa en dos ideas-fuerza: el riesgo de daño ambiental podemos conocerlo anticipadamente y podemos adoptar medidas para neutralizarlo. Por el contrario, la precaución, en su formulación más radical, se basa en las siguientes ideas: el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no podemos materialmente conocer los efectos a medio y largo plazo de una acción. La posibilidad de anticipación es limitada e imperfecta al estar basada en nuestro grado o estadio de conocimientos científicos, los cuales son limitados e imperfectos" (JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia: "Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea", *Política y Sociedad*, 2003, Vol. 40. Núm 3, pp. 16-17).

Por su parte, Andorno explica que en caso de la "prevención", la peligrosidad de la cosa o actividad es ya bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. Por otro lado, en el caso de la "precaución" la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar una respuesta acabada al respecto(ANDORNO, Roberto: "El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica". En: *La Ley*, 18 de julio de 2002). Dicho principio se encuentra recogido en el inciso 3, artículo 3, del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, aprobado mediante Resolución Legislativa N.° 26185 y en el artículo 10, inciso f), del Decreto Supremo N.° 022-2001-PCM (ver STC 04223-2006-PA/TC, 26-28).

§ Medio ambiente y responsabilidad social de la empresa

21. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social

constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa. Sobre la materia, el Tribunal ha explicado que:

> "El modelo del Estado Social y -Democrático de Derecho representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado Liberal (…) En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Lo "social" se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi "natural", permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida" (subrayado agregado) (STC 0048-2004-AI/TC).

22. El carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares.

23. En la actualidad, existe consenso en indicar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a que asuma su responsabilidad social. Los efectos que las empresas generan han suscitado que se tomen ciertas medidas a fin de lograr una inserción más pacífica de la empresa en la sociedad. Es así como se ha desarrollado el concepto de responsabilidad social de la empresa, que tiene diversos ámbitos de aplicación como el interno: el relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral interno, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno.

24. Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán.

25. Así, la estabilidad que una empresa requiere para desarrollar su actividad, no solo depende del orden que desde el Estado se pueda generar, sino también de la propia acción de las empresas, las que tendrán que cumplir un rol protagónico y comunicativo a través de su responsabilidad social.

§ Comunidades nativas y medio ambiente

26. Como ya se expresó, el problema a dilucidar en el presente caso es determinar si la exploración y posible explotación hidrocarburífera implica una afectación o amenaza al ecosistema del Área de Conservación Regional denominada *Cordillera Escalera* y, por consiguiente, una afectación al derecho del actor a un ambiente adecuado y equilibrado. No obstante, del informe técnico remitido por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social a este Tribunal Constitucional por medio del Oficio N.° 253-2008/MIMDES-DGPOA, el 14 de junio de 2008, se aprecia que en el lote 103 existen *64 comunidades nativas de grupos étnicos* perteneciente a las familias *Cocama Cocamilla* y *Chayahuita*. Por tal motivo -si bien solo algunos de estos grupos podrían ser directamente afectados- este Tribunal estima pertinente pronunciarse, de manera tangencial, sobre la temática relativa a los pueblos indígenas.

a) Derecho a la identidad étnica y cultural

27. Del el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer a la unidad dentro de la diversidad y a la igualdad como un derecho a la diferencia. Si bien este tipo de cláusulas proponen una tutela adecuada al individuo, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios ha significado que se planteen

medidas constitucionales específicas para la defensa de las minorías étnicas.

28. En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece, además del derecho a la identidad étnica y cultural, una clara dimensión objetiva en cuanto se obliga al Estado a proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación. Igualmente, debe tenerse presente que el artículo 89 de la Norma Fundamental reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. Manifestación de la autonomía referida será la posibilidad de que estas comunidades puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen derechos fundamentales (artículo 149). Se establece además en el texto constitucional (artículo 48) que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (*Weltanschauung*).

29. Sobre el *derecho a la identidad étnica,* es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el *derecho de la etnia a existir,* de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho "supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...]." (HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura.* Tecnos, Madrid; 2000, p. 34).

30. A propósito de lo expuesto, es interesante tomar en cuenta la Resolución Ministerial N.° 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de

manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es:

> "el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa" y que tal derecho comprende: "a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. e. El derecho a no ser discriminados por razones de índole étnico-cultural. f. El derecho a expresarse en su propia lengua. g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico. h. El respeto a sus estilos de vida. i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales. j. El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda" (subrayado agregado).

Sin perjuicio de ello, y como ya se observó, algunas de estas facultades han sido reconocidas en nuestro ordenamiento de manera autónoma, enfatizándose con ello su relevancia y alcance. Tal es el caso del derecho a la no discriminación en el centro de labores, el derecho a expresarse en su propia lengua, a la libertad de organizarse y el derecho a la libre disposición de sus tierras (artículo 89 de la Constitución, para los dos último casos). De otro lado, debe observarse el Convenio N.° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, que reconoce el derecho a la consulta previa y a participar en la ejecución y evaluación de políticas que los afectan directamente, el que a continuación se analizará.

b) El Convenio 169 de la OIT y los recursos naturales

31. Previamente, debe destacarse que "nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades" (STC N.° 0047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los "tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional" (STC N.° 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.° 169 mediante Resolución Legislativa N.° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además

obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

32. Es de resaltar que las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja son reconocidas a los grupos étnicos, tomando en cuenta la realidad y las concepciones que ellos guardan sobre el mundo que los rodea. Así, a partir de ello, se debe disponer una tutela adecuada a su contexto y necesidades. Por ejemplo, la relación entre los pueblos indígenas y la tierra resulta ser una manifestación singular de tales pueblos, en consecuencia, el artículo 13 de la Convención 169 establece que el término "tierras", para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de "territorio" ya que la unidad de la comunidad a su territorio *excede* la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un *dominio espiritual y cultural de la tierra.* La Corte Interamericana lo ha señalado de esta forma en la sentencia del *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, en donde refiere:

> "Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".

Esta especial circunstancia define la manera en que se reconoció el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales.

33. Esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N.° 169. El artículo 6, literal a), indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas.

34. De otro lado, el artículo 7 expone que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, "aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente". Es interesante enfatizar, además, lo expuesto en el artículo 15, que señala que los Gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados "antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras." De igual forma, el artículo indica que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios de tales actividades y si se ven dañados debido a tales actividades, podrán solicitar una indemnización equitativa. Con ello se pretende armonizar la dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos.

35. En virtud a ello, la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inició a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla.

36. Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. En dicha sentencia, Además. se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio. De otro lado, también se explicitó que, no obstante ello, es claro que los derechos no son absolutos, pudiendo quedar subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:

> "[...]cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones" (*Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, fund. 134).

Esta participación y consulta de los pueblos indígenas legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales.

37. En la actualidad, en el ámbito interno debemos referirnos al Decreto Supremo N.° 012-2008-EM, que regula lo referente a la participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos. En dicha normativa se establece que la "consulta es una forma de Participación Ciudadana" de aquellas poblaciones que podrían verse afectadas por un proyecto de Hidrocarburos. Este Decreto Supremo perfecciona lo establecido en la Resolución Ministerial N.° 535-2004-MEM-DM, que también disponía la realización de talleres y consultas a las comunidades que podían verse afectadas. Así se busca materializar el contenido del Convenio N. 169, por lo que las comunidades nativas y campesinas son los principales sujetos beneficiados con esta normativa.

38. De lo revisado en autos, es de inferirse que la empresa, así como entidades del Estado han llevado a cabo, en virtud de la resolución ministerial referida, una serie de talleres donde se transmitió a las comunidades nativas información sobre la empresa y los distintos procesos que se van a desarrollar en las zonas aledañas.

39. Es oportuno indicar que la legislación que promueve la consulta es, a su vez, reflejo de la responsabilidad social de la empresa, en cuanto busca una consolidación del vínculo que deberán establecer las empresas con las comunidades que puedan sufrir los efectos del impacto de la actividad hidrocarburífera. Así, no sólo es la preocupación que la empresa pueda tener respecto del ambiente, sino también en relación con la población aledaña, debiendo plantear medidas que busquen, por ejemplo, el menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades. De igual

forma, si se lleva a afecto la extracción de recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios de las comunidades nativas, es claro que tendrán que implementarse mecanismos de participación de las comunidades en actividad y de las rentas que se puedan generar.

40. No obstante, y a pesar de la normativa indicada, es claro que no existe una norma general que desarrolle los alcances, detalles, condiciones y vinculatoriedad del derecho de consulta establecido en el tratado internacional citado. Dicha tarea se encuentra, desde luego, en manos del Legislativo, quien tendrá que elaborar la regulación del caso a fin de hacer realmente viable y efectiva la obligación internacional asumida, en todos los ámbitos en donde intervengan los pueblos indígenas.

§ Análisis del Caso

41. El recurrente sostiene que en el Lote 103 (área reservada para su exploración y eventual explotación) se encuentra la ACR *Cordillera Escalera,* área establecida mediante Decreto Supremo N.º 045-2005-AG. En tal sentido, la actividad hidrocarburífera, tanto en su faz exploratoria como de explotación, implicaría una afectación al ecosistema del área protegida; por consiguiente, vulneraría el derecho a un ambiente adecuado y equilibrado.

42. En primer lugar, debe determinarse si efectivamente existe tal superposición. En segundo lugar, se debe analizar si resulta legal y constitucionalmente factible la explotación de recursos no renovables ubicados dentro del área protegida. Y por último, es menester verificar si la exploración y la explotación cumplen los requisitos previstos para efectuar dichas actividades dentro del área protegida.

43. Sobre la superposición de las referidas áreas, debe indicarse que de acuerdo al mapa remitido por el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), contenido en el Oficio N.° 342-2008-INRENA-IANP-DP-DPANP, se aprecia claramente que gran parte de las 149. 870,00 hectáreas de la ACR se encuentra dentro del Lote 103.

44. En efecto, de acuerdo con el Decreto Supremo N.° 026-2004-EM, que aprueba el contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 103, el área concesionada se ubica entre las provincias de Alto Amazonas del departamento de Loreto y Moyabamba, Lamas, San Martín y Picota del departamento de San Martín. Por su parte, la ACR se encuentra en los distritos de Pinto Recodo, San Roque de Cumbaza, Pongo del Caynarachi y Barranquita de la provincia de Lamas y de los distritos de San Antonio de Cumbaza, Tarapoto, La Banda de

Shilcayo, Shapaja y Chazuta de la provincia de San Martín, de la región San Martín.

45. Una vez aclarado este primer problema, cabe preguntarse si es que esta superposición basta para que la concesión hidrocarburífera sea *per se* cuestionada por afectar el ecosistema de la referida ACR. Al respecto, la Ley 26834, de Áreas Protegidas (ANP), establece que el conjunto de áreas protegidas conforman el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE), que se encuentra regido por el INRENA. La finalidad de estas áreas se encuentran establecidas en el artículo 2 de la citada ley, debiendo resaltarse, entre otras, la siguiente: asegurar la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos, mantener la biodiversidad y mantener la base de recursos, incluyendo los genéticos, que permitan desarrollar opciones para mejorar los sistemas productivos, encontrar adaptaciones frente a eventuales cambios climáticos perniciosos.

46. Entre las ANP existen diferentes categorías, identificadas en el artículo 20 de la Ley citada. Así, se distingue entre las áreas de uso indirecto (entre las que están los parques nacionales, santuarios nacionales y santuarios históricos) y áreas de uso directo (donde están las reservas nacionales, paisajísticas, comunales, refugios de vida silvestre, bosques de protección, cotos de caza y áreas de conservación regionales). En las primeras, no se permite la extracción de recursos naturales, mientras que en las segundas, sí está permitido el aprovechamiento o extracción de recursos, siempre que ello sea compatible con los objetivos del área.

47. Como es de apreciarse, las ACR, que son áreas que tienen una importancia ecológica significativa para la región, se clasifican como áreas de uso directo, pudiendo, en consecuencia, explotarse los recursos naturales ubicados en la zona. Específicamente sobre el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables ubicados en la ANP, el artículo 27 de la norma establece que:

> "El aprovechamiento de recursos naturales en Áreas Naturales Protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, zonificación asignada y **el Plan Maestro del área**. El aprovechamiento de recursos no debe perjudicar el cumplimiento de los fines para los cuales se ha establecido el área" (resaltado agregado).

Asimismo, el artículo 5 del Decreto Supremo N.º 045-2005-AG, que crea la ACR, señala:

> "El aprovechamiento de recursos naturales no renovables al interior del área de conservación regional se permite sólo cuando lo contemple su plan de maestro aprobado, estando sujeto también a las normas de protección ambiental y a las

limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del área y su zonificación" (subrayado agregado).

En suma, la propia normativa que regula las ANP de uso directo contempla la posibilidad de que puedan realizarse actividades extractivas, inclusive cuando se trata de recursos no renovables.

48. Antes de revisar el tercer problema planteado, debe darse contestación a lo argumentado por la parte demandante, en cuanto se ha dicho que la concesión para la exploración y explotación hidrocarburífera fue anterior a la existencia de la ACR *Cordillera Escalera,* por consiguiente, los derechos para la exploración y explotación no deberían supeditarse a la nueva condición del área. En efecto, el Decreto Supremo N.° 026-2004-EM, que aprueba el contrato de licencia para la exploración y explotación del Lote 103, fue publicado en diario oficial *El Peruano*, el 20 de julio de 2004. Por su parte, el Decreto Supremo N.° N.º 045-2005-AG, que creó el ACR *Cordillera Escalera,* fue publicado el 25 de noviembre de 2005 en el mismo diario.

49. Al respecto, debe considerarse que las ANP son creadas por decreto supremo, con la aprobación del Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro de Agricultura, lo que implica una serie de procedimientos previos entre la región interesada en la protección especial de cierta área con el Ejecutivo. Pero el fundamento por el cual el argumento planteado por el demandante debe ceder es la relevante valoración que se debe hacer de una ANP y la profunda incidencia que una afectación grave en su entorno puede provocar en la sociedad. A ello cabría sumar las demás incidencias sociales que tal daño, de ser irreversible, generaría en la dinámica social, económica y cultural de la región. No es, entonces, un criterio temporal o cronológico el que brinda una respuesta satisfactoria en el presente caso, sino que debe preferirse un criterio más amplio y comprensivo de los elementos que significan la creación de una ANP. De lo contrario, la normativa consentiría incoherencias que importarían un gran costo para la legitimidad de la jurisdicción.

50. Otra arista del caso que debe tratarse es la referida a la posible sustracción de la materia que ha sido alegada por la parte demandada cuando observa que la etapa exploratoria ya ha sido llevada a cabo. Conviene advertir que, si bien es cierto en autos se pone de relieve que la etapa de exploración sísmica ha finalizado, esto no puede significar que la amenaza ya ha cesado, en tanto dicha exploración sísmica constituye sólo una fase de la etapa de exploración, quedando pendiente otras, como la perforación de pozos exploratorios. Además, obra en autos (fojas 119 a 214 del Principal) el Testimonio de Escritura Pública celebrado entre Perúpetro S.A. y Occidental Petrolera del Perú titulado "Contrato de Licencia para la

exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 103"; de dicho documento instrumento público se infiere que el contrato suscrito entre las partes comprende la etapa de exploración y la de explotación.

51. En efecto, la cláusula tercera del referido contrato precisa: "El plazo para la fase de exploración por hidrocarburos es de siete (7) Años, el que se puede extender de acuerdo a ley (…) El plazo para la fase de explotación de Petróleo, es el que reste después de terminada la fase de exploración hasta completar el plazo de treinta (30) Años (...) El plazo para la fase de explotación de Gas Natural No Asociado y de Gas Natural No Asociado y Condensados, es el que resta después de terminada la fase exploración hasta completar el plazo de cuarenta (40) Años".

52. Por otra parte, es del caso precisar que el término 'exploración', en el referido contrato, tiene el siguiente significado: " Planeamiento, ejecución y evaluación de todo tipo de estudios geológicos, geofísicos, geoquímicos y otros, así como la perforación de Pozos Exploratorios y demás actividades conexas necesarias para el descubrimiento de Hidrocarburos, incluyendo la perforación de Pozos Confirmatorios para la evaluación de los Reservorios descubiertos" (subrayado agregado). Es decir que la etapa de exploración comprende, además de la exploración sísmica, otro tipo de actividades.

53. El artículo 68° de la Constitución establece que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. Al respecto, la STC 0021-2003-AI/TC precisa que tal obligación implica que los actos que puedan representar un nivel de riesgo para las áreas naturales protegidas requieran, para efectos de su aprobación, una participación conjunta de los distintos organismos estatales que tienen por función la conservación y protección de dichas áreas, de modo tal que, mediante labores preventivas, dicho riesgo quede reducido al mínimo.

54. A continuación se procederá a analizar si las actividades realizadas por las emplazadas cuentan con la aprobación de las autoridades competentes. De autos se pone de relieve que la ACR *CordilleraEscalera* se llevó a cabo la exploración sísmica de la estructura Pihuicho (Lote 103). Así, el artículo 9º del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, contenido en el Decreto Supremo N.º 015-2006-EM, indica que previo al inicio de actividades de hidrocarburos, ampliación de actividades o modificación, el titular deberá presentar ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE) del Ministerio de Energía y Minas el Estudio Ambiental correspondiente. En esa línea, el artículo 26º de dicho dispositivo precisa: "El Estudio de Impacto Ambiental (EIA) se presentará para aquellas Actividades de Hidrocarburos

contenidas en el Anexo N.º 6". Conforme a tal anexo, para el inicio de actividades concernientes a la exploración sísmica se requiere de un Estudio de Impacto Ambiental.

55. De autos se aprecia que la DGAAE expide la Resolución Directoral N.º 360-2006-MEM/AAE, de fecha 4 de julio de 2006, en la que resuelve aprobar el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Exploración Sísmica de la Estructura Pihuicho en el Lote 103. En consecuencia, en el caso de la exploración sísmica las demandadas contaron con la aprobación de la autoridad nacional competente legalmente.

56. Conforme a lo expresado en anteriores párrafos la exploración sísmica constituye sólo una fase de la etapa de exploración, quedando pendiente otras, y la posibilidad de una eventual explotación. En ese sentido, este Colegiado analizará si dichas actividades pueden ser consideradas una amenaza al derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

57. Dado que dichas actividades se proyectan a realizarse en ACR *Cordillera Escalera* este Tribunal estima conveniente abordar la importancia de dicha área. Sobre el tema, obra en autos el Informe N.º 177-2008-INRENA-IANP-DPANP, de fecha 12 de mayo de 2008, expedido por el Instituto Nacional de Recursos Naturales, en el que con relación a la importancia y características del Área de Conservación Regional *Cordillera Escalera* expresa lo siguiente:

> "Esta área constituye una porción de la selva alta donde nacen importantes ríos que abastecen de agua a la población humana de las ciudades más importantes de la Región San Martín y alberga una singular diversidad biológica cuya conservación, a través de su protección y uso sostenible, constituye una prioridad regional y nacional (…) En su conjunto la Cordillera Escalera origina cinco cuencas que tributan a las cuencas del Huallaga y el Marañón. La creación de la Cordillera Escalera tiene por finalidad garantizar el mantenimiento de servicios ambientales como el agua, la reserva de biodiversidad, la belleza paisajística y la captura del carbono (...). Cordillera Escalera alberga 3 especies endémicas (…) considerando que en el Perú se han reportado 18 especies (…) Por otro lado, debe mencionarse que de las 14 especies de ranas venenosas (…) registradas para Perú 3 se encuentran en Cordillera Escalera (…) También, en Cordillera Escalera se encuentran especies en peligro de acuerdo a la categorización de especies amenazadas aprobada mediante Decreto Supremo N.º 034-2004-AG".

58. Por otra parte, en los considerandos del Decreto Supremo N.º 045-2005-AG que estableció la ACR *Cordillera Escalera* se precisa:

> "(...) permitirá garantizar el mantenimiento de los actuales servicios ambientales para las ciudades de Tarapoto y Lamas (…). La Cordillera Escalera es una zona prioritaria para la conservación de mamíferos, anfibios, reptiles y aves ya que alberga especies de distribución muy restringida (…) Que, en la Cordillera Escalera se han registrado de acuerdo a la categorización de especies amenazadas de fauna silvestre y que prohíbe su

caza, captura, tenencia, transporte o exportación con fines comerciales, aprobada mediante Decreto Supremo N.º 034-2004-AG, las siguientes Especies en Peligro (EN): Tremarctus ornatus "Oso de anteojos", Aulacorhynchus huallagae "tucancito semiamarillo", Grallaricula ochraceifrons "tororoi frentiocrácea", Herpsilochmus parkeri "hormiguerito garganticeniza", Vultur gryphus "cóndor andino", Xenoglaux loweryi" "Lechucita bigotona"; especies Vulnerables (VU), tales como: Heliangelus regalis "Ángel del sol azul", Lagothrix lagotricha "mono choro común", Tapirus terrestris "Sachavaca", Ara militaris "guacamayo verde", Hemispingus rufosuperciliaris "hemispingo cejirrufa", Netta erythropthalma "pato cabeza castaña", Wetmorethraupis sterrhopteron "tangara gargantinaranja"; así como especies Casi Amenazadas (NT), tales como Puma concolor "puma", Andigema hypoglauca "tucaneta", Hemitriccus cinnamomeipectus "atrapamoscas" y Henicorhina leucoptera "cucarachero".

59. De lo expresado en los párrafos precedentes podemos concluir que la ACR *Cordillera Escalera* es un área relevante no sólo para el país en conjunto, sino en especial para la región San Martín, en tanto constituye una importante fuente de agua, facilita la captura del carbono, presenta una gran biodiversidad, etc. De ahí que dicha área tenga como objetivos generales los siguientes: a) Conservar y proteger los recursos naturales y la diversidad biológica de los ecosistemas frágiles que se encuentran en la *Cordillera Escalera;* y, b) Asegurar la continuidad de los procesos biológicos en los ecosistemas del área propuesta (Artículo 2º del Decreto Supremo N.º 045-2005-AG).

60. En la medida que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y humano. Se busca, con ello, preterir formas de exploración y explotación de hidrocarburos irrazonables, que en sí mismas puedan ser destructivas y no sostenibles para el desarrollo regional y el beneficio de las generaciones presentes y futuras involucradas. Ello exige que el Estado controle el uso racional de los recursos naturales dentro de un desarrollo económico armónico, criterio que el Tribunal Constitucional busca enfatizar en esta sentencia.

61. Tal como advirtiéramos en párrafos anteriores, en relación con la problemática abordada el artículo 67º de la Constitución prescribe que el Estado determina la política nacional del ambiente. Dicha política debe promover el uso sostenible de los recursos naturales; *ergo*, 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. Es dentro de ese contexto que el Estado se encuentra obligado a auspiciar la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68º).

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

63. Sobre el particular, el artículo 7º de la Ley N.º 26821 —Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales— señala: "Es responsabilidad del Estado promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a través de las Leyes especiales sobre la materia, las políticas del desarrollo sostenible, la generación de la infraestructura de apoyo a la producción, fomento del conocimiento científico-tecnológico, la libre iniciativa y la innovación productiva".

64. Tal como fue señalado en el fundamento 17, *supra*, el *principio de prevención* tiene pleno reconocimiento en la normativa así como en la jurisprudencia. Los instrumentos de gestión ambiental desempeñan un rol de suma relevancia en relación con la prevención; es indispensable tenerlos en cuenta al referirse al desarrollo sostenible de la explotación hidrocarburífera que respete la biodiversidad y las áreas naturales protegidas. En esa línea, según quedó expuesto, de conformidad con el artículo 27º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, tal aprovechamiento sólo procederá si es que la explotación a realizar es compatible con el Plan Maestro del área protegida. De igual forma, ello fue resaltado por el Decreto Supremo N.º 045-2005-AG, que indicó particularmente que sólo sería permitido el aprovechamiento de recursos no renovables si el Plan Maestro así lo permite.

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

66. Este Tribunal considera que los argumentos esgrimidos por las emplazadas no resultan adecuados y coherentes con los demás valores y derechos consagrados en la Constitución. En efecto, no se puede eludir la necesidad de contar con un Plan Maestro —aprobado por las autoridades competentes— apelando a que sólo las actividades de explotación pueden

ser consideradas como aprovechamiento de recursos naturales, ya que, en opinión de este Colegiado, la etapa de exploración y explotación constituyen un todo que conduce al aprovechamiento de los recursos naturales. Tal razonamiento es derivado del mencionado principio de prevención al que debe dársele una especial connotación, puesto que se está ante una ANP. En tal sentido, el término 'aprovechamiento de recursos' debe ser comprendido de manera integral, conteniendo las actividades de exploración y explotación.

67. Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, es cierto también que, en el presente caso, la inexistencia del referido Plan Maestro ha sido responsabilidad de las autoridades estatales competentes y no de las empresas emplazadas, como cierto es también que no toda la etapa de exploración tiene el mismo grado de incidencia en el medio ambiente. Dicha etapa cuenta con distintas fases, siendo sólo las últimas las que puede considerarse que comprometen nítidamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente.

    Teniendo en cuenta ello, y con el propósito de emitir una decisión que denote un adecuado equilibrio entre la debida protección del medio ambiente y el aprovechamiento razonable de los recursos naturales, de un lado, y la libertad empresarial constitucionalmente ejercida, de otro, el Tribunal Constitucional considera imprescindible que se cuente con un Plan Maestro elaborado por las autoridades competentes, a fin de que pueda llevarse a cabo tanto la última fase de la etapa de exploración como la respectiva y posterior etapa de explotación.

    En ese sentido, queda prohibida la realización de estas actividades mientras no se cuente con el respectivo Plan de Maestro, que contemple la posibilidad de aprovechar los recursos naturales que se encuentran en el Área de Conservación Regional *Cordillera Escalera*, sujetándose a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del área y su zonificación. Y en caso de que dichas actividades ya se encuentren en curso, deben quedar suspendidas mientras no se cuente con el referido Plan de Maestro.

    Con ello se está materializando el enfoque preventivo, que es esencial e inherente al concepto de la responsabilidad social de la empresa, y también debe contener aspectos retributivos a las comunidades afincadas en el área de influencia de las actividades de exploración y, sobre todo, de explotación. En esta línea, este Tribunal exhorta a las emplazadas a que continúen realizando diversas acciones que impliquen la materialización de su responsabilidad social con la población asentada en el Lote 103.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

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

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 03353-2013-PC/TC
LIMA
INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL AMBIENTE Y DEL DESARROLLO DEL SOSTENIBLE PERU - IDLADS

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 30 de enero de 2014

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS) debidamente representado por Henry Oleff Carhuatocto Sandoval, contra la resolución de fojas 64, su fecha 8 de mayo de 2013, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 27 de abril de 2012, la entidad recurrente interpuso demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas (MEM) solicitando que se cumpla la Primera Disposición Final del Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley N.º 27446, *Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental*. Así, solicita que los reglamentos de protección ambiental de los subsectores minería, hidrocarburos y electricidad se adecuen a lo dispuesto por el referido decreto supremo, debiendo el MEM remitir sus proyectos normativos respectivos al Ministerio del Ambiente para la opinión previa de estos.

2. Que el Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 16 de mayo de 2012, declara la improcedencia liminar de la demanda por considerar que de la Primera Disposición Final del Decreto Supremo N.º 019-2009-MINAM no se infiere específicamente que el MEM tenga que adecuarse al reglamento o emitir dispositivos para regular aspectos distintos a los reclamados por el recurrente.

3. Que la Sala Superior confirma la resolución recurrida, manifestando además que el mandato que contiene el referido dispositivo legal es abstracto y genérico ya que si bien establece una obligación de adecuación normativa sobre la evaluación de impacto ambiental, esta no es precisa y clara en lo referente a qué aspectos de las normas subsectoriales requieren dejarse sin efecto o modificarse, para tener que cumplir el mandato y por tanto no es cierto ni claro.

4. Que el artículo 66º del Código Procesal Constitucional (CPC) dispone que: "Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo

firme; o, 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

5. Que por su parte, este Colegiado en la STC N.º 0168-2005-PC/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 7 de octubre de 2005, ha precisado, con carácter vinculante, los requisitos mínimos que debe reunir el mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo para que sea exigible a través del presente proceso constitucional. En los fundamentos 14 al 16 de la sentencia precitada, este Tribunal ha señalado que para que mediante un proceso de la naturaleza que ahora toca resolver –que, como se sabe, carece de estación probatoria– se dicte una sentencia estimatoria, es preciso que, además, de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo reúna determinados requisitos; a saber: a) ser un mandato vigente; b) ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal; c) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento, y e) ser incondicional; excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

6. Que la Primera Disposición Final del Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM establece que "Las Autoridades Competentes, en un plazo no mayor a ciento ochenta (180) días calendario contados a partir del día siguiente de publicado el presente Decreto Supremo, bajo responsabilidad, deben de elaborar o actualizar sus normas relativas a la evaluación de impacto ambiental, en coordinación con el Ministerio del Ambiente, adecuándolas a lo dispuesto en el Reglamento". Así, si bien las instancias precedentes han alegado que se trata de un dispositivo legal abstracto y genérico, puesto que el mandato no es preciso en lo referente a qué aspectos de las normas subsectoriales requieren dejarse sin efecto o modificarse, este Tribunal considera que el rechazo liminar resulta inadecuado. Y es que si bien se alega que se trata de un mandato genérico, en realidad se trata de un mandato amplio en cuanto abarca potencialmente un sector importante de normas, pero ello no implica que el mandato sea necesariamente improcedente liminarmente en la vía del proceso de cumplimiento. Este Tribunal considera, por el contrario, que es posible identificar las normas que requieren ser elaboradas o actualizadas por el MEM a fin de adecuar su normativa a las políticas de Estado desarrolladas por el Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley N.º 27446. En tal sentido, este Tribunal considera que en el presente caso resulta necesario abrir el contradictorio y correr traslado de los actuados al MEM para que efectúe los descargos correspondientes con relación a la eficacia del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige a través del proceso de cumplimiento.

7. Que en consecuencia este Tribunal estima que corresponde revocar el rechazo liminar de la demanda de autos, debiendo reponerse la causa al estado respectivo a efectos de que el juzgado de origen admita a trámite la demanda y corra traslado de ella a la parte demandada.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

REVOCAR las Resoluciones de fechas 16 de mayo de 2012 del Décimo Juzgado Constitucional de Lima (fojas 24) y la resolución expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 8 de mayo de 2013 (fojas 64) que respectivamente rechaza y confirma la improcedencia liminar la demanda de cumplimiento. Y que admita a trámite la demanda y la resuelva dentro de los plazos establecido en el Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 383-2012-LA LIBERTAD
SENTENCIA CASATORIA

Lima, quince de octubre de dos mil trece

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial e indebida aplicación, una errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación, interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra el auto de vista del primero de junio de dos mil doce, obrante a fojas ciento setenta y dos, que confirmó la resolución del dieciséis de noviembre de dos mil once, obrante a fojas ciento cuarenta y uno, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la Corporación Minera "San Manuel Sociedad Anónima", a favor de su representante legal Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, con motivo del proceso seguido en su contra, por el delito contra el medio ambiente -vertimientos contaminantes al suelo-, en agravio del Estado y la sociedad; Interviene como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein.

PRIMERO: FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Itinerario del proceso en primera instancia

1.1. Que, el señor Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial de Prevención del delito de Trujillo y especializada en materia ambiental, a fojas uno, con fecha quince de setiembre de dos mil diez, dispuso formalizar y continuar la investigación preparatoria en contra de Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, en su calidad de Gerente General de las empresas "Corporación Minera San Manuel S.A." y de "Minera Sayaatoc S.A." y contra Carlos Montori Alfaro, en su calidad de Director Gerente de la "Compañía Minera Sayapullo S.A.", como autores del delito de contaminación del ambiente, en la modalidad de vertimientos contaminantes al suelo, el subsuelo y a las aguas terrestres o subterráneas, en agravio del Estado, la sociedad y la población de Sayapullo, en su representación la Municipalidad Distrito de Sayapullo.

1.2. Posteriormente, el procesado Carlos Guillermo Montori Alfaro, en representación de la empresa Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima, mediante escrito de fojas ciento treinta y seis, deduce excepción de prescripción contra la acción penal incoada en contra de su representada, por la presunta comisión del delito de contaminación ambiental, pues sostiene que en el presente caso, corresponde aplicar lo prescrito en el artículo trescientos cuatro del Código Penal, el cual reprimía con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años, y habiendo adquirido su representada la concesión minera en octubre del dos mil cinco, a la fecha han transcurrido más de seis años, por lo cual el plazo prescriptorio ha vencido en exceso.

1.3. En mérito a ello, el Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Gran Chimú - Cascas con funciones de investigación preparatoria, emitió la resolución del dieciséis de noviembre de dos mil once, de fojas ciento cuarenta y uno, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima, en la investigación preparatoria que se realiza por la supuesta comisión del delito contra el medio ambiente -vertimientos contaminantes al suelo-, en agravio del Estado y la sociedad.

1.4. Contra la cual el Fiscal Provincial encargado de la Fiscalía Provincial Especializada en materia ambiental de La Libertad, interpone recurso de apelación, por escrito del veintiuno

de noviembre de dos mil once, obrante a fojas ciento cincuenta y cinco; la misma que fue concedida conforme se aprecia de la resolución del siete de diciembre del dos mil once, obrante a fojas ciento cincuenta y ocho.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

2.1. El Tribunal Superior por resolución del cuatro de abril de dos mil doce, de fojas ciento setenta, señaló fecha para la audiencia de apelación de auto, la que se concretó conforme al acta del cuatro de mayo de dos mil doce, de fojas ciento setenta y uno, con la intervención del representante del Ministerio Público y el abogado defensor de la empresa imputada Corporación Minera San Manuel S.A.; posteriormente, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, procedió a dictar el auto de vista del uno de junio de dos mil doce, de fojas ciento setenta y dos, que aclaró la resolución número dos en el extremo que comprende como investigada a la Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima y, en vía de aclaración, se ordena que se incorpore a su representante legal como imputado favorecido con la excepción deducida; confirmar la resolución número dos, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima, a favor de su representante legal, el imputado Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, en la investigación preparatoria seguida en su contra por la supuesta comisión del delito contra el medio ambiente, en agravio del Estado y la Sociedad, sosteniendo que: "El delito previsto en el primigenio artículo trescientos cuatro del Código Penal (antes de la modificatoria establecida en el artículo tercero de la Ley número veintinueve mil doscientos sesenta y tres) reprime el comportamiento atribuido al imputado, es un delito de consumación inmediata con resultados permanentes, por lo que el cómputo del plazo de prescripción corre a partir de la fecha de su comisión, esto es, el treinta de diciembre de dos mil cinco, de conformidad con el artículo ochenta y dos, apartado dos del Código Penal; siendo así, ha vencido en exceso el plazo ordinario de prescripción de la acción penal".

2.2. Estando a ello, el representante del Ministerio Público, interpuso recurso de casación, mediante escrito de fojas doscientos once, contra la resolución antes aludida, invocando como causales: i) indebida interpretación de la ley penal; ii) falta o manifiesta ilogicidad en la motivación de las resoluciones judiciales; sosteniendo que se ha apartado de la doctrina mayoritaria que establece que la omisión impropia se puede configurar en cualquier tipo de delitos, siempre que se den los presupuestos que exige el artículo trece del Código Penal; asimismo, la palabra "indirecta" que prevé el Código Penal español, hace referencia a la naturaleza del vertimiento, sin hacer alusión a la estructura típica del delito, por lo que no tiene ningún respaldo jurídico la posición que asume la Sala Superior para descartar la tesis incriminatoria; además, sostiene que en la excepción de prescripción se ha cuestionado la calificación jurídica realizada por el representante del Ministerio Público, desvinculándose en el extremo que imputa un delito de omisión de carácter permanente, desconociendo con ello la naturaleza misma de la imputación; lo cual es sumamente grave, porque el mismo órgano colegiado se pronunció de manera completamente distinta al resolver una excepción de prescripción planteada por el coimputado del recurrente; de otro lado, la Sala Superior de Apelaciones se ha apartado del precedente vinculante uno guion dos mil diez, que establece la vigencia del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal, al establecer que la formalización de la investigación preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, dispositivo que no se ha tenido en cuenta, a pesar de que se invocó a efectos de que se rechace la pretensión de la defensa. De igual forma, el

Procurador Público Especializado en Delitos Ambientales, interpuso recurso de casación contra la citada resolución, mediante escrito de fojas doscientos treinta y siete.

III. Del trámite del recurso de casación interpuesto por la parte agraviada

3.1. El Tribunal Superior por resolución de fecha diecinueve de julio de dos mil doce, de fojas doscientos cincuenta, concedió el recurso de casación respecto a la causal de: **i)** indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal y otras normas necesarias para su aplicación y necesidad de desarrollo de doctrina jurisprudencial; asimismo, **ii)** declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por la causal de falta o manifiesta ilogicidad en la motivación de resoluciones judiciales; y dispuso elevar los autos al Tribunal Supremo, elevándose la causa con fecha siete de setiembre de dos mil doce.

3.2. Cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, este Tribunal Supremo mediante Ejecutoria Suprema del veintidós de febrero de dos mil trece, de fojas cuarenta y siete -del cuadernillo de casación-, en uso de sus facultades, declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por el Procurador Público Especializado en Delitos Ambientales y bien concedido el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público, por la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial e indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación.

3.3. Deliberada la causa en secreto y votada el día quince de octubre de dos mil trece, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asisten- se realizará por la Secretaria de Sala el día veintiocho de octubre de dos mil trece.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

4.1. Del ámbito de la casación: Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria Suprema del veintidós de febrero de dos mil trece, de fojas cuarenta y siete -del cuadernillo de casación-, se admitió a trámite el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial e indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación.

4.2. Los agravios admitidos que invoca son: i) que se ha incurrido en una indebida interpretación del artículo trescientos cuatro del Código Penal -delito de contaminación ambiental-, debiendo establecerse si el delito ambiental es un delito omisivo de carácter permanente o uno de consumación inmediata y los efectos que ello acarrea en la prescripción de la acción penal; **ii)** que la calificación jurídica de los hechos no puede ser discutida ni cuestionada en el trámite de una excepción de prescripción de la acción penal, por lo que cualquier discrepancia con la calificación es un exceso en el ejercicio de la función jurisdiccional que atenta contra la autonomía del Ministerio Público; **iii)** que la Sala Superior de Apelaciones se ha apartado del precedente vinculante uno guion dos mil diez, que establece la vigencia del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal, al establecer que la formalización de la investigación preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, dispositivo que no se ha tenido en cuenta, a pesar de que se invocó a efectos de que se rechace la pretensión de la defensa.

Motivo casacional: Indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal y otras normas necesarias para su aplicación y necesidad de desarrollo de la doctrina jurisprudencial

4.3. En el presente caso, se le imputa a Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez ser autor del delito de contaminación del ambiente, en agravio del Estado y la sociedad, representados por la Municipalidad Distrital de Sayapullo - Gran Chimú, toda vez que en su

calidad de representante legal de la Corporación Minera San Manuel S.A., incumplió con las obligaciones ambientales contenidas en el Contrato de Transferencia de Derechos Mineros de fecha treinta de diciembre de dos mil cinco y el contrato de Transferencia de terrenos superficiales y derechos mineros de fecha seis de agosto de dos mil seis, celebrado con la compañía Minera Sayapullo S.A., por los cuales adquiere derechos mineros sobre las concesiones mineras en las que la Compañía Minera Sayapullo S.A., habría venido efectuando operaciones mineras hasta el año de mil novecientos noventa y ocho, y en donde se habrían generado diversos pasivos ambientales como son la Cancha de Relaves Higospampa y Vista Bella, ubicadas en las inmediaciones del Cerro San Lorenzo - Distrito de Sayapullo - Provincia de Gran Chimú, los que vienen generando graves impactos negativos ambientales a través de los vertimientos de sustancias contaminantes del Río Sayapullo, que son arrastradas por las lluvias que se producen en el lugar, al no haberse implementado ningún plan de remediación o mitigación ambiental; no obstante que en los contratos referidos, la Corporación Minera San Manuel asumió la responsabilidad de implementar el Plan de Cierre de Pasivos ambientales, conforme a la legislación minero ambiental vigente; en tal sentido, la conducta omisiva imputada se ha prolongado desde el treinta de diciembre del dos mil cinco, fecha en la que adquiere la titularidad de los derechos mineros y pasivos ambientales, hasta el siete de enero de dos mil once, fecha en la cual recientemente la Corporación Minera San Manuel S.A. ha obtenido la aprobación del Plan de Cierre de estos pasivos ambientales que se encuentra pendiente de implementar.

4.4. Conducta que se encuentra prevista y sancionada por el primer párrafo del artículo trescientos cuatro del Código Penal (en concordancia con el artículo seis del Código Penal), el cual estipula:

> "El que infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos o gaseosos de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, será reprimido con pena privativa de libertad, **no menor de uno ni mayor de tres años** o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa".

4.5. En el presente caso, debemos establecer si el tipo penal reseñado, según la forma de la conducta del agente se trata de un delito comisivo (esto es, vinculado a la existencia de un contenido material prescriptivo de no intromisión en la esfera jurídica ajena, en: SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons, Madrid, dos mil nuevo, página treinta y nuevo) u omisivo, para luego analizar la fase de consumación del delito, esto es, si se trata de un delito de carácter permanente (en el cual se entiende que la consumación se produce cuando ya se realizaron todos los elementos del tipo, en: VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página trescientos cinco) o de consumación inmediata con efectos permanentes (es decir, si los hechos se consumaron en un solo acto, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos); para ello, previamente debemos precisar algunos conceptos relativos al tipo penal imputado.

4.6. En principio nos encontramos ante un tipo penal en blanco, en tanto que el legislador condiciona la tipicidad penal de la conducta a una desobediencia administrativa (la Ley número veintiocho mil doscientos setenta y uno, del dieciséis de agosto de dos mil cinco, en la que regula los pasivos ambientales de la actividad minera), como indicador de una fuente generadora de peligro y/o riesgo, el cual debe ser potencial, idóneo y con aptitud

suficiente para poder colocar en un real estado de riesgo a los componentes ambientales, sin necesidad de advertirse un peligro concreto para la vida y la salud de las personas; es decir, que la protección jurídica penal es el medio ambiente, los elementos biológicos que constituyen el involucro natural dentro del cual se desarrolla la vida del hombre, que parte de la consideración del derecho humano de tercera generación reconocido en el inciso veintidós del artículo dos de la Constitución Política del Estado Peruano, que establece el derecho a "*gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida*", consagrando como un valor que digno de protección y tutela por parte del sistema punitivo a través del Derecho (véase: ESER, Albin. "La tutela penale dell' ambiente in Germania". En: *L'Indice Penale*. Lima, mil novecientos ochenta y nueva, página doscientos treinta y siete).

4.7. Ahora bien, en dicho tipo penal se aprecian tres verbos rectores: "infringir", "contaminar" y "verter", siendo estos dos últimos aparentemente de carácter comisivo, "contaminar" en la modalidad de "verter" que significa derramar o vaciar líquidos, los cuales pueden ser de forma inmediata o directa, que se realiza sobre un curso de agua, cauce público o canal de riego, o indirectamente realizándose a través de canales de desagüe y pluviales (véase: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Estudios de Derecho Penal. Parte especial*. Jurista Editores, Lima, dos mil nueve, página ciento setenta y siete); sin embargo, realizando una interpretación teleológica y de la *ratio legis* de la norma, dichos verbos rectores se producen con la infracción de las normas que regulan la protección ambiental, causando o pudiendo causar un perjuicio o alteración a la flora, fauna, recursos hidrobiológicos, es decir, que la responsabilidad penal en materia ambiental nacerá fundamentalmente de un incumplimiento del deber de actuación y el peligro nace de la omisión de los dispositivos o normas ambientales, en esta línea se ha pronunciado, con toda razón, el profesor Roxin: "En primer lugar no es admisible desde un punto de vista político social que el arma más grave del Estado, el *ius puniendi*, se use sin objeciones frente a cada bronca, cada riña a cuchilladas o cada pequeño robo, y sin embargo deba retroceder en la lucha de peligros contra la vida e integridad u otros bienes jurídicos fundamentales de millones de hombres, como por ejemplo, los que se derivan de los fallos en los productos, de los daños al medio ambiente, del uso de la energía nuclear, de las instalaciones industriales, de la tecnología de la genética o de la moderna información tecnológica (...)" (ROXIN, Claus. "Informe final". En: *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*. Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín (coordinadores), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, dos mil tres, página trescientos veintinueve).

4.8. Siendo así, estamos frente a un delito de naturaleza omisiva, lo cual es acorde a la imputación fáctica que pesa contra el procesado, toda vez que se le atribuye que en su condición de representante legal de una persona jurídica dedicada a actividades extractivas, omitió realizar una actuación debida para controlar el peligro de dicha actividad de riesgo desarrollada en el ámbito de su dominio (por la gran diversidad de sustancias químicas que se utilizan, que pueden producir resultados potencialmente lesivos al bien jurídico protegido), infringiendo así una ley dispositiva (dispositivos medioambientales) y una prohibitiva (no contaminar), a pesar de que suscribió un contrato, donde a su firma asumió voluntariamente el compromiso de implementar el plan de pasivos ambientales, de acuerdo con la legislación medioambiental; por tanto, el agente tenía el deber de vigilar una fuente de peligro determinada, constituida por los impactos negativos como son los vertidos a través de los efluentes acuíferos al río Sayapullo -conforme lo señala la disposición fiscal

número siete, de fojas uno, en la que se precisa que el Informe número cero cero cinco punto diez oblicua DESA oblicua DEPA oblicua JFDC, concluye que las muestras tomadas en la inspección del Cerro Sayapullo superan el estándar de calidad ambiental de agua, establecido por el Decreto Supremo número cero dos guion dos mil ocho guion MINAM punto RJ punto cero doscientos dos guion dos mil diez guion ANA, y del Informe Pericial de Ingeniería Forense número ITQ cero setenta y tres guion diez, emitido por el Laboratorio Regional de Criminalística III Dirtepol de la Policía Nacional del Perú-. En ese sentido, la omisión está referida a la falta de implementación de las medidas para la correcta eliminación de los residuos, a pesar de que conocía de la propia situación generadora del deber, como de la posibilidad de realización de la acción debida.

4.9. Ahora bien, corresponde analizar la fase de consumación del delito, esto es, si se trata de un delito de carácter permanente o de comisión instantánea con efectos permanentes; al respecto, debemos precisar que el primero se refiere a que la acción delictiva se pueda prolongar en el tiempo, pues el estado de antijuridicidad no cesa y se mantiene durante un periodo cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente, se diferencia con los delitos denominados de comisión instantánea con efectos permanentes, en que en estos el tipo se consuma en un instante, pero sus consecuencias permanecen en el tiempo, en cambio en los permanentes la mantención del resultado sigue importando consumación (véase: GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, mil novecientos ochenta y cuatro, página ciento setenta y cuatro). En el presente caso, nos encontramos ante un delito omisivo de carácter permanente, toda vez que para la consumación requiere de la realización de todos los elementos constitutivos de la figura legal, generando una mínima extensión temporal de la acción, ya que su estado antijurídico dentro de la circunscripción del tipo se prolonga temporalmente merced a la voluntad del autor (Véase: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. "La terminación del delito". En: *ADPCP*. Fascículo I, 1995, página ciento uno), pues se le atribuye al representante legal de la empresa Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima, el omitir la implementación del plan de pasivos ambientales y la renuencia a dar cumplimiento a los dispositivos medioambientales, conducta atribuible dada la probabilidad de que el daño resulte irreparable, no siendo necesario demandar daño efectivo sino uno potencial.

4.10. En tal sentido, habiéndose establecido que es un delito permanente, corresponde la aplicación del inciso cuatro del artículo ochenta y dos del Código Penal, el cual establece que el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo para la prescripción de la acción penal, es "*a partir del día en que cesó la permanencia*", y como quiera que el procesado en su condición de representante legal de la empresa minera recién con fecha siete de enero de dos mil once, obtuvo la aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales de acuerdo al artículo treinta de la Ley número veintiocho mil seiscientos once - Ley General del Ambiente -dichos planes de tratamiento de pasivos ambientales están dirigidos a remediar los impactos ambientales originados por uno o varios proyectos de inversión o actividades, pasados o presentes-, por lo que la acción delictiva (omisión) se ha mantenido en el tiempo de manera permanente, cesando recién el siete de enero de dos mil once; momento a partir del cual debe computarse el plazo prescriptorio; debiendo tenerse presente lo preceptuado por el artículo ochenta del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, que señala: "*La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fi jada por la ley para el delito, si es pena privativa de libertad*", por lo tanto, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es de tres años; sin embargo, al haberse

formalizado la investigación -conforme se verifica de la disposición fiscal, obrante a fojas uno-, se suspende el curso de la prescripción de la acción penal, el cual no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo -tal como lo establece el Acuerdo Plenario número tres guion dos mil doce oblicua CJ guion ciento dieciséis-; por lo que, en todo caso vence indefectiblemente a los cuatro años y seis meses, esto es el día siete de julio del año dos mil quince; en consecuencia, debe revocarse la resolución impugnada, debiendo declararse infundada la excepción de prescripción de la acción penal.

4.11. Que el representante del Ministerio Público cuestionó la resolución impugnada, al sostener que se atenta contra la autonomía del Ministerio Público, pues se está discrepando con la calificación jurídica realizada por este; al respecto debemos indicar que no se está afectando el principio acusatorio o de contradicción, pues no se está variando la imputación fáctica realizada por el órgano fiscal; sin perjuicio de lo expuesto, se debe tener en cuenta que el juzgador de acuerdo a sus facultades reconocidas en la Constitución Política del Estado, su Ley Orgánica y dispositivos procesales, puede realizar una correcta adecuación de la conducta al tipo penal, pues debe velar por el respeto del principio de legalidad en atención a que es un juez de garantía, por lo que ante el hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aun en contra de la errónea acusación -si ese fuera el caso-, así la calificación jurídica realizada por el Ministerio Público en la acusación, puede ser modificada por el juzgador en las resoluciones del auto de apertura de instrucción, en el auto de enjuiciamiento o en una sentencia condenatoria, en virtud a la tesis de la desvinculación, siempre que se respeten ciertos requisitos, conforme lo ha establecido el Acuerdo Plenario número cuatro guion dos mil siete oblicua CJ guion ciento dieciséis, como son: i) la homogeneidad del bien jurídico protegido, ii) no se plantee a efectos de introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, y iii) cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación fácilmente constatable para la defensa. Asimismo, no se estaría quebrantando el rol del Ministerio Público ni su autonomía, siendo que la formalización de denuncia realizada por este organismo constitucional autónomo, posee una estructura fáctica y jurídica, correspondiendo finalmente al juzgador la adecuación de la conducta penal a la imputación fáctica, en atención además al principio *iura novit curia*, por el cual el juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, por lo tanto, no se ha afectado en modo alguno el principio de correlación o congruencia procesal, el principio acusatorio, el derecho de defensa y al principio de contradicción; por tanto, no se está desconociendo la naturaleza de la imputación en el presente caso.

4.12. Finalmente, el titular de la acción penal cuestionó la resolución recurrida, al considerar que la Sala Superior de Apelaciones se apartó del precedente vinculante uno guion dos mil diez, que establece la vigencia del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal, al establecer que la formalización de la investigación preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, dispositivo que no se ha tenido en cuenta, a pesar que se invocó a efectos de que se rechace la pretensión de la defensa; al respecto, debemos indicar que lo señalado por el Fiscal Superior es erróneo, toda vez que la suspensión del plazo prescriptorio no es indeterminada o ilimitada, sino que tiene como límite un tiempo equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. En efecto, dicho Acuerdo Plenario que luego fue aclarado mediante el Acuerdo Plenario tres guion dos mil doce oblicua CJ guion ciento dieciséis, en su fundamento treinta y dos, ha dejado claramente establecido que "*el plazo de suspensión del proceso se produce*

dentro del marco impuesto por la ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado". Ello es acorde con los derechos fundamentales consagrados y reconocidos internacionalmente en los pactos de los cuales nuestro país es parte suscriptora como son la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda vez que un proceso penal no puede convertirse en interminable, como es el derecho de toda persona a ser procesada en un plazo razonable, que forma parte del derecho fundamental al debido proceso y todo proceso no puede ser indefinido en el tiempo, ya que se distorsionaría el instituto de la prescripción y se haría inoperante subsecuentemente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial e indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación, interpuesto por el representante del Ministerio Público; en consecuencia **CASARON** el auto de vista del primero de junio de dos mil doce, obrante a fojas ciento setenta y dos, que confirmó la resolución del dieciséis de noviembre de dos mil once, obrante a fojas ciento cuarenta y uno, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la Corporación Minera "San Manuel Sociedad Anónima", a favor de su representante legal Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, con motivo del proceso seguido en su contra por el delito contra el medio ambiente –vertimientos contaminantes al suelo-, en agravio del Estado y la sociedad.

II. Actuando como instancia revocaron la resolución de vista, y reformándolo: declararon **INFUNDADA** la excepción de prescripción deducida por Corporación Minera San Manuel S.A., a favor de su representante legal el imputado Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez; en consecuencia, prosígase la causa según su estado.

III. MANDARON que la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales que aplican el Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el cuarto considerando ("Del motivo casacional: Para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial") de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial "El Peruano".

IV. ORDENARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviniendo el señor Juez Supremo Morales Parraguez por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi.

SS. VILLA STEIN; PARIONA PASTRANA; BARRIOS ALVARADO; NEYRA FLORES; MORALES PARRAGUEZ

PODER JUDICIAL

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Corte Suprema – Sala Penal Permanente
Expediente: Casación 383-2012 LA LIBERTAD
[Formalización de la investigación frente a la prescripción de la acción penal]
Fecha de vista de la causa: 15 de octubre de 2013

FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN FRENTE A LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

La suspensión del plazo prescriptorio no es indeterminado o ilimitado, sino que éste tiene como límite un tiempo equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, tal como lo ha establecido el Acuerdo Plenario tres guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis.

[DATOS GENERALES DEL PROCESO]

Recurso : Casación
Recurrente : Representante del Ministerio Público
Procesado : Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez –Representante legal de la Corporación Minera "San Manuel Sociedad Anónima"
Agraviado : El Estado y la Sociedad
Delito : Contra el medio ambiente-vertimentos contaminantes al suelo
Decisión : Fundado el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público, por la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial e indebida aplicación, una errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación, Casaron el auto de vista que confirmó la resolución de primera instancia que declaró fundada la excepción de prescripción; y actuando como instancia revocó la resolución de vista y reformándolo declararon infundada dicha excepción deducida por Corporación Minera San Manuel S.A. a favor de su representante legal el imputado Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez; MANDARON se consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el cuarto considerando (DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL).

[DESCRIPCIÓN DEL CASO]

Recurso de Casación interpuesto contra el auto de vista que confirmó la resolución de primera instancia, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la Corporación Minera "San Manuel Sociedad Anónima", a favor de su representante legal Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, en el proceso seguido por delito contra el medio ambiente –vertimentos contaminantes al suelo– en agravio del Estado y la Sociedad. Recurso de Casación que la Sala Suprema ha declarado fundado

El representante del Ministerio Público invoca como causales: i) indebida interpretación de la Ley penal; ii) falta o manifiesta ilogicidad en la motivación de las resoluciones judiciales; sosteniendo que se ha apartado de la doctrina mayoritaria que establece que la omisión impropia se puede configurar en cualquier tipo de delitos, siempre que se den los presupuestos que exige el artículo trece del Código Penal; asimismo, la palabra "indirecta" que prevé el Código Penal Español, hace referencia a la naturaleza del vertimiento, sin hacer alusión a la estructura típica del delito, por lo que, no tiene ningún respaldo jurídico la posición que asume la Sala Superior para descartar la tesis incriminatoria; además, sostiene que en la excepción de prescripción se han cuestionado la calificación jurídica realizada por el representante del Ministerio Público, desvinculándose en el extremo que imputa un delito de omisión de carácter permanente, desconociendo con ello la naturaleza misma de la imputación; lo cual es sumamente grave, porque el mismo órgano Colegiado se pronunció de manera completamente distinta al resolver una excepción de prescripción planteada por el coimputado del recurrente; de otro lado, la Sala Superior de Apelaciones se ha apartado del precedente vinculante uno guión dos mil diez, que establece la vigencia del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal, al establecer que la Formalización de la Investigación Preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la

acción penal, dispositivo que no se ha tenido en cuenta, a pesar que se invocó a efectos de que se rechace la pretensión de la defensa.

[REFERENCIAS NORMATIVAS]

Artículos 80º, 82º.4 Código Penal.
Ley General del Ambiente Art. 30º de la Ley Nº 28611.

[REFERENCIAS DE CASOS]

Acuerdo Plenario Nº 3-2012/CJ-116.

[DOCTRINA JURISPRUDENCIAL]

MOTIVO CASACIONAL: INDEBIDA APLICACIÓN O ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL Y OTRAS NORMAS NECESARIAS PARA SU APLICACIÓN Y NECESIDAD DE DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

(…)

"4.8. Siendo así, estamos frente a un delito de naturaleza omisiva, lo cual es acorde a la imputación fáctica que pesa contra el procesado, toda vez que se le atribuye que en su condición de representante legal de una persona jurídica dedicada a actividades extractivas, omitió realizar una actuación debida para controlar el peligro de dicha actividad de riesgo desarrollada en el ámbito de su dominio (por la gran diversidad de sustancias químicas que se utilizan, que pueden producir resultados potencialmente lesivos al bien jurídico protegido), infringiendo así una ley dispositiva (dispositivos medioambientales) y una prohibitiva (no contaminar), a pesar que suscribió un contrato, donde a su firma asumió voluntariamente el compromiso de implementar el Plan de pasivos ambientales, de acuerdo con la legislación medioambiental; por tanto, el agente tenía el deber de vigilar una fuente de peligro determinada, constituida por los impactos negativos como son los vertidos a través de los efluentes acuíferos al río Sayapullo -conforme lo señala la Disposición fiscal número siete, de fojas uno, en el que precisa que el Informe número cero cero cinco punto diez oblicua DESA oblicua DEPA oblicua JFDC, concluye que las muestras tomadas en la inspección del Cerro Sayapullo superan el estándar de calidad ambiental de agua, establecido por el Decreto Supremo número cero dos guión dos mil ocho guión MINAM punto RJ punto cero doscientos dos guión dos mil diez guión ANA y del Informe Pericial de Ingeniería Forense número ITQ cero setenta y tres guión diez, emitido por el Laboratorio Regional de Criminalística III DIRTEPOL de la Policía Nacional del Perú-. En ese sentido, la omisión está referida a la falta de implementación de las medidas para la correcta eliminación de los residuos, a pesar que conocía de la propia situación generadora del deber, como de la posibilidad de realización de la acción debida.

4.9. Ahora bien, corresponde analizar la fase de consumación del delito, esto es si se trata de un delito de carácter permanente o de comisión instantánea con efectos permanentes; al respecto, debemos precisar que el primero se refiere a que la acción delictiva se pueda prolongar en el tiempo, pues el estado de antijuridicidad no cesa y se mantiene durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente, se diferencia con los delitos denominados de comisión instantánea con efectos permanentes, en que en estos el tipo se consuma en un instante, pero sus consecuencias permanecen en el tiempo, en cambio en los permanentes la mantención del resultado sigue importando consumación (Véase: GARRIDO MONTT, Mario, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, mil novecientos ochenta y cuatro, página ciento setenta y cuatro). En el presente caso, nos encontramos ante un delito omisivo de carácter permanente, toda vez que para la consumación requiere, de la realización de todos los elementos constitutivos de la figura legal, generando una mínima extensión temporal de la acción, ya que su estado antijurídico dentro de la circunscripción del tipo se prolonga temporalmente merced a la voluntad del autor (Véase: BORJA JIMÉNEZ, E. *La terminación del delito*, ADPCP. Fascículo I, 1995, página ciento uno), pues se le atribuye al representante legal de la empresa Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima, el omitir la implementación del Plan de pasivos ambientales y la renuencia a dar cumplimiento a los dispositivos medioambientales, conducta atribuible dada la probabilidad de que el daño resulte irreparable, no siendo necesario demandar daño efectivo sino uno potencial.

4.10. En tal sentido, habiéndose establecido que es un delito permanente, corresponde la aplicación del inciso cuatro, del artículo ochenta y dos del Código Penal, el cual establece que el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo para la prescripción de la acción penal, es "*a partir del día en que cesó la permanencia*", y como quiera que el procesado en su condición de representante legal de la empresa minera recién con fecha siete de enero de dos mil once, obtuvo la aprobación del Plan de

Cierre de Pasivos Ambientales de acuerdo al artículo treinta de la Ley número veintiocho mil seiscientos once - Ley General del Ambiente -dichos planes de tratamiento de pasivos ambientales están dirigidos a remediar los impactos ambientales originados por uno o varios proyectos de inversión o actividades, pasados o presentes-, por lo que la acción delictiva (omisión) se ha mantenido en el tiempo de manera permanente, cesando recién el siete de enero de dos mil once; momento a partir del cual debe computarse el plazo prescriptorio; debiendo tenerse presente lo preceptuado por el artículo ochenta del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, que señala: "*La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es pena privativa de libertad*", por lo tanto el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es de tres años; sin embargo, al haberse formalizado la investigación -conforme se verifica de la Disposición fiscal, obrante a fojas uno-, se suspende el curso de la prescripción de la acción penal, el cual no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo -tal como lo establece el Acuerdo Plenario número tres guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis-; por lo que, en todo caso vence indefectiblemente a los cuatro años y seis meses, esto es el día siete de julio del año dos mil quince; en consecuencia, debe revocarse la resolución impugnada, debiendo declararse infundada la excepción de prescripción de la acción penal.

4.11. Que, el representante del Ministerio Público cuestionó la resolución impugnada, al sostener que se atenta contra la autonomía del Ministerio Público, pues se está discrepando con la calificación jurídica realizada por éste; al respecto debemos indicar que no se está afectando el principio acusatorio o de contradicción, pues no se está variando la imputación fáctica realizada por el órgano fiscal; sin perjuicio de lo expuesto, se debe tener en cuenta que el Juzgador de acuerdo a sus facultades reconocidas en la Constitución Política del Estado, su Ley Orgánica y dispositivos procesales, puede realizar una correcta adecuación de la conducta al tipo penal, pues debe velar por el respeto del principio de legalidad en atención a que es un Juez de Garantía, por lo que ante el hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aún en contra de la errónea acusación -si ese fuera el caso-, así la calificación jurídica realizada por el Ministerio Público en la acusación, puede ser modificada por el Juzgador en las resoluciones el auto de apertura de instrucción, en el auto de enjuiciamiento o en una sentencia condenatoria, en virtud a la tesis de la desvinculación, siempre que se respeten ciertos requisitos, conforme lo ha establecido el Acuerdo Plenario número cuatro guión dos mil siete oblicua CJ guión ciento dieciséis, como es i) la homogeneidad del bien jurídico protegido, ii) no se plantee a efectos de introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, y iii) cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación fácilmente constatable para la defensa. Así mismo, no se estaría quebrantando el rol del Ministerio Público ni su autonomía, siendo que la formalización de denuncia realizada por este organismo constitucional autónomo, posee una estructura fáctica y jurídica, correspondiendo finalmente al Juzgador la adecuación de la conducta penal a la imputación fáctica, en atención además al principio *iura novit curia*, por el cual el Juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, por lo tanto no se ha afectado en modo alguno el principio de correlación o congruencia procesal, principio acusatorio, el derecho de defensa y al principio de contradicción; por tanto no se está desconociendo la naturaleza de la imputación en el presente caso.

4.12. Finalmente, el titular de la acción penal cuestionó la resolución recurrida, al considerar que la Sala Superior de Apelaciones se apartó del precedente vinculante uno guión dos mil diez, que establece la vigencia del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal, al establecer que la Formalización de la Investigación Preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, dispositivo que no se ha tenido en cuenta, a pesar que se invocó a efectos de que se rechace la pretensión de la defensa; al respecto, debemos indicar que lo señalado por el Fiscal Superior es erróneo, toda vez que la suspensión del plazo prescriptorio no es indeterminado o ilimitado, sino que éste tiene como límite un tiempo equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. En efecto, dicho Acuerdo Plenario que luego fue aclarado mediante el Acuerdo Plenario tres guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis, en su fundamento treinta y dos, ha dejado claramente establecido que *"el plazo de suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado"*. Ello es acorde con los derechos fundamentales consagrados y reconocidos internacionalmente en los Pactos del cual nuestro país es parte suscriptor como son la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda vez que un proceso penal no puede convertirse en interminable, como es el derecho de toda persona a ser procesada en un plazo razonable, que forma parte del Derecho Fundamental al

debido proceso y todo proceso no puede ser indefinido en el tiempo, ya que se distorsionaría el instituto de la prescripción y se haría inoperante subsecuentemente."

[DECISIÓN]

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial e indebida aplicación, una errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación, interpuesto por el representante del Ministerio Público; en consecuencia **CASARON** el auto de vista del primero de junio de dos mil doce, obrante a fojas ciento setenta y dos, que confirmó la resolución del dieciséis de noviembre de dos mil once, obrante a fojas ciento cuarenta y uno, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la Corporación Minera "San Manuel Sociedad Anónima", a favor de su representante legal Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, con motivo del proceso seguido en su contra, por el delito contra el Medio ambiente -vertimentos contaminantes al suelo-, en agravio del Estado y la sociedad.
II. Actuando como instancia revocaron la resolución de vista y reformándolo, declararon **INFUNDADO** la excepción de prescripción deducida por Corporación Minera San Manuel S.A., a favor de su representante legal el imputado Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez; en consecuencia, prosígase la causa según su estado.
III. MANDARON Que, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales que aplican el Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el cuarto considerando (*DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL*) de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial "El Peruano".
IV. **ORDENARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema; Interviniendo el señor Juez Supremo Morales Parraguez por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi.

S.S.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO

Casación N° 1465-2007-Cajamarca

Demandantes: Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus menores hijos; Walker Steve Cuenca Quiroz; Euler Jonathan Mendoza Quiroz y José Ronny Mendoza Quiroz
Demandados: Empresa Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S. A. y Arturo Blanco Bar.
Materia: Indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual
Vía procedimental: Proceso de Conocimiento

Sumario:

I.- Introducción.
II.- Materia del recurso.
III.- Fundamentos del recurso.
IV.- De la convocatoria al Pleno Casatorio.
V.- Consideraciones.
A.- Antecedentes resolutivos de las salas civiles supremas.
B.- De las transacciones celebradas.
C.- Sobre la transacción.
c.1.- De su regulación en nuestro ordenamiento nacional.
c.2.- Antecedentes y formalidades.
c.3.- Naturaleza jurídica.
c.4.- Efectos de la transacción.
c.5.- La Transacción extrajudicial: ¿Defensa de forma o de fondo?
c.5.1.- Transacción vs. Cosa juzgada,
c.5.2.- De la transacción extrajudicial como excepción procesal.
D.- Formalismo, interpretación normativa, justicia y conflicto social.
E.- Regla de Derecho: venire contra factum (teoría de los actos propios).
F.- Transacción y lesión.
G.- Pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo.
H.- Sobre los intereses difusos y su defensa.
I.- Sobre la inaplicación de normas de derecho material.
i.1.- Validez de las transacciones.
i.1.1.- Sobre el daño a la salud.
i.1.2.- De la transacción sobre derechos de menores de edad.

VI.- Efectos de la sentencia.
VII.- Constitucionalidad del Pleno Casatorio.
VIII.- Conclusiones.
IX.- Fallo.

SENTENCIA DICTADA POR EL PRIMER PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LA SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE PERÚ

Casación N° 1465-2007-Cajamarca

En la ciudad de Lima, Perú, a los veintidós días del mes de enero de dos mil ocho, los señores vocales supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, por mayoría en un extremo y por unanimidad en otro, han expedido la siguiente sentencia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 400° del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha dieciocho de diciembre de dos mil siete, oídos los informes orales de los abogados de las demandadas; de conformidad con lo opinado por el Ministerio Público, discutida y deliberada que fue la causa, **SE RESUELVE**:

I.- INTRODUCCIÓN:

1.- A fojas 190 del tomo I del cuaderno de excepciones (que forma parte de estos autos) corre en copia el escrito de demanda presentado por Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por su propio derecho y en representación de sus hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, y Walker Steve Cuenca Quiroz, a través de la cual emplaza a la Empresa Minera Yanacocha S.R.L., solicitando el pago de una

indemnización por daños y perjuicios proveniente de responsabilidad civil extracontractual.
El petitorio de indemnización por responsabilidad extracontractual comprende el "*…daño material (daño bio-ambiental y daño a la salud personal), daño moral…*"

Como pretensión principal solicita el pago de una suma de dinero ascendente a US $ 1´800,000.00 (un millón ochocientos mil y 00/100 dólares americanos) por daño material (daño bio-ambiental y daño a la salud personal) y daño moral, monto que sería distribuido: US $ 400, 000.00 dólares americanos a favor de la accionante; US $ 500, 000.00 dólares americanos a favor de su hijo Walker Steve Cuenca Quiroz; US$ 500, 000.00 dólares americanos a favor de su hijo Euler Mendoza Quiroz y US $ 400, 000.00 dólares americanos a favor de su otro hijo José Mendoza Quiroz.

Como pretensiones acumuladas objetivas accesorias solicita las siguientes: **a)** El pago de un seguro médico y seguro de vida a favor de la demandante y sus hijos por una suma no menor a US $ 100, 000.00 (cien mil y 00/100 dólares americanos), por el lapso de quince años, con cobertura a todo riesgo, incluyendo enfermedades oncológicas; **b)** Que, la demandada cumpla con descontaminar completamente y de modo óptimo sus viviendas, de los materiales químicos cuya presencia ha generado los daños cuya reparación se demanda, y **c)** El pago de los intereses legales devengados, así como la condena en costos y costas procesales y multas en caso de oposición.

2.- Manifiesta que el 02 de junio del año 2000, en circunstancias que el chofer Arturo Blanco Bar, que conducía el

camión con placa de rodaje N° YG-9621, marca Volvo, de propiedad de la empresa Ransa Comercial S.A., transportaba mercurio, de propiedad de Minera Yanacocha S.R.L., con destino a la ciudad de Lima, se produjo un primer derrame de dicho metal en el centro poblado de San Juan, dando lugar a que un aproximado de cuarenta pobladores del lugar recogieran el mercurio sin saber los efectos dañinos del mismo. Posteriormente, entre las 5: 30 y 5: 40 p. m. del mismo día, se produjo un segundo derrame de aproximadamente 152 Kg. de mercurio, en las localidades de Chotén, San Juan, La Calera, el Tingo, San Sebastián y Magdalena, esto en una longitud aproximada de 27 Km de la carretera.

3.- Acota la accionante que por su brillo y forma, e ignorando que se trataba de una sustancia tóxica, los pobladores comenzaron a recoger el mercurio hasta altas horas de la madrugada, empleando para dicha recolección sus manos e incluso su boca como medio de aspiración. Al guardar el mercurio en sus hogares, sus familiares que recogieron el mercurio también se intoxicaron debido a los gases que emanaba éste.

La demandante refiere que Yanacocha no hizo caso a sus peticiones de ayuda médica, quien no contaba con un plan maestro de contingencias, lo que propició un mayor nivel de intoxicación al pretender comprar el mercurio derramado a quien lo hubiera recogido y que existió un nivel deficiente de embalaje, transporte y tratamiento del mercurio por parte de la minera, conforme ha declarado el chofer del camión.

4.- Al contestar la demanda, que corre en copia a fojas 765, Minera Yanacocha S.R.L. sostiene que no fue informada oportunamente por el chofer de la empresa Ransa Comercial S.A. (encargada del transporte) respecto del derrame y que al tomar conocimiento del mismo, adoptó las medidas necesarias para evitar perjuicios, informando sobre la toxicidad del producto, lo cual resultó poco exitoso debido a la negativa de los pobladores a devolver el mercurio que recogieron y guardaron en sus hogares. Sostiene que la causa determinante de la exposición y elevación del nivel del mercurio en el organismo de los pobladores afectados fue su propia imprudencia. Asimismo, manifiesta que el hecho de que la demandante y sus menores hijos hayan presentado niveles de mercurio mayores a los normales en su organismo, como consecuencia del derrame producido, no necesariamente implica que éstos hayan sido intoxicados por dicho elemento; de todos modos celebraron transacciones extrajudiciales a favor de ella y sus hijos, teniendo dichos actos jurídicos calidad de cosa juzgada en mérito a lo dispuesto por el artículo 1302° del Código Civil.

Por otro lado, la empresa minera, a fojas 687, formula denuncia civil contra Ransa Comercial S. A., por ser la empresa encargada del transporte del mercurio el día en que ocurrieron los hechos.

Por resolución copiada a fojas 1123, el Juez de la causa incorpora de oficio a Esteban Arturo Blanco Bar como litisconsorte necesario pasivo, por ser el chofer que conducía la unidad móvil que transportaba el mercurio.

5.- Tanto Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, sostienen que se limitaron a transportar los balones

conteniendo mercurio y que fue minera Yanacocha S.R.L. quien no cumplió con entregar la mercadería al transportista en condiciones adecuadas para un traslado seguro. Además sostienen que se ha presentado el supuesto de fractura causal por el hecho propio de la víctima, pues no fue el derrame de mercurio lo que ocasionó daños a la demandante, sino su negligencia al manipularlo, llevarlo a su hogar y exponer a su familia a los gases tóxicos.

6.- Las partes demandadas deducen las siguientes excepciones:

A.- De las excepciones deducidas por la empresa minera Yanacocha S.R.L. (fojas 248 del tomo I):

a.- Excepción de prescripción extintiva: Alega que el derrame de mercurio tuvo lugar el 02 de junio de 2000, por lo que al constituir un supuesto de responsabilidad extracontractual, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2001°, inciso 4, del Código Civil, la acción ha prescrito el 02 de junio de 2002, teniendo en cuenta lo normado por el artículo 1993° del citado Código, según el cual el plazo de dos años empieza computarse a partir de la fecha en que ocurrieron los hechos, no habiéndose interrumpido el plazo prescriptorio, siendo que se la ha emplazado con la demanda con posterioridad a dicha fecha.

b. Excepción de conclusión del proceso por transacción: Para poner fin a cualquier conflicto que surja con respecto al derecho indemnizatorio, el 02 de setiembre del 2000 Minera Yanacocha S.R.L. celebró tres transacciones extrajudiciales: **1)** la primera con la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por su propio derecho, a quien se la indemnizó con la suma de

s/. 5, 250.00 Nuevos Soles; **2**) la segunda con la demandante y con José Gilmer Mendoza Saldaña, en representación de sus menores hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, a quienes se les indemnizó con la suma de s/. 15, 750,00 Nuevos Soles por los dos menores; **3)** la tercera con la demandante, en representación de su hijo Walker Steve Cuenca Quiroz, a quien se le indemnizó con la suma de s/. 11, 250.00 Nuevos Soles.

En los tres casos, se suscribieron las respectivas addenda, con fecha 04 de noviembre del mismo año, en las cuales acordaron duplicar el monto indemnizatorio a cada uno de los afectados con el derrame. Conforme lo dispone el Artículo 1302° del Código Civil, las transacciones antes mencionadas tiene el valor de cosa juzgada, por lo que la pretensión de indemnización de los demandantes no puede ser revisada en sede judicial.

c. Excepción de falta de legitimidad para obrar de Minera Yanacocha S.R.L.: Sostiene que como el derrame de mercurio se produjo mientras era transportado por un camión de propiedad de Comercial Ransa S.A., ella no es responsable de los daños causados; que, como la demandante alega, la responsabilidad surge de una actividad riesgosa o peligrosa, la misma que no fue realizada por la empresa.

En cuanto a lo señalado por la actora que no se les brindó la atención debida, la minera no tuvo participación alguna en el diagnóstico y tratamiento de los afectados, sino que el mismo fue dispuesto por los médicos del puesto de salud de Choropampa y el Hospital Regional de Cajamarca en coordinación con CICOTOX.

d. Excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes con relación a la pretensión de indemnización por daño ambiental:
Tratándose de intereses difusos, sólo pueden demandar el Ministerio Público, las asociaciones o instituciones sin fines de lucro, los gobiernos locales, etc., conforme lo establece el artículo 82° del Código Procesal Civil, por lo que los demandantes por sí solos no pueden promover el presente proceso.

B.- De las excepciones de Ransa Comercial S.A. (fojas 752 del tomo II)

a.- Excepción de falta de legitimidad para obrar de Ransa Comercial S.A.: Cuando ocurrieron los hechos se desempeñaba como Agente de Transporte de Minera Yanacocha S.R.L., y los balones que contenían mercurio eran de propiedad exclusiva de dicha minera, fue ella quien no los envasó adecuadamente, lo que trajo consigo el derrame; que en todo momento el mercurio fue manipulado en su estiba y aseguramiento en la plataforma del vehículo por personal de la citada minera. Solicita se tenga en cuenta el Dictamen Pericial del Examen Físico Químico emitido por la Dirección Nacional de Criminalística de la Policía Nacional, de fecha 18 de junio del 2000, en el que se concluyó que la responsabilidad por el derrame de mercurio se debió a la imprudencia y negligencia en su envasado.

b. Excepción de prescripción extintiva: Alega los mismos fundamentos de Minera Yanacocha S.R.L.

c. Excepción de conclusión del proceso por transacción: Menciona como sustento de sus defensa de forma las transacciones celebradas entre la demandante (por derecho

propio y en representación de sus hijos) con la Minera Yanacocha S.R.L.

C.-Del litisconsorte necesario pasivo Esteban Arturo Blanco Bar (fojas 1173 del tomo III)

a.-Excepción de Prescripción extintiva: Sostiene los mismos fundamentos de la demandada Minera Yanacocha S.R.L.

b. Excepción de conclusión del proceso por transacción: Igualmente, sirven de sustento de su excepción las transacciones celebradas entre la parte accionante con la empresa minera emplazada.

c. Excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes con relación a la pretensión de indemnización por daño ambiental: Consigna la misma motivación que sus codemandadas.

7.- Mediante Resolución número tres, dictada en la Audiencia de Saneamiento Procesal, del 08 de enero de 2004, según acta de fojas 303 a 312, se declara: Infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referidos a la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty que deducen Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar; Fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referido a los menores Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz y Walker Steve Cuenca Quiroz que deducen los tres demandados; Infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandados deducida por la minera Yanacocha S.R.L. y Ransa Comercial S. A.; Infundada la excepción de prescripción deducida por todos los demandados, y Fundada la excepción de falta de legitimidad

para obrar activa respecto a la pretensión de indemnización por daño ambiental.

8.- Apelada que fuera la citada resolución, la Sala Civil de Cajamarca, mediante auto de vista del 25 de julio de 2005, confirma la alzada (por unanimidad) en cuanto declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada Ransa Comercial S. A. y fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar por daño ambiental; confirma (por mayoría) en los extremos que declara infundada la excepción de prescripción extintiva de la acción; infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referido a la accionante Giovanna Quiroz; fundada la excepción de conclusión del proceso respecto a los hijos menores de edad de la actora, deducida por la empresa minera; la Revocaron en el extremo que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referido a los menores de edad, deducida por los demandados Ransa Comercial S. A. y Arturo Blanco Bar; infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a la actora, deducida por la empresa minera e infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva deducida por la misma empresa minera; Reformándola: declararon infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a los menores de edad, deducida por Ransa y Arturo Blanco Bar, fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a la actora, deducida por la minera demandada, y fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva deducida por la misma empresa minera, en consecuencia nulo todo lo actuado y por concluido el proceso.

Dicha resolución fue materia de Recurso de Casación por los demandados Ransa Comercial S. A. y Arturo Blanco Bar, así como por la accionante Giovanna Quiroz siendo declarados nulos los concesorios por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, respecto a los dos codemandados, en tanto que declaró procedente el recurso de la accionante, el mismo que es declarado fundado mediante sentencia de fecha 07 de abril de 2006 (Casación N° 2383-2005-Cajamarca, corriente de fojas 1428 a 1433 del tomo II que conforma estos autos), por lo que casaron la de vista por no haberse fundamentado debidamente, así como por no haberse fijado fecha para la vista de la causa de acuerdo a ley, devolviendo los actuados a la instancia de origen.

9.- Devueltos los autos a la Sala Civil de Cajamarca, ésta se avoca nuevamente al conocimiento de la causa emitiendo, en esta oportunidad por unanimidad, con fecha 27 de diciembre de 2006, el auto de vista (corriente de fojas 1473 a 1480 del tomo. III), por medio de la cual Revoca la impugnada en el extremo que declara infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a la demandante Giovanna Quiroz Villaty y Reformándola la declara Fundada, confirmándola en los demás extremos.

Esta resolución de vista es la que viene en Recurso de Casación conforme se procede a describir a continuación respecto a los fundamentos esgrimidos por la parte demandante.

II.- MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty (por derecho propio y en representación de sus tres menores hijos), contra la resolución de vista de fojas 1473 a 1480,

expedida el 27 de diciembre de 2006, por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en los extremos que:

a) Confirma la resolución apelada que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a los demandantes menores de edad: Walker Cuenca Quiroz; Euler Mendoza Quiroz y José Mendoza Quiroz, propuesta por las demandadas Minera Yanacocha S.R.L. y Ransa Comercial S.A.
b) Confirma el auto apelado en cuanto declara fundada la excepción de Falta de Legitimidad para Obrar de la demandante respecto a la pretensión por daño ambiental formulada por el demandado Esteban Arturo Blanco Bar.
c) Revoca el auto apelado en el extremo que declara infundada la excepción de conclusión del proceso por Transacción y reformándolo declara Fundada la citada excepción en cuanto concierne a la accionante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, propuesta por Minera Yanacocha S. R. L y Esteban Arturo Blanco Bar.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por resolución del 03 de mayo de 2007 se declaró procedente el recurso de casación por las causales previstas en los incisos 2 y 3 del artículo 386º del Código Procesal Civil, al haberse satisfecho los requisitos de fondo regulados por los incisos 2.2 y 2.3 del artículo 388° del mismo cuerpo legal, por los fundamentos siguientes:

> **1.- La inaplicación de normas de derecho material:** Manifiesta la recurrente que se han inaplicado los artículos 5° y 1305° del Código Civil al haberse transigido sobre daños a la salud de los afectados, derechos que son personalísimos y extrapatrimoniales y por ende no son transables, sin considerarse que dichas transacciones son inválidas por no ajustarse al ordenamiento legal, siendo nulas de pleno derecho.

2.- Contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso:

a). Señala la impugnante que conforme al inciso 10 del artículo 446° del Código Procesal Civil, sólo se puede proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción si se llega a establecer que la misma ha puesto fin a un proceso judicial, es decir previamente ha debido existir un proceso judicial que haya terminado con transacción. Del mismo modo el artículo 453° inciso 4 del citado cuerpo procesal, requiere la existencia de procesos idénticos para poder amparar la excepción de transacción, situación que no se presenta en el caso de autos, al tratarse de una transacción que no puso fin a ningún proceso judicial y tampoco fue homologada por juez alguno; habiéndose, además, contravenido principios jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema en casaciones anteriores, como por ejemplo la casación N° 730-2005;

b). Como segunda causal de contravención al debido proceso alega la recurrente que la Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar Activa de la accionante respecto al daño al medio ambiente, no se ha interpretado correctamente los alcances del artículo 82° del Código Procesal Civil, toda vez que el mismo prevé la legitimación extraordinaria para las instituciones que allí se mencionan, en tanto que la legitimación ordinaria le corresponde a las personas naturales afectadas, incluso para las que no lo son directamente. Además de no haber aplicado el precedente vinculante trazado en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 221-97-AA/TC.

IV.- DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO:

1.- Mediante Razón de fojas 123-A del Cuaderno de Casación, la señora relatora de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, da cuenta al Presidente de dicha Sala de la existencia de pronunciamientos contradictorios sobre la misma materia entre las dos Sala Civiles de esta máxima instancia judicial.

2.- Mediante resolución del 29 de noviembre de 2007, la Sala Civil Permanente, estando a la Razón emitida, solicita al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República citar a Pleno Casatorio a fin de que se constituya doctrina jurisprudencial sobre el caso materia de autos.

3.- Por Resolución N° 01-2007-I-Pleno Casatorio-P-CS-PJ, del 04 de diciembre de 2007, la Presidencia del Poder Judicial, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 400° del Código Procesal Civil, convoca a Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República a sesión para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 18 de diciembre de 2007, habiendo sido designados como vocales ponentes de las opiniones divergentes de las Salas Supremas Civiles los señores Walter Vásquez Vejarano y Víctor Lucas Ticona Postigo en sus condiciones de presidentes de dichos órganos jurisdiccionales supremos.

V.- CONSIDERACIONES:

1.- Habiéndose invocado vicios *in iudicando* e *in procedendo* como fundamentación de los agravios y atendiendo a sus efectos, es menester realizar primero el estudio de la segunda causal (referida a infracciones procesales), dados los alcances de la decisión, pues en caso de amparase la misma, esto es si se declara fundada la Casación por dicha causal, deben reenviarse los actuados a la instancia de origen para que proceda de acuerdo a lo resuelto, no teniendo objeto pronunciarse en lo que concierne a la causal de inaplicación de normas materiales.

Sin perjuicio de ello, cabe dejar constancia que si bien es cierto que en el auto que declara procedente el recurso de Casación se ha hecho expresa referencia solamente a las causales de inaplicación de normas materiales y contravención al debido proceso en cuanto a la excepción de transacción, mas no así en cuanto a la excepción de Falta de Legitimación para obrar de la demandante para accionar por daño ambiental; tal omisión ha sido subsanada al haberse dispuesto en la parte resolutiva de manera genérica que se declaraba procedente el recurso por las causales denunciadas (por los tres motivos reseñados), tanto más si es que el Ministerio Público ha emitido dictamen pronunciándose sobre todos los extremos denunciados y la parte demandada no ha alegado nulidad alguna, por lo que cualquier posible vicio de orden procesal ha quedado subsanado, más aún si es que el mismo no resulta trascendente para impedir que se resuelva el caso de autos.

2.- El asunto a dilucidarse en este proceso, y que es materia de divergencia entre las decisiones de las salas civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se centra en los alcances de la Transacción extrajudicial celebrada bajo el amparo normativo del artículo 1302° del Código Civil, esto es si la Transacción Extrajudicial puede hacerse valer como excepción procesal.

El otro punto materia de debate se refiere a la legitimación activa que pueda tener una persona natural para promover proceso judicial en la defensa de intereses difusos de acuerdo a lo previsto en el artículo 82° del Código Procesal Civil.

Por tal razón, para un mejor entendimiento del caso *sub judice*, se ha considerado oportuno abordar determinados tópicos que tienen estrecha relación con los hechos debatidos y las denuncias expuestas en el Recurso de Casación. En mérito a ello, se expondrá, en primer lugar, los criterios y posiciones manifestadas por ambas salas civiles supremas; a continuación se seguirá un orden de exposición que abarque la institución de la Transacción tanto en su vertiente sustancial como procesal, además de otras instituciones afines que convienen traerse a colación para un mejor esclarecimiento y resolución del caso *sub litis*.

A.- ANTECEDENTES RESOLUTIVOS DE LAS SALAS CIVILES SUPREMAS:

3.- Conforme se puede corroborar de las resoluciones dictadas en las casaciones obrantes en copias en autos, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en los expedientes **N° 2383-2005-Cajamarca** (sentencia dictada anteriormente en este mismo proceso, donde a manera de *obiter dictum* se refiere a la validez de la transacción extrajudicial); **N° 2163-2006-Cajamarca**, **N° 705-2007-Cajamarca, N° 733-2007-Cajamarca, N° 737-2007-Cajamarca y N° 1801-2007-Cajamarca,** ha considerado que la transacción extrajudicial tiene calidad de Cosa Juzgada de acuerdo a lo previsto por el artículo 1302° del Código Civil, al poner fin a algún asunto dudoso o litigioso evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado, por lo tanto no se contraviene los artículos 446°, inciso 10, y 453°, inciso 4, del Código Procesal Civil, así como tampoco se vulneran los artículos 5° y 1305° del Código Civil, al estar transándose la

indemnización sobre el daño que sufrió la parte afectada por el derrame de mercurio, por lo que si bien el daño puede ser extrapatrimonial, toda indemnización por sí misma se configura como un derecho patrimonial, respecto al cual sí se puede transigir; por lo tanto dicha Sala Suprema admite que la transacción puede ser deducida como excepción en un proceso judicial y ser amparada como tal, precisamente por haber evitado una controversia judicial.

4.- Por su parte la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en las casaciones **N° 730-2005-Cajamarca, N° 2158-2006-Cajamarca; N° 2160-2006-Cajamarca; N° 2162-2006-Cajamarca; N° 2882-2006-Cajamarca y 2942-2006-Cajamarca**, considera que solamente se puede oponer la transacción cuando ha estado en curso otro proceso, es decir previamente ha tenido que existir un proceso judicial que haya concluido con la suscripción de una transacción homologada por el juez de la causa para que pueda hacerse valer como excepción ante la interposición de una nueva demanda sobre los mismos hechos, al configurarse la identidad requerida por el artículo 453°, inciso 4, del Código Procesal Civil, razón por la cual la Transacción Extrajudicial celebrada bajo los términos del Código Civil sin que haya existido un proceso judicial anterior, no cumple el requisito del Artículo 453.4 del Código Procesal Civil, ergo deviene en inamparable como medio de defensa de forma, es decir, no se puede deducir como excepción de forma.

B.- DE LAS TRANSACCIONES CELEBRADAS:

5.- Como se corrobora de lo descrito seguidamente, entre la parte demandante y la empresa Minera Yanacocha S. R. L. se celebraron tres transacciones extrajudiciales, la primera con la accionante, por derecho propio y en representación de sus menores hijos las dos siguientes, así

como se adicionaron sendas addenda a cada una de ellas, todas con firmas debidamente legalizadas por Notario.

I.- Transacción celebrada por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio, con Minera Yanacocha S. R. L.:

a).- En este negocio jurídico intervino en calidad de cónyuge de la indemnizada el señor José Gilmer Mendoza Saldaña.
Se estipuló como monto total de la indemnización la suma de s/. 2 625.00 Nuevos Soles, el cual, según la cuarta cláusula, cubría el daño emergente, lucro cesante, daño físico o moral y cualquier otro daño producido por el derrame de mercurio ocurrido el 2 de junio de 2000.
Asimismo, se acordó que la empresa minera proveería de un seguro de salud a favor de la parte afectada, sin costo para ésta, que cubra por el plazo de 5 años los gastos médicos asociados con las enfermedades derivadas de la contaminación por mercurio, seguro que podía ser renovado en caso la parte indemnizada haya requerido atención médica cubierta por el seguro y además presente alguna enfermedad derivada del derrame de mercurio que requiera atención médica por un período adicional a la vigencia del seguro.
Fecha de suscripción: 2 de septiembre de 2000.

b).- Con fecha 4 de noviembre de 2000 se redacta un nuevo documento denominado addendum, donde se acuerda duplicar el monto de la indemnización que haría un total de s/. 5 250.00 Nuevos Soles. El pago se realiza con firmas legalizadas ante Notario.

II.- Transacción celebrada por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty en representación de su menor hijo de 15 años de edad, Walker Steve Cuenca Quiroz[1], con Minera Yanacocha S. R. L.:

a).- En este negocio jurídico sólo intervino la madre del menor.
Se estipuló como monto total de la indemnización la suma de s/. 5 625.00 Nuevos Soles, el cual, según la cuarta cláusula, cubría el daño emergente, lucro cesante,

[1] A la fecha el citado demandante Walker Cuenca Quiroz cuenta con 22 años de edad, por lo que tiene capacidad de goce y de ejercicio al ser mayor de edad de acuerdo a ley.

daño físico o moral y cualquier otro daño producido por el derrame de mercurio ocurrido el 2 de junio de 2000.
Asimismo, se acordó que la empresa minera proveería de un seguro de salud a favor del menor, sin costo para éste, que cubra por el plazo de 5 años los gastos médicos asociados con las enfermedades derivadas de la contaminación por mercurio, seguro que podía ser renovado en caso la parte indemnizada haya requerido atención médica cubierta por el seguro y además presente alguna enfermedad derivada del derrame de mercurio que requiera atención médica por un período adicional a la vigencia del seguro.

- En la segunda cláusula se condicionaba el pago final del monto acordado cuando se contara con la autorización judicial para celebrar la transacción.
Fecha de suscripción: 2 de septiembre de 2000.

b).- Con fecha 4 de noviembre de 2000 se redacta un nuevo documento denominado addendum, donde se acuerda duplicar el monto de la indemnización que haría un total de s/. 11 250.00 Nuevos Soles.
- En este documento también se estipula en la segunda cláusula que el pago final se hará una vez se cuente con la autorización judicial respectiva.

c).- Mediante sentencia del 5 de junio de 2001, el Segundo Juzgado de Familia de Cajamarca, teniendo a la vista los dos documentos transaccionales, autoriza la celebración de la transacción.
- En mérito a dicha sentencia, con fecha 10 de enero de 2002 la empresa minera cumple con pagar a la madre del menor el saldo pendiente de s/. 5 625.00 Nuevos Soles. El pago se realiza con firmas legalizadas ante Notario.

III.- Transacción celebrada por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty y José Gilmer Mendoza Saldaña en nombre de los menores Euler Jonathan Mendoza Quiroz (12 años) y José Ronny Mendoza Quiroz (5 años), con Minera Yanacocha S. R. L.:
a).- En este negocio jurídico intervinieron ambos padres de los menores de edad.
- Se estipuló como monto total de la indemnización la suma de s/. 7 875.00 Nuevos Soles (s/. 2 250.00 N.S. para Euler Mendoza y s/. 5 625.00 N. S. para José Mendoza), el cual, según la cuarta cláusula, cubría el daño emergente, lucro cesante, daño físico o moral y cualquier otro daño

producido por el derrame de mercurio ocurrido el 02 de junio de 2000.
Asimismo, se acordó que la empresa minera proveería de un seguro de salud a favor de los menores afectados, sin costo para ellos, que cubra por el plazo de 5 años los gastos médicos asociados con las enfermedades derivadas de la contaminación por mercurio, seguro que podía ser renovado en caso la parte indemnizada haya requerido atención médica cubierta por el seguro y además presente alguna enfermedad derivada del derrame de mercurio que requiera atención médica por un período adicional a la vigencia del seguro.

- En la segunda cláusula se condicionaba el pago final del monto acordado cuando se contara con la autorización judicial para celebrar la transacción.
Fecha de suscripción: 2 de septiembre de 2000.

b).- Con fecha 4 de noviembre de 2000 se realiza un nuevo documento denominado addendum, donde se acuerda duplicar el monto de la indemnización que haría un total de s/. 15 750.00 Nuevos Soles.
- En este documento también se estipula en la segunda cláusula que el pago final se hará una vez se cuente con la autorización judicial respectiva.

c).- Mediante sentencia del 6 de febrero de 2001, el Tercer Juzgado de Familia de Cajamarca, teniendo a la vista los dos documentos transaccionales, autoriza la celebración de la transacción y addendum, y a la entrega del dinero señalado en ambos documentos.
- En mérito a dicha sentencia, con fecha 1 de marzo de 2001 la empresa minera cumple con pagar a la madre de los menores el saldo pendiente de s/. 7 875.00 Nuevos Soles. El pago se realiza con firmas legalizadas ante Notario.

C.- SOBRE LA TRANSACCIÓN:

c.1.- De su regulación en nuestro ordenamiento nacional:

6.- Ante todo, cabe analizar la regulación jurídica de la transacción de acuerdo a nuestro actual ordenamiento legal.

En lo que concierne a su regulación legislativa sustantiva, el artículo 1302° del Código Civil vigente indica:

> "**Artículo 1302°**: Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre un asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.
> Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.
> La transacción tiene el valor de cosa juzgada." (Los subrayados son nuestros)

c.2.- Antecedentes y formalidades:

7.- Así lo entendía también el Código Civil de 1852 al estipular en su artículo 1702° que:

> "**Artículo 1702°**: Transacción es un contrato, por el que dos o más personas, decidiendo de común acuerdo sobre algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que podía promoverse, o finalizan el que está principiado.
> Puede transigirse entre presentes o ausentes, por los mismos interesados, o por apoderados con poder especial."

Seguidamente, agregaba en sus artículos 1703° y 1705°, que la transacción se debía redactar por escrito, sea en instrumento público o privado o a través de una petición dirigida al juez y firmada por los interesados, con fe de las firmas de los que la hacían.

La transacción celebrada por escritura pública producía sus efectos desde que era otorgada legalmente, en tanto que la hecha por escritura privada lo hacía desde que se traducía en instrumento público y se protocolizaba y la que se hacía ante el juez cuando se legalizaran las firmas.

En lo que se refería a la transacción sobre bienes de menores o personas sujetas a interdicción se indicaba, según el artículo 1716° del citado Código, que la misma no sería válida mientras no se contara con la

aprobación del juez, quien para concederla debía oír al Consejo de Familia y pedir el dictamen de tres letrados y del ministerio fiscal[2].

Por su parte el Código Civil de 1936, en su artículo 1307° disponía que:

> "**Artículo 1307°**: Por la transacción dos o más personas deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse, o finalizando el que está promovido"

En lo que concernía a la protección de los derechos de menores de edad, igual disposición tenía el artículo 1312° del citado Código, al estipular que los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrían transigir con aprobación del juez, quien para concederla oiría al Consejo de Familia cuando lo hubiera, y pediría el dictamen de dos letrados y del ministerio fiscal.

Nuestro actual Código Civil trae la misma regulación en su artículo 1307° al indicar que:

> "**Artículo 1307°**: Los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al Ministerio Publico y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente."

Sobre este particular regresaremos más adelante cuando acometamos el estudio de las transacciones celebradas entre la empresa minera demandada y los menores de edad hijos de la actora.

c.3.- Naturaleza jurídica:

8.- Como se nota, la Transacción en el Código Civil de 1852 era considerada dentro de la Sección de los contratos denominados consensuales a diferencia de los aleatorios que contemplaba otras figuras jurídicas.

[2] Cf. **Código civil, anotado y concordado**, más un apéndice a cargo de Miguel Antonio de la Lama, 4ª ed., concordada con el Código de Procedimientos Civiles de 1912 por Pedro Goitizolo, Lima, Librería e imprenta Gil, 1914.

Esta calificación jurídica luego variaría con el Código Civil de 1936, el que consideró a la Transacción como un medio de extinguir obligaciones. La Comisión Revisora del Código Civil de 1852 (que elaboró el corpus legal de 1936), manifestó que si era un acto jurídico en virtud del cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas, era forzoso convenir en que la transacción no era propiamente hablando un contrato sino un verdadero modo de extinción de los actos jurídicos en general, porque por ella se podían extinguir derechos reales y derechos hereditarios.

La transacción, continuaba diciendo la Comisión, es un contrato en cuanto representa el resultado de la concordancia de las voluntades, pero como es una convención que tiene por fin jurídico principal liquidar relaciones obligatorios preexistentes, es real y verdaderamente un medio de extinción de obligaciones y está mejor ubicada en el plan del Anteproyecto (que la incluía dentro de los efectos de las obligaciones) que en la Sección del Código Civil de 1852[3].

9.- En la doctrina se discute arduamente si la transacción es una convención, un contrato[4] o un acto jurídico, inclinándose la mayoría por concebirla como un contrato, conforme lo exponen –entre otros, para el ámbito argentino- los tratadistas Jorge Llambías y Rubén Compagnucci de Caso[5].

---

[3] Nos basamos en la cita que hacen **Mario Castillo Freyre y Felipe Osterling Parodi** en su *Tratado de las obligaciones*, tercera parte, t. IX, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Lima, PUCP, 2 005, p. 443.

[4] Ya Joaquín Escriche nos decía que la transacción era un contrato voluntario en que se convenían y ajustaban los litigantes acerca de algún punto dudoso o litigioso, decidiéndolo mutuamente a su voluntad. Debía recaer sobre cosa dudosa, de modo que sería nula si cualquiera de los contrayentes supiera que no tenía ningún derecho, como igualmente si haciéndose sobre cosa puesta en litigio, se había ya dado y pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia.
Acotaba que la transacción tenía fuerza de cosa juzgada y producía excepción de pleito acabado.
Cf. **Escriche, Joaquín**, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería de Rosa, Bouret y Cía., 1851, p. 1507.

[5] Cf. **Llambías, Jorge Joaquín**, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. III, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Perrot, 1987, pp. 77-78; **Compagnucci de Caso, Rubén**, *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1997, pp. 523-524. Para este último la transacción es un contrato o negocio jurídico declarativo, ya que los derechos se fijan por

En sede nacional, la Comisión Revisora del Código Civil de 1936, ubicó a la transacción como un medio de extinguir obligaciones (al igual que el aludido Código, materia de reforma), primero consideró que la figura de la transacción presenta un doble aspecto: de un lado, es efectivamente un contrato destinado a poner fin a obligaciones dudosas o litigiosas, mediante concesiones recíprocas; desprendiéndose su naturaleza contractual de la definición contenida en el artículo 1351° del Código Civil que define el contrato. Este carácter se ve acentuado al haberse introducido el segundo párrafo del artículo 1302° del citado Código, según el cual se admite que la transacción puede crear, regular o modificar relaciones diversas de las que son objeto de la controversia.

En otra parte se comentaba por la anotada Comisión, que el legislador ubica a la transacción como uno de los medios de extinguir obligaciones por razones de tradición jurídica y porque en múltiples casos prevalece el efecto extintivo de la misma. Acotaba que había sido motivo de especial preocupación de la Comisión revisora, que dio origen al Código Civil vigente de 1984, introducir mecanismo ágiles para que los particulares solucionen sus diferencias sin la intervención de los tribunales de justicia, **teniendo en cuenta el explicable deseo de las partes de evitar los costos de un proceso, la pérdida de tiempo que éste conlleva y la voluntad común de lograr tranquilidad**, aspecto que prevalecía para que ellas "se dicten su propia sentencia"[6].

10.- Es por ello que los profesores Castillo Freyre y Osterling Parodi señalan que la transacción es un acto jurídico, puesto que constituye una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir

---

obra y facultad de las mismas partes, quienes tienen soberanía absoluta en sus propios intereses. De ese modo, se afirma y aclara la situación jurídica incierta, que aflora con nitidez mediante la transacción.

En torno a la duda que suscita la naturaleza jurídica de la transacción conviene revisar también la obra de **Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto López Cabana**, *Curso de obligaciones*, 4ª ed. Actualizada, 1ª reimpresión, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 339-340.

[6] Cf. Exposición de motivos oficiales del código civil. La transacción, elaborada por la Comisión Revisora del Código Civil de acuerdo a las leyes 24039 y 24136. Separata Especial del Diario Oficial "El Peruano" publicada el 23 de marzo de 1988, p. 7.

relaciones jurídicas, pero, asimismo, puede ser un contrato al versar sobre relaciones jurídicas patrimoniales (puesto que los derechos extrapatrimoniales son intransigibles), por lo que ambos conceptos no resultan ser excluyentes sino complementarios.

Por lo tanto, se concluye que para nuestro ordenamiento jurídico nacional la transacción es un acto jurídico de naturaleza patrimonial (contrato) por el que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso. A nivel formal, al ser un contrato, apunta a zanjar cuestiones ya existentes entre las partes, es decir a extinguir relaciones jurídicas existentes que se encuentran en controversia. Por ello su ubicación es más clara dentro de los medios extintivos de las obligaciones. En cuanto al nivel de fondo, lo que subyace en el corazón de esta figura se centra en la búsqueda de la paz y la armonía[7].

La causa o función de la transacción es la composición de la controversia jurídica que existe entre las partes, cuya solución o liquidación asumen los propios interesados, evitando provocar un pleito o acabando el ya iniciado, y se realiza mediante recíprocas concesiones. Sobre esta causa, que en sus múltiples aspectos revela la virtualidad operativa del contrato, y sobre la situación o relación jurídica controvertida debe recaer, impelido por el *animus transigendi*, el consentimiento de los contratantes[8].

Seguidamente haremos referencia tanto a la doctrina nacional como a la argentina, por haber servido el Código Civil de este último país como fuente para la redacción de nuestro actual artículo 1302°, especialmente

---

[7] Cf. **Castillo Freyre, Mario et al**, ob. cit., pp. 444, 446 y 451.
Refiriéndose a las concesiones recíprocas, la Comisión revisora siguiendo la doctrina argentina, señalaba que ellas no requieren ser de valor equivalente, sino que pueden ser enteramente desiguales y desproporcionadas en su valor patrimonial, tampoco es necesario que sean de naturaleza económica, pudiendo ser de otra naturaleza.
Cf. **Exposición de motivos oficiales**…, p. 8.

[8] Cf. **Luna Serrano, Agustín**, en: **Lacruz Berdejo, José Luis et alii**, *Derecho de obligaciones. Vol. Segundo, contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1995, p. 377.

en cuanto a la validez de cosa juzgada que se le otorga a la transacción[9]; extremo sobre el cual nos ocuparemos más adelante[10].

11.- Al decir de Llambías, la transacción se basa en un intercambio de sacrificios; si una sola de las partes sacrificara algún derecho suyo, ello sería una renuncia y no una transacción que requiere que medien concesiones recíprocas. Mientras exista una reciprocidad, no importa la cuantía de ellos ni su equivalencia o desigualdad, puesto que la ley no exige paridad de concesiones, ni ello podría imponerse porque la importancia del sacrificio que cada cual realiza es de apreciación eminentemente subjetiva, no habiendo pauta válida para su medición[11].

---

[9] Lo dicho nos lleva a recordar que el Código Civil francés también le otorga tal calidad a la transacción, además de considerar que no procede alegar la lesión en su celebración, conforme a continuación de menciona:
"**Article 2044**˚: La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.
Ce contrat doit être rédigé par écrit.
Article 2052˚: Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.
Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion."
Comentando tales normas, los hermanos Mazeaud estipulaban que la transacción es un contrato en el sentido preciso de la palabra, ya que crea una obligación de no hacer, la de no acudir a la justicia o la de no continuar un procedimiento en curso.
Acotaban que las concesiones no necesariamente debían ser equivalentes, pero era necesario que existiera alguna concesión, al menos de orden moral, de lo contrario la transacción sería nula.
Cf. **Mazeaud, Henri, León y Jean**, *Lecciones de derecho civil, parte tercera*, vol. IV, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, bajo la dirección de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1974, pp. 619 y 627. También ver: **Trigo Represas, Félix A.**:*"Las concesiones recíprocas en la transacción"*, en: La Ley 1989-B, nota a fallo, p. 563.

[10] Conforme es de aceptación general en el sistema jurídico, los elementos esenciales de la transacción son los siguientes: **a)** Una relación jurídica litigiosa o controvertida; **b)** La intención de los contratantes de componer el litigio, esto es eliminar la controversia y, **c)** Las recíprocas concesiones de las partes (*aliquid Batum, aliquid* retentum).
Estos elementos serán mencionados durante el desarrollo del análisis del caso a resolverse por lo que no se les dedicará consideraciones específicas al tener que ser aludidos en toda la sentencia.

[11] Llambías nos dice que la materia de la transacción son las obligaciones litigiosas o dudosas. Un acuerdo extintivo que recayese sobre obligaciones que no fuesen litigiosas o dudosas, no sería una transacción porque la *res dubia* es la esencia de esa figura. En efecto, la transacción es un negocio o acto jurídico de fijación, que tiende a hacer cierta o a poner fuera de discusión una situación determinada, eliminando la incerteza de la relación. Esa incertidumbre puede ser objetiva o subjetiva, la primera corresponde a las obligaciones litigiosas que son las que están sometidas a un pronunciamiento judicial; la segunda origina las obligaciones dudosas, es decir, las que las partes sinceramente han estimado como tales, aunque en verdad no lo fueran para un jurista especializado.
Cf. **Llambías**, ob. cit., pp. 75 y 76.
En el mismo sentido se pronuncia Fornaciari, al estimar que las obligaciones dudosas serán aquellas que las partes seriamente estiman como tales. Por lo que los requisitos

c.4.- Efectos de la transacción:

12.- Se sostiene que la Transacción, como es opinión mayoritaria en doctrina, produce diversos efectos, siendo los principales: a) es obligatoria o vinculante; b) es extintiva; c) tiene efecto declarativo; d) tiene valor de cosa juzgada[12]:

> **a) Es obligatoria o vinculante**: Por su razón de carácter contractual, la transacción crea para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, en mérito al adagio que "*el contrato es ley entre las partes*".
>
> **b) Es extintiva**: Precisamente por el efecto extintivo que posee la transacción, las partes no pueden hacer valer luego los derechos renunciados por ese acto, si lo hicieran, serían rechazados por una excepción de transacción, que impide renovar una pretensión ya aniquilada por la virtualidad del convenio celebrado.
>
> **c) Tiene efecto declarativo**: La transacción no tiene efectos traslativos de derechos sino declarativos. Esto significa que cuando uno de los contratantes reconoce el derecho del otro, no es que esté considerando que se lo está transmitiendo, sino

---

esenciales de la transacción serán la existencia de cuestiones dudosas o litigiosas, pero entendiendo que la *res dubia* precede y enlaza siempre ambas situaciones; sea que el acuerdo se concrete como forma de autocomposición extrajudicial, sea que se realice en el ámbito del proceso. Asimismo, el carácter de dudosa de determinada cuestión debe ser apreciado de manera subjetiva, es decir, en el sentido que seria y razonablemente le atribuyen los otorgantes con abstracción de la interpretación que le daría un jurisconsulto o el propio juez de la causa.
Cf. **Fornaciari, Mario Alberto**, *Modos anormales de terminación del proceso*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 27 y 28. También sobre la *res dubia* resulta oportuno ver a **Compagnucci de Caso, Rubén**: "*La 'res dubia' como motivación totalizadora de la transacción*", en: El Derecho. Jurisprudencia general, Buenos Aires, t. 85, 1980, pp. 859-863.

[12] Por todo lo que diremos se ha seguido la obra de **Llambías**, ob. cit., pp. 114-124.

que ese derecho ha existido desde antes y directamente en cabeza de quien lo tiene luego de la transacción.

d) Tiene valor de cosa juzgada: La parte final del artículo 1302° de nuestro actual Código Civil le otorga tal condición a la transacción, aspecto sobre el que regresaremos más adelante cuando tratemos específicamente sobre la vinculación de la transacción con la cosa juzgada y su posibilidad de proponerse como excepción en ese sentido.

13.- Concordante con lo dicho, el artículo 1303° del Código Civil es expreso al consignar que: "*La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción.*", dejando en claro la relevancia del elemento reciprocidad en esta figura extintiva. El sentido del artículo es evidente, tomando en cuenta la finalidad de la transacción, cual es la de no reabrir el asunto que dejó de ser controvertido, dudoso o litigioso; por lo tanto la eficiencia y practicidad, que constituyen las ventajas de la transacción, giran alrededor de esta economía en términos de tiempo, recursos e incertidumbre. Estos beneficios se tornarían estériles si la transacción no tuviera la calidad de definitiva, es decir, si pudiera iniciarse, reiniciarse o proseguir un proceso judicial sobre el mismo tema, al cual las propias partes encontraron solución y convinieron en ella[13].

14.- Ahora bien, nuestro Código Procesal Civil también regula sobre la transacción judicial, la misma que debe ser homologada por el juez de la causa conforme se estipula en el artículo 337°, el mismo que a la letra dice:

> "**Artículo 337°.- Homologación de la transacción**.- El Juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas.

[13] Cf. **Castillo Freyre, Mario et al**., ob. cit., p. 530.

> Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme.
> La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada. El incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de ésta.
> Si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas o se relaciona con alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros.
> Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso."

Seguidamente se regula:

> **"Artículo 338°.- Normatividad supletoria.**- En todo lo no previsto en este Capítulo, se aplican las normas pertinentes del Código Civil."

15.- Como nota adicional deviene en ilustrativo consignar que de las sesenta y dos modificaciones que se realizaron a diversos artículos del Código Civil, mediante la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil, ninguna se refiere a las normas de la transacción, es más existe el artículo 338° antes citado que es remisivo a las reglas contendidas en el Código sustantivo, lo que demuestra que el legislador procesal no tuvo intención alguna de restarle eficacia a la transacción extrajudicial, de lo contrario hubiera modificado o derogado toda la normativa citada.

c.5.- La Transacción extrajudicial: ¿defensa de forma o de fondo?

16.- La cuestión surge en saberse si es que solamente la transacción judicial puede hacerse valer como defensa de forma (excepción procesal) y la extrajudicial como defensa de fondo.
Si bien es cierto que el artículo 453° del Código Procesa Civil precisa que:

> **"Artículo 453°.- Amparo de las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso**

> **por conciliación o transacción.-** Son fundadas la excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro:
> 1. Que se encuentra en curso;
> 2. Que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme;
> 3. En que el demandante se desistió de la pretensión; ó
> 4. En que las partes conciliaron o transigieron."

No resulta menos cierto que se puede optar por uno de dos caminos, o el de la aplicación literal de dichos supuestos o el de interpretar sistemáticamente los mismos dentro del marco constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva, así como de los fines del proceso, además del principio de autonomía de la voluntad; esto es de buscar la solución a un caso concreto de manera cierta sin dar pie a sucesivos litigios.

17.- Si nos inclinamos por la primera opción, es decir por la aplicación literal de la norma jurídica procesal, se consideraría que la transacción extrajudicial no puede ser alegada como Excepción procesal, por el contrario deberá alegarse como defensa de fondo, es decir, como parte de la contestación de la demanda. En cambio si ponderamos la segunda alternativa, esto es, de la interpretación sistemática de la norma procesal, arribaremos a la conclusión que se puede alegar la Transacción Extrajudicial como defensa de forma y por ende estaría considerada dentro del supuesto previsto por el artículo 446° inciso 10 del Código Procesal Civil.

18.- Comentando sobre la legislación argentina, Compagnucci de Caso precisa que la defensa o excepción de transacción, denominada *exceptio litis per transactionem finitae*, es de tipo perentorio que decide el pleito y tiene carácter sustantivo, por lo que aquel que pretenda oponer esta defensa debe demostrar, al igual que para la cosa juzgada, que se den los requisitos de las tres identidades: objeto, sujetos y causa. En cuanto al objeto, debe entenderse que sólo se ha transado sobre los derechos que obran en el acuerdo, y no es posible extender el entendimiento a situaciones análogas o similares. Los sujetos también deben coincidir y juega el principio del efecto relativo de los contratos. Por último la causa

debe ser idéntica, es decir, estar fundada en los mismos hechos que fueron fuente de las pretensiones reclamadas[14].

19.- Nuestra anterior legislación procesal, aunque no de manera expresa, contemplaba la distinción entre excepciones perentorias y dilatorias, por el momento en que podían ser deducidas –claro está que el Capítulo II del Título I, de la Sección Segunda del Código de Procedimientos Civiles de 1912, llevaba solamente por título "Excepciones dilatorias"[15]-, clasificación que hoy en día ha dejado de ser usada, tanto es así que la actual Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 no las contempla, teniendo eso sí una estación procesal de saneamiento.

No obstante lo dicho, resulta ilustrativo hacer algunas referencias a ello, fundamentalmente por sus efectos prácticos.

20.- En doctrina existen tantas clasificaciones de excepciones como autores hay[16], por lo que optamos por seguir lo dicho por Peláez[17], quien mencionando los diferentes criterios de clasificación de estas, alude, entre otras, a las: a) procesales y materiales; b) propias e impropias; c) de previo o especial pronunciamiento; d) perentorias, dilatorias y mixtas.

Es esta última clasificación la más difundida, concibiéndose a las excepciones dilatorias o temporales como aquellas que no impiden una reproducción del ataque del actor en otro proceso una vez hayan variado las circunstancias; en tanto que las perentorias o perpetuas, eran aquellas que de ser estimadas impedían que el ataque se reproduzca en otro proceso, porque se dirigían a conseguir la absolución del demandado o la

---

[14] Cf. **Compagnucci de Caso**, ob. cit., pp. 532-533.

[15] Sobre esto resulta ilustrativo revisar lo dicho por **Eugenia Ariano**: *"Prescripción, ¿cuestiones" declarables de oficio y cosa juzgada*", artículo contenido en: Problemas del proceso civil, Lima, Jurista editores, 2003, pp. 102-105, especialmente las notas a pie.

[16] Nos remitimos a lo comentado por **Eugenia Ariano**, ob. cit., pp. 103, n. 4 y 145, n. 21.

[17] Cf. **Peláez, Francisco J.**, *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 191 y ss.

terminación del litigio, desvirtuando o destruyendo para siempre el derecho del demandante[18].

Se admitía una *tertius genus* que se denominaba excepciones mixtas, porque, se sostenía, tenían doble naturaleza, de perentorias y de dilatorias, por lo que se podían hacer valer tanto antes de contestar la demanda como al presentarse ésta, siendo considerada dentro de este tipo de excepciones la de Transacción.

c.5.1.- Transacción vs. Cosa juzgada:

21.- Otro ámbito de debate es el referido a que si la Transacción al tener, según nuestro Código Civil, el valor Cosa Juzgada podría haber hecho valer en este proceso como defensa de forma bajo el amparo del inciso 8 del artículo 446° del Código Procesal Civil, que regula la excepción de Cosa Juzgada, y no bajo la égida del inciso 10 del mismo artículo.

Si nos remitimos al ordenamiento procesal, observamos que el Desistimiento de la pretensión se puede hacer valer como excepción con nombre propio (artículo 446° inciso 9: Desistimiento de la pretensión) o como excepción de Cosa Juzga en mérito a lo dispuesto por el artículo 344° del Código Procesal Civil, por lo que en uno u otro sentido tendría paso, también, para ser amparada la Transacción judicial o extrajudicial.

Como dato histórico mencionamos que el artículo 1728° del Código Civil de 1852 decía que: "*La transacción produce entre las partes la excepción de cosa juzgada; y puede interponerse en cualquier estado de la causa.*" Coligiéndose de ello, que se le otorgaba la condición de excepción mixta, al poderse oponer como dilatoria o perentoria de acuerdo a lo antes mencionado.

---

[18] El procesalista brasileño Moacyr Amaral conceptúa a las excepciones dilatorias como "...*são aquelas que apenas distendem o curso da demanda...*" mientras que las perentorias "*…são aquelas que trancam, encerram o processo…*"
Cf. **Amaral Santos, Moacyr**, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2° volumen, 14ª ed., Sao Paulo, Saraiva, 1989-1991, p. 195.

22.- Empero, es sujeto de debate el considerar si es que la transacción extrajudicial tiene o no la calidad de Cosa Juzgada, siendo de opinión en contra la mayoría de la doctrina, por ejemplo en Argentina Llambías, Borda y Compagnucci sostienen que la transacción como contrato que es, no tiene capacidad de producir efectos de Cosa Juzgada, sólo tendrá aquella fuerza la que ha sido homologada por el juez[19].

De la misma postura son los autores nacionales Castillo Freyre y Osterling Parodi, al señalar que la transacción sólo tiene similitudes con la sentencia o con el laudo cuando nos encontramos dentro de un proceso judicial o arbitral[20].

De distinto parecer es el maestro uruguayo Eduardo Couture, que al considerar como excepciones mixtas a la Cosa Juzgada y a la Transacción, decía que: "*Las excepciones de cosa juzgada y transacción evitan, en todo caso, el debate sobre el derecho expuesto en la demanda. Quien aduce la cosa juzgada no discute el derecho mismo, sino que se ampara en un pronunciamiento anterior a su respecto, que le resulta favorable y que le ahorra una nueva discusión. El que invoca la transacción tampoco quiere dilucidar el derecho tal cual era, sino que se ampara en un estado de cosas que ha surgido luego del contrato de transacción y que hace innecesario todo debate sobre el estado anterior; la transacción que es el equivalente contractual de la sentencia, actúa en el juicio como una verdadera excepción de cosa juzgada.*"[21]

23.- La doctrina española también se ocupa de tal efecto, considerando que la norma respectiva (artículo 1.816 del Código Civil español), cuando habla del valor de Cosa Juzgada, se trata más de una metáfora secular y

---

[19] Cf. **Llambías**, ob. cit., p. 120, **Compagnucci de Caso**, ob. cit., p. 530 y **Borda, Guillermo**, *Manual de obligaciones*, 10ª ed. Actualizada, Buenos Aires, Perrot, 1994, p. 360.

[20] Cf. **Castillo et al**., ob. cit., p. 512, y **Morello, Augusto M.,** *"La transacción desde la perspectiva procesal"* en: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año VI, N° 11, t. VI, julio-diciembre, 1953, pp. 375-390, artículo contenido también en su libro: *La eficacia del proceso*, 2ª ed. ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pp. 393-409.

[21] Cf. **Couture, Eduardo J.**, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 12ª reimpresión de la 3ª ed. de 1958, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 118-119.

que ha cumplido históricamente la misión de subrayar el carácter meramente declarativo del contrato, no debiendo entenderse en su sentido literal; por tal motivo el autor español Francisco Peláez comenta que:

> "Partiendo de que la transacción es una especie de sentencia que dictan las partes para resolver su situación controvertida, pienso que la interpretación que buscamos es la de Fenech. El art. 1.816, dice, 'no refleja una identidad conceptual con la cosa juzgada de la sentencia. La cosa juzgada de la transacción que no puede hacerse valer, por ejemplo, por medio de la excepción de cosa juzgada en el proceso civil, ni tratarse por el procedimiento incidental, quiere decir que *el juez viene obligado a tener en cuenta la decisión de las partes y a no contradecirla, aunque la crea injusta*; pero esta cosa juzgada no impide que el Juez valore la validez del propio contrato de transacción, y que estime su falta de causa, que ha sido otorgado con dolo, etc., o sea, que el juez no puede revisar el proceso que ha culminado en una sentencia, de modo que la cosa juzgada se desprende de la sentencia y cubre la actividad anterior a ella. *Sólo en ese sentido puede hablarse propiamente de cosa juzgada, en cuanto la solución se independiza de la actividad anterior y tiene valor por sí misma.*' Es como una sentencia que se han dado las partes."[22]
>
> Continúa citando Francisco Peláez, esta vez a Carreras Llansana quien opina que: "Para que exista cosa juzgada en sentido material, es indispensable, por definición, que se haya juzgado, es decir, que exista verdadero y propio juicio sobre una cuestión entre partes. Si no existe una verdadera norma o regla sobre relaciones jurídicas, si falta como hemos visto esta imperatividad que es sólo propia de la sentencia dictada en el proceso contencioso, no cabe afirmar que exista propiamente un juicio ni cosa juzgada"[23].

24.- En la misma línea doctrinal Agustín Luna Serrano opina que, tampoco habría de tener la transacción el valor de cosa juzgada en el sentido positivo de ser vinculante para el juez, puesto que al no haber

[22] Cf. **Peláez**, ob. cit., pp. 161 y 163.
[23] Cf. **Peláez**, ob. cit., p. 164.

juicio no se da el presupuesto de la regla tradicional *res iudicata pro veritate habetur*, por lo que sostiene que si alguna de las partes "…intentase repristinar la discusión ante los órganos jurisdiccionales, la otra podría oponerle útilmente, con la misma fuerza que la *exceptio rei judicate*, la *exceptio litis per transactionem finitae*."[24]

25.- En consecuencia, parecería dificultoso decantarse por una u otra opción; empero, siguiendo a la mayoría de la doctrina, cuyos argumentos nos parecen más plausibles con relación a si en base a la transacción extrajudicial -no homologada[25]- se puede deducir la excepción de Cosa Juzgada, opinamos que no resulta viable su proposición como defensa de forma bajo esa denominación, sino más bien creemos que se puede plantear como Excepción de Transacción propiamente dicha, toda vez que si bien es cierto existen ciertas similitudes entre ambas instituciones –Transacción y Cosa Juzgada- se nota la ausencia de identidad entre las mismas y más bien una mayor presencia de diferencias.

c.5.2.- De la transacción extrajudicial como excepción procesal:

26.- En lo que respecta a nuestro ordenamiento procesal, comentando el anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912, Augusto Ferrero decía que:

> "En cuanto a la transacción, nuestra ley procesal no ha hecho sino conceder al demandado el derecho de interponer con el carácter previo de defensa, una institución contemplada en el Código Civil (artículos 1307°-1316°). La transacción como la cosa juzgada, entraña una función positiva y una negativa. Una función positiva por cuanto se puede exigir su cumplimiento. Una función negativa por cuanto se puede oponer lo pactado. Es en el sentido de la función negativa que

[24] Cf. **Lacruz**, ob. cit., p. 382 y ss.

[25] Sobre la mala habitualidad de requerir la homologación de la transacción es bueno remitirnos a lo dicho por: **Carbone, Carlos Alberto**, *"Excepciones de transacción, conciliación y desistimiento del derecho"*, en: Excepciones procesales. Doctrina y jurisprudencia (coord. Jorge Peyrano), Santa Fe, Editorial Panamericana, 1993, p. 181.

> opera la excepción. Como la transacción puede hacerse por escritura pública o por petición al juez que conoce el litigio (artículo 1308° del Código Civil), entendemos que en ambos casos procede como excepción. Tiene el mismo valor que una resolución judicial. Por ello, como anota Couture, por medio de la transacción las partes deciden por contrato lo que el juez habría de pronunciar por sentencia." Seguidamente agrega "…El fundamento de la excepción de cosa juzgada, como el de la transacción, desistimiento y litispendencia, es la seguridad jurídica. No olvidemos que no solamente es importante actuar el derecho con el mínimo posible de actividad jurisdiccional, sino también con la mayor seguridad jurídica. Porque 'el derecho no es un valor en sí mismo, ni la justicia su contenido necesario. La prescripción no procura la justicia, sino el orden; la transacción no asegura la justicia, sino la paz; la cosa juzgada no es un instrumento de justicia, sino de autoridad.' "[26]

27.- Según Raymundo Salvat, para que la excepción de transacción pueda prosperar, es necesario el concurso de dos condiciones, análogas a las que se exige para la cosa juzgada: a) Que la nueva cuestión sea la misma que había sido transigida (identidad de objeto) y b) que la cuestión

---

[26] Cf. **Ferrero, Augusto**, *Derecho procesal civil. Excepciones*, 2ª ed. corregida y aumentada, Lima, s/e, 1974, pp. 142-144.
Sobre esto también nos remitimos a lo ya dicho por Couture en su obra citada, pp. 118-119.
Otro autor nacional, comentando el artículo 317° del Código de Procedimientos Civiles, decía que esta excepción se justificaba puesto que al tener ésta como fin el evitar un litigio y si, a pesar de ello, una de las partes planteara uno nuevo, tenía que otorgarse al demandado un recurso que le permitiera "…hacer efectivo el efecto de la transacción…"
Cf. **Perla Velaochaga, Ernesto**, *Juicio ordinario*, 6ª ed., Lima, EDDILI, 1986, p. 228.
De posición distinta es Pino Carpio, para quien la única transacción que podía dar pie a proponerse como excepción, de acuerdo al artículo 317° del C. de P. C., era la que había "…incidido en juicio, porque si éste no ha existido, no se podría hablar de las identidades de objeto y de causa (cosa y acción según el Código), por más que el del juicio iniciado después de la transacción se deduzca que tales identidades existen en el convenio transaccional. Por consiguiente, si la transacción se ha llevado a cabo sin que antes hubiera existido juicio, no puede deducirse la excepción; pues lo que cabe en este caso es que el demandado oponga la transacción como un medio de defensa substancial, lo que debe hacer al contestar la demanda."
Cf. **Pino Carpio, Remigio,** *Nociones de derecho procesal y comento del código de procedimientos civiles*, t. II, Lima, Tipografía Peruana, 1963, pp. 72-73.
Respecto a la inviabilidad de proponer la transacción extrajudicial como excepción bajo las normas de nuestro actual Código Procesal Civil es ilustrativo ver la obra de: **Ariano Deho, Eugenia**, *El proceso de ejecución. La tutela ejecutiva en el código procesal civil* peruano, Lima, Rodhas, 1996, pp. 216-217.

se plantee entre las mismas personas, actuando en la misma calidad (identidad de personas)[27]; por ello se dice que la transacción es un instituto con una doble resonancia normativa, fondal y ritual, por cuanto sus efectos extinguen o modifican relaciones jurídicas y son idóneos para terminar anormalmente el proceso, puede argumentarse como pretensión para exigir su cumplimiento (ya que genera un título ejecutivo) o como excepción cuando se pretende demandar por el mismo derecho primigenio que fue objeto de la transacción[28].

28.- Abundando en argumentos a favor de la viabilidad de proponer la transacción extrajudicial como excepción, Fornaciari considera que la transacción afecta directamente la pretensión, afecta el derecho que se autoatribuye el actor en el proceso: "Cuando se trate de convenio extrajudicial, estaremos en el campo de los derechos simplemente dudosos. Frente a este supuesto, se ha sostenido que, cuando el acuerdo se celebre sin que exista litigio, la transacción no puede oponerse como excepción previa, sólo sería viable como 'defensa de fondo' ya que es un medio extintivo de obligaciones que guarda similitud con el pago que no está enumerado entre las defensas previas. Los argumentos no nos parecen definitivos; pensamos que para arribar a una solución a este problema, es necesario recurrir al procedimiento de identificación de pretensiones (…) Por su valor gráficamente esclarecedor, conviene reproducir la fórmula suministrada por Calamandrei. Según este autor, la identificación subjetiva tiende a establecer quiénes son los litigantes; la objetiva apunta a determinar sobre qué litigan; la atinente al tercer elemento, o sea al título o causa petendi, se dirige a responder por qué litigan."

Líneas más adelante el autor aludido concluye que constatada la triple identidad no advierte impedimento alguno para que la transacción pueda prosperar como defensa previa, por lo que "…determinada por el procedimiento de confrontación la identidad de la pretensión deducida con la cuestión que ha sido materia de convenio transaccional, la excepción previa que analizamos es perfectamente viable."[29]

---

[27] Citado por **Castillo Freyre et a**l, ob. cit., p. 491.
[28] Cf. **Carbone, Carlos Alberto**, ob. cit., pp. 179-180.
[29] Cf. **Fornaciari**, ob. cit., pp. 96-97.

29.- Concluimos que no existe basamento lógico que sirva de obstáculo para que la Transacción Extrajudicial se oponga como defensa de forma, de lo contrario se estaría desconociendo sus efectos extintivos así como su utilidad como medio eficaz para solucionar futuros litigios, además de instrumento para alcanzar la paz y armonía entre las partes.

D.- FORMALISMO, INTERPRETACIÓN NORMATIVA, JUSTICIA Y CONFLICTO SOCIAL:

30.- De lo dicho surge el siguiente interrogante: ¿cuál sería la razón para no poder alegar la transacción extrajudicial como defensa de forma (Excepción) y solamente limitarla a oponerla como defensa de fondo?

No se halla motivo razonable para exigir a las partes a litigar por un alongado tiempo, sabiendo que se concluirá finalmente por el amparo de la defensa propuesta, cuando bien puede acogerse la misma como excepción procesal, con ello no sólo se estaría actuando en aplicación del principio de Economía Procesal sino también se estaría descartando la aplicación literal, y por tanto perjudicial, de las normas procesales contenidas en los artículos 446° inciso 10 y 453° del Código Procesal Civil, tanto más si es que se está ante un claro supuesto de ausencia de interés para obrar en el proceso.

Reiterando, pensamos que los citados dispositivos legales no deben ser aplicados *ad pedem literae* sino más bien deben ser interpretados a la luz del ordenamiento constitucional y en concordancia con el resto el ordenamiento legal, obedeciendo a una interpretación sistemática.

31.- Resulta muy oportuno traer a colación lo dicho por el jurista brasileño Carlos Álvaro de Oliveira, a propósito del formalismo en el proceso civil, quien comenta que "…la clave del problema consiste en la posibilidad de que el

poder organizador, ordenador y disciplinario del formalismo -en vez de servir a la realización del derecho- contribuya al aniquilamiento del propio derecho o a un retraso irrazonable de la solución del litigio. En este caso, el formalismo se transforma en su contrario: deja de constituir una herramienta útil para la realización de la justicia material y pasa a ser su verdugo; en vez de propiciar una solución rápida y eficaz del proceso, contribuye a la extinción de éste sin juzgamiento del mérito, impidiendo que el instrumento alcance su finalidad esencial.

Se coloca, por tanto, en primer plano de la discusión hasta qué punto es posible aceptar, o no, una visión rígida y rigurosa del formalismo procesal y, al mismo tiempo, la problemática de la investigación y búsqueda de soluciones para el antagonismo entre tales valores en conflicto. "[30]

32.- Justamente por ello es necesario tener en cuenta que constituye un margen de libertad del juez cuando realiza la conexión de la norma que interpreta con los valores en los que descansa todo el ordenamiento.

Los principios de un sistema jurídico moldean el entendimiento de la totalidad de sus normas porque en todo caso el intérprete deberá optar, entre las varias posibles, por la solución hermenéutica que mejor se adapte a ellos.

En esta labor tendrá a su favor los criterios de la razonabilidad, puesto que ante la pluralidad de exigencias provenientes de diversas fuentes, su única solución será la de acudir a lo que la doctrina y la jurisprudencia han venido denominando "juicio de razonabilidad", que no es otra cosa que un juicio sensato y lógico desde un punto de vista constitucional[31].

33.- Otro autor español, Ricardo Ruiz Serramalera, también se ocupa de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, por lo que aún siendo extenso lo transcrito, es necesario plasmar su punto de vista sobre ello. Dicho autor nos dice que:

> "Para fijar el ámbito de la interpretación jurídica se debe atender a tres puntos importantes, que muchas veces se

[30] Cf. **Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto**, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, trad. de Juan José Monroy Palacios, Lima, Palestra, 2007, pp. 368-369.

[31] Seguimos lo dicho por **Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido**, *El juez imparcial*, Granada, Comares, 1997, pp. 73-74.

> suelen marginar, entendiendo que sólo se hace necesaria una labor de esclarecimiento de la norma cuando sea manifiestamente dudosa (por su abstracción , por su complejidad o por su apariencia), o creyendo que únicamente corresponde investigar el alcance de la ley (por reducir a ella el contenido de la interpretación), o suponiendo que es suficiente con averiguar el sentido particular de cada norma según su propio contenido (aislándola del resto de las que componen el ordenamiento jurídico).
>
> El primer aspecto que conviene resaltar es que toda norma de Derecho, por muy claros que parezcan los signos con los que se manifiesta, necesita de la interpretación del jurista, pues una cosa es que la letra (en el caso de la ley) o el uso (en el caso de la costumbre) se muestren como perfectamente definidores de un contenido concreto que aparentemente no ofrezca dudas y otra muy distinta que ello sea efectivamente así, pues hasta haber analizado aquellos signos no se estará en condiciones de determinar su claridad o su complejidad. No hay que confundir la facilidad o dificultad que brinde cada norma para captar su significado con la existencia o inexistencia de una tarea interpretativa, que en todo caso es necesario poder traducir y comprender los signos a través de los cuales se presenta.
>
> Aunque siga teniendo vigencia el antiguo principio '*in claris non fit interpretatio*' (constantemente recordado por la jurisprudencia), hay que entenderlo en el sentido de que, si después de haberse comprobado el contenido de una norma no parece descubrirse ninguna consecuencia distinta de las que reflejan sus signos, no puede el interprete atribuirse facultad alguna para modificar su alcance, pero no en el que no sea precisa ninguna labor investigadora cuando a simple vista no exista duda en su significado, ya que, como antes se ha advertido, para averiguar esto se hace siempre preciso analizar la forma material con la que se presenta revestida la norma."[32]

34.- De lo trascrito, nos encontramos ante el hecho que no siempre se puede decir que una norma es lo suficientemente clara, eliminando cualquier resquicio de duda o de interpretación; es más, para arribar a la conclusión de que la misma es concluyente en un determinado sentido se

[32] Cf. **Ruiz Serramalera, Ricardo**, Derecho civil. Parte general. Las fuentes del Derecho y la eficacia de las normas jurídicas, Madrid, Universidad Complutense, 1980, pp. 304-305.

ha debido realizar un análisis de ella, considerando sus alcances dentro de un determinado ordenamiento jurídico.

35.- Existen varios criterios normativos de interpretación, pero tradicionalmente se han destacado cinco que son: a) Criterio gramatical; b) Criterio contextual o sistemático; c) Criterio histórico; d) Criterio sociológico y e) Criterio intencional o teleológico.

Para lo que interesa al caso de autos se desarrollarán los criterios gramatical y contextual respectivamente, sin que ello signifique que los demás no tengan igual relevancia[33].

> ***a). Criterio gramatical***: este criterio exige que la interpretación de las normas se haga atendiendo al sentido propio de las palabras. Se llama un criterio promovido por el llamado literalismo, que es precisamente una corriente de interpretación que estima que el lenguaje es lo único que hay que entender a la hora de interpretar[34].
>
> Aunque este criterio ha sido presentado por algunos como suficiente, no parece que sirva como único criterio a la hora de

[33] Para esta clasificación nos remitimos al trabajo de: **De Asís Roig, Rafael**, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 186-208. En dicha obra se podrán apreciar, ampliamente desarrollados, los diferentes criterios de interpretación.

[34] Es interesante el comentario que hace al respecto Karl Larenz, cuando dice que "Toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal. Por tal entendemos el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje o, en caso sea constatable un tal uso, en el uso especial del lenguaje de quien habla, aquí en el de la ley respectiva. El enlace con el uso del lenguaje es el más evidente, porque se puede aceptar que aquél, que quiere decir algo, usa las palabras en el sentido en que comúnmente son entendidas. El legislador se sirve del lenguaje general porque y en tanto se dirige a los ciudadanos y desea ser entendido por ellos. Además de ello, se sirve ampliamente de un especial lenguaje técnico-jurídico, en el que se puede expresar más precisamente, cuyo uso le ahorra múltiples aclaraciones circunstanciales. También este lenguaje técnico se apoya, sin embargo, todavía en el lenguaje general, ya que el Derecho, que se dirige a todos y a todos atañe, no puede renunciar a un mínimo de comprensibilidad general…"
Cf. **Larenz, Karl**, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed. de la 4ª alemana, Barcelona, Ariel, 2001, p. 316.
Conviene consultar también a: **Espinoza Espinoza, Juan**, *Los principios contenidos en el título preliminar del código civil peruano de 1984 (Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial)*, Lima, PUCP, 2003, p. 310 y ss.

determinar un significado. Más bien se constituye en un presupuesto de toda interpretación, por lo que su utilización debe ser desde la perspectiva sistemática. En este sentido parece que se está en presencia de un metacriterio general, necesario en cualquier interpretación, pero insuficiente. También puede ser contemplado como criterio dentro del sistemático, que sirve para dotar de significado a la idea de coherencia, en el sentido de que exige interpretar de forma semánticamente coherente con el ordenamiento.

b).- Criterio sistemático: Según este criterio las normas cobran sentido en relación con el texto legal que las contiene o con el ordenamiento. El criterio sistemático puede operar bien desde la perspectiva de la adecuación lógica de la norma con las restantes (donde se conecta con el literal), bien desde la de la adecuación teleológica y valorativa de la norma respecto a las demás.

Todos los criterios sistemáticos están presididos por la idea de la coherencia. Los enunciados normativos deben ser interpretados de forma coherente con el ordenamiento. Este es precisamente el significado general del criterio sistemático, siendo los restantes proyecciones, presupuestos o limitaciones del mismo.

En efecto, algunos no son otra cosa que concreciones al sentido general de este criterio, es decir, hacen alusión a qué partes del ordenamiento deben ser tenidas en cuenta. Dentro de éstos pueden incluirse el criterio estructural, el del lugar material, el de conformidad con la Constitución, el analógico, el de equidad, el del precedente, el de autoridad.

36.- Ergo, considerando que, cuando no se acoge como Excepción la Transacción Extrajudicial, no homologada judicialmente, se está haciendo una aplicación o interpretación literal del citado artículo 453°, inciso 4, del Código Procesal Civil, mas no así una interpretación sistemática, habida cuenta que las normas que integran el ordenamiento jurídico son partes conectadas que se apoyan mutuamente, de tal modo que las unas se

explican por medio de las otras. Creada una norma jurídica, ésta viene a integrar la totalidad del ordenamiento jurídico y este impone a la norma una configuración, un valor y un sentido que deben acomodarse a la unidad del mismo ordenamiento. De esta manera, la institución de la transacción no sólo está regulada por el Código Procesal Civil sino también, y sustancialmente, por el Código Civil, por lo que extraer conclusiones distintas es atentar contra la unidad de este ordenamiento jurídico, visto como un entramado de dispositivos legales.

37.- Por tal razón, el artículo 1302° del Código Civil es meridianamente claro (y por ende preciso), puesto que prescribe que la transacción tiene por cometido el poner fin a una controversia evitando así un pleito que podría promoverse o finalizando el ya iniciado, resultando excesivo y formalista que se exija litigar a las partes en un fatigoso proceso judicial, para arribar finalmente a la conclusión que el fondo de la controversia ya ha sido resuelto por ellas mismas, cuando bien se pudo poner fin al proceso amparando la excepción propuesta[35].

Una interpretación distinta contribuye a alimentar la litigiosidad, cuando a las partes -pese a que decidieron libremente de manera extrajudicial poner fin a un asunto dudoso- se les deba exigir transitar por todo el iter procesal para concluir finalmente que no había motivo a incoar la demanda. Con ello se estaría imponiendo a las personas (sean naturales o jurídicas) a que nunca celebren transacciones extrajudiciales sino que esperen ineluctablemente a que se principie un proceso judicial, con todo el costo temporal y económico que ello significa, para luego recién

[35] Carnelutti, refiriéndose a la confirmación del ordenamiento jurídico decía: "El conocimiento, ahora ya bien establecido, de la confirmación *judicial* o *procesal* ha permitido hoy extender esa figura fuera del campo del proceso. Se ha demostrado, en efecto, que las incertidumbres que comprometen la eficacia de la disposición abstracta quedan eliminadas también con medios distintos al proceso declarativo; en especial, de un lado, mediante la llamada *interpretación auténtica* de las leyes, y por otro lado, mediante algunas formas contractuales, entre las que descuella la *transacción*…"
Cf. **Carnelutti, Francesco**, *teoría general del derecho*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, editorial Revista de derecho Privado, 1955, p. 125.

puedan transar, de lo contrarío estaría latente el peligro que de hacerlo antes del proceso, bajo el otro criterio que no se comparte, dicha transacción no tenga eficacia ni valor alguno por estar posiblemente viciada de alguna causal de nulidad o anulabilidad.

38.- Por ello, resulta equivocado, sostener *a priori*, que no se puede dar cabida a la transacción extrajudicial como medio de defensa de forma porque ésta "puede adolecer de nulidad o anulabilidad" conforme sostiene un autor nacional[36]. Mantener tal presunción, sería cuestionar la validez de cuanto acto jurídico se celebre en nuestro medio y por ende, bajo esas premisas, se tendría que considerar, por ejemplo, que tampoco resultaría amparable la excepción de convenio arbitral porque ésta podría estar viciada de nulidad o anulabilidad, dándose incluso cabida a otras posibilidades invalidantes sobre todos los negocios jurídicos celebrados, creando un ambiente de total incertidumbre e inseguridad jurídica.
Por todo ello, si bien el texto legal sigue siendo un elemento fundamental en el momento de interpretación y aplicación de la norma, esa aplicación es un proceso de integración recíproca de lo individual y de lo universal, por lo que, ni el texto de la norma es suficiente ni la aplicación de ella al caso concreto deja de influir en el momento de la interpretación. La sumisión del juez a la ley no equivale a la sujeción a un texto literal, admite un margen que, dentro de esa vinculación, permite soluciones más abiertas[37].

39.- Situación diferente se manifestaría si es que al momento de resolver la excepción el juzgador considere –en el ejercicio del control judicial que prevé el artículo 220° del Código Civil- que las transacciones

[36] Cf. **Hinostroza Mínguez, Alberto**, *Comentarios al código procesal civil,* t. II, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 896-897, quien sostiene que no se puede considerar a la transacción extrajudicial como medio de defensa de forma (es decir como excepción) porque puede adolecer de nulidad o anulabilidad.
[37] Cf. **Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel,** *"Constitución, legalidad y seguridad jurídica"* en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 1, 1997, p. 169.

extrajudiciales presentadas son inválidas o ineficaces; supuesto éste que no se ha considerado en ninguna de las instancias de mérito, no siendo alegada tampoco por la demandante, aspecto que desde nuestro punto de vista también resultaría discutible, toda vez que bien podría haberse demandado la nulidad o anulabilidad de la transacción mencionada; tanto más si es que en otros pronunciamientos casatorios, de criterio distinto al de esta sentencia, no se ha desestimado la procedencia de las excepciones de transacción extrajudicial por tales causales sino porque las mismas no se ajustaban a lo prescrito por el 453° del Código Procesal Civil.

De igual guisa, tampoco podría actuarse de manera oficiosa puesto que (aún existiendo pareceres en sentido diferente[38]) en sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio jurídico del *iura novit curia*, al ser la Casación un recurso extraordinario que sólo permite a la Corte de Casación la revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386° del Código Procesal Civil, especificidad que impide el ejercicio de la facultad general del juez de aplicar el citado principio[39].

---

[38] Es necesario mencionar que en otros países se admite la aplicación del iura novit curia en sede casatoria, como por ejemplo en Alemania y Francia; en tanto que de manera un tanto restrictiva en España, apostándose por un mayor protagonismo de este principio que en tales lugares sólo se aplica cuando se atenta contra normas de orden público.
Sobre las posiciones favorables a la aplicación del citado principio, bajo el punto de vista mencionado, se puede consultar a: **Guzmán Flujá, Vicente**, *El recurso de casación civil (Control de hecho y de derecho)*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, pp. 97-134; **Morello, Augusto M.**, *La casación. Un modelo intermedio eficiente*, Buenos Aires, Librería editora Platense-Abeledo-Perrot, 1993, pp. 279-284; **Rúa, Fernando de la**, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1968, pp. 223-224; 436; 438 y 441.

[39] Resulta interesante revisar la misma la posición manifestada por el Tribunal Constitucional en cuanto no resulta aplicable el principio citado en sede casatoria, ver al respecto Exp. N° 8327-2005-AA/TC y Exp. N° 7022-2007-AA/TC. De igual modo son ilustrativos los artículos de: **Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo**, "*La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio*", en: Ius et veritas, N° 24, 2002, p. 56 y ss.; y **Ariano Deho, Eugenia**: *"Sobre el poder del juez de 'declarar' de oficio la nulidad ex art. 220 CC"*, en su obra recopilatoria citada en la n. 15, pp. 135-150.

E.- REGLA DE DERECHO: *venire contra factum proprium nulli conceditur:*

40.- El brocardo jurídico de origen romano arriba citado no es otra cosa que la actualmente denominada Teoría de los Actos Propios, la misma que, según Mario Castillo Freyre, está conceptuada como una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, impuesta por el deber de un comportamiento coherente con la conducta anterior del sujeto que suscita en otro una fundada confianza[40].

Luis Díez-Picazo precisa que la regla de "nadie puede venir contra sus propios actos" ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión, formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada, acotando que desde el punto de vista del Derecho sustantivo, la inadmisiblidad de venir contra los propios actos constituye técnicamente un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, derivado del principio de buena fe y particularmente de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente[41].

Rubén Compagnucci de Caso afirma que la doctrina de los actos propios importa una barrera opuesta a la pretensión judicial, impidiéndose con ello el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probo en las relaciones jurídicas, no siendo posible permitir que asuman pautas de conducta que susciten expectativas o confianza en un desarrollo ulterior y luego se contradiga al efectuar un reclamo judicial[42].

---

[40] Cf. **Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya**, *La teoría de los actos propios*, Lima, Palestra, 2006, p. 63.
[41] Cf. **Díez-Picazo Ponce de León, Luis María**, La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo, Barcelona, Bosch, 1963, p. 193.
[42] Citado por **Mario Castillo Freyre et al**, ob. cit., p. 62.

41.- Por su parte Alejandro Borda señala, aludiendo a la jurisprudencia de su país, que los tribunales han sostenido que las partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, como asimismo devienen inadmisibles las pretensiones que ponen a la parte en contradicción con sus comportamientos anteriores jurídicamente relevantes[43].

Por lo tanto, la teoría de los actos propios constituye una Regla de Derecho derivada del principio general de la Buena Fe, que sanciona como inadmisible toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto[44].

42.- Resulta esclarecedor lo dicho por Luis Moisset de Espanés, quien, comentando la regla de que no es admisible que uno venga a actuar en contra de sus propios actos, menciona que: "Es necesario reconocer que la doctrina ha estado siempre presente en numerosos fallos [se refiere a los tribunales argentinos], pues repugna al más elemental sentido de justicia el que un litigante pretenda maliciosamente negar lo que antes ha afirmado…"[45]. Seguidamente da una serie de ejemplos de conductas que atentan contra la buena fe, donde encuentra aplicación la doctrina de los actos propios, como en el caso donde una parte ejercita derechos anteriormente renunciados, siendo este el supuesto que se presenta precisamente en la controversia materia de la presente casación, donde la accionante pretende reclamar derechos anteriormente renunciados.

43.- Según la doctrina, la Teoría de los Actos Propios tiene como presupuestos: **a) Una conducta vinculante**; **b) Una pretensión contradictoria** y, **c) Identidad de sujetos[46]:**

---

[43] Cf. **Borda Alejandro**, *La teoría de los actos propios*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2005, p. 55.
[44] Cf. **Borda, Alejandro**, ob. cit., p. 56.
[45] Cf. **Moisset de Espanés, Luis**, "*La doctrina de los actos propios*", en: Rev. Comercio y Justicia, N° 13.607, diciembre, 1978. Este artículo se puede leer en la siguiente página Web: http://www.acader.unc.edu.ar.
[46] Por todo nos remitimos a las siguientes obras: **Castillo Freyre et al**, ob. cit., p. 81 y ss., **Díez-Picazo, Luis**, ob. cit., pp. 194 y ss; **Borda, Alejandro**, ob. cit., p. 72; **Ekdahl Escobar, María Fernanda**, *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no*

a) Una conducta vinculante: Esta consiste en un acto o serie de actos que revelen una determinada actitud o decisión de una persona respecto de intereses vitales que se expresan, o más concretamente, es un acto volitivo, exteriorizado de las personas sobre un interés trascendente.

De acuerdo a lo expresado por Mario Castillo Freyre, tenemos que la conducta vinculante tiene cuatro elementos: 1) Debe ser RELEVANTE PARA EL DERECHO lo cual excluye no sólo las conductas jurídicamente intrascendentes (meras opiniones, expresiones de deseos o proyectos, manifestaciones incidentales, etc.) sino también aquellas que requieren imperativamente una forma determinada que, por hipótesis, esté ausente: 2) Debe ser VÁLIDA Y EFICAZ, es decir la primera conducta no debe estar atacada de causales de invalidez o ineficacia. Esta validez y eficacia de la conducta no se refiere a la juridicidad o antijuridicidad del propio acto (pues al fin y al cabo, de lo que se trata es de dilucidar con esta teoría el aspecto antijurídico del mismo) sino de subrayar que aquella conducta reúne todos los requisitos de validez y de eficacia como conducta en sí misma, más allá del juicio valorativo que se haga de ella; 3) Tiene que presentarse en una MISMA SITUACIÓN JURÍDICA, puesto que se refiere al comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses.

b) Una pretensión contradictoria: Es una nueva actuación, con un contenido jurídico preciso y determinado que importa ejercer una pretensión jurídica por parte del mismo sujeto, que resultaría lícita en otro contexto, pero que en el caso es ilícita e inadmisible por la contradicción con la primera conducta, llamada vinculante, y afectándose valores o conceptos indeterminados entre los cuales

---

contrariar conductas propias pasadas, Santiago de Chile, editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 106 y ss., y **López Mesa, Marcelo J. y Carlos Rogel Vide**, *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid-Montevideo, Reus-IB de F, 2005, p. 110. Se encuentra un artículo en línea, sin fecha, del mismo **Marcelo López Mesa** titulado: De nuevo sobre el principio general de la buena fe y la doctrina de los actos propios, que se puede consultar en: http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/lopez_mesa_actos_propios2.htm

destaca el principio de la buena fe. Por otra parte, la segunda conducta debe dar lugar a una pretensión, la misma que puede ser judicial o extrajudicial.

c) Identidad de sujetos: Debe haber una estricta identidad entre el sujeto agente de la conducta vinculante y el sujeto de la pretensión.

44.- Para el caso de autos, se verifica que la accionante, Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus menores hijos Walker Cuenca Quiroz, Euler Mendoza Quiroz y José Mendoza Quiroz, celebró transacciones extrajudiciales con la demandada Minera Yanacocha S.R.L., con fecha 2 de septiembre de 2000, siendo autorizadas las transacciones referidas a los menores edad por resoluciones judiciales del 6 de febrero y 5 de junio de 2001, luego de lo cual se realiza el último pago que se había acordado, puesto que la cancelación total se condicionó a las citadas aprobaciones judiciales.
En tales actos jurídicos, las partes acordaron que Minera Yanacocha S.R.L. indemnizaba a los afectados por el derrame de mercurio que ocurrió en su localidad, en tanto que la ahora accionante renunciaba a iniciar cualquier proceso judicial o reclamo al respecto, puesto que se daba por indemnizada completamente por los daños irrogados a su persona y a sus menores hijos como producto de la manipulación del mercurio que se derramó del camión de la empresa Ransa S. A.
45.- Conforme se observa, las transacciones fueron celebradas entre las partes de común acuerdo; es más, en el caso de los menores se contó con las correspondientes autorizaciones judiciales para dar legalidad a dichos negocios jurídicos, por lo que se entiende que las mismas tienen plena validez y eficacia; ergo, resulta contradictorio que la accionante, pretendiendo desconocer actuaciones anteriores, interponga demanda por indemnización alegando haberse producido un daño mayor al que fue materia de transacción.

Asimismo, los negocios jurídicos transaccionales aludidos no fueron tachados de falsos o nulos por la actora cuando absolvió las excepciones que le opusieran los demandados, hecho del que nos volveremos a ocupar con más detalle considerandos adelante.

46.- Sobre esta conducta desplegada por la actora, resulta necesario referirse a lo dispuesto por el Código Civil vigente, en lo que concierne al régimen general de los contratos. Tal es así que, en sus artículos 1361° y 1362° se consagran los principios de obligatoriedad de los contratos y de la buena fe, principio este último que debe existir en sus etapas de negociación, celebración y ejecución de los mismos, por ello establecen que:

> **"Artículo 1361°.- Obligatoriedad de los contratos:** Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.
> Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.
> **Artículo 1362°.- Buena Fe y común intención:** Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes."

De la regulación aludida, se demuestra que al ser la Transacción un contrato, resulta por sí mismo obligatorio entre las partes que lo celebraron, porque responde a la voluntad de ellas. Esa obligatoriedad, sin duda, nace de la ley, porque les otorga a los particulares la posibilidad de regular sus propios intereses, dentro de los límites que les señala el ordenamiento jurídico[47].

Ahora bien, esta afirmación resulta ser una presunción *iuris tantum* puesto que el mismo artículo 1361° admite la posibilidad de probar en contrario, esto es que alguna de las partes llegue a sustentar que lo expresado en el contrato no es fiel reflejo de su real voluntad, extremo éste que deber analizado a luz del principio de la Buena Fe, de lo contrario la simple

[47] Cf. **De la Puente y Lavalle, Manuel**, *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del código civil*, t. I, 2ª reimpresión de la 2ª edición actualizada de la de 2001, Lima, Palestra, 2007, pp. 311-325 y **Pérez Gallardo, Leonardo**, *Obligatoriedad contractual. Presunción de voluntad común*, en: Código Civil comentado, t. VII, contratos en general, 2ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2007, pp. 90-99.

alegación en ese sentido –sobre la discordancia- daría pie a cuestionar la validez de los contratos por la sola decisión unilateral de las partes.

47.- Es por ello que el artículo 1362° contempla que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la Buena Fe y común intención de las partes. Ello significa que se entiende que el contrato debe ser celebrado bajo un principio ético, donde los celebrantes confíen entre sí, razón por la cual el Derecho ha optado por consagrar la Buena Fe Objetiva.

Respecto a la común intención de las partes el autor nacional Manuel de la Puente decía que:

> <<Entre los comentaristas de este Código [se refiere al de 1936], el que trata mejor el tema de la común intención es Cornejo, quien dice que "la intención representa la dirección teleológica de la voluntad, es la voluntad dirigida a un fin", agregando que la intención común "consiste en la unificación del querer de ambas partes en el propósito de crear una obligación jurídica, en lo que los alemanes llaman la 'voluntad del negocio', atingente al contenido jurídico del contrato y no a los fines prácticos."
> Resulta así que la "común intención" de que habla el artículo 1362° del Código Civil de 1984 debe ser entendida como la "voluntad común" mencionada en el artículo 1361° del mismo Código, o sea la absoluta coincidencia de las voluntades de las partes en relación al objeto del contrato, que es la creación (regulación, modificación o extinción) de la relación jurídica patrimonial. >>[48]

48.- De ello emerge que, cuando se celebra un contrato, las partes se vinculan a los términos del mismo, puesto que ellos han sido fijados como expresión de la autonomía de la voluntad de estas; en todo caso, si alguna de ellas pretendiera alegar la existencia de algún vicio en su celebración, así lo debe hacer saber, procediendo a tomar las acciones que correspondieren, pero de modo alguno resulta aceptable que de manera unilateral desconozca los efectos del contrato porque así le parece.

En el caso materia de autos, la accionante no sólo pretende desconocer de manera unilateral los efectos de las transacciones celebradas con la empresa minera demandada sino que, lo que resulta más grave desde

[48] Cf. De la Puente y Lavalle, Manuel, ob. cit., p. 349.

nuestra perspectiva, no hace mención a tales hechos en su demanda, ocultando haber celebrado sendos negocios jurídicos transaccionales con la empresa minera, tanto más si luego de deducidas las excepciones de conclusión del proceso por transacción no formuló tachas contra los citados acuerdos transaccionales, lo cual demuestra que no estaba actuando coherentemente con relación a su conducta anterior de poner fin a un asunto controvertido como fue la reparación de los daños causados por el derrame de mercurio.

49.- Esta conducta contradictoria no sólo se evidencia con lo antes anotado sino también que al absolver las excepciones, únicamente alegó la supuesta nulidad de pleno derecho de las transacciones, con relación a la defensa formal propuesta por la empresa minera [escrito de absolución de fecha 17 de septiembre de 2002, obrante a fojas 261 del tomo I], argumento que no volvió a esgrimir ante idéntica excepción propuesta por el codemandado Arturo Blanco Bar [escrito del 07 de octubre de 2003, corriente a fojas 1225 del tomo III], donde se limitó a decir que las transacciones extrajudiciales, al no haber sido homologadas por el juez ni tampoco habían puesto fin a un proceso anterior, no se ajustaban a lo regulado por el artículo 453°, inciso 4, del Código Procesal Civil, por ende no se podían alegar como excepciones procesales.

Tal falta de coherencia en los argumentos contenidos en el escrito de la demanda y en el de defensa de la accionante nos llevan a colegir que la misma ha tenido una conducta contradictoria frente a su contraparte, la empresa minera demandada, por lo que consideramos que se da la regla del *venire contra factum,* al pretender desconocer injustificadamente un acto anterior válidamente realizado, puesto que no se verifica que haya interpuesto demanda poniendo en cuestión la validez de dichas transacciones [como proceso autónomo o como pretensión acumulativa]; conducta que no puede pasar desapercibida.

50.- Lo argumentado en la demanda, no puede servir de motivo para desconocer los alcances y efectos de una transacción celebrada

voluntariamente por la accionante. En todo caso, si es que consideró que tanto la transacción celebrada por derecho propio como la referida a sus menores hijos adolecían de algún vicio de invalidez, debió optar primero, o acumulativamente si fuere el caso, por solicitar la nulidad de las mismas, pero de modo alguno puede actuar de manera contraria a una conducta anterior como fue la de renunciar a iniciar cualquier proceso judicial sobre el asunto materia de indemnización; en consecuencia, en este caso concreto se evidencia una clara actuación contradictoria en el comportamiento de la accionante, hecho que también debe ser tomado en cuenta para realizar un análisis en conjunto del caso materia de resolución en este Pleno Casatorio[49].

F.- TRANSACCIÓN Y LESIÓN:

51.- La demandante, al momento de absolver el traslado de las excepciones deducidas por la minera demandada (fojas 261 del tomo I), indica que las transacciones extrajudiciales resultan lesivas [haciendo lo mismo en su recurso de apelación donde consigna que la empresa minera se aprovechó de la "necesidad apremiante de los afectados"], no exponiendo mayores argumentos al respecto.

52.- El artículo 1447° del Código Civil señala que: "La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al

[49] Hay posiciones en contrario que consideran que cuando las partes quedan ligadas o vinculadas por su propio negocio jurídico no hay lugar a aplicar la doctrina de los actos propios, sino la doctrina general de los efectos del negocio jurídico.
Se discrepa de tal parecer, dado que para el caso de autos no podría exigírsele a la parte emplazada a que plantee una demanda pidiendo que la ahora accionante se abstenga de incumplir el contrato, no sólo sería un contrasentido sino acrecentar aún más el conflicto jurídico, dado que no se estaría resolviendo la cuestión principal del debate referido a la viabilidad de deducir la transacción extrajudicial como excepción procesal así como, este órgano jurisdiccional se estaría sustrayendo en su función de evaluar la conducta de la actora a la luz del principio de la Buena Fey su comportamiento contrario a los acuerdos que aceptó asumir con la transacción.
Sobre los pareceres distintos a los que se hace alusión Vid.: **Díez-Picazo**, Ob. cit., p. 161 y **Borda, Alejandro**, Ob. cit., pp. 114-115.

momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro."; en tanto que en el artículo 1455° es taxativo al prescribir que no procede la acción de rescisión por lesión en la transacción ni en las ventas hechas por remate público.

53.- La Comisión Revisora del Código Civil de 1936 que dio a luz el vigente de 1984, decía que:

> "El propósito del legislador de robustecer la transacción se manifiesta principalmente en los siguientes aspectos: (…) En caso que hubiera desproporción entre las concesiones recíprocas que se hicieran las partes, no se permite la lesión en la transacción, en razón que el artículo 1302 del Código Civil no exige que las mutuas concesiones sean equivalentes. El legislador confiere un tratamiento excepcional a la transacción. Quiere impedir que lo que se persigue con la transacción (que es evitar que un juicio se promueva o continúe) se pierda por la vía de la lesión, que importa reabrir un debate judicial sobre la cuantía de las concesiones mutuas que se hicieran las partes para arribar a la transacción."[50]

54.- Al respecto Max Arias-Schreiber, comentando dicha norma legal, indicaba que la razón por la cual no cabe la lesión en la transacción estriba en que las partes se hacen concesiones recíprocas y la operación tiene valor de cosa juzgada en mérito a lo dispuesto por el artículo 1302° del Código Civil[51].

Posición algo distinta expresa Manuel de la Puente quien, justamente aludiendo al anterior autor, dice que no comparte tales "…argumentos por cuanto, si bien son válidos si se toma en consideración exclusivamente el elemento objetivo de la lesión, o sea la desproporción entre las prestaciones, carecen de justificación cuando se tiene en cuenta los elementos subjetivos, que son el aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro."

Seguidamente añade:

> "En efecto, siendo la transacción un contrato, es dable que las condiciones de la transacción sean impuestas por una de

[50] Cf. Exposición de motivos oficiales…, cit., p. 8.
[51] Cf. **Arias Schreiber Pezet, Max et alii**, *Exégesis del código civil peruano de 1984. Colección completa*, t. I, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 226.

> las partes abusando del estado de necesidad en que se encuentra la otra, que lleva a ésta a aceptar tales condiciones por ser la única manera cómo puede satisfacer su necesidad. No creo que deba ampararse una transacción celebrada en estas condiciones. Convengo, sin embargo, en la razón dada por Arias Schreiber de que el artículo 1302 del Código civil establece que la transacción tiene el valor de cosa juzgada, por lo cual no se podría interponer una acción judicial para rescindirla."[52]

55.- Nuestra legislación nacional proscribe expresamente la posibilidad de cuestionar la transacción alegando que ha existido lesión al momento de su celebración. Es más, la parte accionante sólo hace mención, de manera tangencial, en su escrito de absolución de la excepción propuesta por Yanacocha[53], que la transacción extrajudicial "resulta lesiva", pero no menciona si es que intentó ejercer alguna acción en ese sentido ni tampoco alegó la nulidad negocial en este proceso como parte de sus pretensiones acumuladas, por lo que queda claro que este instituto jurídico bajo análisis queda descartado como argumento para cuestionar la validez de la transacción celebrada entre las partes.

De otra parte, se verifica que tanto la demandante como su cónyuge, tienen la condición de profesores, ergo, al no estar incapacitados cultural

---

[52] Cf. **De la Puente y Lavalle, Manuel**, ob. cit., t. III, pp. 108-109.
Comparte la misma posición Luis Moisset de Espanés, acotando que no encuentra razón para no dar lugar a la rescisión de la transacción por lesión, pero de cualquier modo como el texto del artículo 1455° del Código Civil es claro, se cierra la puerta a la posibilidad de intentar la acción de lesión en las transacciones.
Cf. **Moisset de Espanés, Luis**, en: *Código Civil comentado, t. VII, contratos en general*, 2ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2007, p. 517.
Opinan por que sí procedería la rescisión por lesión **Mario Castillo y Felipe Osterling**, *Tratado de las obligaciones*…, p. 506.
Sobre posiciones encontradas devienen en interesantes sobre dar cabida o no a la lesión en la transacción, los artículos de: **Moisset de Espanés, Luis**, "*La lesión subjetiva y sus elementos*", nota a fallo en: La Ley 1984-B, p. 308; **Xanthos**, "*Nulidad de una transacción que versó sobre el monto del resarcimiento, por configurar lesión subjetiva*", nota a fallo en: La Ley 1998-E, pp. 292-294, y **Compagnucci de Caso, Rubén**, "*Transacción y lesión subjetiva*", en: La Ley, año LXXI, N° 239, 12 de diciembre de 2007, pp. 1-4.

[53] De la revisión de los actuados se tiene que la accionante solamente absolvió las excepciones deducidas por los demandados Yanacocha S. R. L: (fojas 261-264 del tomo I) y Arturo Blanco Bar (fs. 1225 a 1228 del tomo III), mas no se advierte que lo haya hecho respecto a las deducidas por la otra demandada Ransa S. A.

o legalmente, no se halla elemento impediente alguno para no hayan podido apreciar los hechos con claridad. Y no es que se les esté exigiendo, en este caso, el haber tenido o desplegado una capacidad de análisis de juristas o peritos, sino tan solo nos remitimos al sentido común que todo profesional tiene y que le permite formarse un juicio sobre la realidad que lo rodea y de ese modo saber qué actos le son más o menos ventajosos a sus intereses personales[54].

Otro hecho que se corrobora es que la actora recibió el último pago indemnizatorio acordado en las transacciones después de expedidas las resoluciones judiciales que las aprobaban, tal como se puede observar de las documentales aparejadas en autos, conducta que denota que para ella, en ese momento, las citadas transacciones no carecían de validez, por el contrario estuvo de acuerdo con los términos pactados en ellas.

G.- PRONUNCIAMIENTO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO:

56.- Dada la trascendencia del hecho que da origen a esta y otras demandas similares que se encuentran en curso, la Defensoría del Pueblo se pronunció con relación al derrame de mercurio que afectó a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan en la provincia de Cajamarca, emitiendo el Informe Defensorial N° 62, de diciembre de 2001.

En el citado Informe se hizo un pormenorizado análisis de lo acontecido, precisando en sus conclusiones, entre otros puntos, que a la Minera Yanacocha se la había sancionado administrativamente, no habiendo impugnado dicha sanción (conclusión número 22). También cuestionó la actividad procesal de la magistrada provisional encargada del Juzgado

[54] Estos datos, concernientes a la formación profesional de la accionante y su cónyuge, emergen de los que se consignan en la resolución de autorización judicial para celebrar transacción dictada por el Tercer Juzgado de Familia de Cajamarca, obrante en copia de fojas 234 a 236 del tomo I de los cuadernos que forman este proceso.

Mixto de Santa Apolonia, Olga Castañeda Ayulo, así como del Fiscal Ad Hoc, Miguel Villalobos, nombrado para el caso.

Se procesó penalmente al chofer del camión, Esteban Arturo Blanco Bar por el delito contra la vida el cuerpo y la salud, como único responsable, y contra los directivos de Yanacocha y de Ransa por el delito contra la seguridad pública y delito de peligro común, en sus figuras de formas culposas en agravio de la sociedad, reservándose el Fiscal el derecho de denunciarlos por delito ecológico. No habiéndose constituido en parte civil ninguno de los agraviados.

Finalmente, sólo se sentenció al chofer del camión a dos años pena privativa de la libertad con ejecución suspendida, no habiendo sido apelada la sentencia.

Sobre este particular, la defensoría del Pueblo en sus conclusiones y recomendaciones (números 23 y 11, respectivamente) solicitó se investigue la actitud tanto de la magistrada como del fiscal por no haber procesado debidamente la cuestión del delito ecológico, por lo que recomendó que los órganos de control del Ministerio Público y del Poder Judicial procedan de acuerdo a sus atribuciones.

57.- Finalmente, en lo atinente a las transacciones extrajudiciales (conclusión número 26), opina que las mismas "*…vulneran los derechos al debido proceso y a una tutela jurisdiccional efectiva de los afectados, derechos de la persona humana reconocidos constitucionalmente, inherentes a la misma e irrenunciables.*".

Según la Defensoría del Pueblo (p. 75 del Informe), tales transacciones sería nulas de pleno derecho ya que se estaría transigiendo sobre el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Opinión que no es compartida por este Pleno Casatorio por las razones ya expuestas.

58.- La Defensoría del Pueblo no se pronunció en sus conclusiones ni en sus recomendaciones sobre la viabilidad o no de demandar indemnización por daño ecológico a los responsables del hecho denunciado, esto a efectos de dar lugar a que se reparen esos perjuicios

ocasionados con el derrame de mercurio. En suma, no instó a ninguna de las entidades o instituciones señaladas en el artículo 82° del Código Procesal Civil para que inicien las acciones que el caso ameritaba.

H.- SOBRE LOS INTERESES DIFUSOS Y SU DEFENSA:

59.- En primer lugar es necesario tener en cuenta que a la fecha en que se suscitaron los hechos (02 de junio de 2000) y de la admisión de la presente demanda (presentada el 27 de mayo de 2002 y admitida del 04 de junio de 2002, como se verifica de fojas 1101 a 1120 del tomo III) aún estaba vigente el texto original del artículo 82° del Código Procesal Civil el mismo que era el siguiente:

> "**Artículo 82°.- Patrocinio de intereses difusos:**
> Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor.
> Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del Juez, ésta última por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello.
> En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el diario oficial "El Peruano" y en otro de mayor circulación del distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.
> La sentencia, de no ser recurrida, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso."

Posteriormente, mediante Ley N° 27752, del 08 de junio de 2002, se modifica el texto de dicho artículo en lo siguientes términos:

> "**Artículo 82.- Patrocinio de intereses difusos:**
> Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de

> inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.
> Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.
> Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio.
> Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93 a 95.
> En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.
> En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.
> La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción."

60.- Tal modificación versó sobre quiénes tienen legitimación para obrar en la defensa de tales intereses, dándose el caso que a la fecha de la interposición de la demanda, la norma procesal le otorgaba tales facultades al Ministerio Público y a las asociaciones o instituciones sin fines de lucro; en tanto que la norma modificada amplía el espectro de instituciones legitimadas para tal fin. El caso es que ni en el texto anterior ni en el actual se contempla la posibilidad de que la acción pueda ser ejercida por una persona natural sino tan solo por entes que cuenten con personería jurídica.

61.- Al respecto, Juan Montero Aroca nos dice que frente a los intereses colectivos, los intereses difusos se caracterizan porque corresponden a una serie de personas que están absolutamente indeterminadas, no existiendo entre ellas vínculo jurídico alguno, de modo que la afectación de todas ellas deriva sólo de razones de hecho contingentes, como ser consumidores de un producto, vivir en una misma ciudad o ser destinatarios de una misma campaña publicitaria. Acotando que por ello se está, sin duda, ante un caso de legitimación extraordinaria. La asociación representativa no es, desde luego, titular del interés difuso, pero tiene por ley la legitimación para defenderlo en juicio[55].

62.- En sede nacional Giovanni Priori comenta que en el caso de los intereses difusos nos encontramos frente a un problema de acceso a la jurisdicción; por ello, en la medida que es imposible o sumamente difícil precisar la titularidad del derecho –y por ende la legitimación para obrar activa- la ley habilita a determinadas personas o instituciones para que actuando en nombre propio inicien los procesos tendientes a la tutela de estos derechos que, en principio, no les corresponden, debido a que la titularidad se encuentra atribuida a un conjunto indeterminado de personas y no a éstas individualmente consideradas. En ese sentido, esta habilitación legal tiene por finalidad superar el problema que el carácter difuso de la titularidad trae a la determinación de quién se encuentra habilitado para iniciar válidamente un proceso, problema que no se supera otorgando representación, ya que en este caso la dispersión de la legitimación se mantiene[56].

---

[55] Cf. **Montero Aroca, Juan**, *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 413 y 432.
[56] Cf. **Priori Posada, Giovanni**, *La tutela jurisdiccional de los procesos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional*, en: Apuntes de derecho procesal (Giovanni Priori Posada y Reynaldo Bustamante Alarcón), Lima, Ara editores, 1997, p. 38.

63.- Por tanto, en lo que concierne a la denuncia referida al amparo de la Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar de la demandante respecto al daño ambiental, no vislumbramos, en primer lugar, contradicción alguna en las decisiones de ambas Salas Civiles, puesto que concuerdan, como lo hace este Pleno, que la legitimación únicamente les corresponde de manera exclusiva y excluyente a las entidades que se mencionan en el artículo 82° del Código Procesal Civil; por ende no puede ser ejercida por una persona natural, salvo que represente a una de las entidades señaladas en el mencionado artículo, tanto en su versión original como en su versión modificada.

64.- En cuanto a la alusión que hace la accionante respecto a la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0221-1997-AA/TC, donde se hace mención que la legitimación en la defensa de los intereses difusos alcanza también a las personas naturales, cabe precisarse que tanto el artículo 26° de la Ley N° 23506, como el artículo 40° del Código Procesal Constitucional vigente le otorgan legitimación a cualquier persona para interponer demanda de Amparo, lo cual debe entenderse que es para efectos de solicitar esa garantía constitucional en defensa de los intereses difusos, pero ello no nos puede llevar a colegir que así como en el Amparo también en la vía ordinaria la legitimación es irrestricta para la defensa de los intereses difusos; por lo que se debe diferenciar el ejercicio de una acción de Amparo frente a una acción ordinaria, puesto que en uno y otro caso se persiguen fines totalmente diferentes; en consecuencia, lo alegado por la recurrente carece de sustento jurídico, siendo correcta la decisión de la Sala Civil de Cajamarca al confirmar el auto apelado que declara fundada la excepción propuesta sobre esta materia de legitimación activa en la defensa de intereses difusos.

I.- SOBRE LA INAPLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO MATERIAL:

i.1.- Validez de las transacciones:

i.1.1.- Sobre el daño a la salud:

65.- De la demanda que en copia corre de fojas 1101 a 1118 del tomo II de la presente causa, se advierte que en ninguna parte del citado documento se hace mención a la celebración de transacciones extrajudiciales entre la accionante (así como sus menores hijos) con la empresa demandada, tampoco se hace alusión a invalidez alguna de dichos negocios jurídicos que pueda sustentar la interposición de la demanda.

66.- De ello emergen dos hechos evidentes, el primero referido a que la actora *exprofesamente* guardó silencio respecto a la celebración de las transacciones extrajudiciales; el segundo relacionado con que no ha cuestionado la validez de las mismas para poder incoar la demanda de indemnización; es más, tampoco es sustento de la demanda el mayor valor de los montos indemnizatorios que los fijados en las respectivas transacciones extrajudiciales.

67.- Al momento de absolver la excepciones deducidas por la empresa minera demandada (ver fojas 261 a 264 del tomo I), recién la accionante procede a cuestionar la validez de dichas transacciones; en primer lugar señala que las mismas no son oponibles por no ajustarse a los supuestos previstos por el Código Procesal Civil, al no haber dado fin a un proceso judicial anterior y tampoco han sido homologadas por ningún juez; además que serían nulas de pleno derecho al haberse transigido sobre derechos extrapatrimoniales y, finalmente, en el fondo éstas resultan lesivas si es que se tiene en cuenta la enorme diferencia entre las partes y el grado apremiante de necesidad en que se encontraban los afectados. No obstante, la demandante no presentó cuestiones probatorias contra

las transacciones ofrecidas por la empresa excepcionante como sustento de su defensa de forma[57].

68.- Respecto a la oponibilidad de la transacción extrajudicial como defensa de forma (esto es como Excepción procesal), los fundamentos de su procedencia corren en los considerandos precedentes.

Lo mismo ocurre en lo atinente a lo alegado a la supuesta lesividad de la transacción celebrada, supuesto que también ya ha merecido pronunciamiento en los considerandos pertinentes.

Corresponde analizar si es que las transacciones celebradas son inválidas por haber versado supuestamente sobre derechos extrapatrimoniales. Del mismo modo, se estudiará el extremo concerniente a las autorizaciones judiciales y su temporalidad con relación a la celebración de las transacciones extrajudiciales de los menores de edad.

69.- El cuestionamiento que se hace de tales negocios jurídicos es que se ha transado sobre derechos extrapatrimoniales como, por ejemplo, el derecho a la salud.

De acuerdo a lo dispuesto por el Código Civil vigente, lo que en realidad se transó en el caso *sub judice*, no es sobre la salud sino sobre los daños que se ocasionaron a la salud como consecuencia de la exposición y manipulación del mercurio que sufrieron la accionante y sus menores hijos, al igual como ocurrió con otros pobladores del lugar.

70.- Los daños extracontractuales pueden ser de orden patrimonial o extrapatrimonial, por ello se habla, respecto a los primeros, del daño emergente y del lucro cesante, en tanto que con relación al daño extrapatrimonial nos estamos refiriendo a los daños a la persona y el daño

[57] El artículo 300° del Código Procesal Civil, prescribe que se pueden presentar tachas contra testigos y documentos, en tanto que el artículo 243° del mismo Código regula que si un documento es nulo carecerá de eficacia, cuya declaración podrá ser de oficio o como resultado de una tacha fundada.
En este caso las instancias de mérito que tuvieron competencia para fijar los hechos no consideraron que debían de enjuiciar oficiosamente la invalidez o ineficacia de dichos contratos transaccionales, con lo cual se colige que los reputaron plenamente válidos y eficaces.

moral. Inclusive, de acuerdo al artículo 1306° del Código Civil, se puede transar sobre responsabilidad civil proveniente de delito, es decir, se puede pactar sobre la reparación de un daño causado por un hecho doloso; ergo, con mayor razón se puede transar sobre daños provenientes de actos culposos.

De la prescrito por el artículo 1985° de nuestro Código Civil, se colige que estos dos tipos de daños, patrimoniales y extrapatrimoniales, se pueden reparar patrimonialmente, es decir son indemnizables ya sea con una suma de dinero o con cualquier otra obligación que conlleve a resarcir el daño causado, de otro modo no habría manera de indemnizar.

En suma, cuando se menciona que se indemniza un daño, lo que se está haciendo es patrimonializar el mismo, sean de naturaleza personal, material o moral.

71.- A lo que se refiere el artículo 1305° del Código Civil, al indicar que no se puede transar sobre derechos extrapatrimoniales, es a todos aquellos derechos que no pueden ser apreciados o valorizados en dinero, por ello se dice que no se puede transar sobre derechos familiares, esto es, por ejemplo, nadie puede ser hijo o pariente de otro por transacción, tampoco se puede instituir heredero forzoso vía transacción, así como no se puede convalidar un matrimonio nulo por transacción, o tampoco se puede transar con alguien para que se deje inocular el virus del VIH.

En este último ejemplo sí se estaría atentando contra la salud, la misma que es entendida como una condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo, siendo su protección de interés público, razón por la cual toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley, siendo irrenunciable el derecho a su protección, conforme lo expresan los artículos I a II del Título Preliminar de la Ley General de Salud, Ley N° 26842.

72.- En el caso de autos no se ha transado sobre la salud en sí misma, porque las partes no han acordado que la una tenga el derecho de dañar

a la otra, sino que se ha acordado en reparar ese daño causado a través de un monto dinerario, tal cual ocurre cuando, por ejemplo, a raíz de una accidente de tránsito, la parte culpable indemniza a la parte afectada o a sus herederos y no es que estén autorizándola a herirla o matarla, sino que se está tratando de reparar las consecuencias de ese daño causado.

De lo expuesto, queda descartada toda vulneración a los artículos 5° y 1305° del Código Civil, por ende las transacciones celebradas tienen plena validez.

73.- Estando a las consideraciones precedentes, con las cuales se han desestimado las denuncias de infracciones de orden procesal, puesto que se ha concluido que sí resulta procedente la interposición de la Excepción por Transacción Extrajudicial, dichos argumentos se hacen extensivos al presente análisis, toda vez que en las transacciones celebradas entre las partes no se advierte que la accionante o sus menores hijos hayan renunciado a alguno de sus derechos fundamentales referidos a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana.

74.- En efecto, si bien es cierto que con el derrame de mercurio se creó una situación de riesgo para los lugareños, quienes se expusieron a daños físicos al manipular el metal, no es menos cierto que para efectos indemnizatorios, ese daño debe ser cuantificable, de lo contrario no habría manera de poder resarcirse el mismo.

75.- En su escrito que contiene el recurso de Casación, admite la actora que los derechos "personalísimos y extrapatrimoniales" sí pueden ser cuantificados patrimonialmente y por ende materia de transacción, como en efecto ocurrió así y se consignó en la respectivas transacciones que se estaba indemnizando por el daño causado, el cual comprendía el daño emergente, lucro cesante, daño físico o moral y cualquier otro daño sufrido. En consecuencia, no se puede argüir que se han afectado los derechos señalados por el artículo 5° del Código Civil o que se ha infringido lo dispuesto por el artículo 1305° del mismo cuerpo legal.

76.- Los jueces que autorizaron la celebración de las transacciones a favor de los hijos menores de edad de la accionante, tuvieron a la vista las documentales que las contenían, así como sus respectivas addenda, conforme se verifica de las pruebas anejadas en autos; resoluciones judiciales que no pueden cuestionarse en este estado procesal.

77.- Concluyendo, no se debe confundir el derecho afectado, que puede ser de orden patrimonial o extrapatrimonial, con el resultado indemnizatorio del mismo; al final de cuentas todos los derechos, cuando se trata de indemnizarlos, deben ser cuantificados patrimonialmente; en consecuencia no se advierte que se haya inaplicado, al caso *sub judice*, ni el artículo 5° ni el artículo 1305° del Código Civil, por lo que esta denuncia también deviene en infundada.

i.1.2. <u>De la transacción sobre derechos de menores de edad</u>:

78.- Finalmente, corresponde analizar sobre la validez de las transacciones celebradas por la accionante en nombre de sus menores hijos, esto es si las autorizaciones judiciales realmente tuvieron efectos autoritativos para que las transacciones sean válidas.

Se ha constatado que la señora Giovanna Quiroz Villaty nunca cuestionó, en su demanda de indemnización, la validez y eficacia de las transacciones celebradas a favor de sus menores hijos antes de contar con la autorización judicial, así como tampoco lo ha hecho cuando absolvió las excepciones propuestas y menos en el recurso de casación interpuesto, salvo en el recurso de apelación que interpusiera contra la resolución de primera instancia que amparó la excepción de conclusión del proceso por transacción referente a los menores de edad.

79.- En la citada apelación se dice que no se ha contado con autorización judicial previa para celebrar las transacciones a favor de sus menores hijos de acuerdo a lo normado por el artículo 448, inciso 3, del Código Civil y por lo tanto dichos actos jurídicos no tienen "*…validez, son nulos,*

inexistentes y por ende no surten efectos…" (el citado recurso de apelación corre de fojas 1244 a 1254 del tomo III).

80.- En realidad es el artículo anterior, 447° del Código Civil, el que prescribe que para enajenar, gravar o contraer obligaciones a nombre de los hijos por sus padres se requiere de previa autorización judicial; seguidamente el artículo 448° mencionado, prevé una serie de supuestos que también requieren de autorización judicial, porque son actos jurídicos o procesales que van a repercutir en la esfera jurídica del menor de edad. No obstante ello, el artículo 1307° del mismo cuerpo civil señala que:

> "**Artículo 1307°.- Transacción del ausente o incapaz**: Los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir *con aprobación del juez*, quien para este efecto oirá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente." (El subrayado y cursiva son nuestras)

Conforme a lo prescrito por dichos dispositivos legales, en uno y otro caso se usan términos diferentes, si bien en el artículo 447° se dice que se requiere contar con **previa autorización judicial**, por su parte el artículo 1307° preceptúa que se debe contar con **la aprobación del juez**, no indicando si ésta debe ser anterior o posterior a la celebración transacción. Es más, el artículo 447° no sanciona con nulidad cuando se ha realizado alguno de los actos jurídicos que señala sin contar con la autorización previa, por tanto bien se puede tener dicha autorización posteriormente.

Caso distinto es el de la transacción, donde no se menciona que la aprobación del juez debe ser necesariamente anterior a su celebración, con lo cual se concluye que ella puede ser posterior a su realización. El hecho concreto es que debe de contarse con tal aprobación, como en efecto aconteció en el caso de autos.

81.- Para concluir, es menester tener en cuenta que los jueces de familia que otorgaron las respectivas aprobaciones para la celebración de las transacciones judiciales, respecto a los hijos menores de edad de la demandante, tuvieron a la vista los documentos pertinentes, incluyendo

las addenda, por lo que al verificar la legalidad de las mismas procedieron a su aprobación, de lo contrario no hubieran dictado las respectivas resoluciones en sentido positivo.

VI.- EFECTOS DE LA SENTENCIA:

82.- Resta hacer una precisión final, y es respecto a los efectos de la presente decisión.

Como la misma no tiene efectos *ex tunc*, sino por el contrario tiene efectos *ex nunc*, los procesos resueltos con anterioridad a esta decisión bajo criterios diferentes mantienen plena vigencia al estar protegidas dentro del marco de la autoridad de la Cosa Juzgada, en tanto que el caso presente así como los demás que están pendientes de resolverse por ambas Salas Supremas Civiles, donde se esté discutiendo iguales hechos e iguales razones, deberán ajustarse al precedente vinculante trazado en la presente sentencia, en mérito a lo dispuesto por el artículo 400° del Código Procesal Civil.

En la Razón emitida por la señora Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República, se hace alusión que se han remitido juntamente con este proceso las casaciones N° 1463-2007, seguido por Bartolomé Pérez Lozano y otros contra la Minera Yanacocha S. R. L, Ransa Comercial S. A. y Arturo Blanco Bar; N° 1811-2007, seguido por José Azañero Chuquiruna y otros contra los mismos demandados, y N° 1813-2007, seguido por Margarita Cabanillas Miranda y otros, también contra las mismas partes, expedientes que deben devolverse a su Sala de origen para que procedan de acuerdo al precedente fijado en este Pleno Casatorio.

VII.- CONSTITUCIONALIDAD DEL PLENO CASATORIO:

1.- La Constitución Política del Estado, dispone en su artículo 141° que: "Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley...".

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) señala en su artículo 26°, inciso 1, que son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, entre otros: La Corte Suprema de Justicia de la República; acotando en su artículo 30° que el trabajo jurisdiccional de la Corte Suprema se distribuye en Salas Especializadas Permanentes y Transitorias; en tanto que en el artículo 32° indica que la Corte Suprema conoce de los procesos en vía de casación con arreglo a lo establecido en la ley procesal respectiva.

2.- De igual manera, la Vigésima Tercera Disposición Final y Transitoria de la misma Ley Orgánica, precisa que las disposiciones de carácter procesal contenidas en esta Ley son de aplicación supletoria a las normas procesales específicas, dispositivo que debe ser concordado con la Décima Disposición Final del Código Procesal Civil, la cual prescribe que: "De conformidad con la Vigésimo Quinta Disposición Final de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Legislativo 767), las normas del Código Procesal Civil se aplican preferentemente respecto de las de aquélla."

La 25ª Disposición Final a que se hace referencia es al orden original que tenía el D. Leg. 767, que luego pasó a ser la 23ª Disposición Final y Transitoria del TUO de la LOPJ, aprobado por D. S. N° 017-93-JUS del 28 de mayo de 1993.

3.- Es más el artículo 51° de la Constitución Política dice que: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas

de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado."

Por lo tanto, en primer lugar, nuestro ordenamiento constitucional no sostiene que una Ley Orgánica tenga mayor jerarquía que una ley ordinaria; en segundo lugar, aún siendo así, no existe prohibición alguna para que una Ley Orgánica precise que la competencia para resolver los recursos de casación no puedan ser regulados por una ley ordinaria de orden procesal como es el Código Procesal Civil aprobado por Decreto Legislativo (esto es por delegación de funciones del Poder Legislativo al Ejecutivo); tanto más si el mismo artículo 32° de la LOPJ es meridianamente claro al precisar que los procesos que se encuentren en vía de casación se resuelven de acuerdo a la norma procesal respectiva, y esa norma no es otra que el artículo 400° del Código Procesal Civil.

4.- En consecuencia, no existe vulneración constitucional alguna, tampoco conflicto normativo por jerarquía de leyes y menos avocación indebida de esta Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, al no existir desviación de la jurisdicción predeterminada por ley, puesto que antes de que se iniciaran este y los otros procesos judiciales, ya existían las normas legales citadas, cuya constitucionalidad ha sido referida líneas arriba.

5.- Finalmente, este Pleno Casatorio considera que el recurso de Casación no está solamente al servicio del *ius litigatoris*, puesto que la Casación deviene en un particular juicio de legitimidad, donde el acento debe ponerse en la existencia de una violación o aplicación incorrecta de la norma jurídica y por tal razón, más que centrarse en la motivación misma de la resolución de origen y el razonamiento que lleva a ella, debe hacerlo en el alcance que se da en dicha resolución a la norma legal que se ha aplicado al supuesto fáctico de origen. En consecuencia, la sentencia de casación debe tratar de la justicia o legalidad de la solución del caso, pero no debe prescindir de su tarea mediata uniformadora de la jurisprudencia, pues sólo así el tribunal de casación podrá cumplir la

función que le es propia como órgano supremo de justicia, con lo cual estará favoreciendo la seguridad jurídica.

6.- Al establecerse precedentes vinculantes por medio de esta sentencia casatoria, no se está, en modo alguno, vulnerado la independencia judicial, puesto que el precedente es, en esencia, el que realiza los valores de igualdad, de coherencia y de continuidad del ordenamiento, permitiendo la inserción de las decisiones individuales en contextos más amplios.

Como bien se sostiene, la casación constituye, en definitiva, un límite fáctico de la libertad del juez en tanto y en cuanto atribuye un significado general a una norma aplicable para casos futuros similares. Significado que es necesario para proporcionar la certeza, previsibilidad e igualdad en la aplicación del Derecho que reclama todo Estado de Derecho[58]. Por lo tanto, se está ante un límite legítimo del principio de independencia judicial que, de otro modo, permitiría interpretaciones diferentes de las normas por parte de los diversos órganos jurisdiccionales, no obstante la existencia de igualdad o similitud de los supuestos de hecho tenidos en cuenta en procesos judiciales semejantes.

Siendo así, no se está infringiendo lo dispuesto por el artículo 16° de nuestra LOPJ, porque el valor normativo de la jurisprudencia no es más que el presupuesto que da sentido a la casación misma y no el contenido de una actividad extrajudicial del Tribunal Supremo[59].

7.- Del mismo modo, por medio del precedente se realiza la armonización entre las exigencias de la flexibilidad del Derecho y de apertura y adaptabilidad al cambio, que caracterizan la dinámica de los sistemas

---

[58] Un Estado de Derecho, es aquel en el que los ciudadanos pueden calcular anticipadamente qué ocurrirá en el futuro en un sentido específico, es decir, cómo se comportarán otro individuos y cómo lo hará también el Estado mismo, sobre todo como garante de la eficacia del Derecho.
Cf. **Bacigalupo Zapater, Enrique**, *"Jurisprudencia y seguridad jurídica"* en: Estudios de Derecho Judicial, N° 31, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 129-130.

[59] Cf. **Martínez Alarcón, María Luz,** *La independencia judicial*, Madrid, CEPC, 2004, pp.194-195.

jurídicos actuales[60], de lo contrario, bajo el supuesto respeto a la independencia del juez, sería imposible que se sienten criterios rectores para la solución uniforme de casos idénticos o similares, conllevando a que se emitan decisiones contradictorias en perjuicio de los litigantes y dejando de lado la predictibilidad que se espera en las decisiones de los jueces, evidenciando con ello una clara afectación a sus deberes de velar por la seguridad jurídica y el respeto al principio de igualdad, que como integrantes de un Poder del Estado de Derecho están obligados a respetar.

VIII.- CONCLUSIONES:

Estando a las consideraciones expuestas, estimamos que el recurso de casación es infundado al haberse dictado el auto de vista de acuerdo a Derecho, por lo que:

> **1.-** No hay contravención a las normas que garantizan el debido proceso conforme ha alegado la recurrente, consiguientemente, la resolución impugnada se ajusta a Derecho, dado que al ampararse las excepciones de conclusión del proceso por transacción, propuestas por los demandados, no se ha hecho otra cosa que reconocer los plenos efectos de actos jurídicos que pusieron fin a las discrepancias que se suscitaron entre las partes como consecuencia de los daños causados por el derrame de

[60] Cf. **Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel,** Ob. cit., pp. 176-177, también: **Taruffo, Michele,** *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, trad. de Beatriz Quintero, Temis, Bogotá, 2006, p. 192.

mercurio, las que se finiquitaron celebrando transacciones extrajudiciales.

2.- No ha existido inaplicación de los artículos 5° y 1305° del Código Civil, puesto que bajo esta última argumentación, a juicio de este Pleno Casatorio, sería imposible que se indemnice un daño causado, pues para que pueda reparase cualquier perjuicio es menester que se patrimonialice el mismo, conforme se ha demostrado en los considerandos correspondientes. Asimismo, no pueden alegarse supuestas nulidades o ineficacias de actos jurídicos sin haberse solicitado su declaración expresa, previa o concurrentemente a la pretensión indemnizatoria, así como tampoco se formularon cuestiones probatorias en ningún estado del presente proceso contra las citadas transacciones, lo que abona a favor de su legalidad.

3.- Respecto a la legitimación para obrar activa por daño ambiental, esto es en la protección de intereses difusos, no ha existido mayor discrepancia entre la dos salas supremas civiles, habida cuenta que ambas han venido resolviendo concordadamente en el sentido que las personas naturales no están legitimadas por ley para solicitar pretensiones indemnizatorias sino tan solo aquellas instituciones señaladas en el artículo 82° del Código Procesal Civil.

4.- Como se indicará en la parte resolutiva, este Pleno Casatorio ha adoptado decisión por unanimidad respecto a la legitimación activa para promover procesos judiciales de acuerdo a lo normado por el artículo 82° del Código Procesal Civil, en tanto que por mayoría ha decidido que resulta

procedente deducir la transacción extrajudicial como excepción procesal, siendo de aplicación, por interpretación sistemática, los artículos 446°, inciso 10°, y 453°, inciso 4, del mismo cuerpo legal.

IX.- FALLO:

Por tales razones, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400° del Código Procesal Civil, por mayoría:

a).- Declara **INFUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz y Walker Steve Cuenca Quiroz, en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista, su fecha 27 de diciembre de 2006, expedida por la Sala Civil de Cajamarca; asimismo,

b).- DECLARA QUE CONSTITUYEN DOCTRINA JURISPRUDENCIAL los siguientes precedentes vinculantes:

1.- La Transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como Excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446° e inciso 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la Transacción.

Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el Juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley, (**voto en mayoría**).

2.- La legitimación parar obrar activa, en defensa de los intereses difusos, únicamente puede ser ejercida por las entidades señaladas expresamente en el artículo 82° del Código Procesal Civil, (**voto por unanimidad**).

SE ORDENA la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicidad. **Interviniendo como Vocal Ponente el señor Vásquez Vejarano.**
SS.

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA **WALTER VÁSQUEZ VEJARANO**

ANTONIO PAJARES PAREDES **ROGER H. SALAS GAMBOA**

MANUEL SÁNCHEZ- PALACIOS PAIVA **HUGO SIVINA HURTADO**

JAVIER ROMÁN SANTISTEBAN **ELCIRA VÁSQUEZ CORTEZ**

VÍCTOR TICONA POSTIGO **CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO**

JAVIER VILLA STEIN **VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA**

DUBERLI RODRÍGUEZ TINEO **JORGE SOLÍS ESPINOZA**

JACINTO RODRÍGUEZ MENDOZA **JOSÉ LECAROS CORNEJO**

María del Carmen Rita Gallardo Neyra
Secretaria General de la Corte Suprema
de Justicia de la República

La Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República certifica que el voto en minoría de los señores vocales supremos Antonio Pajares Paredes, Hugo Sivina Hurtado, Víctor Ticona Postigo, Jorge Solís Espinoza, José Lecaros Cornejo y Jacinto Rodríguez Mendoza, en cuanto al extremo referido a la improcedencia de proponer la Transacción Extrajudicial como excepción procesal es como sigue:

I.- DEL PROCESO.

La demanda fue presentada ante el Juez del Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Santa Apolonia, conforme aparece a fojas 190 del cuaderno de excepciones acumulado; fue calificada positivamente y admitida a trámite mediante auto de fecha cuatro de junio del dos mil dos corriente a fojas 207 del mismo cuaderno, en la vía procedimental de conocimiento conforme al Código Procesal Civil vigente (en adelante, cuando no se indique el cuerpo legal

al que corresponde se entenderá que la norma corresponde al C.P.C.); los actos postulatorios de las partes están configurados del siguiente modo:

1.- <u>Demanda</u>.- Según escrito copiado a fojas 190 Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, y Walter Steve Cuenca Quiroz, demanda el pago de una indemnización ascendente a US$1'800,000.00 por los daños ocasionados por el derrame de mercurio, que incluye el daño a la persona (daño a la salud), daño moral y daño al medio ambiente, para lo cual emplaza a Minera Yanacocha S.R.L. en su calidad de propietaria del mercurio.

Desglosa la pretensión indemnizatoria del siguiente modo: US$400,000.00 a favor de Giovanna Angélica Quiroz Villaty, US$500,000.00 a favor de Walter Steve Cuenca Quiroz, US$500,000.00 a favor de Euler Jonathan Mendoza Quiroz, y US$400,000.00 a favor de José Ronny Mendoza Quiroz.

Sostiene que el 02 de junio del 2000, a las 3:20 p.m. aproximadamente, en circunstancias de que el chofer de la empresa Ransa Comercial S.A., Esteban Arturo Blanco Bar, transportaba mercurio de propiedad de Minera Yanacocha S.R.L., se produjo un primer derrame de mercurio a la altura de la Quebrada de Chotén.

Entre las 5:30 y 5:40 p.m. del mismo día, del mismo camión de la empresa Ransa Comercial S.A. se produjo otro derrame de 152 Kg de mercurio, en las localidades de San Juan, La Calera, el Tingo, Magdalena (de donde proviene la demandante), y el Centro Poblado Menor de San Sebastián de Choropampa. Por su brillo, forma e ignorando que se trataba de una sustancia tóxica, los pobladores comenzaron a recoger el mercurio hasta altas horas de la madrugada, empleando para dicha recolección sus manos e incluso su boca como medio de aspiración. Al guardar el mercurio en sus hogares, los familiares quienes recogieron el mercurio también se intoxicaron debido a los gases que emana la sustancia.

La demandante refiere que Yanacocha no hizo caso a sus peticiones de ayuda médica y no contaban con un plan maestro de contingencias, siendo que por el contrario propició un mayor nivel de intoxicación, al pretender comprar el mercurio derramado a quien lo hubieran recogido. Igualmente señala que existió

un nivel deficiente de embalaje, transporte y tratamiento del mercurio por parte de la Minera, conforme ha declarado el chofer del camión.

2.- Contestación.- Según escrito copiado a fojas 765, Minera Yanacocha S.R.L. sostiene que no fue informada oportunamente por el chofer de la empresa Ransa Comercial S.A. (encargada del transporte) respecto del derrame de mercurio, pero una vez tomó conocimiento del mismo, adoptó las medidas necesarias para evitar perjuicios, informando sobre la toxicidad del producto, pero con poco éxito debido a la negativa de los pobladores de devolver el mercurio que recogieron y guardaron en sus hogares; en otras palabras, sostiene que la causa determinante de la exposición y elevación del nivel de mercurio en el organismo de los pobladores afectados fue su propia imprudencia. Asimismo, manifiesta que el hecho de que la demandante y sus menores hijos hayan presentado niveles de mercurio mayores a los normales en su organismo a consecuencia del derrame producido, no necesariamente implica que éstos hayan sido intoxicados por dicho elemento ni mucho menos que éstos hayan sufrido daño como consecuencia de tal exposición. Por lo demás, ha suscrito con la demandante -en su nombre y en representación de sus hijos- sendas transacciones extrajudiciales, las mismas que, a tenor del Art. 1302 del C.C. tienen calidad de cosa juzgada, resultando la demanda interpuesta manifiestamente improcedente.

En escrito aparte, que obra copiado a fojas 687, Minera Yanacocha S.R.L. formula denuncia civil contra Ransa Comercial S.A., por ser aquella la empresa encargada del transporte del mercurio el día en que ocurrieron los hechos.

Posteriormente, por resolución copiada a fojas 1123, el Juez incorpora de oficio a Esteban Arturo Blanco Bar como litisconsorte necesario pasivo, por ser el chofer que conducía la unidad móvil que transportaba el mercurio.

Tanto Ransa Comercial S.A. como Esteban Arturo Blanco Bar, luego de ponerse a derecho, sostienen que se limitaron a transportar los balones conteniendo mercurio, y que fue Minera Yanacocha S.R.L. quien no cumplió con entregar la mercadería al transportista en condiciones adecuadas para un transporte seguro. Además, sostienen que se ha presentado el supuesto de fractura causal por el hecho propio de la víctima, pues no fue el derrame de mercurio lo que ocasionó

daños a la demandante, sino lo fue su negligencia al manipular el citado mineral, llevarlo a su hogar y exponer a su familia a los gases tóxicos.

II.- DE LAS EXCEPCIONES.

1.- <u>De la demandada Minera Yanacocha S.R.L. (fojas 248)</u>:

Esta demandada, como defensas de forma, propone las siguientes:

A. **Excepción de prescripción extintiva:** El derrame de mercurio tuvo lugar el 02 de junio del 2000, por lo que la responsabilidad extracontractual regulada en el inc. 4° del Art. 2001 del C.C. prescribió el 02 de junio del 2002, teniendo en cuenta lo normado en el Art. 1993 del citado Código, según el cual el plazo comienza a computarse a partir de la fecha en que tuvo lugar el hecho que habría causado el daño; sin embargo el emplazamiento a su parte ha tenido lugar vencido dicho plazo, sin que ninguno de los demandantes haya realizado algún acto que interrumpa el cómputo.
B. **Excepción de conclusión del proceso por transacción:** Para poner fin a cualquier conflicto que surja con respecto al derecho indemnizatorio, el 02 de setiembre del 2000 Minera Yanacocha S.R.L. celebró tres transacciones extrajudiciales: **b.1)** la primera únicamente con la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio, a quien se le hizo entrega de la suma de S/.10,500.00; **b.2)** la segunda con la demandante y con José Gilmer Mendoza Saldaña, en representación del derecho indemnizatorio de sus menores hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, a quienes se le hizo entrega de la suma de S/.7,875.00; **b.3.)** la tercera con la demandante, en representación del derecho indemnizatorio de su hijo Walker Steve Cuenca Quiroz, en la que se transó por la suma de S/.5,625.00. En los tres casos,

se suscribieron Addedums el 04 de noviembre del mismo año, en los cuales las partes acordaron duplicar la suma entregada a cada uno de los indemnizados. Conforme lo dispone el Art. 1032 del C.C., las transacciones antes mencionadas tiene el valor de cosa juzgada, por lo que la pretensión de indemnización de los demandantes no puede ser revisada en sede judicial.

C. **Excepción de falta de legitimidad para obrar de Minera Yanacocha S.R.L.:** El derrame de mercurio se produjo mientras era transportado por un camión de Comercial Ransa S.A., por lo que su empresa no es responsable de los daños causados. Además, la parte demandante alega que la responsabilidad surge del ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, la misma que no fue realizada por su empresa. Igualmente, los accionantes señalan que no se les brindó la atención debida, pero su empresa no tuvo ninguna participación en el diagnóstico y tratamiento de los afectados, sino que el mismo fue dispuesto por los médicos del puesto de salud de Choropampa y el Hospital Regional de Cajamarca, en coordinación con CICOTOX.

D. **Excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes con relación a la pretensión de indemnización por daño ambiental:** Tratándose de intereses difusos, sólo pueden demandar el Ministerio Público, las asociaciones o instituciones sin fines de lucro, los gobiernos locales, etc., conforme lo establece el Art. 82 del Código Procesal Civil, por lo que los demandantes por sí solos no pueden promover la presente causa.

2.- <u>De la denunciada civil Ransa Comercial S.A. (fojas 752)</u>:

A. **Excepción de falta de legitimidad para obrar de Ransa Comercial S.A.:** Pues cuando ocurrieron los hechos se desempeñaba como Agente de Transporte de Minera Yanacocha

S.R.L., y los balones que contenían mercurio eran de propiedad exclusiva de dicha minera, quien fue quien no los envasó adecuadamente, lo que trajo consigo el derrame. Es más, en todo momento el mercurio fue manipulado en su estiba y aseguramiento en la plataforma del vehículo por personal de la citada minera. Solicita se tenga en cuenta el Dictamen Pericial del Examen Físico Químico emitido por la Dirección Nacional de Criminalística de la Policía Nacional, de fecha 18 de junio del 2000, en el que se concluyó que la responsabilidad por el derrame del mercurio se debió a la imprudencia y negligencia en su envasado.

B. **Excepción de prescripción extintiva:** Alega similares fundamentos de la misma excepción de Minera Yanacocha S.R.L.
C. **Excepción de conclusión del proceso por transacción:** Se sustenta en las transacciones celebradas por Minera Yanacocha S.R.L. con la parte demandante.

3.- <u>Del litisconsorte necesario pasivo Esteban Arturo Blanco Bar (fojas 1173)</u>:

A. **Excepción de prescripción extintiva:** Alega similares fundamentos de la misma excepción de Minera Yanacocha S.R.L.
B. **Excepción de conclusión del proceso por transacción:** Se sustenta en las transacciones celebradas por Minera Yanacocha S.R.L. con la parte demandante
C. **Excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes con relación a la pretensión de indemnización por daño ambiental:** Alega similares fundamentos de Minera Yanacocha S.R.L. respecto de la misma excepción.

4.- <u>Resolución de Excepciones</u>:

4.1.- <u>En primera instancia</u>.- Resolución N° 03, dictada en Audiencia de Saneamiento Procesal del 08 de enero del 2004, cuya acta corre a fojas 303, repetida a fojas 861 y 1234: declara: INFUNDADA la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty que deducen Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar; FUNDADA la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a los menores Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz y Walker Steve Cuenca Quiroz que deducen Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, en consecuencia, nulo todo lo actuado; INFUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandados que deducen Minera Yanacocha S.R.L. y Ransa Comercial S.A.; INFUNDADA la excepción de prescripción extintiva que deducen Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar; FUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar respecto de la pretensión indemnizatoria por daño ambiental que deducen Minera Yanacocha S.R.L. y Esteban Arturo Blanco Bar, en consecuencia, anúlese todo lo actuado en este extremo: **a)** en cuanto a la excepción de conclusión del proceso por transacción, debe estarse a lo establecido en los Arts. 446° y 453° del C.P.C., según las cuales corresponde amparar esta excepción cuando se inicie un proceso idéntico a otro, esto es, debe existir una transacción homologada en un proceso anterior, vale decir, una transacción extrajudicial que se convierta en judicial (sic), siendo que en el caso de Giovanna Angélica Villaty no se cumple con este requisito, pero en el caso de sus menores hijos sí, pues las transacciones que celebró en representación de los mismos cuentan con autorización judicial; **b)** en cuanto a la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandados que dedujeron Minera Yanacocha S.R.L. y Ransa Comercial S.A., debe tenerse en cuenta la

responsabilidad de los emplazados o la falta de ella respecto del evento dañoso deberá ser estimada al evaluar la prueba, al final del proceso; **c)** en cuanto a la excepción de prescripción extintiva, la acción civil derivada de un hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal; **d)** en cuanto a la excepción de falta de legitimidad para obrar respecto de la pretensión indemnizatoria por daño ambiental, tratándose de intereses difusos sólo están legitimados los sujetos precisados en el Art. 82 del C.P.C.

4.2.- <u>En segunda instancia</u>.- Auto de vista Nº 746-2006-SEC del 27 de diciembre del 2006, de fojas 1358: REVOCA la resolución apelada en el extremo que declara infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, deducida por Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, y REFORMÁNDOLA declararon FUNDADA dicha excepción, anulándose lo actuado en dicho extremo; CONFIRMÁNDOSE la apelada en los demás extremos: conforme a lo señalado en el Art. 1302 del C.C., por la transacción las partes haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto litigioso o dudoso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado; en tal sentido, el argumento sostenido por el A quo en el sentido de que, para que se ampare la presente excepción, se requiere que la mencionada transacción haya puesto fin a un proceso anterior es incorrecto, como así lo ha establecido la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2383-2005 (Cajamarca).

III. PARTES DE LA RESOLUCIÓN DE VISTA IMPUGNADAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN.

<u>Extremos del auto de vista que son materia de recurso de casación</u>: Doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por intermedio de sus abogados

Mario Vásquez Ramirez y Henry Vera Ortiz, mediante escrito de fojas 1395, interpone recurso de casación en contra del auto Nº 746-2006-SEC de fecha 27 de diciembre del 2006 en la parte en que:

A) Confirma la resolución apelada que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de los demandantes menores Walker Cuenca Quiroz, Euler Mendoza Quiroz y José Mendoza Quiroz, propuesta por las demandadas Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar;

B) Confirma el auto impugnado en cuanto declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes respecto de la pretensión impugnatoria por daño ambiental formulada por los demandados Minera Yanacocha S.R.L. y Esteban Arturo Blanco Bar;

C) Revoca el auto apelado en el extremo que declara infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty y, reformándola declara fundada dicha excepción, propuesta por Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar.

Como pretensión impugnatoria, la recurrente solicita que se declare fundado su recurso de casación y, en sede de instancia, que la Corte Suprema declare infundadas las mencionadas excepciones de conclusión del proceso por transacción y de falta de legitimidad para obrar de los demandantes.

La demandante ha cumplido con los requisitos de forma y de fondo de la casación que exigen los Arts. 387 y 388, por cuya razón el recurso fue declarado procedente por resolución de fecha 02 de noviembre del 2005.

IV.- CAUSALES DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS.

1.- <u>Respecto de la excepción de conclusión del proceso por transacción</u>.

Se propone dos causales:

a) **Inaplicación de normas de derecho material**. Inaplicación de las normas contenidas en los Arts 5 y 1305 del Código Civil, en cuanto regulan los derechos inalienables e irrenunciables como el derecho a la vida, a la integridad física, la libertad, el honor y demás inherentes a la persona humana. Precisa además que no se analizado si la transacción extrajudicial se ha realizado conforme al ordenamiento legal, pues se ha transigido sobre daños a la salud de los afectados por derrame de mercurio; derechos que no pueden ser materia de renuncia o cesión alguna por tratarse de derechos extramatrimoniales y que no pueden ser materia de transacción, salvo el caso en que hayan sido cuantificados patrimonialmente y la afectante reconozca la indemnización que se requiere; por tanto, las transacciones no son válidas porque su objeto no está permitido por ley.
b) **Contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.** Argumenta la recurrente que conforme al inciso 10º del Art. 446 sólo se puede proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción si se llega a establecer que la misma sólo ampara la transacción que haya puesto fin a un proceso judicial, esto es, la existencia previa de un proceso en el cual las partes hayan transigido dando por finalizado el proceso. Asimismo, conforme al Art. 453 inc. 4º se requiere de la existencia de procesos idénticos, uno de los cuales haya terminado por transacción, supuesto que no se da en el presente caso. Además, la transacción presentada no ha sido homologada por juez alguno,

por tanto no tiene naturaleza de cosa juzgada. Agrega que se ha contravenido principios establecidos por la Corte Suprema, contenidos en la Casación número 730-2005, en el sentido de que la excepción de conclusión del proceso por transacción sólo será amparable si se presenta una transacción que hubiera puesto fin a un anterior proceso.

2.- <u>Respecto de la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte demandante</u>.

Esta defensa de forma de los emplazados Minera Yanacocha S.R.L. y Esteban Arturo Blanco Bar, fue propuesta contra la pretensión indemnizatoria por daño al medio ambiente. La recurrente Quiroz Villaty **invoca la causal de contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**, argumentando para tal efecto que siendo los principales afectados, tienen la titularidad para reclamar por los daños ambientales; así lo dispone el Art. 82, norma que además establece que las instituciones señaladas "pueden" promover o intervenir en este tipo de procesos, lo que significa que no les da exclusividad sino solamente una potestad, lo que implica que no son los únicos legitimados para accionar; en todo caso, para la entidades se concede legitimidad para obrar extraordinaria, mientras que para las personas naturales afectadas se les concede legitimidad ordinaria. Por otro lado, el término "pueden", importa que otras partes han iniciado el proceso y tales entidades pueden intervenir. Finalmente, según la jurisprudencia vinculante contenida en la resolución de fecha 27 de octubre de 1997, Expediente Nº 221-97-AA/TC se ha establecido que "…frente a los derechos de incidencia colectiva a los que la doctrina conoce con el nombre de intereses difusos o colectivos, principalmente vinculados con la defensa del medio ambiente; cuyos valores puestos en juego afectan prácticamente a todos… se reconoce la legitimatio ad causam a cualquier persona, aún cuando la violación o amenaza no le afecte directamente".

En el auto de calificación del recurso, no se ha desestimado explícitamente la casación en cuanto se refiere a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante; en cambio, de advierte que existe en este extremo una calificación genérica, por cuanto en el tercer considerando se expresa que "las causales invocadas satisfacen los requisitos de fondo para su procedencia, prevista en los acápites 2.2. y 2.3. del artículo 388 del Código Procesal Civil". Si bien esta forma de calificación puede ser considerada como genérica e irregular, se ha producido la convalidación toda vez que según el Art. 172, tercer párrafo, se admite la convalidación tácita cuando el facultado para pedir la nulidad no la formula en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo; y en el presente caso las partes no han formulado articulación alguna al respecto. Por otra parte, del dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Civil aparece que la representante del Ministerio Público se ha pronunciado sobre todos los extremos de la casación, incluso sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar activa. Las partes han sido citadas para este pleno casatorio, en donde los abogados han informado y se han pronunciado sobre todos los fundamentos del recurso, por tanto se ha producido el contradictorio también sobre estos aspectos de la casación, quedando incólume el derecho de defensa de las partes y, particularmente, de las emplazadas. Así mismo, hay convalidación en virtud de que el auto de calificación, no obstante carecer de un requisito formal, ha logrado la finalidad para el que estaba destinado (Art. 172 segundo párrafo). En consecuencia, es viable emitir pronunciamiento casatorio de fondo sobre todos los extremos del recurso extraordinario.

V.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

1.- <u>Motivación y argumentación jurídica</u>: La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional (Art. 139 incs. 3° y 5°); por

consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente. En este orden de ideas, la consistencia argumentativa de la doctrina jurisprudencial que se establece a través de la presente, es un factor importante para su fuerza vinculatoria. Esto explica también la necesidad de estas consideraciones previas referidas a los fines de la casación, de la doctrina jurisprudencial, del derecho de contradicción y de los medios de defensa, de los presupuestos procesales y de las condiciones de ejercicio válido de la acción, de las defensas de forma y las defensas de fondo.

Por otra parte, la necesidad de una argumentación persuasiva y sólida se justifica desde que el caso sub júdice representa lo que la doctrina ha denominado un caso difícil, en donde puede identificarse problemas de relevancia jurídica (elección de una norma o grupo de normas aplicables al caso) así como de interpretación e integración jurídicas; todo lo cual trae consigo la necesidad de formular hipótesis de solución con su debida justificación para llegar a la conclusión final que dará contenido a la decisión casatoria.

2.- <u>De los fines de la casación</u>: Nuestro ordenamiento procesal civil, desde una concepción clásica del recurso, reconoce como fines de la casación la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo, esto es, la función nomofiláctica así como la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema (Art. 384). Ambas finalidades se complementan, no obstante que históricamente no surgieron simultáneamente:

> "Estos dos aspectos de la función ejercida por la Casación no aparecieron simultáneamente en el desarrollo histórico del instituto y, como consecuencia, no han sido simultáneamente apreciados y puestos en claro por la doctrina (…) y que la función de unificación debe considerarse también hoy en día en relación a la función de nomofilaquia, que la aclara y la integra (…) la sola finalidad de la uniformidad de la

> jurisprudencia no es suficiente para explicar el funcionamiento del órgano de casación…" ([61])

El recurso de casación materia de pronunciamiento, esencialmente se refiere a aspectos materiales y procesales vinculados a las excepciones; pues, se ha denunciado la inaplicación de normas de derecho material y contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso al amparo de los incs. 2º y 3º del Art. 386.

3.- <u>De la Doctrina Jurisprudencial</u>

La doctrina jurisprudencial, en términos generales, es la jurisprudencia de los Tribunales y Corte de Casación de un Estado. Esta jurisprudencia, bajo ciertas condiciones, puede ser vinculante. Para nuestro sistema casatorio, la doctrina jurisprudencial tiene el carácter de vinculante, y por tanto, es de observancia obligatoria para todos los jueces y tribunales de la República cuando resuelvan casos similares.

En esta perspectiva el Código (Art. 400) reconoce dos vías para llevar a cabo el pleno casatorio: **a)** cuando una de las salas lo solicite, atendiendo a la naturaleza de la decisión a tomarse en un caso concreto, se reunirán los Vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo, **b)** será obligatorio el pleno casatorio cuando se conozca que otra sala suprema está interpretando o aplicando una norma en un sentido que resulta contradictorio al criterio ya establecido.

En el caso sub júdice se hace obligatorio el pleno casatorio, desde que dos Salas de la Corte Suprema (Civil Permanente y Civil Transitoria) han adoptado líneas jurisprudenciales contradictorias referidas a la procedibilidad y fundabilidad de la excepción de conclusión del proceso por transacción, cuando ella se sustenta en la transacción celebrada extrajudicialmente.

---

[61] **Calamandrei, Piero**. *La Casación Civil*; T. II. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 102 a 104.

La doctrina jurisprudencial así establecida es vinculante y se convierte de este modo en una fuente formal del derecho nacional, pues a partir de sus principios y alcances de carácter general, tiene vocación de regular relaciones jurídicas, fuera y dentro del proceso. La defensa del derecho objetivo a través de la casación no solamente comprende a la ley o normas de igual jerarquía, sino, y sobre todo, a la Constitución. No obstante que el juez ordinario en un Estado Constitucional de Derecho tiene una doble vinculación, con la Constitución y con la ley, es esencialmente el supremo intérprete de la ley y de normas con el mismo rango.

4.- <u>El derecho de contradicción y los medios de defensa</u>: La discusión jurídica en esta instancia casatoria se podría sintetizar en dos preguntas, de la siguiente manera: ¿Puede la transacción extrajudicial servir de sustento jurídico para el éxito de la excepción de conclusión del proceso por transacción entre las mismas partes? o bien, ¿la transacción extrajudicial solamente puede proponerse como defensa de fondo en el escrito de contestación de la demanda?

Las excepciones son medios de defensa de forma y tienen su fundamento en el derecho de contradicción, del que es titular el demandado. Por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por la Constitución Política del Estado (Art. 139 inc. 3º), el demandado tiene expedito su derecho de contradicción por la sola circunstancia de haber sido comprendido como demandado o sujeto pasivo de la pretensión procesal, y por esta razón, tiene derecho a ejercitar su defensa y particularmente a contradecir la pretensión proponiendo sus defensas de fondo, de forma y defensas previas; y, también por el sólo emplazamiento tiene necesidad de tutela jurisdiccional, concreta y actual.

Se ha definido el derecho de contradicción como un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo, ejercitable ante el Estado y del que es titular todo demandado para ser oído en el proceso en donde ha sido

emplazado, y para disfrutar de la oportunidad de proponer -en su caso- defensas. ([62])

El derecho de contradicción es un derecho abstracto, porque no requiere necesariamente para su configuración de una defensa o derecho material o de un contenido concreto; es simplemente el derecho a defenderse en un proceso; por eso se dice que estando emplazada una persona en un proceso, por sólo ese hecho tiene derecho a defenderse, a ejercitar efectivamente su derecho de defensa o a dejarlo de hacer. Eduardo Couture destacaba este aspecto abstracto del derecho de defensa, señalando:

> "Pero conviene reparar, desde ya, en que lo que se da al demandado es *la eventualidad* del la defensa. Esta defensa, en cuanto a su contenido, podrá ser acogida o ser rechazada en la sentencia. El orden jurídico no pregunta si el demandado tiene o no buenas razones para oponerse. Sólo quiere dar a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere. El derecho de defensa en juicio no es el derecho *sustancial* de la defensa; sino el puro derecho *procesal* de defenderse".([63])

En consecuencia, proponga o no el demandado excepciones o medios de defensa en general, es siempre titular del derecho de contradicción, incluso es suficiente que se le dé la oportunidad, en cualquier estado y grado del proceso, de defenderse, bajo las formas y condiciones establecidas por la ley.

El derecho de contradicción, al igual que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cual deriva, es uno de configuración legal, toda vez que, aún cuando está reconocido como un derecho fundamental, su contenido y forma de ejercitarse en un proceso, es determinado por el legislador ordinario, quien establece los requisitos, oportunidad, las formalidades y demás condiciones en que puede hacerse efectivo ([64]). En esta misma línea de pensamiento Javier Jiménez Campo ha sostenido

---

[62] **Peyrano, Jorge W. y Chiappini, Julio O**. *El Proceso Atípico*, segunda parte. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, p. 137).

[63] **Couture, Eduardo**. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Tercera edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, p. 46.

[64] Cfr. **Saraza Jimena, Rafael**. *Doctrina Constitucional aplicable en materia civil y procesal civil*. Primera edición, Madrid, Editorial Civitas, 1994; p. 38 y 39.

que los derechos de configuración legal, como los derechos en todo o en parte prestacionales, son:

> "aquellos atribuidos a los individuos por la Constitución en términos de una titularidad abstracta o potencial capacidad de derecho fundamental…que se concretará sólo en conexión con la ley. Se trata de derechos cuya delimitación jurídica es esencialmente legislativa, donde la titularidad del derecho subjetivo fundamental surge sólo, como realidad práctica y actual, de la convergencia y conexión entre el enunciado abstracto de la Constitución y la ordenación legal de los procedimientos y condiciones que delimitan el derecho". ([65])

No cabe duda que la transacción, sea judicial o extrajudicial, es un medio de defensa que tiene sustento en el derecho de contradicción. Sin embargo, es necesario establecerse nítidamente, entre otros aspectos, si la transacción extrajudicial puede invocarse como defensa de forma, en cuyo caso será resuelta en la etapa postulatoria, o bien, únicamente como defensa de fondo para ser resuelta en la sentencia junto con el principal.

5.- <u>De los presupuestos procesales y las condiciones del ejercicio válido de la acción</u>: En el presente caso, el tema casatorio se refiere a las excepciones y éstas por definición son defensas de forma en virtud de las cuales el demandado o, en su caso el reconvenido, denuncia la ausencia o insuficiencia de uno de los presupuestos procesales o de una de las condiciones de ejercicio válido de la acción. En consecuencia, resulta necesario un previo análisis de estas categorías procesales.

5.1. Los presupuestos procesales. El análisis de las excepciones, particularmente las de conclusión del proceso por transacción y de falta de legitimidad para obrar del demandante, supone examinar si ellas están dirigidas a denunciar un presupuesto procesal o una de las condiciones de ejercicio válido de la acción, desde que las excepciones son defensas de forma. En la doctrina se ha concebido, en términos generales, que los

[65] Citado por **Correa Henao, Magdalena**. *La Limitación de los Derechos Fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 100.

presupuestos procesales son los elementos imprescindibles en los sujetos, en el objeto y en la causa de pedir de la pretensión procesal, con el fin de constituir y desarrollar válidamente la relación jurídica procesal([66]). En el ámbito nacional, se ha definido este instituto procesal expresándose que los presupuestos procesales son los requisitos esenciales para la existencia de una relación jurídica procesal válida([67]). Por tanto, los presupuestos procesales son los requisitos necesarios e imprescindibles para la constitución y desarrollo válido de la relación jurídica procesal; en consecuencia, estos requisitos no solamente deben estar presentes al momento de iniciarse el proceso sino también durante su desarrollo y hasta su total agotamiento, pues de sobrevenir la ausencia o deficiencia de uno de estos presupuestos, el proceso deviene en inválido y es susceptible de ser cuestionado y nulificado.

Para nuestro sistema procesal civil, puede afirmarse casi pacíficamente que los presupuestos procesales son tres: la competencia del Juez (salvo competencia territorial), la capacidad procesal de las partes y los requisitos esenciales de la demanda; por consiguiente, son requisitos de validez del proceso.

5.2.- Las condiciones de ejercicio válido de la acción. Algunos autores como Chiovenda, Alsina, Véscovi, Ramos Méndez, Fábrega, postulan que las condiciones de la acción son tres: la norma jurídica, la legitimación para obrar y el interés para obrar. Estas condiciones, asimismo se sostiene, deben ser examinadas por el juez al expedir sentencia. Algunos autores, como Devis Echandía, sostienen que los presupuestos materiales de la sentencia de fondo son los requisitos para que el juez pueda, en la sentencia, resolver el fondo o mérito del litigio; y estos presupuestos están configurados por la legitimación en la causa, el

[66] Cfr.: **Osvaldo Alfredo Gozaíni**. *Derecho Procesal Civil*, T.1. Buenos Aires, Ediar, 1992, p. 371.
[67] Cfr.: **Monroy Galvez, Juan**. *La Formación del Proceso Civil Peruano*. Lima, Comunidad, 2003, p. 180.

interés sustancial, la correcta acumulación de pretensiones, la ausencia de cosa juzgada, transacción, desistimiento, litispendencia y caducidad. Nuestro Código procesal no acoge esta doctrina.

En otra corriente doctrinaria contemporánea, de orientación definidamente publicista y de mayor auge en la actualidad en el derecho comparado, seguida entre otros por Liebman y Ugo Rocco, se sostiene que las condiciones de la acción son los requisitos necesarios para un pronunciamiento válido sobre en fondo de la pretensión y, estas condiciones son dos: la legitimidad para obrar y el interés para obrar (o interés procesal); requisitos que deben ser examinados por el Juez desde el inicio del proceso, durante su desarrollo y aún al expedir sentencia. A esta corriente se adscribe nuestro Código Procesal Civil cuando, entre otras normas, establece que el proceso se promueve a instancia de parte, la que debe invocar el interés para obrar y la legitimidad para obrar (Art. IV del Título Preliminar); y, por otro lado, se dispone que el juez, al calificar la demanda, la declarará improcedente cuando el demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar o de interés para obrar (Art. 427 incs. 1º y 2º) y, aún excepcionalmente, puede pronunciarse sobre ellas en la sentencia (Art. 121, último párrafo).

El interés para obrar es el estado de necesidad de tutela jurisdiccional, concreto y actual, en que se encuentra una persona luego de haber agotado los medios pertinentes para obtener la satisfacción de su pretensión material o porque el ordenamiento jurídico le indica la vía judicial como la única idónea para obtener una sentencia favorable a su pretensión; necesidad que determina a aquella persona a recurrir ante el juez a fin de proponer su pretensión procesal y obtener, por obra de la jurisdicción, la tutela del bien de la vida que pretende. Por consiguiente, el interés para obrar solamente puede ser satisfecho por el Estado a través de los órganos jurisdiccionales.

Por todo lo considerado, se concluye aquí que la presencia de los presupuestos procesales nos indica que el proceso es válido y, de otra

parte, la verificación positiva de las condiciones de ejercicio válido de la acción nos persuade que se puede emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del litigio. Por consiguiente, las excepciones pueden denunciar, respectivamente, la ausencia de aquellos requisitos imprescindibles para la validez del proceso, o bien, la ausencia de aquellos requisitos para la validez de un pronunciamiento sobre el fondo de la litis; presupuestos y condiciones de la acción que son controlables de oficio y a instancia de parte; pero si la parte los hace valer, lo hará en la oportunidad y con las formalidades de ley.

La excepción de conclusión del proceso por transacción tiene sustento en la falta de interés para obrar del demandante, por cuanto se denuncia que el actor no tiene ya necesidad de tutela jurisdiccional, pues ésta fue satisfecha en el primer proceso idéntico en donde se celebró la transacción judicial. En consecuencia, en esta hipótesis, cuando se inicia el segundo proceso idéntico, el actor carece en forma actual y manifiesta de interés para obrar, razón por la cual el juez al calificar la demanda puede declararla improcedente liminarmente o, por su parte, el demandado puede oponer con éxito la excepción respectiva o, de oficio, al sanear el proceso, el juez puede declarar la nulidad de todo lo actuado y dar por concluido el proceso; finalmente, el juez está autorizado para pronunciarse excepcionalmente en la sentencia sobre este defecto y declarar improcedente la demanda. La doctrina italiana, con suficientes fundamentos, al tratar sobre el interés para obrar, sostiene que debe ser concreto y actual y que:

> "…en cuanto a su carácter actual, con ese adjetivo se intenta decir que el interés para accionar no puede ser tomado en consideración sino en el momento en que la acción es ejercitada, esto es que debe existir en el momento en que, por medio de la citación, se inicia el ejercicio de la acción y se instaura la relación jurídica procesal."([68])

Por otra parte, la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte demandante, propuesta en este proceso por la parte emplazada, está

[68] **Rocco, Ugo**. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. 1. Segunda reimpresión, Bogotá - Buenos Aires, Temis - Depalma, 1983, p. 345 y 346.

dirigida a denunciar la carencia de una de las condiciones de ejercicio válido de la acción: la falta de legitimidad para obrar activa. Y ésta, al igual que el interés para obrar del demandado, puede ser examinada al calificarse la demanda, al proponerse las excepciones y al momento del saneamiento del proceso; excepcionalmente, puede ser objeto de pronunciamiento en la misma sentencia, conforme lo autoriza la última parte del Art. 121.

6.- <u>De las defensas de forma y las defensas de fondo</u>: Cuando el demandado ejercita su derecho de contradicción, puede formular medios de defensa de forma, de defensa de fondo o defensas previas. Si el demandado al contestar la demanda propone defensas de fondo, lo que hace es discutir la relación jurídica material que da sustento al derecho invocado por el actor; tales defensas pueden estar configuradas por el pago, la condonación, la excepción de contrato no cumplido, entre otras. Por tanto, además de pronunciarse sobre todos y cada uno de los hechos esenciales que fundamentan la pretensión, el demandado puede cuestionar y discutir el derecho que invoca el actor en su demanda como respaldo de la pretensión, proponiendo sus defensas de fondo; y como consecuencia de ello asume la carga procesal de sustentarlas fácticamente y de probar los hechos correspondientes en el principal y en la etapa correspondiente del proceso.

Si el emplazado utiliza estas defensas de fondo:

> "…la actividad defensiva del demandado se encarrilará a discutir la existencia del derecho sustancial del actor que, a base de los hechos invocados en la demanda, aduce tener". ([69])

Mientras las defensas de forma -excepciones- están orientadas a denunciar la ausencia o insuficiencia de los presupuestos procesales y de las condiciones de ejercicio válido de la acción; las defensas de fondo están dirigidas a discutir la relación o situación jurídica material invocada

[69] **Benaventos, Omar A**. *Excepciones y Defensas Procesales*. Primera reimpresión, Santa Fe Argentina, Editorial Juris, 1999, p. 16.

en la demanda por el actor, y de la cual emerge el derecho que éste alega.

Nuestro Código Civil ha regulado distintos modos de extinguir las obligaciones, tales como el pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación, la transacción, el mutuo disenso. Estos modos extintivos pueden ser alegados para sustentar las defensas de fondo que haga valer el demandado al contestar la demanda. En la hipótesis que el demandado afirmara haber pagado la obligación cuyo cumplimiento se le demanda, lo que hace es afirmar que si bien asumió la obligación demandada, sin embargo la pagó en la forma pactada o señalada por la ley. Entonces, el pago es una defensa de fondo que el demandado debe invocar en el escrito de contestación de la demanda. Esta defensa, empero, determina que el demandado tenga la carga de probarla, y en tal sentido nuestro Código Civil vigente (Art. 1229) establece que "La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado".

En este mismo orden de ideas, si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y en calidad de defensa de fondo, para que el Juez se pronuncie sobre ella en la sentencia. En ésta se determinará si efectivamente aquella transacción extinguió la obligación que se reclama en la demanda. De lo expuesto, puede concluirse en este extremo que, la excepción de conclusión del proceso por transacción sólo puede sustentarse en la transacción judicial celebrada entre las mismas partes en el primer proceso idéntico; mientras que la transacción extrajudicial únicamente puede proponerse como defensa de fondo en el escrito de contestación de la demanda.

VI.- LÍNEAS JURISPRUDENCIALES CONTRADICTORIAS DE LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA.

1.- Razón de relatoría y convocatoria al Pleno Casatorio

Mediante razón que obra a fojas 123-A del cuadernillo de casación, la señora Relatora de la Sala Civil Permanente informó al Presidente de dicha Sala la existencia de pronunciamientos contradictorios en torno a la resolución de los casos seguidos contra Minera Yanacocha S.R.L. y Otros en materia de indemnización de daños y perjuicios, con relación a los fallos que emite sobre el mismo tema la Sala Civil Transitoria, por lo que mediante resolución del 29 de noviembre del 2007, el Colegiado de la Sala Civil Permanente solicitó al Presidente de la Corte Suprema de Justicia citar a Pleno Casatorio, pedido que es acogido mediante Resolución N° 01-2007-I Pleno Casatorio-P-CS-PJ del 04 de diciembre del 2007, convocándose a Sala Plena a realizarse el 18 de diciembre del 2007, designándose como ponentes a los señores Walter Humberto Vásquez Vejarano y Víctor Lucas Ticona Postigo.

2.- Criterio jurisprudencial de la Sala Civil Permanente

La Sala Civil Permanente ha resuelto casos similares al presente (como las Casaciones Nº 2383-2005 y 2163-2006), referidos a la excepción de conclusión del proceso por transacción, con el argumento de que las transacciones extrajudiciales celebradas por la demandada Minera Yanacocha S.R.L. con otros damnificados por el derrame de mercurio el día 02 de junio del año 2000, sí pueden sustentar la mencionada defensa de forma.

En el documento remitido por dicha Sala a este pleno casatorio, adjuntando el criterio adoptado por el Colegiado Supremo en mayoría (4

votos) respecto al sentido y alcances jurídicos de la transacción extrajudicial, se ha argumentado esencialmente que:

> "…si bien el inc.10º del Art. 446 y el Art. 453 del Código Procesal Civil no hace alusión directa a la transacción extrajudicial, es evidente que la ley procesal no la prohíbe, circunstancia que determina la tarea interpretativa y sistemática del juzgador; sin perderse de vista que otro de los efectos de la transacción extrajudicial es equiparar su valor al de la cosa juzgada conforme aparece del citado artículo 1302 del Código Sustantivo y cuya ejecución se efectúa en el cauce procesal previsto por el Art. 697 del Código Adjetivo referido a la ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer, siendo necesario considerar, al respecto, la terminante disposición contenida en el Art. 1312 del citado Código Civil. Por estas razones, conclúyase que el demandado estuvo en aptitud jurídica de proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción extrajudicial contra la acción indemnizatoria por haberla celebrado con las formalidades de ley antes de la demanda, haciéndose concesiones recíprocas en el ámbito patrimonial, por cuya razón no se advierte contravención a normas que garantizan el derecho a un debido proceso ni a formas sustanciales para la validez y eficacia de los actos procesales…"

En sustancia, el argumento principal de la Sala Civil Permanente es que los Arts. 446 inc.10º y 453 del C.P.C. no prohíben sustentar la excepción sub examen en la transacción extrajudicial y, por tanto debe admitirse la excepción; para ello debe acudirse a la tarea interpretativa y sistemática del juzgador y que la referida transacción equipara su valor al de la cosa juzgada.

3.- <u>Criterio jurisprudencial de la Sala Civil Transitoria</u>

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha desestimado la misma excepción en casos similares (como en las Casaciones N° 2882-2006, 2942-2006, 2162-2006 y 2158-2006) con el argumento esencial de que la transacción extrajudicial es un medio o modo extintivo de obligaciones, al igual que el pago o la condonación, regulado por el Código Civil vigente, y en tal virtud debe ser propuesta como defensa de fondo en el escrito de contestación de la demanda y debe ser resuelto por el juez en la sentencia. La transacción judicial, en cambio, sí puede sustentar la excepción de conclusión del proceso por transacción en razón de que, siendo un modo especial de terminación del proceso, cumple con los requisitos de procedencia exigidos por el Art. 453, pues, al ser formulada

en un segundo proceso idéntico, el demandado puede oponerla con éxito, al haber terminado el primer proceso por transacción, seguido entre las mismas partes, con los mismos petitorios e interés para obrar.

FUNDAMENTOS SOBRE LAS EXCEPCIONES DE CONCLUSIÓN DE PROCESO POR TRANSACCIÓN Y DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA PARTE DEMANDANTE

VII. FUNDAMENTOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO POR TRANSACCIÓN.

1.- Sobre la transacción.

La transacción siempre ha sido objeto de distinción en cuanto a su origen (contrato o modo de extinción de obligaciones), a su formalidad (por escrito sin homologación o por escrito homologado por el juez), a sus efectos (con mérito ejecutivo o como mérito de ejecución) y a su forma de hacerla valer dentro de un proceso (como defensa de forma o defensa de fondo).

Tanto en el derecho positivo como en la doctrina, las definiciones que se han formulado sobre la transacción siempre han comprendido y distinguido dos fuentes de origen: el "asunto dudoso" y el "asunto litigioso", o entre derechos dudosos y derechos litigiosos. Veamos las siguientes definiciones que ponen de relieve tal distinción de origen:

1.1.- En el Derecho Romano:

En el Derecho Romano la transacción era una convención sinalagmática en virtud de la cual las partes celebrantes haciéndose concesiones recíprocas fijaban sus derechos dudosos o litigiosos. Se exigían dos

requisitos: que se refiera a un derecho **dudoso o litigioso** y que los celebrantes sacrificaran alguna porción de su derecho[70].

1.2.- En el C. C. Francés:

El Art. 2044 define a esta figura como un contrato con el siguiente texto:

> "La transacción es un contrato por medio del cual las partes terminan una controversia surgida, o previenen una controversia por surgir. Este contrato debe ser redactado por escrito"

1.3.- En el C.C. Alemán:

El Art. 779 define a la transacción como un contrato:

> "por el cual mediante recíprocas concesiones se elimina el pleito o la incertidumbre de las partes sobre una relación litigiosa".

1.4.- En el C.C. Argentino:

El código argentino, define a la institución sub análisis del siguiente:

> "La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones **litigiosas o dudosas**".

1.5.- En nuestro Código Civil de 1852, en el Art. 1702 se definía así:

> "Transacción es un contrato por el que dos o más personas, decidiendo de común acuerdo sobre algún punto **dudoso o litigioso**, evitan el pleito que podía promoverse, o finalizan el que está principiando".

1.6.- En nuestro Código Civil de 1936, en su Art. 1307, sin contemplar las concesiones recíprocas expresaba:

> "Por la transacción dos o más personas deciden sobre algún punto **dudoso o litigioso**, evitando el pleito de podría promoverse, o finalizando el que está promovido".

1.7.- En nuestro vigente Código Civil de 1984.

En su Art. 1302, primer párrafo, incorpora el requisito de las concesiones recíprocas y reitera las dos fuentes de origen:

---

[70] Cfr. **Castro Gallo, Mario**. *La Transacción*. Lima, Diálogo S.A., 2003, p.11.

> "Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto **dudoso o litigioso**, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado".

2.- <u>Clases de transacción</u>.

Las dos fuentes de origen, a partir de un asunto dudoso o asunto litigioso, han dado lugar a la distinción entre transacción extrajudicial y transacción judicial.

Si la transacción se celebra para poner término a un asunto o derechos dudosos o inciertos, que aún no son materia de proceso judicial alguno, se denomina transacción extrajudicial. Empero, si la transacción se celebra sobre la materia controvertida en un proceso judicial, entonces recibe la denominación de transacción judicial.

2.1.- Transacción Extrajudicial

Decíamos que esta transacción tiene lugar cuando existen obligaciones dudosas o inciertas que las partes pretenden finiquitar. Entendemos por asunto dudoso a aquél no sometido a debate judicial que produce incertidumbre en las partes en cuanto a la extensión de sus derechos u obligaciones ([71]). Al referirse a la transacción extrajudicial, Roberto Valdés Sánchez sostiene que puede presentarse cuando las partes se encuentran frente a un conflicto de intereses sustentada en una situación de duda -sea de ambas partes o de una de ellas- sobre aspectos de la relación, duda que puede ser meramente subjetiva pero que encierra razonables elementos de incertidumbre ([72]). Fornaciari coincide al señalar que la duda o incertidumbre se genera sólo en la esfera subjetiva de las partes y refiere:

> "Predomina aquí el criterio subjetivo. La duda generadora del conflicto es la que razonable y seriamente puedan tener los interesados, aunque la cuestión fuese clara e indubitable para una persona versada en derecho.

---

[71] Cfr.: **Castro Gallo, Mario**. *La Transacción*. p. 19.
[72] Cfr.: **Valdéz Sánchez, Roberto**. *La Transacción, solución alternativa de conflictos*. Segunda edición, Colombia, Legis, 1998; p. 97.

> Basta para configurar este requisito la creencia de las partes en lo dudoso de las obligaciones." ([73])

El Art. 1304 del C.C. exige como formalidad que la transacción (extrajudicial) se haga por escrito, bajo sanción de nulidad, no requiriendo de mayores solemnidades, como sí se requieren en el caso de la transacción judicial, como veremos a continuación.

2.2.- Transacción Judicial

La transacción judicial, como ya se dijo, es la que tiene lugar respecto de un asunto litigioso, esto es, uno que las partes han sometido a consideración del órgano jurisdiccional. En otras palabras, el elemento que genera controversia en la relación entre las partes dejó de pertenecer a la esfera subjetiva de las mismas y fue sometido al criterio del juez, con la intención que sea éste quien de solución definitiva al conflicto; en tal sentido, la transacción persigue concluir el litigio antes que en el proceso judicial se emita una decisión final.

A diferencia de la transacción extrajudicial, la judicial se configura bajo determinadas formalidades *ad solemnitatem*: no basta con que conste por escrito, sino que debe pedirse expresamente al Juez que conoce el proceso para que proceda a su homologación.

En este caso, la transacción deberá contar con la firma legalizada de las partes ante el Secretario respectivo, requisito del cual puede prescindirse si el documento que se presenta consta por escritura pública o cuenta con firmas legalizadas, tal como se establece en el Art. 335 del C.P.C. La transacción judicial pone fin al proceso y tiene autoridad de cosa juzgada (Art. 337).

---

[73] **Forniciari, Mario Alberto**. *Modos Anormales de Terminación del proceso*; Tomo II. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988; p. 27

3.- <u>Efectos distintos según se trate de transacción extrajudicial o de transacción judicial</u>.

3.1.- Efectos de la Transacción Extrajudicial

El último párrafo del Art. 1302 del C.C. establece en forma genérica que la transacción tiene autoridad de cosa juzgada ([74]). Sin embargo, en el caso de la transacción extrajudicial, tal característica no puede ser equiparada o asimilada al de una sentencia, pues existen diferencias esenciales entre ambas, como es el hecho, por ejemplo, que una transacción extrajudicial puede ser atacada por adolecer de vicios de voluntad o que carezca de la fuerza compulsiva que caracteriza a un mandato judicial. Por ello, Jorge Joaquín Llambías afirma con acierto:

> "(…) la autoridad de cosa juzgada de la transacción está supeditada a la homologación judicial que pueda recaer sobre ella." ([75])

El Art. 1312° del C.C. se encarga de zanjar la diferencia que caracteriza a la transacción extrajudicial, precisando que ésta se ejecuta en la vía ejecutiva, mientras que la transacción judicial de la misma forma que una sentencia.

En tal sentido, la transacción extrajudicial viene a constituir un título ejecutivo, según lo dispone el inc. 5 del Art. 693 y, como tal, sólo puede compelerse a su cumplimiento mediante proceso ejecutivo, en cuyo caso puede ser materia de contradicción e incluso cuestionamiento sobre su validez. Mientras no se expida sentencia en tal proceso ejecutivo que resuelva en definitiva si procede o no llevar adelante su ejecución, las obligaciones contenidas en ella no pueden ser exigibles compulsivamente al presunto deudor.

Por ello, al adolecer de la característica de inmutabilidad inherente a la cosa juzgada, la existencia de una transacción extrajudicial celebrada

[74] Este punto será desarrollado más profusamente en el punto 4 subsiguiente.
[75] **Llambías, Jorge Joaquín**. *Código Civil Anotado*; Tomo II-A. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1983; p. 396.

entre las partes sólo puede ser opuesta como defensa de fondo, esto es, como un argumento más de la defensa del emplazado vinculada a la extinción previa de derechos dudosos ([76]), en cuya hipótesis el juez debe pronunciarse en la sentencia y determinar si aquélla extinguió el derecho invocado en la demanda.

3.2.- Efectos de la Transacción Judicial

La transacción judicial, según expresamos, se equipara a una sentencia, y si esto es así, tendrá los mismos efectos de aquella como es, entre otros, fuerza ejecutoria, poniendo así fin a cualquier intención de las partes de revivir el derecho litigioso al que la transacción homologada puso fin. Una transacción así, con carácter de sentencia, es la que se equipara en definitiva a la cosa juzgada, pues cumple con el requisito de la inmutabilidad.

La transacción judicial, por ser precisamente cosa juzgada, es ejecutable a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales, conforme a lo normado en el inc. 3° del Art. 713. En este tipo de procesos, la contradicción sólo puede sustentarse en el cumplimiento de la obligación o su extinción (Art. 718), sin que le sea conferido al emplazado la facultad de cuestionar la validez de la transacción.

En tal sentido, la sola existencia de la transacción judicial permite liquidar el proceso idéntico en su etapa postulatoria que se hubiera iniciado sin necesidad de llegar al debate del fondo del asunto; por ello, se admite que la transacción judicial pueda ser empleada para sustentar una defensa de forma (excepción de conclusión del proceso por transacción), tal como se desarrollará y sustentará en los párrafos siguientes.

---

[76] Cfr.: **Vargas, Abraham Luís**. *Excepción de Transacción*. En: **Peyrano, Jorge W.; Costantino, Juan; De los Santos, Mabel, y Otros**. *Excepciones Procesales*. Segunda edición, Santa Fe, Editorial Jurídica Panamericana, 2006; p. 580.

4.- <u>Diferencias entre la Transacción y la Cosa Juzgada</u>.

Nuestro Código Civil regula la transacción y precisa que por la transacción, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado, asignándose el carácter de cosa juzgada (Art. 1302). Para este cuerpo legal, siguiendo el mismo criterio del C.C. de 1936, la transacción es un modo o medio de extinguir obligaciones, pues la finalidad principal no es crear, regular o modificar una relación jurídica patrimonial sino la de poner fin a un asunto dudoso o litigioso, mediando concesiones recíprocas. La doctrina nacional, poniendo de relieve este carácter extintivo, ha precisado que:

> "En otras palabras, lo que destaca, el eje central de esta figura -se refiere a la transacción- reside en una extinción de obligaciones recíprocas, en una renuncia o concesión de cada una de las partes a su pretensión original. De esta forma se zanja la discrepancia surgida al interior de una relación jurídica obligacional. Por esta razón se le ubica dentro de un medio extintivo de obligaciones…" ([77]).

Se ha cuestionado por una parte de la doctrina que a la transacción se le asigne efectos de la cosa juzgada, o equivalente a cosa juzgada. Se ha dicho, con mucha propiedad, que lo que en esencia significa esta equivalencia, es que las partes dan por concluido un asunto dudoso o litigioso, conforme a la naturaleza de un contrato que tiene por efecto extinguir obligaciones, pero nunca en el sentido de que adquiere la autoridad de cosa juzgada con las características de inmutabilidad, inimpugnabilidad y coercibilidad, como lo es una sentencia firme que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada material. En esta línea de pensamiento, Lino Enrique Palacio, compartiendo criterios con Leo Rosenberg y Augusto Morello, advierte claramente que:

> "…De conformidad con lo dispuesto en el Art. 850 del Cód. civ. la transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen

[77] **Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario**. *Tratado de las Obligaciones*, T.IX, segunda edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 447.

> renunciado, y tiene para ellas la autoridad de cosa juzgada. Ello no implica, sin embargo, que la transacción en sí misma equivalga a una sentencia, **pues la autoridad de cosa juzgada que la ley le atribuye debe entenderse en el sentido de que el acto tiene por efecto provocar una nueva regulación de las relaciones jurídicas de las partes -**se resalta las negrillas-, quienes no pueden reclamar en lo sucesivo el cumplimiento de los derechos y obligaciones renunciados." ([78])

El efecto esencial de la transacción no es su equivalencia a la cosa juzgada, sino la extinción de obligaciones, así como los derechos subsecuentes que se originan a partir de su celebración y formalización. La doctrina ha establecido diferencias y semejanzas entre la transacción y la cosa juzgada, siendo preponderantes las primeras. En este sentido, se ha dicho que las semejanzas esenciales son dos: no pueden ser rescindidas por error de derecho y ambas producen efectos declarativos. Como diferencias esenciales se ha señalado a las siguientes: **a)** las sentencias pueden ser modificadas en parte y subsistir el resto, en tanto que la transacción es indivisible, pues de anularse una parte sobreviene la nulidad de toda ella; **b)** sus formalidades son totalmente distintas; **c)** la sentencia se dicta cuando ya hay un conflicto de intereses, mientras que la transacción puede celebrarse para prevenir un conflicto de intereses; **d)** las sentencias no pueden se impugnadas por vicios de la voluntad, en tanto que la transacción puede ser susceptible de ser anulada por tales vicios; y **e)** la sentencia es impugnable sólo a través de los recursos establecidos en el ordenamiento procesal, mientras que la transacción es impugnable por vía de acción de nulidad. ([79])

Un gran sector de la doctrina niega a la transacción la eficacia de la cosa juzgada, precisamente por carecer de la característica de la inmutabilidad. Es más, Gómez Orbaneja y Albaladejo afirman que se trata de una metáfora secular y que solamente ha cumplido el cometido de subrayar el carácter meramente declarativo del contrato; tan cierto es aquello que el

[78] **Palacio, Lino Enrique**. *Derecho Procesal Civil,* Tomo V. Cuarta reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993; p. 555.
[79] Cfr.: **De Gásperi, Luís**. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo III. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, p. 314.

propio Código sustantivo contradice tal equivalencia con la cosa juzgada por cuanto admite la posibilidad de conceder las acciones de nulidad y de anulabilidad de la transacción (Arts. 1308 y 1310 del C.C.). También Cortés Domínguez niega esta equivalencia señalando que:

> "…A pesar de lo que se establece en el Art. 1,816 del Código Civil la transacción judicial no produce los efectos de cosa juzgada; en primer lugar, porque dicha eficacia está reservada a los actos judiciales decisorios en el fondo, y en último extremo, porque al estar sometida la transacción a la acción de nulidad…no tiene un carácter inmutable y permanente." ([80])

La transacción, y especialmente la extrajudicial, carece de la autoridad y de la eficacia de la cosa juzgada. En cuanto a lo primero, porque no tiene el *imperium* (poder de mando) que si tiene la sentencia firme; y, en cuanto a lo segundo, no tiene la eficacia (orden impartida del que tiene poder de mando) de la sentencia firme porque no es inmutable (pues es atacable de nulidad y de anulabilidad). Tampoco es inimpugnable, porque en el caso de la transacción extrajudicial no existe proceso alguno donde pueda operar esta cualidad; y, finalmente sólo es coercible en tanto puede ser susceptible de pedirse su ejecución en la vía correspondiente, sea ejecutiva o de ejecución, según se trate de la transacción extrajudicial o judicial, respectivamente.

En todo caso, la transacción extrajudicial, se hace valer ante el juez como un acto jurídico que contiene una nueva regulación de las relaciones jurídicas sustanciales de las partes celebrantes pero nunca como un acto revestido de "imperium". Carreras Llansana resume la esencia de la transacción señalando que:

> "Un sector importante de la doctrina creo que acierta a ver la esencia del instituto. La eficacia de la transacción no es la invulnerabilidad o inmutabilidad, en cuanto puede ser rescindida o anulada, sino poner término a una incertidumbre psicológica y a una litigiosidad objetiva. Y esta definición de lo incierto y litigioso se impone al juez como un hecho jurídico, pero no como acto revestido de *imperium*, que sólo tienen la sentencia y el laudo arbitral." ([81])

---

[80] Citado por **Peláez, Francisco J.** *La Transacción, su eficacia procesal.* Barcelona, Bosch - Casa Editorial S.A. 1987, p. 162.
[81] Citado por **Peláez, Francisco J.** *La Transacción,* pp. 168-169.

Por otra parte, el Código Procesal Civil regula a la transacción judicial como un modo especial de conclusión del proceso, la misma que puede ser presentada por las partes en cualquier estado del proceso, incluso en el curso del trámite del recurso de casación y aún cuando la causa esté al voto o en discordia (Art. 334).

En esta parte se puede concluir que, en el caso sub júdice, las tres transacciones celebradas por Minera Yanacocha S.R.L. y la parte demandante el 02 de setiembre del 2000 son evidentemente transacciones extrajudiciales, incluso las referidas a los menores Walker Cuenca Quiroz, así como Euler y José Mendoza Quiroz. Además, se advierte de los actuados que las tres transacciones, transcurridos dos meses (04 de noviembre), fueron objeto de nuevos actos jurídicos denominados "Addendum" en donde se duplicó el monto de las respectivas indemnizaciones.

Cabe hacer presente, además, que doña Giovanna Angélica Quiroz posteriomente tramitó y obtuvo autorizaciones judiciales para celebrar transacciones, respecto de sus tres menores hijos de edad (respecto del menor Walker el 05 de junio del 2001 y de los otros dos menores el 06 de febrero del mismo año).

5.- <u>De la excepción de conclusión del proceso por transacción</u>.

Esta excepción fue propuesta por los emplazados Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A., y Esteban Arturo Blanco Bar. La mencionada defensa de forma esencialmente se sustenta en que Minera Yanacocha S.R.L. celebró con fecha 2 de setiembre del 2000, tres actos jurídicos denominados "Transacción Extrajudicial Individual", con sus respectivos "Addedum" del 04 de noviembre del mismo año, en virtud de los cuales Minera Yanacocha S.R.L. transigió con la demandante, por derecho propio, y además con ésta como representante legal de su menor

hijo Walker Cuenca Quiroz, y finalmente la misma demandante junto a José Mendoza Saldaña, ambos en representación de sus dos menores hijos Euler y José Mendoza Quiroz. Es pertinente entonces analizar esta defensa de forma.

Para nuestro ordenamiento jurídico la transacción extrajudicial no puede hacerse valer como defensa de forma sino únicamente como defensa de fondo. De la interpretación literal, sistemática, teleológica y sociológica de la normatividad pertinente así como del análisis doctrinario pertinente se puede establecer lo siguiente:

5.1. El Art. 446 inc. 10° dispone que el demandado solo puede proponer, entre otras, la excepción de conclusión del proceso por transacción.

5.2. En la parte pertinente del Art. 443 del mismo cuerpo legal previene que es fundada la excepción referida "…cuando se inicia un proceso idéntico a otro: 4° En que las partes… transigieron". En consecuencia, la procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos.

5.3. Por otro lado, hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellas deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos, según previsión normativa contenida en el Art. 452. Se requiere esta triple identidad entre el primer proceso transigido y el segundo en donde se hace valer la excepción.

5.4. Por tanto, esta excepción solamente es oponible cuando se inicia un segundo proceso, idéntico a otro anterior, en donde las mismas partes celebraron una transacción judicial. De tal modo que la transacción extrajudicial, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar proceso idéntico y menos aún puede servir de sustento a la excepción tantas veces mencionada.

5.5. Por consiguiente, para la procedencia de la excepción de conclusión del proceso por transacción, nuestro ordenamiento

procesal civil exige los guientes requisitos: **1)** que exista identidad de dos procesos, en donde las partes o quienes de ellas deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos; y, **2)** que el primer proceso haya terminado por transacción homologada por el juez. En el presente caso, no concurre ninguno de los dos requisitos, pues no se verifica la preexistencia de dos procesos idénticos y, por tanto, resulta imposible que la existencia de un primer proceso transigido entre las mismas partes.

5.6. En la doctrina se ha formulado la misma tesis, en el sentido de que únicamente la transacción judicial puede sustentar jurídica y válidamente la excepción bajo examen, en tanto que la transacción extrajudicial debe formularse como defensa de fondo. En esta misma dirección Alberto Hinostroza Minguez sostiene:

> "Será amparable esta excepción tratándose de la transacción judicial. No ocurrirá lo propio con la transacción extrajudicial strictu sensu porque:
> - De la misma denominación de la excepción se determina como requisito de ella la existencia de una transacción que ponga fin al proceso, debiendo haber sido homologada por el Juez para que surta tal efecto.
> - El artículo 453 -inciso 4- hace referencia a dos procesos idénticos, uno de ellos terminado por transacción, y ello sólo puede darse, como es obvio, con la transacción judicial.
> - La esencia de la excepción materia de nuestro análisis radica en el carácter de cosa juzgada que tiene la figura jurídica que se sirve de presupuesto, que hace inviable toda revisión del asunto sobre el cual recayó la transacción. Ahora bien, sólo la transacción judicial (o la extrajudicial realizada fuera del proceso e incorporada a él por las partes y aprobada por el Juez, convirtiéndose en judicial) adquiere la calidad de cosa juzgada: segundo párrafo del Art. 337 del C.P.C.(…) **La transacción extrajudicial, no obstante de no servir de presupuesto a la excepción de conclusión del proceso por transacción, puede representar un medio de defensa de fondo -**se resalta las negrillas- valedero para fundar una resolución favorable a quien la alegue y acredite". ([82])

En la misma línea interpretativa Mario Castro Gallo sostiene que la excepción bajo examen sólo puede sustentarse en la transacción judicial; y así expresa:

> "Pero si a pesar de la transacción celebrada y aprobada por el juzgado, una de las partes quisiera iniciar una acción sobre el mismo asunto, por el

[82] **Hinostroza Minguez, Alberto**. *Formas Especiales de Conclusión del Proceso.* Primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 1998, pp. 165 y 166

> cual se transigió, ya sea por escritura pública o por petición ante el juez que conocía de la causa; el demandado tiene todo el derecho para oponer o deducir la excepción de transacción, contemplada en el artículo 446 del Código Procesal Civil. **Cabe señalar que, para que proceda esta excepción de transacción se requiere que los procesos sean idénticos**; y existe identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos." ([83])

5.7. También en la doctrina nacional, Pedro Zumaeta Muñoz, luego de establecer las diferencias puntuales y efectos distintos entre la transacción judicial y la extrajudicial, puntualiza el carácter de medio de defensa de fondo de la transacción extrajudicial y, al respecto afirma: "Existen dos clases de transacción. La judicial y la extrajudicial. La primera se realiza dentro del proceso para finalizarlo; y la segunda se realiza para evitar el proceso que podría iniciarse. Para que esta **excepción sea amparada** -el resaltado en negrilla es nuestro-, deben concurrir las identidades de partes o de quienes se deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos, y que el proceso haya terminado por transacción judicial, más por la extrajudicial (…) Si se inicia un proceso con las partes que han transigido extrajudicialmente, se debe presentar el documento, como medio de defensa más no como excepción"([84]).

5.8. El abrogado Código de Procedimientos Civiles de 1912 (Art. 317), disponía que para que la excepción de transacción sea admisible se requería triple identidad de partes, de acción y de cosa y, además: "1° Que las personas sea las mismas que **transigieron el juicio** -se resaltan las negrillas-, sea por derecho propio o trasmitido legalmente".

5.9. Comentando esta última norma procesal, Remigio Pino Carpio señalaba, desde la centuria pasada, que:

---

[83] **Castro Gallo, Mario.** *La Transacción,* p. 70.
[84] Temas de Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso, Lima, Jurista Editores, 2008, pp. 157-158.

> "…es evidente que la finiquitación de éste -se refiere al proceso- se produce por decisión de ambas partes litigantes; siendo esto así, sus efectos tienen el mismo alcance que la excepción de cosa juzgada. Según esto, **la finalidad de la excepción que nos ocupa, no es otra que impedir que después de transigido un juicio, se le pueda remover** (…) **-**se resalta las negrillas**-**. Ahora bien, para que la transacción pueda dar lugar a la excepción de que nos ocupamos, necesariamente, debe haber incidido en juicio, porque si éste no ha existido, no se podría hablar de las identidades de objeto y de causa (cosa y acción según el Código), por más que del juicio iniciado después de la transacción se deduzca que tales identidades existen en el convenio transaccional. Por consiguiente, **si la transacción se ha llevado a cabo sin que antes hubiera existido juicio, no puede deducirse la excepción**; pues **lo que cabe en este caso es que el demandado oponga la transacción como un medio de defensa sustancial -**se resaltan las negrillas**-** lo que debe hacer al contestar la demanda." ([85])

5.10. En la doctrina en general también se ha fijado una posición clara en el sentido de que la transacción extrajudicial solo puede sustentar una defensa de fondo mientras que la transacción judicial puede proponerse como excepción, como "excepción previa" o como defensa de forma. En esta línea de pensamiento, Abraham Luís Vargas apunta: "Recordemos que la transacción extrajudicial es la que confiere certidumbre a *derechos dudosos* que no han sido materia de un juicio o litigio (…) Sin embargo, mientras la transacción judicial permitiría oponer una *excepción previa* (artículo 347 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) la extrajudicial sólo permite deducir una *excepción perentoria (o defensa de fondo)*, que resuelve el juez en la sentencia. Por eso se dice que la excepción previa de transacción tiene afinidad con la cosa juzgada; mientras que el acuerdo sobre derechos dudosos, sin que se haya promovido un juicio, guarda analogía con el pago"([86]).

5.11. También abona a esta misma tesis, de que la transacción extrajudicial sólo puede sustentar una defensa de fondo, María Guadalupe Lata, quien precisa que:

---

[85] **Pino Carpio, Remigio**. Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles, T. II. Lima, Tipografía Peruana S.A., p. 72 y 73.
[86] **Vargas, Abraham Luís**. *Excepción de Transacción*, p. 580.

> "La transacción extrajudicial es aquella que confiere certeza a derechos dudosos que no han sido objeto de análisis judicial. Tiene el mismo valor sustancial que la transacción judicial, pero sólo en cuanto permite oponer en lo sucesivo la defensa vinculada a la extinción de los derechos inciertos. La diferencia está en que la transacción judicial puede oponerse como defensa previa, es decir, como excepción; en cambio, la otra únicamente puede ser opuesta como defensa de fondo, que resuelve el juez en la sentencia." ([87])

5.12. Igualmente, Lino Enrique Palacio considera que debe existir dos procesos idénticos como supuesto o requisito de la excepción de transacción, en razón a que la misma:

> "…se funda en la existencia de actos anormales de conclusión procesal cuya eficacia equivale a la de cosa juzgada, [por lo que] resulta sin duda apropiado el tratamiento procesal al que se los ha sometido." ([88])

5.13. En la doctrina, apelando a la clasificación de las excepciones entre sustanciales y procesales, igualmente se distingue entre el carácter material y el procesal de la excepción de transacción; y aún, se sostiene, con buen criterio, que la transacción extrajudicial es una excepción de carácter material o sustancial, mientras que la transacción judicial es un excepción de carácter procesal, y así con suma claridad Francisco J. Peláez afirma que la transacción extrajudicial:

> "Es un contrato concluido por las partes de espaldas al proceso (…). Al utilizarla como fundamento de una excepción, será un hecho que aportan al proceso con la finalidad de hacer inaplicable a la pretensión del actor, contenida en la demanda, la norma invocada por éste. En consecuencia, ***es una excepción de derecho material o de fondo*** (…). Al ser una excepción perentoria material, el demandado tendrá que proponerla al contestar la demanda y el juez la resolverá al final del proceso, al dictar sentencia. Si el demandado logra probar la existencia de la transacción -documentalmente- y el Juez la estima, le absolverá de forma definitiva en cuanto al fondo (…) En nuestro derecho vigente, sin identificarla, existe una gran similitud entre la excepción de cosa juzgada y la de *transactione finitae*. Las dos, impiden volver a conocer un pleito de nuevo, porque ya ha sido resuelto o por sentencia firme, en un caso, o por transacción judicial en el otro. Por este motivo tenemos que considerarla como ***'excepción de derecho procesal o de forma'***; el juez desestimará la demanda sin llegar a examinar el derecho esgrimido por el actor, absolviendo de la instancia." ([89])

---

[87] Véase en: *Defensas y Excepciones*; **Osvaldo Alfredo Gozaíni** (Director). Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2007, pp. 308 y 309.
[88] **Palacio, Lino Enrique**. *Derecho Procesal Civil*, Tomo VI. Tercera reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990; p. 137.
[89] **Pelaez, Francisco J.** *La Transacción*. pp. 204-206.

5.14. Debe convenirse en que, si bien es cierto que existe cierta similitud entre la transacción extrajudicial y la judicial (es producto de un acuerdo de voluntades entre las partes, quienes se hacen concesiones recíprocas), las diferencias son ostensibles, las que van a determinar distintos efectos; así: **1)** en la transacción extrajudicial no hay homologación por parte del juez, en cambio la judicial requiere ser homologada; **2)** esta homologación importa un control y análisis por parte del juez, quien determina si se ha cumplido con las normas previstas en los Arts. 335 a 337, estando facultado el juez a rechazar la transacción que no cumpliera con tales requisitos; mientras que la transacción extrajudicial no está sujeta a ningún tipo de control judicial, y solamente está sometida a la plena autonomía de la voluntad de las partes, siendo que en la realidad se dan casos de inequidad y de abuso del derecho por la posición contractual dominante de una de las partes celebrantes; **3)** en la transacción extrajudicial con las concesiones recíprocas se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de la controversia entre las partes; en tanto que, con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso; **4)** ante el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la transacción, la ley concede mérito ejecutivo para la extrajudicial, y tratándose de la judicial se ejecuta de la misma forma que la sentencia firme (Art. 1312 del C.C.); **5)** por tanto, la transacción judicial se celebra en virtud a que previamente ha existido un objeto litigioso concretamente definido en el proceso, el mismo que por efecto de aquélla queda finalizado; sin embargo, en la extrajudicial, no hay una controversia objetivamente definida, sino que las partes considerando sus intereses opuestos y subjetivamente su contenido dudoso, acuerdan terminar la contienda; **6)** la transacción judicial, al tener un control judicial y

requerir de más formalidades, ofrece una mayor certeza y seguridad jurídica que la transacción extrajudicial, de allí que el ordenamiento jurídico confiere a la primera el carácter de título de ejecución, mientras que a la segunda solamente mérito ejecutivo, en donde puede formularse contradicción, con más causales y medios probatorios que en la primera; en consecuencia, a distintas situaciones jurídicas es razonable que se apliquen normas jurídicas distintas y tengan efectos diversos; **7)** que, en todo caso, la transacción extrajudicial puede ser opuesta por el emplazado al contestar la demanda como defensa de fondo, en cuya hipótesis el juez debe pronunciarse en la sentencia y determinar si aquélla extinguió el derecho invocado en la demanda; **8)** como se ha expresado el interés para obrar es el estado de necesidad de tutela jurisdiccional, concreto y actual, que determina a una persona a recurrir a la instancia judicial; en tal sentido, en la transacción judicial, aquel interés para obrar fue satisfecho en el primer proceso idéntico y, por esta razón, en el segundo proceso el demandante ya no tiene legítima necesidad de tutela jurisdiccional; en cambio, en el caso de la transacción extrajudicial, nunca fue satisfecho el interés para obrar, pues sería absurdo sostener que la contraparte celebrante de la transacción satisfizo la necesidad de tutela jurisdiccional, porque únicamente el Estado, a través del juez, puede satisfacer aquél interés procesal con la respectiva prestación jurisdiccional. Es en esta dirección que Chiovenda ya había señalado con lucidez que el interés para obrar solamente se satisface por obra de los órganos jurisdiccionales; y así en ese sentido expresa:

> "El interés en obrar no consiste solamente en el interés en conseguir el bien garantizado por la ley (lo cual forma parte del contenido del

> derecho), sino en el interés en conseguirlo por obrar de los órganos jurisdiccionales" ([90]).

Siendo evidente las diferencias entre las transacción extrajudicial y judicial, resulta absolutamente justo, y no solamente razonable, concluir que no pueden operar ambas como sustento de una defensa de forma (excepción), de previo y especial pronunciamiento, sino que, como se viene sosteniendo, la transacción extrajudicial únicamente puede sustentar una defensa de fondo, en tanto que la transacción judicial, una de forma.

5.15. Es necesario también analizar la incidencia de la norma contenida en el Art. 1303 del C.C. sobre el caso sub materia. Esta norma dispone que "La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción". Tomando como punto de partida el análisis la transacción extrajudicial, de principio no es legítimo la renuncia anticipada e incondicional del derecho de acción, **y lo que más bien si sería procedente es la renuncia de derechos materiales muy específicos y con una máxima concreción y sus respectivas acciones**, lo que se ha denominado en doctrina *"pactum de non petendo"*, pero aún en esta última hipótesis, el Juez no puede rechazar de plano la demanda sino que tendría que merecer un pronunciamiento sobre el fondo del litigio en la sentencia, así con suma claridad se ha afirmado:

> "Está fuera de toda duda, que una renuncia previa y absoluta a la jurisdicción, es decir, a impetrar la tutela de los Jueces y Tribunales, tanto del lado activo o de la acción, como del lado pasivo o de la excepción o defensa, constituye una acuerdo radicalmente nulo. Ahora bien, la renuncia anticipada a la acción puede venir articulada de dos maneras: o como una renuncia al derecho subjetivo sustantivo que connota el abandono del interés de defensa o tutela, y que podríamos englobar bajo el denominativo de *pactum de non petendo*, o como una renuncia clara y general al ejercicio de las futuras acciones procesales que pueden darse al favorecido por ellas. La primera hay que contemplarla dentro del plano

[90] **Chiovenda, Giuseppe**. *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Vol. I. Segunda edición, traducción de E. Gómez O, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948; p. 188.

> del derecho civil y puede ser válida; la segunda, no (…) El pacto, evidentemente, no producirá jamás la inadmisiblidad del proceso, pero puede afectar a la cuestión de fondo y provocar una desestimación de la acción o de la excepción por falta de fundamento, salvo aquellos supuestos en que del propio derecho sustantivo resulte la invalidez de la renuncia". ([91])

Por tanto, para el caso de la transacción extrajudicial, en principio no está absolutamente cerrado el acceso a la jurisdicción y al proceso y, en todo caso, si existe renuncias muy específicas y concretas de derechos materiales y sus respectivas acciones ello será objeto de análisis en la sentencia de mérito, precisamente por tener aquella transacción la calidad de defensa de fondo.

5.16. Si el juez considera que la transacción extrajudicial es un medio de defensa de fondo debe emitir pronunciamiento al respecto en la sentencia. De esta manera, la transacción extrajudicial pasa un control judicial, y éste se produce cuando el Juez, en la sentencia, examina sus requisitos de procedencia y determina sus efectos extintivos, sea en forma total o parcial; o, en su caso, su falta de eficacia extintiva.

5.17. Sostener que en virtud de una política judicial de desjudicialización de las controversias debe admitirse que la transacción extrajudicial sí puede sustentar una defensa de forma, se podría llegar al extremo irrazonable de postularse, con la misma lógica argumentativa, que el pago o la condonación también pueden ser alegadas como defensas de forma (excepciones) y, por tanto, ser resueltas en la etapa postulatoria del proceso.

5.18. Por otra parte, si bien el derecho de defensa es un derecho fundamental y que la interpretación de las normas infraconstitucionales deben hacerse en la forma más favorable al respeto y plena efectividad de tal derecho; sin embargo, debe reconocerse, como se ha expuesto, que el derecho constitucional

---

[91] **Muñoz Sabaté, Luís**. *Las Cláusulas Procesales en la Contratación Privada*. Barcelona, Librería Bosch, 1988, pp. 35-36.

de defensa es de configuración legal y, en tal virtud, el legislador ordinario determina cuáles son la defensa de forma y cuáles las de fondo, así como su oportunidad y forma de ejercitarse, respetándose el contenido esencial de aquel derecho fundamental; por tanto, queda claro que la transacción extrajudicial únicamente puede sustentar una defensa de fondo.

5.19. En el caso sub júdice, la emplazada Minera Yanacocha S.R.L. celebró transacciones extrajudiciales con la demandante, quien actuó por derecho propio y en representación de sus tres menores hijos, incluso para dos de éstos intervino además con el padre de ellos (José Mendoza Saldaña). En todo caso, el Juez analizará la contestación de la demanda y determinará si dichas transacciones han sido opuestas como defensa o argumento de fondo y, de ser así, deberá pronunciarse en la sentencia, bajo las condiciones señaladas.

6.- <u>De la razonabilidad de los derechos fundamentales de acción y contradicción</u>.

Del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, como se ha anotado, derivan los derechos, también fundamentales, de acción y de contradicción (Art. 2). Estos derechos se regulan, para hacerse efectivos, dentro de un proceso civil; razón por la cual el legislador le da contenido, determina sus alcances y las formalidades para su ejercicio, por eso en la doctrina se considera que son derechos fundamentales de configuración legal. Como son derechos equivalentes, por el principio de igualdad, y más allá de la distinta posición que el actor y el demandado ocupan en el proceso, deben ser regulados de tal forma que el ejercicio de uno no importe la vulneración de contenido esencial del otro, evitándose el conflicto de derechos fundamentales. Dentro de una tipología de

conflictos iusfundamentales, la doctrina ha considerado, entre otros, que los conflictos pueden ser abstractos y concretos. El primero debe ser resuelto dentro de un proceso de control abstracto, y que en nuestro sistema sería un proceso de inconstitucionalidad de leyes. El segundo -concreto-, debe ser resuelto en un proceso judicial ordinario o en un proceso de amparo, cuando el juez resuelve un caso concreto ([92]). Con relación al tema de la excepción de transacción, debe estimarse de principio que el legislador ordinario ha regulado razonable o proporcionalmente, los derechos de acción y de contradicción en el proceso civil, y, luego de una interpretación de las normas sustantivas y procesales implicadas, puede concluirse, por un lado, que la transacción judicial no sólo es un modo especial de conclusión del proceso sino que además puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso por transacción; y, por otro lado, que la transacción extrajudicial es un medio o modo extintivo de obligaciones y, en tal virtud, sólo puede sustentar una defensa de fondo. De esto también resulta claro que si el legislador, en una hipótesis normativa, hubiera regulado y dispuesto que todos los medios de defensa, de fondo y de forma, puedan ser propuestos por el demandado en la etapa postulatoria del proceso, estaría lesionando el contenido esencial del derecho de acción en beneficio ilegítimo del derecho de contradicción, pues resulta obvia la irrazonabilidad de esta hipotética norma procesal al permitir un pronunciamiento sobre el fondo del litigio en la etapa postulatoria del proceso: sería como sentenciar el proceso al momento de resolver las excepciones. Con igual criterio lógico, en otra hipótesis normativa extrema, si el legislador dispusiera que todos los medios de defensa, de fondo y de forma, sean resueltos en la sentencia, estaría vulnerado el derecho de contradicción y de defensa del demandado, al obligarle a seguir todo el proceso civil, cuando las excepciones deberían ser resueltas en la etapa postulatoria, las cuales

[92] Cfr.: **Mendoza Escalante, Mijail**. *Conflictos entre Derechos Fundamentales, Expresión, información y honor*. Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 44 y ss.

por su propia naturaleza estrictamente formal y de especial y previo pronunciamiento, no necesitan ser sustanciadas con el principal y mucho menos ser resueltas en la sentencia.

7.- <u>De la aparente antinomia de las normas procesales y sustantivas sobre la excepción de transacción</u>.

El código establece que el demandado puede oponer excepciones, defensas previas y defensas de fondo. En ese sentido, el Art. 446 dispone: "Excepciones proponibles: **El demandado sólo puede proponer** (se resalta las negrillas) las siguientes excepciones: (…) inc. 10°. Conclusión del proceso por conciliación o transacción".

Por otro lado, el Código Civil (Art. 1302, párrafos primero y tercero) establece que por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden algún asunto dudoso o litigioso evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está en curso y, además, que la transacción tiene valor de cosa juzgada.

Establecer en el proceso la voluntad objetiva de la norma jurídica, en este caso normas materiales y procesales, requiere de métodos o criterios de interpretación; y los criterios pertinentes para cada caso deben ser empleados de la manera más armónica y certera. La doctrina no propone los denominados criterios o métodos de interpretación jurídica. De la aplicación de estos criterios de interpretación a las normas jurídicas pertinentes, debemos establecer si efectivamente la transacción extrajudicial es un modo extintivo de obligaciones regulado por nuestro Código Civil y por consiguiente deducible sólo como defensa de fondo, en tanto que la transacción judicial, regulado por el C.P.C. es un modo especial de conclusión del proceso y por consiguiente deducible sólo como defensa de forma (excepción), conclusiones éstas que pretendemos demostrar como certeras con la argumentación pertinente y persuasiva.

Todo enunciado normativo requiere de una interpretación; por tanto, no es cierto que cuando el texto de la norma es claro no requiere de actividad interpretativa. Por ello el paradigma que se sustenta en el clásico brocardo: *in claris non fit interpretatio*, ha quedado sin vigencia.

Estos criterios de interpretación deben aplicarse dentro de un modelo de aplicación dinámico u objetivo, denominado también modelo constructivo. Para llegar a una conclusión interpretativa compatible, sin lugar a dudas, a una decisión objetiva y materialmente justa.

Dentro de los criterios que la doctrina[93] propone y que el Juez debe considerar en su labor interpretativa puede mencionarse los siguientes: 1) criterio gramatical denominado también literal; 2) criterio lógico conceptual (en donde encontramos los argumentos *a priori*, *a contrario, a fortiori, generali sensu, stricto lege, ad absurdum*); 3) criterio sistemático; 4) criterio histórico (precedentes inmediatos y remotos, proceso de elaboración de normas, exposición de motivos y debates legislativos); 5) criterio teleológico; 6) criterio axiológico.

Como se ha expresado, con una posición de equilibrio o de justo medio si se quiere, el Juez de nuestros tiempos en un Estado Constitucional de Derecho([94]), debe recusar y apartarse las posiciones extremas del

---

[93] Cfr.: **Martínez, Luis y Fernández, Jesús**, *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*, p. 288-290. Rafael de Asis Roig hace una sistematización más general y compleja, estableciendo los siguientes criterios : a) por su sentido: criterios de coherencia semántica o literal (gramatical, analógico); coherencia teleológica (teleológico estricto, de racionalidad y de proporcionalidad, de razón mayor); coherencia valorativa (de justicia y equidad, de naturaleza de las cosas, del contrapeso y razonabilidad); b) proyecciones: pasado (criterio histórico estricto estático, criterio de la voluntad o psicológico, criterio del precedente); presente (criterio del lugar material, criterio de conformidad con la constitución); futuro (criterio histórico estricto dinámico), c) límites: criterio de la no redundancia, apagógico, criterio de la consecuencialista estricto, criterio de la ordenación, véase: *Jueces y Normas, la Decisión Judicial desde el Ordenamiento,* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 1995, p. 209.

[94] Con acierto dice Manuel Aragón Reyes "… el problema de la vinculación de los jueces a la ley ha de abordarse desde una perspectiva que podríamos llamar ´moderna', esto es, la propia de una Estado Constitucional de Derecho, y esa perspectiva no es otra que la doble sumisión de los jueces a la constitución y a la ley…) *La Vinculación del Juez a la Ley*, Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), 1997, p. 180.

positivismo jurídico a ultranza o dogmatismo([95]), y tampoco debe asumir las posiciones extremas corrosivas de la Escuela del Derecho Libre, porque el Juez de nuestros tiempos no debe ser la boca de la ley pero tampoco debe atribuirse las facultades propias del legislador. Es cierto que el Juez es creador del derecho, en tanto crea normas particulares para las partes en la sentencia, o cuando integra el vacío normativo con la aplicación de los principios generales del derecho; y aún más, por antonomasia el Juez de nuestros tiempos es el recreador del derecho, pues su sentencia objetiva y materialmente justa recrea el derecho, vivifica los valores y fines de éste, concreta el sistema de valores que acoge la Constitución, primordialmente el valor justicia, que es el valor supremo del derecho.

En principio, debe hacerse una interpretación restrictiva de la citada norma procesal (Art. 446 inc. 10º), es decir que no cabe sino aplicar a los casos expresamente previstos en la norma, excluyéndose la interpretación extensiva y la analogía. La norma enumera taxativamente las excepciones proponibles por el demandado en un proceso civil, de tal modo que está excluida cualquiera otra excepción; es una norma "numerus clausus" que no admite otros supuestos o casos de los previstos expresamente. Está claro, como ya se ha expresado, que de la interpretación sistemática, teleológica y literal de esta norma con la prevista en el Art. 453, inc. 4º, se llega a la conclusión interpretativa final que solamente se admite la excepción de transacción judicial excluyéndose cualquier otra excepción que se sustente en la transacción

[95] El imperio de la Constitución y de la ley es uno de los pilares esenciales de un Estado de Derecho, llámese Estado Constitucional de Derecho o Estado Democrático y Social de Derecho; empero la legalidad surge como una respuesta a la arbitrariedad y el absolutismo del antiguo régimen y así nos lo recuerda Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer cuando precisa "El principio de legalidad se construye históricamente como oposición a la arbitrariedad y la subjetividad de las decisiones del príncipe, como sistema de ejercicio de poder objetivo, igualitario y previsible y como elemento clave para legitimar el poder, para organizarlo y delimitarlo…" Constitución, Legalidad y Seguridad Jurídica, en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), p. 157.

extrajudicial. Y que, en todo caso, la transacción extrajudicial debe ser opuesta como una defensa de fondo según las reglas del Código Civil.

Un sistema jurídico, se ha dicho, tiene como características la unidad, plenitud y coherencia([96]). Cuando existe una antinomia o contradicción normativa, ella se resuelve mediante la aplicación de los criterios: jerárquico, de competencia, de prevalencia, cronológico y de especialidad([97]).

En la hipótesis negada que el vigente Código Civil de 1984 haya reconocido las dos excepciones, de transacción judicial y de transacción extrajudicial, esta hipótesis carecería de todo sustento y razón de ser desde la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil, a partir del 28 de Julio de 1993, por cuanto:

a) cuando existe incompatibilidad entre una norma posterior y una anterior, prevalece la posterior (*lex posterior derogat priori*), en aplicación del criterio cronológico para resolver las antinomias; al respecto Ricardo Guastini señala que:

> "El principio cronológico es aquel principio en virtud del cual, en caso de conflicto de normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas (o sea, dispuestas sobre el mismo plano en la jerarquía de fuentes) y provistas de la misma esfera de competencia, la norma proveniente de la fuente anterior en el tiempo debe considerarse *abrogada* (y, por tanto, debe ser desaplicada)." ([98])

En consecuencia, para resolver la excepción de transacción propuesta por los emplazados, debe aplicarse preferentemente las normas del Código Procesal Civil sobre las del Código Civil por ser posteriores;

---

[96] Véase: **Prieto Sanchís, Luis**. *Apuntes de Teoría del Derecho,* Madrid, Editorial Trotta, segunda edicción 2007, p. 113 y ss.
[97] Ob. Cit. P. 134 y ss.
[98] **Guastini, Ricardo.** *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 2000; p.76.

considerándose que ambos subsistemas reguladores tienen la misma jerarquía normativa.

b) cuando existe incompatibilidad entre una norma especial y una general prevalece la especial (*lex specialis derogat generali*) en aplicación del principio de especialidad. La norma especial es aquella que presenta un ámbito de aplicación incluido en un ámbito más amplio, que es el de la norma general y que por tanto aquella prevalece sobre ésta en su dinámica de interpretación y aplicación ([99]). Por consiguiente, para resolver la excepción de transacción propuesta por los emplazados en el presente proceso debe aplicarse prevalentemente las normas del Código procesal citado; teniéndose en cuenta que lo que se va a resolver es la procedencia y la fundabilidad de una excepción (que desde luego los emplazados así la han propuesto no obstante su fundamento) y no un medio extintivo de obligaciones; finalmente, el Art. 338 dispone que en todo lo no previsto en el capítulo de transacción judicial se aplican supletoriamente las normas del Código Civil; norma que refuerza el carácter especial de las normas procesales sobre las sustantivas respecto a la tema de la transacción.

De todo esto cabe concluirse que el juez no puede crear una excepción o defensa de forma que no esté prevista expresamente en la norma procesal civil. Además está prohibido de hacerlo porque sino abriría las puertas para reconocer otras excepciones no previstas expresamente, vulnerándose de este modo el contenido esencial de los derechos de acción, al proceso y a una decisión sobre el fondo del litigio que corresponde a la parte demandante.

[99] Cfr. **Prieto Sanchís, Luis** Ob. Cit. p. 138.

Por los fundamentos pertinentes que anteceden, la excepción de transacción formulada por los emplazados Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar debe ser desestimada en cuanto a la demandante y a sus tres hijos, en consideración de que la referida transacción extrajudicial no puede en modo alguno sustentar una excepción de conclusión del proceso por transacción, por cuanto: **1)** la transacción no fue celebrada para dar por finalizado un proceso judicial en curso; **2)** no fue homologada o aprobada por el Juez del proceso; **3)** la tantas veces citada transacción, al no haberse generado en un proceso, no puede en modo alguno configurar la hipótesis legal requerida de un primer proceso idéntico al segundo, en el que se hace valer la excepción; **4)** las resoluciones judiciales mediante las cuales se aprobaron las transacciones extrajudiciales celebradas por Giovanna Angélica Quiróz Villaty, en representación de sus tres menores hijos, resultarían cuestionables, toda vez que el Art. 1307° del C.C., al tratar de la transacción a cargo de los representantes de ausentes o incapaces, señala que éstos pueden celebrarla, pero con aprobación del juez, lo que quiere decir que la oportunidad en la que debe obtenerse la autorización del juez es previa a la celebración del acto transaccional (entiéndase sobre un proyecto), y no después, ya que celebrarse primero la transacción importaría haber celebrado un acto ineficaz ([100]). En el caso de autos, mediante resoluciones del 06 de febrero y 05 de junio del 2001, el órgano jurisdiccional "autorizó" a Giovanna Angélica Quiróz Villaty a celebrar las transacciones en nombre de sus menores hijos, es decir, luego de haber transcurrido varios meses desde su suscripción, teniendo en cuenta que los contratos principales datan del 02 de setiembre del 2000 y sus addedums del 04 de noviembre del mismo año.

[100] Cfr.: **Muro Rojo, Manuel**. *Transacción de Ausentes e Incapaces*. En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas; Tomo VI. Lima, Gaceta Jurídica, 2004; p.819.

Se ha verificado, en consecuencia, la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, reconocido por el inc. 3° del Art. 139 de la Constitución Política y por el Art. I del Título Preliminar del Código Procesal citado, pues al haberse declarado fundada la mencionada excepción y dado por concluido el proceso, se ha lesionado el derecho de la parte demandante a obtener una sentencia sobre el fondo del litigio respecto a las emplazadas Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar. De consiguiente, el recurso de casación debe ser declarado fundado en este extremo y, en sede de instancia, debe revocarse la resolución de primera instancia en la parte en que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción con respecto a los tres menores ya nombrados, y reformándola en esta parte, debe declararse improcedente la mencionada excepción; y, con relación a la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, en cuanto actúa por derecho propio, debe revocarse la resolución del juez que declara infundada la misma defensa de forma, y en sede de instancia también debe declararse improcedente.

8.- Criterio de nuestra jurisprudencia sobre la excepción de transacción judicial como defensa de forma

Antes de presentarse las líneas jurisprudenciales contradictorias, que son materia de análisis en la presente, la Corte Suprema estableció en varias ejecutorias que la excepción de transacción solamente podía sustentarse en la transacción judicial. Así se puede citar la siguiente sentencia casatoria, que en la parte pertinente expresaba:

> "La excepción de transacción se presenta como un mecanismo procesal de defensa que se configura cuando se pretende variar los efectos de un proceso ya resuelto, mediante un acuerdo transaccional, definitivamente, en otro (…) Para la configuración de esta excepción –de conclusión del proceso por transacción- se requiere de la concurrencia de tres presupuestos, los cuales son: a) la identidad de las partes; b) la identidad de la pretensión; y, c) la identidad del interés para obrar; (…) no será fundada la excepción de transacción que no reúna los requisitos de

> identidad que establece la ley…" Casación Nº 2734-2003. Apurímac. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ([101]).

Como puede verse, siguiendo el criterio normativo de código procesal civil (Arts. 452 y 453), la ejecutoria también exige para la procedencia de la excepción de conclusión del proceso por transacción el presupuesto de dos procesos idénticos con la concurrencia de una triple identidad entre ellos: de partes, de pretensión –entiéndase de petitorio- y de interés para obrar.

9.- <u>De la inaplicabilidad de la doctrina de los Actos Propios al presente caso</u>.

Se pretende aplicar la doctrina de los Actos Propios para desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus tres menores hijos. Por ello es necesario analizar su aplicabilidad o inaplicabilidad al presente caso de las transacciones celebradas por la nombrada demandante.

9.1.- Antecedente histórico

La llamada Teoría de los Actos Propios tiene sus raíces en el Derecho Romano, el cual se limitó a hacer una cierta aplicación de la citada teoría en algunos casos concretos. Aunque no se formuló una definición específica de esta teoría, es en el Derecho Romano donde se comienza a sancionar como inadmisible la actuación contraria a la conducta anterior, pero ello no de una manera general sino en determinados casos y con algunas excepciones. Dicha inadmisibilidad dio origen, entre otros, a los brocardos: *venire contra factum proprium nulli conceditur* y *adversus factumsuum quis venire non protest.* Dichos brocardos, aunque son latinos, no han nacido en el Derecho Romano, sino en el Derecho Intermedio, aquel periodo comprendido desde el redescrubrimiento del

[101] Publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de enero de 2005.

Corpus Iuris Civiles, en el siglo XI, hasta el momento de las codificaciones, etapa poco conocida y a la vez importante porque en ella nacen la mayoría de nuestros dogmas, y comprende a los glosadores, posglosadores, canonistas, prácticos y tratadistas ([102]).

La formulación más antigua que se conoce de la regla que prohíbe venir contra los Actos Propios es un pasaje de Ulpiano que recoge el fragmento 25 del Digesto 1,7, en él se afirma que resulta inadmisible que el padre pretenda iniciar, una vez muerta la hija que ha vivido como *mater familias* emancipada y que ha instituido herederos por testamento, una controversia alegando que la emancipación no ha sido jurídicamente eficaz. Sin embargo, esta actitud es inadmisible debido a que él mismo ha permitido que su hija sea tratada como *sui iuris*, es decir, le ha permitido vivir como si fuera emancipada aún cuando no hubieran sido cumplidos los requisitos establecidos en el Derecho Romano. Por ello se resolvió que el padre que ha consentido que la hija sea tratada como **sui iuris** no puede ignorar o desconocer tal estado y, por lo tanto, no puede pretende impugnar el testamento. Es necesario destacar que la solución dada en el referido caso, como lo sostiene Diez-Picazo no tiene como primera razón sancionar la conducta contradictoria sino, más bien, evitar un resultado que objetivamente es considerado injusto ([103]).

9.2.- Concepto

La Teoría de los Actos Propios, tal como la definen Marcelo J. López Mesa y Carlos Rogel Vide, consiste en una limitación al ejercicio de un derecho, que reconoce como fundamento una razón de política jurídica: la protección de la confianza suscitada por el comportamiento antecedente, que luego se pretende desconocer ([104]). Como señalan los referidos

---

[102] **Borda, Alejandro**. *La Teoría de los Actos Propios*, Cuarta Edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot Lexis Nexis Argentina S.A., 2005 edición, p. 15 y 21

[103] **Diez-Picazo Ponce de León, Luís**. La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1963, pp. 23 a 26.

[104] **López Mesa, Marcelo y Rogel Vide, Carlos**. *La Doctrina de los actos propios, Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires, Editorial Reus y Editorial B de F, 2005, p. 91.

autores, la Teoría de los Actos Propios constituye una derivación inmediata y directa del principio de la buena fe, reconocido por la jurisprudencia argentina en una infinidad de pronunciamientos, especificándose en algunas sentencias, que se trata de un principio que integra el Derecho positivo.

El profesor Fueyo Laneri define a la Teoría de los Actos Propios como un principio general de derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta de la misma persona, evitando así la afectación a un interés ajeno y el daño consiguiente, la teoría obliga a una conducta leal, honesta, confiable y que encuentra apoyo natural en la moral ([105]).

En conclusión, como lo señala Alejandro Borda, la teoría de los Actos Propios constituye una regla de derecho que se deriva del principio de la buena fe, el cual sanciona como inadmisible toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por la misma persona ([106]).

Esta doctrina se halla vinculada directamente con los principios generales del derecho y en particular con el de buena fe, pero también ha sido enfocada como medio de defensa contra el accionar incoherente y también como una nueva forma de restricción o limitación en el ejercicio de derechos ([107]).

9.3.- Requisitos

La teoría de los actos propios requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicada, que son las siguientes ([108]):

---

[105] **Fueyo Laneri, Fernando**. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp 308 y 310.
[106] Ob. Cit. p. 56.
[107] Cfr. **Peyrano, Jorge W.** *Derecho Procesal Civil, de acuerdo al C.P.C. Peruano*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1995, pp. 355 y 356.
[108] Borda, Alejandro, Ob. Cit. p. 71.

a) **Una conducta anterior relevante y eficaz.** La conducta vinculante o primera debe ser jurídicamente eficaz. Por lo tanto, si esta primera conducta es inválida, se puede volver lícitamente contra ella. Ello significa que si el negocio jurídico celebrado en primer término o, lo que es lo mismo, la conducta vinculante llevada a cabo fuese inválida o ineficaz en sí misma, o ilícita, o contraria las buenas costumbres o al orden público o de cumplimiento imposible, puede ser atacada o impugnada sin que ello importe una violación de la teoría de los propios actos.

b) La pretensión contradictoria. La referida pretensión, que puede ser judicial o extrajudicial, teniendo como referencia un acto anterior, permite la defensa del sujeto que ha receptado ambas conductas, que ha confiado en la primera de ellas y que ha actuado consecuentemente con dicha confianza, salvo que la variación de la conducta esté justificada por las circunstancias del caso o haya intereses sociales prevalecientes, o **hayan variado las condiciones que se daban al producirse la conducta vinculante.** Desde luego, el agente receptor del comportamiento debe haber obrado de buena fe. La mala fe impide la aplicación de la teoría de los actos propios. El conflicto de intereses generado por el comportamiento contradictorio podría, hipotéticamente, soslayar la intervención judicial o arbitral; pero en los hechos, esta intervención resulta imprescindible toda vez que la aplicación de la teoría de los actos propios se realiza dentro de un proceso porque se trata de un impedimento de orden procesal.

c) La identidad de los sujetos que se vinculan en ambas conductas. El sujeto activo que ha observado determinada conducta debe ser el mismo que pretende luego contradecir esa primera conducta. El sujeto pasivo, es decir, la persona que ha sido receptor o destinatario de ambas conductas, también debe ser el mismo.

9.4.- Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios al caso sub júdice

En el caso de autos, se aprecia que la accionante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus menores hijos Walker Cuenca Quiroz, Euler Mendoza Quiroz y José Mendoza Quiroz, celebró transacciones extrajudiciales con la demandada Minera Yanacocha S.R.L. con fecha 02 de setiembre del 2000. En los referidos actos jurídicos, las partes acordaron que Minera Yanacocha S.R.L. indemnizaba a los afectados por el derrame de mercurio que ocurrió en su localidad, en tanto que la ahora accionante renunciaba a iniciar cualquier proceso judicial o reclamo al respecto.

A continuación expondremos los fundamentos por los cuales consideramos que la Teoría de los Actos Propios es inaplicable al caso sub materia.

Como quiera que la transacción extrajudicial, desde nuestra óptica, solamente puede ser invocada como defensa de fondo, resulta necesario que ésta debe ser materia de actividad probatoria junto con el principal y objeto de pronunciamiento en la sentencia.

Bajo esta premisa, por lo demás ya establecida anteriormente, debe tenerse en cuenta que la conducta anterior "relevante y vinculante" debe ser válida, pues de lo contrario es lícito volverse en contra de esa conducta. Si la primera conducta (celebración de la transacción extrajudicial por parte de doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty) se ha realizado con error (de la declarante) y si además el receptor (Yanacocha) habría obrado de mala fe (aspecto que debe ser materia de probanza junto con el principal, tal como ya se dijo), es lícito que la declarante vaya contra su propio acto; por consiguiente, en el presente caso, es lícito que la señora Quiroz vaya en contra de la transacción extrajudicial celebrada

si alega mala fe en Yanacocha al celebrarla ([109]). En este mismo sentido se pronuncia Alejandro Borda:

> "Cuando el receptor de la conducta ha tenido conocimiento del error del declarante, resulta lícito que éste vaya contra su propio acto. Pero ello no se fundamenta en el error del acto sino en que el receptor de la conducta obra de mala fe si, conociendo tal error, pretende hacer valer dicha conducta. No es admisible la protección de quien actúa de mala fe pretendiendo usufructuar un acto ajeno, incluso aunque no hubiera existido error"([110]).

En cuanto a la mala fe, por su naturaleza y complejidad, debe ser objeto de probanza junto con el principal desde que la transacción extrajudicial sólo es admisible como defensa de fondo. Sin embargo, aquella mala fe no sería razonablemente viable su probanza en la etapa postulatoria del proceso y menos con motivo de tramitarse una defensa de forma como es la excepción. Dentro de la buena o mala fe que se alegara se deberá probar si Yanacocha, a través de sus directivos y personal calificado, tenía conocimiento que la intoxicación por mercurio causaba lesiones en el cuerpo humano de manifestación progresiva en el tiempo. Otro aspecto relevante que tendría que evaluarse en la sentencia es si la llamada "addendum" o segundo acuerdo transaccional celebrado entre las partes, dos meses después de la primera transacción, ponía de manifiesto efectivamente aquella progresividad de las lesiones, que bien podría haber sido de pleno conocimiento por parte del personal de Yanacocha y, por otro lado, ser ignoradas total o parcialmente por los damnificados con el derrame e intoxicación del mercurio.

La conducta anterior no debe ser determinada por el error, el estado de necesidad o cualquier vicio sustancial, pues de lo contrario no es aplicable esta doctrina. López Mesa y Carlos Rogel con acierto, y citando a Leiva Fernández, sostienen:

> "En palabras de Leiva Fernández 'el acto previo debe ser válido (…) De modo que bastaría con que en un caso concreto se alegue y demuestre – por vía de acción o excepción- la ausencia de voluntad en el acto (…) sea

[109] En el escrito de absolución de la excepción corriente a fojas 261 del Tomo I, la demandante expresamente alegó la nulidad de pleno derecho de las transacciones celebradas con Empresa Minera Yanacocha S.R.L.
[110] Ob. Cit. p. 78.

> por error, dolo, estado de necesidad, violencia, etc., para que la aplicación lisa y llana de esta doctrina sea objetable'. (…) Por nuestra parte, compartimos el criterio de que si el primer acto no es válido, por estar viciado sustancialmente, no cabe aplicar la doctrina de los actos propios, pues ella no establece una obligación de mantenerse en el error, sino de actuar coherentemente cuando ambas manifestaciones de voluntad son válidas, pero contradictorias entre sí" ([111]).

Así mismo se ha sostenido que siendo la transacción un contrato es fácilmente viable que una de las partes imponga sus condiciones a la otra por un estado de necesidad de ésta. En este sentido se ha pronunciado Manuel De la Puente y Lavalle ([112]) cuando afirma enfáticamente:

> "En efecto, siendo la transacción un contrato, es dable que las condiciones de la transacción sean impuestas por una de las partes abusando del estado de necesidad en que se encuentra la otra, que lleva a ésta a aceptar tales condiciones por ser la única manera cómo puede satisfacer su necesidad. No creo que deba ampararse una transacción celebrada en estas condiciones (…)".

En el presente caso, el error en que habría incurrido la parte demandante, o el estado de necesidad en que se habría encontrado el mismo, al celebrar las transacciones extrajudiciales, debería ser analizado por el juez en la sentencia, con las pruebas pertinentes que resulten del proceso al resolver las tantas veces mencionada defensa de fondo.

Por otra parte, cabe preguntarse si la transacción extrajudicial celebrada por doña Angélica Quiroz en representación de sus tres menores hijos, sin las formalidades legales que establece el Art. 1307 del C.C. (previa autorización judicial, con dictamen fiscal y opinión del Consejo de Familia cuando lo haya) contraviene normas que interesan al orden público. Conforme a lo dispuesto en el Art. V del Título Preliminar de nuestro Código Civil, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Las normas de orden público se caracterizan por su prevalencia sobre las originadas en la autonomía de la voluntad, resultan principios cuyo reflejo constituye las normas jurídicas

---

[111] Ob. Cit. p.190.

[112] **De la Puente y Lavalle, Manuel.** *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo III. Segunda reimpresión de la Segunda edición actualizada, Lima, Palestra editores, 2007, pp. 108 y 109.

([113]). En cambio las buenas costumbres son entendidas como los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social.

Si las transacciones extrajudiciales contravienen normas que interesan al orden público también debe ser materia de probanza en el principal y objeto de pronunciamiento en la sentencia, pues de considerarse que en aquellas transacciones que interesan a los tres menores de edad, concurre una causal de nulidad absoluta y manifiesta, el Juez está autorizado para declararla de oficio (Art. 219, inc. 8, y Art. 220 del C.C.).

Por otra parte, **no se aplica la doctrina de los actos propios si han variado las condiciones que se daban al producirse la conducta vinculante.** En el caso sub júdice, las condiciones y circunstancias que se daban al celebrarse la primigenia transacción extrajudicial (02 de setiembre del 2000) evidentemente variaron con el transcurso del tiempo, tan cierto es ello que con fecha 04 de noviembre del 2000 las partes celebran un segundo acuerdo transaccional que le denominan "addendum", y en virtud del cual Yanacocha duplica el monto de las indemnizaciones pactadas en la primigenia transacción a favor de la demandante y de sus tres menores hijos. Este segundo acuerdo evidencia que la controversia fue reabierta por ambas partes y que las condiciones variaron con el paso del tiempo, esto es que el progresivo agravamiento de las lesiones tenía lugar en razón de la naturaleza de la intoxicación por mercurio, y por tanto, las condiciones existentes al celebrar el segundo documento fueron distintas a las que se daban al celebrar la referida transacción extrajudicial.

Asimismo, respecto a las buenas costumbres, corresponde al Órgano Jurisdiccional en la causa sub materia analizar en la sentencia si las transacciones fueron celebradas respetando los cánones fundamentales de honestidad a la luz de la conciencia social, pues el presente caso es

[113] Cfr.: **Castillo Freire, Mario**. *La Teoría de los Actos Propios*. Primera edición, Lima, Palestra editores, 2006, p. 109.

muy particular, no se trata de un daño a la salud típico ocurrido por ejemplo en un accidente de tránsito donde las consecuencias son más que previsibles, sino se trata de una contaminación química producto de un derrame de mercurio, donde las consecuencias inmediatas y sobre todo futuras, pueden ser del total desconocimiento de los pobladores rurales, en su mayoría campesinos, con niveles ínfimos de educación, que podrían desconocer los posibles daños actuales y futuros a su salud producto de dicha contaminación; mientras que, Minera Yanacocha, habría tenido la responsabilidad de explicar a dichas personas los efectos de una posible contaminación por mercurio, pues como se ha señalado anteriormente, el agente receptor del comportamiento debe haber obrado de buena fe; la mala fe impide la aplicación de la teoría de los actos propios. Todos estos aspectos corresponden ser analizados durante el desarrollo del proceso, con la actuación de los medios probatorios pertinentes, lo cual resulta inviable a través de una excepción de forma con una cognición sumaria; por todo esto además, corresponde analizar la excepción de transacción extrajudicial sub litis como un medio de defensa de fondo.

También es importante tener en cuenta que la Teoría de los Actos Propios tiene una aplicación residual, esto es que solamente se aplica cuando el ordenamiento jurídico no provee de otra solución para la conducta contradictoria; por consiguiente, no es aplicable esta teoría cuando la ley regula una solución expresa para la conducta contradictoria, sea impidiéndola o permitiéndola ([114]). En ocasiones la variación de la doctrina está justificada por las circunstancias del caso o existen intereses sociales prevalentes que llevan al legislador a autorizar retrocesos y contramarchas ([115]). En el caso de autos existen ya normas expresas, contenidas en los Arts. 446 y 453 del Código Procesal Civil vigente, que establece que el demandado sólo puede alegar determinadas

[114] Cfr. **López Mesa, Marcelo J. y Rogel Vide, Carlos**, Ob. Cit., p. 180.
[115] Conclusión 3ª del despacho de la Comisión 8 de las Novenas Jornadas Nacionales de Mar del Plata, 1983.

excepciones, donde no se considera de forma alguna la excepción de transacción extrajudicial; por consiguiente, no cabe la aplicación o creación de otras excepciones, vía interpretación o de la aplicación de la doctrina de los actos propios, más aún que, como se ha señalado anteriormente, la intervención judicial resulta imprescindible toda vez que la Teoría de los Actos Propios trata sobre un impedimento de orden procesal.

También es inaplicable esta doctrina al caso concreto, para resolver en la etapa postulatoria una excepción, ya que existe doctrina sólida que postula que esta doctrina opera procesalmente como defensa de fondo y por tanto debe ser objeto de pronunciamiento sólo en la sentencia. Con suma claridad López Mesa y Rogel Vide expresan al respecto:

> "Procesalmente, la doctrina opera como defensa sustancial o de fondo, y no como excepción de previo y especial pronunciamiento; y debe ser opuesta al contestar la demanda o el traslado de la pretensión que se trate. No configura una excepción en sentido estricto, sino una defensa amplia, abarcadora, hábil para frustrar la pretensión desleal. Ello, obvio es, sin perjuicio de su posibilidad de invocación de oficio, en los casos en que ella procede…" ([116])

Por tanto, determinar si la obligación indemnizatoria se extinguió o no es un tema de fondo que el juez debe resolver en la sentencia. En este orden de ideas, si los tres emplazados al formular la excepción materia de análisis alegan que la obligación referida se extinguió por el mérito de las transacciones extrajudiciales y, además hubieran alegado expresamente como medio de defensa la doctrina de los actos propios (cosa que no lo hicieron), estos dos aspectos, estrechamente vinculados, configuran defensas de fondo que deben ser objeto de resolución en la sentencia.

La doctrina de los actos propios impone la probanza de ciertos hechos que configuran, entre otros, los requisitos anotados, por ello la doctrina se inclina por considerarla como una defensa de fondo que debe ser alegada

[116] Ob. Cit. p. 150.

por la parte interesada, a fin de preservar los principios del contradictorio, de defensa y de congruencia procesal:

> "Esta -la doctrina que se analiza- viene así a cumplir una defensa de fondo, pues ataca el derecho subjetivo e impide su recepción jurisdiccional (…) Sucede que el Juez puede no conocer la conducta sistemática precedente, o que no surja de los elementos de prueba agregados; o bien, que la presunta contradicción no tenga estricta vinculación con el asunto que tramita la litis. En estos casos, el problema del ámbito de composición del entuerto (principio de contradicción, principio de congruencia) le impide al sentenciante introducir otros argumentos de hecho que no hubieran sido planteados por las partes (…) Sin embargo, interpretado el principio en la medida del alcance que pretendemos asignarle (residual), parece más coherente afirmar la necesidad de que se oponga como defensa y se prueba la conducta incompatible con el obrar anterior, so riesgo de privar al principio de su presencia en el proceso." ([117])

10.- <u>Del Informe Defensorial Nº 62 sobre el caso sub materia</u>.

La Defensoría del Pueblo, en el mencionado Informe Nº 62, da cuenta de la investigación y análisis sobre los hechos ocurridos con relación al derrame de mercurio en las inmediaciones de las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan, en la Provincia de Cajamarca.

Entre otras conclusiones se establece (conclusión Nº 22) que la Empresa Minera Yanacocha S.R.L. había sido sancionada administrativamente por estos hechos, llegando a consentir tal sanción. Así mismo se estableció que el chofer Esteban Arturo Blanco Bar fue el único procesado penalmente por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud (condenado a dos años de pena privativa de la libertad con ejecución suspendida); y contra los directivos de la Minera demandada y de Ransa por los delitos contra la seguridad pública y peligro común, en su modalidad culposa y

[117] **Gozaíni, Osvaldo A**. *La Conducta en el Proceso*, La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1988, pp. 215 y 219. Este mismo autor cita en este lugar a Edgardo Alberti, quien advierte "Lo necesario, en todo caso, es que la conducta precedente respecto de la cual la pretensión provocaría una contradicción inatendible por el Tribunal, sea invocada y probada en sí misma: cual todo otro hecho de la causa. De manera que si no estuviera ya contenida en la relación formulada por el pretensor –contra el cual ella sería vuelta por la interpretación de su sentido-, el demandado estará constreñido a referir cuál haya sido la conducta antecedente, y a probarla de negar el pretensor haber actuado de tal manera".

en agravio de la sociedad, habiéndose reservado el representante del Ministerio Público denunciarlos por delito ecológico; en tanto que los agraviados no se constituyeron en parte civil.

Así mismo, se señala en el Informe N° 62 emitido por la Defensoría del Pueblo, en fojas 983 (conclusión 26), que las transacciones extrajudiciales sub materia vulneran los derechos al debido proceso y a una tutela jurisdiccional efectiva de los afectados -pues versan sobre derechos extra patrimoniales, como el derecho a la vida y la salud-, derechos de la persona humana reconocidos por la Constitución y que tienen la calidad de inherentes a la misma e irrenunciables.

Otra conclusión importante señala que las cuestionadas transacciones extrajudiciales serían nulas de pleno derecho, pues entre otros aspectos de estaría transigiendo sobre los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Las glosadas conclusiones de la Defensoría del Pueblo no hacen sino reafirmar el criterio jurídico de que las transacciones extrajudiciales celebradas entre la empresa minera demandada y la parte demandante son también altamente cuestionables desde la perspectiva de los derechos fundamentales y las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad en un Estado Constitucional de Derecho.

VIII. FUNDAMENTOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA PARTE DEMANDANTE.

1.- <u>La falta de legitimidad para obrar como excepción</u>.

1.1. Como se ha visto, la legitimidad para obrar es una de las condiciones del ejercicio válido de la acción, y ha sido reconocida por nuestro Código Procesal Civil, particularmente en los Arts. IV del T.P. y 427 inc.1º.

1.2. La falta de esta condición de la acción faculta al demandado a proponer la excepción de falta de legitimidad para obrar, sea activa o pasiva, según norma contenida en el Art. 446 inc. 6º.

1.3. La legitimidad para obrar debe ser examinada por el Juez en la calificación de la demanda, al resolver la defensa de forma pertinente o en vía de saneamiento procesal. También el juez puede excepcionalmente pronunciarse sobre ella al expedir sentencia, al amparo de la norma contenida en el último párrafo del Art. 121.

1.4. La doctrina ha conceptuado la legitimidad para obrar del siguiente modo:

a) Señala Luís Loreto, siguiendo sustancialmente la concepción de Chiovenda, que la legitimidad para obrar o cualidad:

> "…expresa una relación de identidad lógica entre la persona del actor, concretamente considerada, y la persona abstracta a quien la ley concede la acción; y de identidad lógica entre la persona del demandado, concretamente considerada, y la persona abstracta contra quien la ley concede la acción." ([118])

b) Enseñaba Giuseppe Chiovenda que:

> "…para que para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere que éste corresponde precisamente a aquel que lo hace valer y contra aquel contra quien es hecho valer; o sea, considere la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva)." ([119])

c) Según Juan Montero Aroca, es necesario distinguir entre la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica material y la posición habilitante para formular una pretensión (legitimación activa) o para contradecirla (legitimación pasiva), posición que a su vez puede ser ordinaria o directa, cuando quien demanda afirma ser titular del derecho subjetivo e imputa la titularidad pasiva al

---

[118] **Loreto, Luís**. *Contribución al Estudio de la Excepción de Inadmisibilidad por Falta de Cualidad*. En: Estudios de Derecho Procesal Civil, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Volumen XIII, 1956.

[119] **Chiovenda, Giuseppe**. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I.; p. 185.

demandado, o puede ser también extraordinaria o indirecta, lo que tiene lugar cuando el que demanda no afirma ser titular del derecho subjetivo o no imputa la titularidad pasiva al demandado, sino que interviene por ley para proteger un interés, sea éste privado, social o público ([120]). Las concepciones de Luis Loreto y Chiovenda corresponden únicamente a una definición de la legitimidad para obrar ordinaria, pues establecen una relación directa entre el titular del derecho y quien formula la pretensión, y así mismo, entre quien es objeto de la imputación de una obligación y el derecho de contradecir. Para conceptuar adecuadamente a la legitimidad para obrar, incluyendo a la ordinaria y extraordinaria, debe considerarse a la legitimidad como la autorización del ordenamiento jurídico para proponer una pretensión procesal o para contradecirla, sea que tal autorización provenga de ser titular del derecho u obligación o bien que provenga de la facultad expresa concedida por una norma jurídica. En conclusión, en el caso sub júdice, debe establecerse si la parte demandante está o no autorizada (legitimada en forma activa y extraordinaria) por el ordenamiento jurídico para formular la pretensión indemnizatoria por daño al medio ambiente.

1.5. Considerando diversos criterios de clasificación de la legitimidad para obrar puede ser activa y pasiva, principal y secundaria, permanente y transitoria, singular y plural, ordinaria y extraordinaria. Con respecto a esta última clasificación, importante para el presente caso, es necesario recordar que la excepción pertinente de los emplazados está dirigida a denunciar la inexistencia de la legitimidad para obrar activa y extraordinaria de la parte demandante para proponer la pretensión indemnizatoria por daño ambiental. En tal sentido debe puntualizarse que la legitimidad ordinaria corresponde a quien afirma ser titular de un

[120] Cfr.: **Montero Aroca, Juan**. *La Legitimación en el Proceso Civil*. Primera edición, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1994, p. 35 y 36.

derecho y por tanto habilitado para formular una pretensión procesal, mientras que en la legitimidad extraordinaria, no obstante no afirmarse ser titular de un derecho, la norma jurídica expresamente autoriza para proponer una pretensión concreta.

1.6. En el presente caso, tanto Minera Yanacocha S.R.L. como Esteban Arturo Blanco Bar han formulado excepción cuestionando la legitimidad para obrar activa, principal, permanente, singular y extraordinaria, alegando que la demandante Quiroz Villaty carece de legitimidad para formular la pretensión indemnizatoria por el daño ambiental, a raíz del derrame del mercurio.

1.7. El Art. 82 concede únicamente legitimidad para obrar extraordinaria y activa a las siguientes instituciones: el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que, según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello. De igual forma, las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio. En tal virtud, la demandante carece de legitimidad para obrar, tanto ordinaria como extraordinaria, pues no está autorizada por el ordenamiento jurídico para proponer esta pretensión procesal indemnizatoria en la instancia judicial.

1.8. De otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0221-1997-AA/TC, al referirse a la *legitimatio ad causam* para la defensa de los intereses difusos o colectivos, lo hace en el marco normativo del Art. 26, tercer párrafo, de la Ley 23506, sobre Hábeas Corpus y Amparo, hoy derogada, que habilitaba a cualquier persona a interponer demanda de amparo

ante la violación o amenaza de violación de derechos constitucionales de naturaleza ambiental, supuesto que no corresponde al presente proceso, que tiene por objeto la indemnización que se tramita en la vía procedimental de conocimiento ante el Juez civil, y no un proceso iniciado ante un Juez Constitucional. De lo que se concluye que aquel argumento de la actora y recurrente también carece de asidero jurídico.

2.- <u>Conclusiones sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar activa</u>.

En esta parte se puede concluir que la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte demandante, con relación a la pretensión indemnizatoria por el daño ambiental en el presente proceso, resulta fundada, tal como efectivamente las instancias de mérito la han declarado. Por consiguiente, el recurso de casación en este extremo debe ser desestimado al no haberse verificado la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, como se denunció en el indicado recurso.

Al declararse fundado el recurso de casación por causal procesal, en cuanto a la excepción de conclusión del proceso por transacción, carece de objeto pronunciarse sobre la causal material de inaplicación de las normas contenidas en los Arts. 5 y 1305 del C.C. referida a la misma excepción.

IX. DE LA CAUSAL PROCESAL CASATORIA Y EL REENVIO.

La parte pertinente del Art. 396 previene que si la sentencia declara fundado el recurso, además de declararse la nulidad de la sentencia impugnada, la Sala debe completar la decisión, y si se trata de la causal prevista en el inciso 3º del Art. 386 (error in procedendo) debe reenviar y

reponer el proceso al estado en que se cometió el vicio procesal que determinó la sentencia casatoria. De ello se constata indubitablemente que si se declara fundado el recurso por causal procesal, sea por contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso o por infracción a las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, el proceso debe reenviarse al estadío procesal que corresponda para que el juzgador subsane el vicio advertido y emita nueva decisión.

En el presente caso, se declara fundado el recurso de casación por causal procesal en lo concerniente a la excepción de conclusión del proceso por conciliación; entonces cabe preguntarse ¿puede resolverse en instancia de mérito sobre la excepción si se ha declarado fundado el recurso por causal procesal?

Nuestro ordenamiento procesal no ha previsto expresamente normas a este respecto, razón por la que es necesario integrar la norma procesal, tal como lo autoriza el Art. III, segundo párrafo, que establece que en caso de vacío o defecto en las disposiciones del Código, se recurrirá a los principios generales del derecho procesal y la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso concreto.

En aplicación de los principios procesales de dirección del proceso, celeridad y economía procesal es viable el pronunciamiento de este Colegiado en instancia de mérito sobre la fundabilidad de las excepciones y defensas previas, aún cuando el recurso se estima por causal procesal, como en efecto se hace en la presente resolución. El juzgador es el director y conductor del proceso, en todas las instancias y debe velar por la rápida solución no sólo del fondo del litigio sino de toda articulación de previo y especial pronunciamiento, como es el caso de las excepciones, teniendo el deber de impedir cualquier dilación y procurar la economía de esfuerzos, de gastos y de tiempo; pues, en el proceso, el tiempo es más que oro, es justicia (Couture).

X. DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA CASATORIA.

La jurisprudencia vinculante que se establece por la presente tiene fuerza vinculatoria para los jueces de todas las instancias de la República, será de obligatoria observancia para los casos similares, en los procesos de naturaleza homóloga desde el día siguiente a su publicación oficial, hasta que no sea modificada por otro pleno casatorio. No será vinculante para los casos similares que ya fueron resueltos por resolución firme; por tanto, no tendrá efectos retroactivos, sino alcances *ex nunc*, es decir, efectos sólo a partir del día siguiente de su publicación.

XI. DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PLENO CASATORIO.

La Constitución (Art. 141) dispone, entre otros, que corresponde a la Corte Suprema fallar en casación. Los órganos jurisdiccionales son la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica (Art. 143, segundo párrafo). A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial previene en su Art. 80 inc. 8º que son atribuciones de la Sala Plena las señaladas por la Constitución, la ley y el reglamento. Precisamente la ley ordinaria, como es el caso del Código Procesal Civil, reconoce y regula en el Art. 400 la doctrina jurisprudencial, la misma que tiene la calidad de jurisprudencia vinculante y que se genera en el Pleno Casatorio. El mismo Código establece en su Décima Disposición Complementaria y Final que sus normas procesales se aplican preferentemente respecto de las reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De todo ello se desprende, sin lugar a dudas, que existe una cadena de remisiones legitimantes que cautelan el principio de reserva de ley

orgánica para establecer tanto la competencia de los Juzgados y Colegiados en el conocimiento de los procesos como de los recursos impugnatorios. Por consiguiente, la Constitución establece la estructura básica de los órganos jurisdiccionales, dentro de los cuales se encuentra la Corte Suprema. La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en parte la competencia, determinando los asuntos que deben conocer los diferentes órganos jurisdiccionales, y en otra parte, remitiendo a una ley ordinaria para fijar otras reglas y criterios de competencia. Esta ley ordinaria, para el proceso civil, viene a ser esencialmente el Código Procesal Civil; por tanto, en virtud del principio de legalidad de la competencia, ésta se establece en atención a normas legales y a diversos criterios como materia, territorio, turno, cuantía y función, según los casos. De ello se puede concluir que la competencia para conocer del recurso de casación por parte de la Sala Plena en calidad de Pleno Casatorio, regulado por el citado Art. 400, cumple tanto con el principio de reserva de ley como con la predeterminación legal que exigen los Arts. 143 y 139 inc. 3º, segundo párrafo de la Carta Fundamental. Además, debe tenerse en cuenta que los derechos al Juez predeterminado por ley y al acceso a los recursos (Art. 139 inc. 6º) son derechos de configuración legal, por cuanto el legislador ordinario regula la forma y condiciones en que deben ejercitarse en un proceso; es decir, que se establece por ley las reglas de competencia, los plazos, formalidades y recaudos que deben observarse y cumplirse para interponer los recursos impugnatorios pertinentes.

En la sentencia de fecha 30 de Junio del 2003 recaída en el Exp. Nº 1013-2003-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley está expresado en términos dirigidos a evitar que se juzgue a una persona por órganos jurisdiccionales de excepción o por comisiones especiales creadas exprofesamente y ex post facto o por jueces ad hoc. Este derecho significa que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial para garantizar la

independencia e imparcialidad del juez. También ha considerado aquél Tribunal que el derecho a la predeterminación legislativa del juez:

> "(…) no puede ser entendida en términos absolutos, no sólo porque ningún derecho constitucional tiene tal cualidad, sino, además, porque existen otros bienes y principios constitucionales que también exigen ser optimizados".

La competencia del Pleno Casatorio para expedir sentencia casatoria, con carácter vinculante, está predeterminada por la ley. Además, persigue varias finalidades de relevancia constitucional como la aplicación e interpretación correcta del derecho objetivo, la uniformidad de la jurisprudencia, hacer efectivo el derecho de igualdad en los justiciables, optimizar el principio de seguridad y certeza, así como hacer predecible la impartición de justicia en nuestro país. Por lo demás, en el Código de Procedimientos Penales se reguló desde 1940 el Recurso de Revisión penal, el mismo que era ventilado y resuelto por la Sala Plena de la Corte Suprema en ejercicio de una potestad jurisdiccional predeterminada por la ley.

XII. RESOLUCIÓN:

Por estos fundamentos, **NUESTRO VOTO** es porque se declarare **FUNDADO** en parte el recurso de casación interpuesto por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, y Walter Steve Cuenca Quiroz; se **CASE** la resolución impugnada, en consecuencia, **NULO** el auto de vista de fecha 27 de diciembre del 2006, corriente a fojas 1358, **y actuando en sede de instancia, SE REVOQUE** la resolución apelada dictada en la Audiencia de Saneamiento Procesal del 08 de enero del 2004, en el extremo que declara FUNDADA la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a los

menores Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, así como Walker Steve Cuenca Quiroz, propuesta por Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, **y REFORMANDOLA** se declare **IMPROCEDENTE** esta excepción; se **REVOQUE** la misma resolución del Juez de Primera Instancia en cuanto declara INFUNDADA la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, **y REFORMANDOLA** se declare **IMPROCEDENTE** esta excepción. Se declare **INFUNDADO** el recurso de casación en la parte referida a la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte demandante respecto de la pretensión indemnizatoria por daño al medio ambiente propuesta por los nombrados emplazados Minera Yanacocha S.R.L. y Esteban Arturo Blanco Bar. Se **DECLARE** que carece de objeto pronunciarse sobre la causal de inaplicación de normas de derecho material respecto de la excepción de conclusión del proceso por transacción. **DECLARARON** que constituye doctrina jurisprudencial con carácter vinculante conforme a los alcances y efectos previstos en el octavo y décimo sétimo considerandos, respectivamente, lo siguiente:

1. Como se previene en el Art. 443, resulta procedente la excepción de conclusión del proceso por transacción si concurren los dos siguientes requisitos: **a)** cuando se inicia un proceso idéntico a otro anterior; y **b)** que el primer proceso idéntico haya concluido por transacción judicial homologada por el juez que conoce del proceso. En consecuencia, la procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos, de tal modo que la transacción extrajudicial alegada por la parte emplazada, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar un supuesto de proceso idéntico y, en tal virtud, no puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso.

2. Si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y en calidad de defensa de fondo, alegando la extinción de la obligación demandada por efecto de aquélla, para que el juez se pronuncie sobre esta defensa material en la sentencia.

3. Desde que en las defensas de fondo se discute el derecho sustancial, es en la sentencia donde podrá definirse si la transacción extrajudicial extinguió, total o parcialmente, la obligación que se reclama en la demanda.

4. Para el patrocinio de intereses difusos, en un proceso civil, únicamente tienen legitimidad para obrar, activa y extraordinaria, las instituciones y comunidades a que se refiere el Art. 82, por cuanto es una colectividad la titular de los intereses o derechos transpersonales y no una persona individualmente considerada.

5. Si bien, cuando se declara fundado el recurso de casación por una causal procesal (error in procedendo) se debe reenviar la causa a la instancia pertinente para que el Juzgador subsane el vicio procesal encontrado y emita nueva decisión, a tenor de lo dispuesto en el Art. 396; sin embargo, se advierte un vacío normativo para el supuesto de que en sede casatoria se ampare o desampare una de las excepciones previstas en el Art. 446 del mismo cuerpo legal o una defensa previa; ante tal vacío. debe integrarse la norma procesal aplicando los principios de dirección, economía y celeridad procesal y procederse a emitir pronunciamiento en sede de instancia sobre la procedibilidad y fundabilidad de las excepciones y defensas previas.

Se **DISPONGA** la publicación en el Diario Oficial El Peruano; en el proceso de conocimiento seguido por Giovanna Angélica Quiroz Villaty y

Otros contra Minera Yanacocha S.R.L. y Otros sobre indemnización de daños y perjuicios. **Vocal ponente señor Ticona Postigo**.

SS.

Antonio Pajares Paredes **Hugo Sivina Hurtado**

Víctor Lucas Ticona Postigo **Jorge Alfredo Solís Espinoza**

Jacinto Julio Rodríguez Mendoza **José Luís Lecaros Cornejo**

María del Carmen Rita Gallardo Neyra
Secretaria General de la Corte Suprema
de Justicia de la República

PLENO CASATORIO - VOTO EN MINORÍA

Casación N° 1465-2007-Cajamarca

Demandantes :

Giovanna Angélica Quiroz Villaty; Walter Steve Cuenca Quiroz; Euler Jonathan Mendoza Quiroz y José Ronny Mendoza Quiroz.

Demandados :

Empresa Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Arturo Blanco Bar.

Materia :

Indemnización por daños y perjuicios

Proceso :

Conocimiento

Sumario :

I.- DEL PROCESO.

1.- Demanda.
2.- Contestación.

II.- DE LAS EXCEPCIONES.
1.- De la demandada Minera Yanacocha S.R.L. (fojas 248)
2.- De la denunciada civil Ransa Comercial S.A. (fojas 752)
3.- Del litisconsorte necesario pasivo Esteban Arturo Blanco Bar. (fojas 1173)
4.- Resolución de Excepciones.

III.- PARTES DE LA RESOLUCIÓN DE VISTA IMPUGNADAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN.
Extremos del auto de vista que son materia de recurso de casación.

IV.- CAUSALES DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS.

V.- CONSIDERACIONES PREVIAS.
1.- Motivación y argumentación jurídica.
2.- De los fines de la casación.

3.- De la Doctrina Jurisprudencial.
4.- El derecho de contradicción y los medios de defensa.
5.- De los presupuestos procesales y las condiciones del ejercicio válido de la acción.
6.- De las defensas de forma y las defensas de fondo.

VI.- LÍNEAS JURISPRUDENCIALES CONTRADICTORIAS DE LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA.
1.- Razón de relatoría y convocatoria al Pleno Casatorio.
2.- Criterio jurisprudencial de la Sala Civil Permanente.
3.- Criterio jurisprudencial de la Sala Civil Transitoria.

VII.- FUNDAMENTOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO POR TRANSACCIÓN.
1.- Sobre la transacción.
2.- Clases de transacción.
3.- Efectos distintos según se trate de transacción extrajudicial o de transacción judicial.
4.- Diferencias entre la Transacción y la Cosa Juzgada.
5.- De la excepción de conclusión del proceso por transacción.
6.- De la razonabilidad de los derechos fundamentales de acción y contradicción.
7.- De la aparente antinomia de las normas procesales y sustantivas sobre la excepción de transacción.
8.- Criterio de nuestra jurisprudencia sobre la excepción de transacción judicial como defensa de forma.
9.- De la inaplicabilidad de la doctrina de los Actos Propios al presente caso.
10.- Del Informe Defensorial Nº 62 sobre el caso sub materia.

VIII.- FUNDAMENTOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA PARTE DEMANDANTE.
1.- La falta de legitimidad para obrar como excepción.
2.- Conclusiones sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar activa.

IX.- DE LA CAUSAL PROCESAL CASATORIA Y EL REENVÍO.

X.- DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA CASATORIA.

XI.- DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PLENO CASATORIO.

XII.- RESOLUCIÓN.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cuatro de abril de dos mil trece.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación concedido por la causal referida a "*si la sentencia se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema*" -prevista en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartado cinco, del Nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por LA ENCAUSADA JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE contra la resolución de vista de fojas ciento veinticuatro, del trece de abril de dos mil once, que confirmando la de primera instancia de fojas sesenta y seis, del veinticuatro de febrero de dos mil once, declaró Infundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la recurrente y otros, en la investigación seguida contra ellos por la presunta comisión del delito contra la seguridad pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del Estado.

Interviniendo como ponente el señor PRÍNCIPE TRUJILLO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del Itinerario del proceso en Primera Instancia.

Primero: Se tiene que la encausada JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE con fecha dos de febrero de dos mil once presentó su escrito de Excepción de Improcedencia de Acción alegando que los hechos que se le

imputan por el delito entorpecimiento de servicios públicos no constituyen delito, toda vez que al haber colocado una caseta y una tranquera en la trocha carrozable Teniente Acevedo – Tres Islas –trocha que se encuentra ubicada al interior de su Comunidad- han actuado como autoridad, en el ejercicio regular de un derecho de rango constitucional, al gozar la Comunidad Nativa de autonomía territorial, organizativa, normativa y jurisdiccional, conforme a lo estipulado en los artículos 88°, 89° y 149° de la Constitución Política del Estado y el Convenio 169° de la OIT. Así, mediante resolución número dos, de fojas cuarenta y tres, del diecisiete de febrero de dos mil once, se fijó fecha para la realización de la Audiencia de Excepción de Improcedencia de Acción para el día veinticuatro de febrero de dos mil once, notificándose debidamente a los sujetos procesales.

Segundo: Se realizó la Audiencia de Excepción de Improcedencia de Acción el día veinticuatro de febrero de dos mil once –véase a fojas sesenta y seis-, en la que luego de la verificación de la presencia de los sujetos procesales y su debida acreditación, el Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios expidió en la fecha señalada la resolución número tres, y declaró Infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la imputada JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE y otros, en el proceso que se le sigue por delito contra la seguridad pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del Estado Peruano; bajo los siguientes fundamentos:

A)- Que se pudo advertir que la conducta de la procesada JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE se encuentra subsumida en el delito que se le viene investigando, esto es, por delito contra la seguridad pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos previsto y penado en el artículo 283° del Código Penal.

B)- Que de autos se verificó que existen evidencias que la vinculan con el hecho imputado, esto es, por haber construido una caseta y colocado unas tranqueras con la finalidad de impedir la libre circulación vehicular y el acceso a las Comunidades de Teniente Acevedo – San Jacinto – Diamante, ubicada a ocho kilómetros al interior del margen derecho del kilómetro veinticuatro de la Carretera Puerto Maldonado – Cusco, lo que se acredita con: ***i]*** El Acta de Constatación Fiscal de fecha veinte de julio de dos mil diez, en el cual se describe que en el área *sub litis* se constata que la vía carrozable se encuentra bloqueada con un parante de madera y dos palos cruzados; ***ii]*** El paneaux fotográfico de fojas treinta y cinco –del Cuadernillo formado en esta Suprema instancia- en el que se observa fotográficamente la trocha carrozable y se advierte lo descrito en el Acta mencionada; ***iii]*** Declaración de Juan Bosco Cruz Cruz, gerente encargado de la Empresa de Transportes "Los Pioneros", que cubre la ruta Puerto Maldonado – Diamante – Comunidad Nativa de San Jacinto y viceversa, con autorización expedida por la Municipalidad Provincial de Tambopata, en la que narra detalladamente cómo fueron impedidos del libre acceso por la trocha que da a dicha Comunidad; siendo así, se evidencia que el hecho por el cual se le investiga constituye delito y es justiciable penalmente.

C)- Finalmente, sostuvo que de la carpeta fiscal se advierte que existe una sentencia de habeas corpus emitida -por este Juzgado- con fecha doce de agosto de dos mil diez, en la que se declara Fundada la demanda de habeas corpus presentado por Lucía Apaza Apaza y otros, y se ordena que se proceda el retiro inmediato del cerco de madera y la edificación de la precaria vivienda, construida al centro de la carretera o camino vecinal Fitzcarrald – Teniente Acevedo – Diamante, sentencia que fue confirmada por resolución de vista de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez, con lo que se evidencia que se habría vulnerado el derecho a terceras personas, esto es, el acceso a las comunicaciones. Por los fundamentos jurídicos citados, el Juez de Investigación Preparatoria declaró INFUNDADA la excepción de improcedencia de acción deducida por la imputada Juana Griselda Payaba Cachique y otros, en la instrucción que se les sigue por delito contra la seguridad pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del Estado.

Contra la referida sentencia la defensa técnica de la procesada Juana Griselda Payaba Cachique interpuso recurso de apelación por escrito de fojas setenta y dos. Este recurso fue concedido por auto de fojas noventa y cuatro, de fecha dos de marzo de dos mil doce, y se ordenó elevar los actuados al Superior en grado.

II. Del Itinerario del proceso en Segunda Instancia.

Tercero: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, una vez recibidos los autos remitidos por el Juez de Investigación Preparatoria de Tambopata, mediante resolución de fecha

tres de marzo de dos mil once –véase a fojas noventa y ocho-, de conformidad con el inciso uno del artículo cuatrocientos veinte del Código Procesal Penal, confirió traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días.

Culminada la fase de traslado de la impugnación, el Colegiado Superior conforme lo prevé el inciso dos del artículo cuatrocientos veinte del acotado Código, resolvió declarar admisible el Recurso de apelación interpuesto por la acusada Juana Griselda Payaba Cachique, y cumplió con señalar día y hora para la audiencia de apelación, la misma que se llevó a cabo el día veintitrés de marzo de dos mil once, a las diez horas de la mañana –véase a fojas ciento tres-. Realizada la audiencia de apelación tal como se aprecia en el acta de fojas ciento veintitrés, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia pública la resolución de vista de fojas ciento veinticuatro, del trece de abril de dos mil once.

Cuarto: La resolución de vista recurrida en casación, resolvió CONFIRMAR la de primera Instancia que declaró INFUNDADA la excepción de improcedencia de acción formulada por la imputada Juana Griselda Payaba Cachique y otros, en la investigación seguida en su contra por delito contra la seguridad – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del Estado.

III. Del Trámite del recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de la acusada Juana Griselda Payaba Cachique.

Quinto: Leída la resolución de vista, la procesada Payaba Cachique interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento cuarenta y dos, invocando el inciso cuatro del artículo 427° del Código Procesal Penal, que establece que *"excepcionalmente, será procedente el recurso de casación cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial"*; en concordancia con la causal prevista en el inciso ***cinco*** del artículo 429° del acotado Código, referida a: *"si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecido por la Corte Suprema o en su caso, por el Tribunal Constitucional"*; que, al respecto, sostuvo los siguientes fundamentos: ***i)*** que la resolución impugnada confundió lo que implica una "restricción" razonable y proporcional de derechos con "vulneración" de derechos; ***ii)*** el Colegiado Superior no tomó en cuenta lo dispuesto en el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, que obliga a los jueces a respetar las decisiones de la jurisdicción especial indígena que goza de protección constitucional; por estos fundamentos, considera que no se puede imputar un delito a una autoridad comunal cuando ha actuado en el correcto ejercicio de su autonomía jurídica, por lo que la conducta imputada es atípica y antijurídica porque se ha actuado en ejercicio regular de un derecho.

Sexto: Mediante auto de fojas ciento cincuenta y tres, de fecha veintiocho de abril de dos mil once, la Sala Penal de Apelaciones declaró IMPROCEDENTE el recurso de casación bajo el argumento de que

la resolución impugnada no se ha apartado de lo establecido en el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, y si bien se advierte que no se ha resuelto la causa favorablemente a la recurrente, ello no significa que el Colegiado Superior se haya apartado del citado Acuerdo, por lo que no resulta procedente el recurso de su propósito.

IV. Del Trámite del recurso de queja de derecho interpuesto por la defensa técnica de la acusada Juana Griselda Payaba Cachique.

Séptimo: Ante la denegatoria del recurso de casación, la defensa técnica de la acusada Payaba Cachique interpuso recurso de queja de derecho de acuerdo a lo previsto en el artículo cuatrocientos treinta y siete del Código Procesal Penal. Es así que mediante Ejecutoria Suprema de fecha veintidós de agosto de dos mil once –véase a fojas ciento noventa-, esta Suprema Instancia declaró –por mayoría- FUNDADA LA QUEJA DE DERECHO interpuesta por la recurrente contra la resolución de fecha veintiocho de abril de dos mil once, que declaró improcedente el recurso de casación contra la resolución de vista -que confirmó la resolución de primera instancia que declaró infundada la excepción de improcedencia de la acción deducida-; en la instrucción que se le sigue a la encausada Juana Griselda Payaba Cachique y otros, por delito contra la Seguridad Pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, en agravio del Estado; en consecuencia: CONCEDIERON EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto contra la resolución superior de fojas ciento veinticuatro.

V. Del auto de calificación del recurso de casación.

Octavo: Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas sesenta y dos, del veinte de abril de dos mil doce -obrante en el cuadernillo formado por esta Suprema Instancia- en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso de casación por el motivo de excepcionalidad previsto en el inciso cuatro del artículo 427° del Código Procesal Penal –el cual señala que en circunstancias excepcionales, será procedente el recurso de casación, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial-, en concordancia con la causal establecida en el inciso cinco del artículo 429° del acotado Código, esto es, si la sentencia se apartó de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema.

Noveno: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es el de expedir sentencia.

Décimo: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública, con las partes que asistan se realizará por la Secretaría de la Sala el día veintinueve de mayo de dos mil trece, a horas ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

Primero: Conforme ha sido establecido por Ejecutoria Suprema de fojas sesenta y dos -del cuadernillo de casación- de fecha veinte de abril de dos mil doce, el motivo de casación admitido en el presente caso, es que la sentencia se apartó de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, por lo que este Supremo Tribunal consideró necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que *"se establezca la diferencia entre vulneración de derechos y restricción de derechos, de acuerdo a los lineamientos establecidos en el Acuerdo Plenario uno guión dos mil nueve /CJ guión ciento dieciséis"*.

Segundo: Sobre este punto, la defensa técnica de la procesada Payaba Cachique, en cuanto al pronunciamiento efectuado por la Sala Penal de Apelaciones -al momento de confirmar la resolución de primera instancia que declaró Infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo- sostuvo que *"no tomó en cuenta los fundamentos esgrimidos en el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, pues no valoró:* ***i)*** *la existencia de la autonomía jurídica de las Comunidades Nativas -pues goza de protección constitucional-,* ***ii)*** *la atipicidad de la conducta* -pues el hecho imputado no fue realizado con la intención de entorpecer el correcto funcionamiento del transporte, sino que fue realizado en el ejercicio legítimo de un derecho-; y ***iii)*** *la antijuricidad de la conducta – Test de proporcionalidad* -pues la conducta que se le imputa no sólo se realizó en ejercicio de la autonomía jurídica de la Comunidad Nativa, sino que además fue realizada en tutela de un bien jurídico colectivo superior como el medio ambiente, integridad territorial, salud y a vivir dignamente en su Comunidad-; fundamentos por los cuales considera que el Colegiado Superior se

apartó de la doctrina jurisprudencial establecida en el acotado Acuerdo Plenario.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

Tercero: La Sala de Apelaciones resolvió CONFIRMAR la resolución de primera instancia, que declaró INFUNDADA la excepción de improcedencia de acción que dedujo la encausada Payaba Cachique y otros -en el proceso que se le sigue por delito contra la seguridad pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del Estado-, bajo los siguientes argumentos:

i) Que si bien la acusada Payaba Cachique colocó una caseta de control y tranqueras en la vía carrozable Teniente Acevedo – San Jacinto – Diamante –según sostiene- ejerciendo su función jurisdiccional; sin embargo, esta conducta viene atentando contra el derecho fundamental a la libertad de tránsito que tiene toda persona, por cuanto de lo actuado y expuesto se tiene que dicha vía es transitada por ciudadanos de diferentes Comunidades al interior de la misma así como por transportistas, tanto de empresas como particulares, hecho que ha sido materia de un proceso constitucional de habeas corpus en contra de los recurrentes, el mismo que fue declarado fundado por la justicia ordinaria.

ii) En la resolución recurrida se estableció que si bien la encausada Payaba Cachique alegó que asumieron tal conducta con el fin de evitar la vulneración de derechos constitucionales como la presunta amenaza o vulneración de su derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, y evitar la comisión de otros delitos contra la vida, el cuerpo y la salud de los integrantes de su Comunidad -toda vez que, según lo alegado por la

recurrente, por esa vía carrozable estuvieron ingresando taladores y mineros ilegales, así como tratantes de personas-; sin embargo, ello no ha sido acreditado ni mínimamente corroborado, pues para ser considerado un hecho como amenaza, debe estar fundada en hechos reales y de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en el futuro inmediato, por tanto, haciendo una ponderación de intereses, el Colegiado Superior concluyó que prima el derecho a la libertad de tránsito, por lo que la conducta imputada a los recurrentes si es típica y antijurídica, no resultando amparable la excepción de improcedencia de acción.

Cuarto: Que, ahora bien, estando a que en el considerando cuarto de la Ejecutoria Suprema -auto de calificación- de fecha veinte de abril de dos mil doce, obrante a fojas sesenta y dos del cuadernillo formado en esta Suprema instancia, consideró necesario que la casación interpuesta por la recurrente Payaba Cachique sea admitida por la causal número cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal –referida al apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema-, en concordancia con el motivo de excepcionalidad del desarrollo de doctrina jurisprudencial previsto en el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del acotado Código; el caso de autos debe analizarse a la luz de la causal admitida.

III. Del motivo casacional: El apartamiento de la doctrina jurisprudencial.

Quinto: Que, en cuanto al motivo casacional *"si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema"*, del fundamento jurídico precedente, claramente se puede colegir que si bien el Colegiado Superior al momento de dictar la recurrida se apartó del Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, ésta decisión fue motivada -como

se advierte en los considerandos octavo y noveno de la sentencia impugnada-, cumpliendo así con lo previsto en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que expresamente señala que *"En caso de que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan"*. Siendo esto así, ahora es necesario analizar si tal apartamiento desencadenó afectaciones al principio constitucional de autonomía jurídica de las Comunidades Nativas, tal como alega la recurrente.

IV. De los fundamentos esgrimidos en el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116. Asunto: Rondas Campesinas y Derecho Penal.

Sexto: Al respecto, debemos señalar en primer término, que el Acuerdo Plenario número uno guión dos mil nueve/CJ guión ciento dieciséis, de fecha trece de noviembre de dos mil nueve –que establece como doctrina legal, los alcances de la jurisdicción especial comunal – rondera- expresa, sustancialmente, en sus fundamentos jurídicos lo siguiente:

i) Que la Constitución de un lado, reconoce como derecho individual de máxima relevancia normativa la identidad étnica y cultural de las personas, así como protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación –véase el artículo 2°, numeral 19, de nuestra Carta Magna-, es decir, establece un principio fundamental del Estado; de otro lado, la Carta Política afirma dos derechos fundamentales colectivos: **a- El derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas**, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley [artículo 89° de la Constitución Política], y **b- El derecho de una jurisdicción especial comunal** respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las

Comunidades Campesinas y Nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen derechos fundamentales de la persona [artículo 149° del citado Cuerpo legal]. En buena cuenta, el reconocimiento de la referida jurisdicción es un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural previsto en el inciso 19° del artículo 2° de la Ley Fundamental.

ii) Que en la medida que la propia Constitución afirma el derecho a la identidad étnica y cultural a las personas y el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como que el Convenio OIT N° 169 –Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes- ratifica el derecho de los pueblos históricos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, siendo **el criterio fundamental la conciencia de su identidad** [artículo 1° de nuestra Carta Magna], entonces, atendiendo a que las Rondas Campesinas –según se tiene expuesto- son la expresión de una autoridad comunal y de sus valores culturales de las poblaciones donde actúan, **será del caso entender –en vía de integración- que pueden ejercer funciones jurisdiccionales,** cuyo reconocimiento efectivo, desde luego, estará condicionado al cumplimiento de un conjunto de elementos, tales como: **a)** *Elemento humano:* Que exista un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural; **b)** *Elemento orgánico:* Que existan autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades; **c)** *Elemento normativo:* Que exista un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las Rondas Campesinas; y **d)** *Elemento geográfico:* Pues las funciones jurisdiccionales que determinan la aplicación de la norma tradicional, se

ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva Ronda Campesina. **No respetar esta autonomía jurídica importaría un trato discriminatorio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación.** Sin embargo, a los elementos citados, se le une el denominado *factor de congruencia*, que implica que el derecho consuetudinario que debe aplicar las Rondas Campesinas *no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona*. Se trata de una condición de legitimidad y límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal – ronderil.

iii) Agrega que el primer nivel de análisis que debe realizarse en sede penal una imputación contra integrantes de rondas campesinas –o Comunidades Campesinas o Nativas- por la presunta comisión de un hecho punible con ocasión de su actuación como rondero –o comunero-, consiste en *establecer si resulta de aplicación el artículo 149° de la Constitución Política*, es decir, si es de aplicación el denominado "fuero especial comunal", en tanto en cuanto el reconocimiento de una jurisdicción especial constituye un límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria.

iv) Como segundo nivel de análisis, se encuentra el factor de congruencia, que exige que la actuación de las Rondas Campesinas –o Comunidades Campesinas o Nativas- basadas en su derecho consuetudinario, no vulneren el núcleo esencial de los derechos fundamentales –se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural-, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción.

v) Asimismo, se expresa en el citado Acuerdo, que el derecho a la identidad cultural y el ejercicio de funciones jurisdiccionales conforme al derecho consuetudinario está pues, limitado a las reservas que dimanan

del propio texto constitucional y de su interrelación con los demás derechos, bienes e intereses constitucionalmente protegidos.

Así las cosas, los alcances de un tipo legal pueden restringirse en dos casos: ***a)*** Cuando la interpretación de los elementos normativos del tipo lo permita [interpretación del tipo conforme a la Constitución], y ***b)*** Cuando sea aplicable una causa de justificación [en especial, la prevista en el artículo 20°, inciso 8, del Código Penal, esto es, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho].

V. Del análisis al caso planteado.

Séptimo: En el caso de autos, para poder determinar si tal apartamiento realizado al Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, afectó el derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas y su autonomía jurídica, se debe efectuar un *test de proporcionalidad*, a efectos de ponderar los bienes jurídicos comprometidos con la conducta ejecutada por la acusada Juana Griselda Payaba Cachique –en su calidad de comunera-, que de un lado, se encuentra en relación con el derecho a la identidad cultural y al fuero comunal rondero, y de otro lado, el derecho al libre tránsito; en el que debe prevalecer siempre los intereses de más alta jerarquía, que se deben determinar para cada caso en concreto, pues el análisis de validez constitucional no puede limitarse a un mero control formal o adjetivo, es necesario un control constitucional de razonabilidad y proporcionalidad sobre el contenido de lo que engloba cada uno de los derechos que colisionan entre sí.

Octavo: Que, como punto de partida, podemos señalar que en el caso *sub examine* como en muchos otros casos de la realidad cotidiana, se

constata al menos dos cosas bastante evidentes: Primero, que es recurrente que tanto entidades públicas como privadas adopten medidas que restringen el disfrute de derechos fundamentales con una real o aparente buena justificación; y, segundo, que al evaluar la constitucionalidad de esa clase de medidas, los órganos que ejercen jurisdicción pueden generar decisiones contradictorias, debido a las dudas que se tiene al momento de preferir a uno de los dos derechos que se encuentran enfrentados. Como sostiene el jurista chileno Díaz García: *"el cruce de estas dos constataciones evidencia una serie de problemas que no pueden dejar indiferente al ciudadano común, al abogado litigante a los propios jueces y menos al jurista". Entonces cabe aquí hacernos la siguiente pregunta: ¿cómo obtener decisiones judiciales correctas cuando se trata de evaluar la constitucionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales?"*[1].

Noveno: Para enfrentar el problema procedimental planteado, resulta imprescindible resolver previamente, un problema conceptual: qué se entiende por decisión jurídica correcta cuando se trata de evaluar una medida restrictiva de derechos fundamentales. Al respecto, podemos afirmar que uno de los principios relevantes del ordenamiento constitucional peruano es el respeto y protección de los derechos fundamentales; empero, al mismo tiempo, resulta evidente que con frecuencia la autoridad debe establecer restricciones al ejercicio de tales derechos con la finalidad de satisfacer otros intereses[2]. Es así que el cruce de estas dos variables permita afirmar, en buena cuenta, que una decisión judicial que evalúa la constitucionalidad de una medida

[1] Díaz García, L. Iván (2011) *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales.* En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valaparaíso, pág. 169.
[2] Alexy, Robert (2011) Teoría de los derechos fundamentales, pág. 267.

restrictiva de derechos fundamentales es correcta si permite el disfrute de los derechos fundamentales en el mayor grado posible, dentro de las posibilidades que confieren las justificaciones en que se funda la medida que pretende su restricción. Para obtener decisiones judiciales correctas cuando se trata de evaluar medidas restrictivas de derechos fundamentales que presentan una real o buena justificación es necesario contar con instrumentos adecuados para ello, siendo uno de estos el denominado "test de proporcionalidad", pues se trata de un mecanismo al servicio del juzgador que persigue proveer soluciones para resolver adecuadamente los conflictos entre los derechos fundamentales con otros bienes constitucionales, a través de un razonamiento que contrasta intereses jurídicos opuestos para poder determinar si una medida restrictiva está justificada o es adecuada –no excesiva- respecto al fin que se persigue. En otras palabras, se trata de una herramienta que permite examinar la evaluación realizada por el juzgador a la hora de ponderar distintos intereses constitucionales que entran en conflicto.

Décimo: Al respecto, se debe tener en cuenta que para un mejor desarrollo del test de proporcionalidad en el caso *sub examine*, se dividirá en tres apartados, cada uno relativo a la aplicación de las reglas que estructuran el examen de proporcionalidad. En consecuencia, en tales apartados se tratará, sucesivamente: ***i)*** de la regla de idoneidad; ***ii)*** de la regla de necesidad, y ***iii)*** de la regla de proporcionalidad en sentido estricto o también llamada regla de ponderación.

VI. De la regla de idoneidad en el Test de proporcionalidad.

Undécimo: Como punto de partida, podemos señalar que la regla de idoneidad evalúa la constitucionalidad de una medida que afecte el

disfrute de derechos fundamentales en dos sentidos: Por una parte, analiza si la medida o su finalidad son legítimas[3] *[idoneidad teleológica]*, y por otra parte, analiza si la medida es adecuada para promover esa finalidad *[idoneidad técnica]*. Sólo si la medida es admisible en estos dos sentidos se podrá afirmar que ha superado el estándar exigido por esta primera regla.

Duodécimo: En la práctica, la aplicación de la regla de idoneidad exige realizar cuatro operaciones sucesivas, los cuales se desarrollarán de la siguiente manera: ***i)*** se identificará la medida sometida a control; ***ii)*** se determinará él o los fines perseguidos por la misma; ***iii)*** se evaluará su idoneidad teleológica; y ***iv)*** se analizará su idoneidad técnica. Para efectos de esta evaluación se debe tener presente que el examen de proporcionalidad sólo se aplica si la medida implica la lesión de un derecho fundamental. Pues bien, estando a que en el caso de autos, la medida afecta el derecho al libre tránsito, corresponde determinar si pasa por este primer filtro del test de proporcionalidad.

i) Identificación de la medida sometida a control: La medida sometida a evaluación se expresa en el hecho de que la acusada Payaba Cachique en su condición de miembro de la Junta Directa Comunal mandó a construir una caseta de control y colocó unas tranqueras en la trocha carrozable Teniente Acevedo – Tres Islas – Diamante. Dicha medida consistió en controlar el ingreso de las personas que pasaban por la trocha carrozable aludida, a través de una tranquera y una caseta de control.

---

[3] Al respecto, se debe precisar que el jurista Bernal Pulido, en su libro *"El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales"* [En Madrid, 2005, 2° Edición, pág. 189], explica que la regla de idoneidad impone, como primera exigencia, que la medida de intervención en los derechos fundamentales "tenga un fin constitucionalmente legítimo".

ii) Identificación de las finalidades de la medida sometida a control: Según se estableció en el caso de autos, las finalidades de esta medida fueron dos: Primero, disminuir la contaminación ambiental que afecta a la Comunidad Nativa Tres Islas; y, segundo, impedir el acceso de personas desconocidas que estaban ingresando a la Comunidad Nativa Tres Islas a realizar trabajos de minería ilegal, que trajo como consecuencia: prostitución, trata de personas y tala ilegal de árboles.

iii) Evaluación de idoneidad teleológica de la medida: La pretensión de disminuir la contaminación ambiental en la Comunidad Nativa Tres Islas es, claramente, una finalidad legítima. Se trata de una intención que busca proteger y promover el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, al que se refiere el artículo 2, inciso 22, de nuestra Carta Magna. En consecuencia, esta finalidad supera el examen de idoneidad teleológica; por tanto, corresponde evaluar su idoneidad instrumental.

Ahora bien, la pretensión consistente en controlar el libre tránsito de las personas que pasaban por la trocha carrozable Teniente Acevedo – Tres Islas – Diamante como medida de protección de los miembros de su Comunidad y de control para evitar el ingreso de personas que se dedicaban a la tala ilegal, minería informal y prostitución que dañaban sus bienes jurídicos colectivos, es también una finalidad legítima, en tanto que no se impedía el derecho al libre tránsito sino sólo se controlaba en atención a un interés mayor, esto es, la protección del medio ambiente y de vivir en un ambiente de paz y tranquilidad. Por tanto, se trata de una finalidad legítima, consistente en una restricción constitucional, atendiendo al derecho a la identidad cultural y su autonomía jurídica.

iv) Evaluación de idoneidad técnica de la medida: Para el caso de autos, se debe tener en cuenta que la medida evaluada será

teleológicamente idónea si la propia medida o los fines perseguidos con la misma son legítimos. Al respecto, se tiene que la medida de restricción del derecho al libre tránsito supera el examen de idoneidad técnica debido a que presenta coherencia con la finalidad de proteger la vida e integridad de los miembros la Comunidad Nativa, así como también, favorecer un medio ambiente libre de contaminación.

Por tanto, estando a que la medida y su finalidad son legítimas –pues ambas cuentan con justificación constitucional que se sustenta en el principio de autonomía jurídica de la que gozan las Comunidades Nativas-, resulta pertinente continuar su examen bajo las reglas de necesidad y ponderación.

V. De la regla de necesidad en el Test de proporcionalidad.

Décimo Tercero: Al respecto, debemos precisar que la regla de necesidad evalúa la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales en dos niveles. En primer lugar, se debe determinar si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación -lo que se denominará necesidad teleológica-; y, en segundo lugar, se debe analizar si dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales –lo que se denomina necesidad técnica-. Por tanto, si la medida es la única idónea se habrá superado el estándar establecido por esta segunda regla, y lo mismo ocurrirá si es la que menos afecta los derechos fundamentales[4].

[4] Benal Pulido, Carlos (2005) *El derecho de los derechos.* Bogotá, Cordillera S.A.C., pág. 136.

Décimo Cuarto: Ahora bien, en la práctica, para evaluar la medida de que se viene tratando bajo la regla de necesidad, se debe proceder de la siguiente manera:

i) Identificación de los medios alternativos: Este examen busca establecer la existencia de otras posibilidades distintas o semejantes a la decisión del medio adoptado para conjurar el peligro al bien jurídico que se pretende resguardar.

En el caso *sub examine*, la finalidad de protección de la autonomía jurídica de las Comunidades Campesinas a través del resguardo del bien jurídico colectivo -medio ambiente- y, paralelamente a ello, la búsqueda de tutela de la integridad territorial, la salud y a una vida digna –bienes jurídicos intermedios que se encuentran ínsitos en el bien jurídico institucional, medio ambiente– en el seno de una Comunidad determinada, no han podido ser alcanzados mediante el uso de otros medios alternativos que no sean la colocación de una caseta de control y tranqueras en la vía carrozable Teniente Acevedo – San Jacinto - Diamante; esto, tomando en cuenta, el contexto espacio temporal de producidos los hechos y los medios de los que disponía en el momento la procesada Payaba Cachique para evitar el ingreso de grupos de personas dedicadas a la comisión de actividades delictivas -taladores, mineros ilegales y sujetos dedicados a la trata de personas-; que, aun cuando la identificación de la comisión sistemática de estos hechos delictivos y la de sus autores no haya sido específicamente determinada, nada obsta a la citada encausada, en la búsqueda del mantenimiento de la tranquilidad de su Comunidad, desplegar acciones destinadas a evitar la perturbación de su grupo comunal dentro de su espacio territorial de influencia. En consecuencia, no es posible identificar un medio alternativo que, en atención al caso concreto y al momento de los hechos, resulte menos gravoso a la restricción de la

libertad de tránsito como lo es la colocación de los citados objetos en la vía carrozable Teniente Acevedo – San Jacinto - Diamante. La identificación o determinación de otros medios alternativos que hayan podido conseguir el mismo resultado –evitar el ingreso de personas ajenas a la Comunidad que perturben su tranquilidad y pongan en peligro el medio ambiente–, a la luz del caso concreto, puede llevar a la especulación y admisión de cualquier otra alternativa que la imaginación pueda crear –colocación de avisos que impidan el tránsito de personas o hasta inutilización de la vía carrozable-, sin embargo, la admisión e idoneidad del medio restrictivo del libre tránsito se encontrará siempre en función al contexto espacio – tiempo, y a las posibilidades concretas de las que disponía la procesada Payaba Cachique en el momento de los hechos.

ii) Identificación del grado de afectación de derechos fundamentales: Este tipo de examen se encuentra destinado a determinar la intensidad que causa la medida que limita un derecho fundamental.

En ese sentido, la medida sometida a evaluación puede afectar la libertad de tránsito de las personas ajenas a la comunidad, esto es, afectar un derecho fundamental individual o subjetivo que tiene toda persona de desplazarse libremente por el territorio nacional –derecho conexo a la libertad individual, y por ende íntimamente vinculado a la facultad locomotora, prevista en el numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política-. No obstante, el derecho al libre tránsito no se limita a la circulación de las personas por la vía carrozable Teniente Acevedo – San Jacinto - Diamante, más aún si tenemos en cuenta la prevalencia del derecho de las Comunidades Campesinas a resguardar su ámbito territorial y/o proteger sus espacios geográficos rurales -que se desprende del artículo 89° de nuestra Carta Magna–, así como a ejercer funciones referidas al control del orden y a la impartición de justicia en el ámbito territorial de sus

comunidades –previsto en el artículo 149° de la Constitución Política y el artículo 1° de la Ley N° 27908–. Por tanto, el libre tránsito no se ve gravemente afectado por la colocación de una caseta de control y tranqueras en la vía carrozable Teniente Acevedo – San Jacinto - Diamante, que colinda y/o permite el acceso al territorio de la Comunidad donde ésta ejerce su jurisdicción; por tanto, no se advierte una vulneración al núcleo central del derecho constitucional al libre tránsito. En consecuencia, la regla de necesidad se satisface con la verificación de la falta o ausencia de medios alternativos al concretamente empleado –utilización de caseta de control y tranqueras en la vía carrozable Teniente Acevedo – San Jacinto – Diamante-, por lo que seguidamente corresponde analizar la regla de ponderación.

VI. De la regla de ponderación en el Test de proporcionalidad.

Décimo Quinto: Al respecto, la regla de ponderación exige evaluar en función al caso concreto la importancia o prevalencia de los intereses constitucionales en conflicto, donde uno precede o tiene más valor que el otro, es decir, se busca determinar el bien jurídico que es preferido y el que debe ceder en atención a las circunstancias propias de cada caso. Nuestra Carta Magna reconoce como uno de los derechos fundamentales de primer orden el derecho a la identidad y al libre desarrollo y bienestar de la persona –artículo 2°, inciso 1, de la Constitución Política-, a la igualdad ante la ley y con ello, a no ser discriminado por motivo de origen, raza o de cualquier otra índole –artículo 2°, inciso 2, de la norma constitucional-, así como a la identidad étnica y cultural, a la autonomía de las Comunidades Campesinas en su organización, en el trabajo comunal, y en el uso y libre disposición de sus tierras –artículo 89° del texto constitucional– y, finalmente, la potestad de las Comunidades

Campesinas y Nativas, con apoyo de las Rondas Campesinas, de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario –artículo 149° de la Constitución-; todo lo cual se traduce en un margen amplio de derechos referidos a las Comunidades Campesinas y sus miembros, derechos de los cuales se desprende el derecho a la autonomía jurídica o jurisdiccional de dichas comunidades, esto es, la potestad de resolver sus propios conflictos conforme a la reglas del derecho consuetudinario que el Estado acepta y le reconoce legalmente. Que, en la jerarquía de valoración de los intereses en conflicto conforme a lo previsto por las normas constitucionales: el derecho de las Comunidades a resolver con autonomía los conflictos que se producen en su jurisdicción frente al libre tránsito de las personas en general, se concluye que éste debe ceder a favor del primero de los citados derechos.

VII. Diferencia entre vulneración de derechos y restricción de derechos.

Décimo Sexto: Estando a que este Supremo Tribunal, mediante Ejecutoria Suprema de fojas sesenta y dos -del cuadernillo de casación- de fecha veinte de abril de dos mil doce, consideró necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que *"se establezca la diferencia entre vulneración de derechos y restricción de derechos, de acuerdo a los lineamientos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116"*, este Colegiado Supremo considera que no debe confundirse *"vulneración de un derecho"* -que es una limitación arbitraria e ilegítima de un derecho reconocido constitucionalmente-, con *"restricción de derechos"* –que es la limitación válida o constitucional de un derecho fundamental, que encuentra sustento en la potestad que tiene toda autoridad jurisdiccional cuando media una ponderación de derechos

fundamentales-[5], pues si bien los derechos fundamentales no deben ser condicionados en cuanto a su ejercicio, están sujetos a límites, explícitos o no, esto debido a que se trata de atributos que jamás tienen alcance absoluto.

Así las cosas, el ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad. Ello no se contrapone a la convicción de entender que el ser humano ha de ser el centro de toda comunidad organizada, sino, muy por el contrario, se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y la dignidad humana. Es por ello, que este Supremo Tribunal considera que reconocer, por tanto, que los derechos están sujetos a restricciones no significa restar a estas facultades del máximo valor y relevancia en el ordenamiento jurídico.

Décimo Séptimo: En efecto, cuando una autoridad jurisdiccional ordinaria limita un derecho de modo razonable y ponderado, ello no configura una vulneración de derechos sino una restricción válida o constitucional. Lo mismo ocurre con una autoridad jurisdiccional especial o indígena, quien puede restringir derechos válidamente si lo hace de modo razonable y proporcional[6]. En este sentido, a la luz del test de proporcionalidad, se evidencia que en determinadas circunstancias es legítima la restricción de algunos derechos.

---

[5] *Véase*: Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0048-2004-PI/TC.

[6] Espinoza Saldaña, Eloy (2005) El test de proporcionalidad es una técnica para la composición de conflictos entre derechos fundamentales. En: "*Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*". Lima, Jurista Editores, pág. 46.

Décimo Octavo: En consecuencia, en el caso materia de autos, resulta evidente que los miembros de la Comunidad Nativa Tres Islas hayan tomado la decisión de controlar el ingreso de las personas mediante una caseta de control, sobre la base de la autonomía territorial y organizativa, y la potestad jurisdiccional que le reconoce la Constitución Política en los artículos 89° y 149°. La autoridad comunal –en Asamblea- al tomar la decisión de controlar el ingreso de invasores o terceros no autorizados en su territorio comunal, ponderó la posible restricción del libre tránsito con la protección de su medio ambiente -integridad territorial, física y biológica-, que eran afectadas por las actividades de tala ilegal, minería informal y prostitución, con lo que se tomó una decisión razonable –necesaria y adecuada- y proporcional, pues se trata de una restricción válida o constitucional de un derecho, y no de un supuesto de vulneración de un derecho.

Décimo Noveno: En definitiva, de los fundamentos jurídicos precedentes, se colige fehacientemente que el apartamiento del Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, que efectuó la Sala Penal de Apelaciones al momento de dictar la resolución recurrida, vulneró el derecho a la autonomía comunal, facultad constitucional otorgada a las Comunidades Campesinas y Nativas que se encuentra reconocida por el artículo 89° y materializada en el artículo 149° de nuestra Carta Magna, de las que se desprende que las Comunidades tienen derecho de organizarse y tomar las medidas que estimen pertinentes para la protección de sus intereses y derechos, lo que en el presente caso se manifiesta en la capacidad de ejercer un control sobre quienes ingresan a su territorio. En efecto y, como ya se expuso, la función jurisdiccional reconocida a las Comunidades Campesinas es una expresión de la autonomía

reconocida a éstas, empero, no es la única manifestación, pues por el contrario existen otras formas en que esta autonomía es manifestada, como por ejemplo la manera en que usan o disponen de sus tierras, lo que incluye la determinación de quienes ingresan al territorio de la Comunidad, pues debe entenderse que esta protección a la propiedad a la tierra comunal permite el desarrollo de la identidad cultural de las Comunidades Nativas y Campesinas pues brinda un espacio material indispensable para el sostenimiento de la Comunidad, con lo que se colige que la conducta realizada por la acusada Juana Griselda Payaba Cachique se encuentra justificada a la luz del derecho a la identidad cultural de las Comunidades Nativas y Campesinas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley.

Vigésimo: Que, finalmente, estando a que mediante sentencia de fecha once de septiembre de dos mil doce, el Tribunal Constitucional declaró FUNDADA la acción de habeas corpus interpuesta por la Comunidad Nativa Tres Islas, contra la resolución emitida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios -que ordenó el retiro inmediato del cerco de madera y de la vivienda construida en el centro del camino vecinal Fitzcarrald – Teniente Acevedo – Diamante, y dispuso que se remita lo actuado al representante del Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones-, declaró Nula la resolución emitida por la Sala Penal de Apelaciones, que dio origen al presente proceso penal, y ordenó la cesación de todos los actos que limiten la autonomía de la aludida Comunidad Nativa; se advierte que el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución Política, expresó que si bien en reiteradas jurisprudencias se ha dejado sentado que la función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales, también lo es que el artículo 149° de la

Constitución Política ha reconocido el ejercicio de la función jurisdiccional a las Comunidades Campesinas y Nativas, indicando que se trata de una jurisdicción especial, la cual se ejerce dentro de su ámbito territorial y con el límite de no vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Asimismo, sostuvo que también se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 7° del Convenio OIT N° 169 que expresa: *"Los pueblos interesados deberán tener derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico y cultural, lo que desde luego puede verse materializado a través del ejercicio de su autonomía.* En tal sentido, el Tribunal Constitucional consideró que al no haberse permitido ejercer su derecho a controlar el ingreso de terceros a su comunidad, estimó que el ámbito de su autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas había sido vulnerado. Por consiguiente, como se puede apreciar, este Tribunal concluyó que la decisión de la construcción de la caseta de control y del cerco de madera fue legítima porque se llevó a cabo en virtud de su autonomía comunal reconocida en el artículo 89° de la Constitución Política; razones por las cuales no puede ser considerada delictiva la conducta realizada por los miembros de la Comunidad Nativa Tres Islas, toda vez que actuaron en el ejercicio regular de su derecho a la autonomía comunal –constitucionalmente reconocida-, tanto más si se busca tutelar bienes jurídicos colectivos superiores como la protección del medio ambiente; por consiguiente, debe estimarse el recurso de casación interpuesto.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon FUNDADO el recurso de casación por la causal referida a "*si el auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema*" -prevista en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartado cinco, del nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por la encausada JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE contra la resolución de vista de fojas ciento veinticuatro, del trece de abril de dos mil once, que confirmando la de primera instancia de fojas sesenta y seis, del veinticuatro de febrero de dos mil once, declaró Infundada la Excepción de improcedencia de acción formulada por la recurrente en la investigación seguida en su contra por la presunta comisión del delito contra la seguridad pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del Estado; en consecuencia: **NULA** la resolución de vista de fojas ciento veinticuatro, del trece de abril de dos mil once.

Actuando en sede de instancia, y pronunciándose sobre la articulación de improcedencia de la acción: **REVOCARON** la resolución apelada de fojas sesenta y seis, del veinticuatro de febrero de dos mil once, que declaró Infundada la Excepción de improcedencia de acción formulada por la recurrente JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE; *Reformándola*: **II. Declararon FUNDADA** la Excepción de improcedencia de acción deducida por la recurrente JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE en la investigación seguida en su contra por la presunta comisión del delito contra la seguridad pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del

Estado; en consecuencia: **ORDENARON** el archivo definitivo de la investigación seguida contra la recurrente JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE por el referido delito, y se anulen los antecedentes penales y judiciales que la señalada investigación penal hubiere generado.

III. MANDARON que la presente sentencia casatoria sea leída en Audiencia Pública.

IV. ORDENARON se devuelvan los actuados al Tribunal Superior, a efectos de que sean remitidos al Órgano Jurisdiccional competente, y se notifique a las partes procesales.

Interviniendo los señores Jueces Supremos Príncipe Trujillo y Neyra Flores por goce vacacional y licencia de los señores Jueces Supremos Pariona Pastrana y Salas Arenas.-

S.S.

VILLA STEIN

BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

PT/mist.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

27 SEP 2013

Validez legal de las transacciones extrajudiciales de acuerdo al Primer Pleno Casatorio Civil

CAS Nº 5081-2007 CAJAMARCA
SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.

Recurrente	:	*Mario Vásquez Ramírez*
Contraparte	:	*Empresa Minera Yanacocha S.R.L.*
Materia	:	*Transacción extrajudicial*
Fecha de Res.	:	07/10/2008
Fecha de publicación	:	03/02/2009
Pronunciamiento	:	*INFUNDADO el recurso de casación.*
Base legal	:	*Código Civil artículo 5º, 1302º y 1305º, 1307º, 1312º; Código Procesal Civil artículo 446º inciso 10), 452º y 453º inciso 4); Ley Nº 26872*

RESEÑA:

En el presente caso, el señor Mario Vásquez Ramírez apoderado de la parte demandante, interpone recurso de casación contra la sentencia emitida por la Sala Civil Especializada de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, que confirma la resolución Nº 3 recaída en la audiencia de saneamiento procesal, que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción, respecto al codemandante menor de edad Yuliñio Alexander Guitierrez Pretell y fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes respecto a la pretensión indemnizatoria por daño ambiental. Considera la parte demandante que se han inaplicado los artículos 5º y 1305º del Código Civil, así como se han vulnerado las normas que garantizan el debido proceso y las formas esenciales para la validez y eficacia de los actos procesales.

La Corte Suprema, siguiendo la jurisprudencia vinculante establecida por el Primer Pleno Casatorio Civil, se pronuncia declarando infundado el recurso por considerar que al existir una transacción extrajudicial no podrá iniciarse otro proceso para discutirse las pretensiones que ya fueron transigidas. Además porque la transacción extrajudicial tiene el valor de cosa juzgada y por ende no puede ser revisada en sede judicial, pues el juez no puede pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

RESOLUCIÓN

CAS. 5081-2007 CAJAMARCA. Lima, siete de Octubre de dos mil ocho.- La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de dos mil ocho.- La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, vista la causa número cinco mil ochenta y uno guión dos mil siete, en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por don Mario Vásquez Ramírez apoderado de la parte demandante, contra la resolución de vista de foja mil trescientos sesenta y dos, su fecha veintisiete de agosto de dos mil siete, expedida por la Sala Civil Especializada de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en los extremos que confirma la resolución número tres, recaída en la Audiencia de Saneamiento Procesal de fecha veintisiete de enero del dos mil cuatro obrante en copia certificada a fojas mil ciento treinta y siete a mil ciento cuarenta y seis, que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto al codemandante menor de edad Yuliñio

Alexander Gutiérrez Pretell, y al extremo que declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes respecto a la pretensión indemnizatoria por daño ambiental; con lo demás que al respecto contiene.

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Admitido el recurso de casación se ha declarado procedente mediante auto de fecha diecinueve de noviembre de dos mil siete, por las causales previstas en los incisos 2º y 3º del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativas: a) Inaplicación de los artículos 5º y 1305º del Código Civil, señalando: i) que el artículo 5º establece que los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión; y su ejercicio no es susceptible de limitación voluntaria; ii) que según el artículo 1305º del Código Civil sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción; iii) que estos dispositivos legales, sin embargo no han sido aplicados por los Vocales revisores; iv) que la necesidad de aplicar las normas materiales citadas, es indispensable, toda vez que se ha transigido sobre daños en la salud de los afectados por el derrame de mercurio que afectan su integridad física e, incluso su vida; por tanto, no pueden ser materia de renuncia o cesión alguna; alega que la protección de estos derechos personalísimos y extrapatrimoniales, no pueden ser objeto de transacción. b) Contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, señala: i) haberse vulnerado normas procesales de imperativo cumplimiento en relación al trámite de las excepciones; expresa que debe tenerse en cuenta que el Código Procesal Civil en su artículo 446º inciso 10º establece que se puede proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción, pues sólo ampara la transacción si pone fin a un proceso judicial, que para ello se requiere la existencia de procesos idénticos, uno de los cuales haya concluido por transacción; ii) que, según prescribe el artículo

337º del Código Procesal Civil, la transacción que pone fin a un proceso tiene la autoridad de cosa juzgada, infiriéndose entonces que para amparar tal excepción es indispensable la existencia de un proceso en que se haya transigido respecto del conflicto de intereses de las partes; iii) que la transacción extrajudicial materia de impugnación no tiene naturaleza de cosa juzgada, por cuya razón tampoco resulta oponible. c) Infracción de las formas esenciales para la validez y eficacia de los actos procesales, manifiesta: i) 260 que, conforme el artículo 446 inciso 10º del Código Adjetivo, sólo se puede proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción; es decir, el ordenamiento establece una formalidad imperativa, pues sólo se podrá utilizar, como fundamentos de la excepción una transacción en base a que el proceso se haya concluido sin admitirse otra forma; ii) que otra formalidad vulnerada es la prescrita en el inciso 4º del artículo 453 del Código Procesal Civil, con arreglo al que la excepción de conclusión del proceso por transacción sólo será fundada cuando se inicie un proceso idéntico a otro en el que las partes transigieron; iii) que, habiéndose amparado la excepción sin los requisitos formales ineludibles, se ha incumplidos las formalidades establecidas por el ordenamiento procesal; iv) que, asimismo, la Sala ha vulnerado abiertamente el debido proceso infringiendo reglas sobre la eficacia y validez de los actos procesales, por cuanto ha resuelto contra lo establecido por la Corte Suprema en el proceso seguido por Juana Martínez Sáenz y otros con Minera Yanacocha sobre los mismos hechos; v) que, en cuanto a la pretensión indemnizatoria por daño ambiental expresa que, siendo los impugnantes los principales afectados con el daño ambiental sufrido, tienen la titularidad para reclamar indemnización por tales daños; pues el artículo 82º del Código Procesal Civil prescribe que les corresponde a las personas naturales afectadas la legitimidad para obrar, advirtiendo que el término "pueden promover o intervenir" no implica que sean las instituciones que dicha norma señala las únicas legitimadas de manera exclusiva, caso en que no se había previsto el término intervenir, por lo que resulta claro que no se ha respetado el ordenamiento procesal, siendo flagrante a vulneración del derecho al debido proceso.

CONSIDERANDO:

Primero.- Debe analizarse en primer lugar la causal adjetiva propuesta, si mereciera amparo carecería de objeto pronunciarse respecto de la causal sustantiva.

Segundo.- Examinando el error in procedendo denunciado, es del caso señalar que en materia de casación es factible ejercer el control casatorio de las decisiones jurisdiccionales para determinar si en ellas se han infringido las normas que garantizan el derecho al debido proceso, tomándose en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio.

Tercero.- La parte recurrente sostiene que se han contravenido los artículos 446 inciso 10º, 452 y 453 inciso 4º del Código Procesal Civil, por 261 cuanto la excepción de conclusión del proceso por transacción sólo ampara la transacción que haya puesto fin a un proceso judicial; porque en la transacción extrajudicial no se presenta la identidad de procesos a que se refiere el artículo 452 del Có-

digo Adjetivo con el presente; y porque, asimismo se contraviene el requisito que establece el artículo 453, inciso 4º del Código acotado para declarar fundada la excepción.

Cuarto.- Al respecto, cabe señalar que la excepción es una institución procesal que permite
262 el demandado ejercer su derecho a la defensa, denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida o el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción. La excepción es una circunstancia de hecho o de Derecho que obsta a la condena. La excepción genéricamente es también la garantía de la defensa en sí misma. Las circunstancias impeditivas de una condena se aducen en el proceso mediante excepciones.

Quinto.- De acuerdo con lo dispuesto en la Ley número 2687, antes de interponer una acción que incide en derechos patrimoniales disponibles, es preciso invitar a una conciliación. Para ese efecto se han establecido numerosos Centros de Con-
263 ciliación y, de llegarse a un acuerdo, se suscribe el acta correspondiente y se evita el proceso. La conciliación puede lograrse mediante un reconocimiento por parte del actor que evite el proceso, mediante un acuerdo de partes que lo haga innecesario, esto es mediante una transacción, o porque el demandado comprende que el actor tiene razón. La doctrina llama a esas formas de resolver el proceso acto de auto composición. Cuando en nuestro régimen se habla de la necesidad de la conciliación, como requisito previo al proceso, se tiene en cuenta la posibilidad de la transacción. En consecuencia la conciliación es el genérico y la transacción es la especie, pues siempre que se transa se concilia.

Sexto.- La transacción es un negocio jurídico bilateral y consensual, en el que las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden algún 264
asunto dudoso o litigios, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el ya iniciado. En el caso materia de litis, si bien es cierto que la transacción extra-judicial no se encuentra prevista expresamente en los supuestos del artículo 453 del Código Procesal, también lo es que participa de la misma naturaleza de la transacción celebrada en vía de conciliación o dentro de un proceso, dado que siempre extinguen obligaciones mediante concesiones recíprocas y, hacen perder el interés para obrar.

Sétimo.- Que las normas del Código en que se sustenta la excepción deducida tiene naturaleza procesal, y debe tenerse presente el principio de la Unidad Legislativa y los principios de interpretación.

Octavo.- Siendo esto así, podemos afirmar que el demandado también puede deducir ex- 265
cepciones alegando que antes del proceso o durante el transcurso de uno anterior, llegó con el demandante a un acuerdo sobre sus diferencias, dándose ambos concesiones recíprocas, es decir, transigiendo.

Noveno.- Resulta evidente que si alguna de las dos situaciones antes señaladas se ha producido, no cabe duda que no podrá iniciarse otro proceso para discutirse las pretensiones que ya fueron transigidas.

Décimo.- Por las consideraciones anteriormente expuestas, no se evidencia la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, por lo que la denuncia formulada en este extremo de la causal debe desestimarse.

Undécimo.- En cuanto al segundo extremo de la causal in procedendo, relativa a la pretensión indemnizatoria por daño ambiental, expresa el recurrente que siendo los impugnantes los principales afectados con el daño ambiental sufrido, tienen la titularidad para reclamar indemnización por tales daños; al respecto, debe señalarse que el artículo 82º del Código Procesal Civil ha previsto normativamente que en el caso de afectación de bienes jurídicos colectivos, en cuanto a la vulneración de intereses que pertenecen a toda una comunidad de gentes, aparece la institución jurídico procesal denominada "Patrocinio de intereses difusos", cuya titularidad se le ha conferido a una serie de instituciones públicas y asociaciones civiles legalmente constituidas; como el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental; en tal sentido, los demandantes no pueden irrogarse a título individual la legitimidad activa para reclamar los efectos indemnizatorios del daño ambiental cuando ésta, al revelar una naturaleza "difusa" es atribuida a las instituciones que se contemplan en el artículo 82º del citado Código Adjetivo; de manera que los sujetos individualizados no cuentan con legitimidad activa para interponer dicha acción ante el órgano jurisdiccional; en consecuencia, tampoco se evidencia la infracción de las formas esenciales para la validez de los actos procesales; siendo necesario analizar las denuncias sustantivas.

266

Duodécimo.- En cuanto a las denuncias signadas como error in judicando, el denunciante sostiene que se han inaplicado los artículos 5º y 1305º del Código Civil, dado que el primero establece que todos los daños inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión; y el segundo, que sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción.

267

Décimo tercero.- En relación a ello, cabe mencionar que el Código Civil ha optado por regular la institución de la transacción como una modalidad de extinguir obligaciones; así lo señala el artículo 1302º del propio texto legal, el que en su párrafo final determina que "la transacción tiene valor de cosa juzgada".

268

Décimo Cuarto.- El mencionado artículo 1302º del Código Civil, concordado con el numeral 337º del Código Procesal Civil, que señala que la transacción judicial que pone fin al proceso adquiere la autoridad de la cosa juzgada, permiten afirmar que nuestro ordenamiento jurídico otorga a toda transacción (judicial o extrajudicial) el valor de la cosa juzgada, lo cual impide que aquello 123 -in fine- del Código Adjetivo, no pudiendo de éste modo ser revisado en sede judicial.

269

Décimo Quinto.- Igualmente, cabe señalar que conforme es de verse de las transacciones celebradas por las partes, en ellas no se transige sobre el daño que pudieran haber sufrido los demandantes o sus menores hijos como consecuencia del derrame de mercurio ocurrido, si lo la reparación del mismo, y la reparación del daño es siempre patrimonial.

Décimo Sexto.- Respecto a lo anteriormente expuesto, las transacciones celebradas por los demandantes en representación de sus menores hijos, cuentan con la respectiva aprobación del Juez de Familia de acuerdo con la previsión que contiene el artículo 1307 del Código Civil.

Décimo sétimo.- Hay que tener en consideración también, que el artículo 1312º del Código Civil dispone que la transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia; y la extrajudicial en la vía ejecutiva, otorgando así a la transacción extrajudicial la presunción de certeza que contiene todo título ejecutivo.

Décimo octavo.- Siendo esto así, teniendo la transacción extrajudicial el valor de cosa juzgada, lo que importa es que lo que aparece de dicha transacción no puede ser revisado en sede judicial; resultando pues, un impedimento para que el Juez pueda pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

Décimo Noveno.- Por las consideraciones expuestas, en el presente caso no resulta pertinente aplicar las normas materiales invocadas, deviniendo en infundado también este extremo del recurso.

Vigésimo.- de Conformidad con lo que dispone el artículo 400 del Código Procesal Civil, constituye doctrina jurisprudencial vinculante al presente proceso, lo resuelto por el Primer Pleno Casatorio Civil celebrado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República el día dieciocho de Diciembre del dos mil siete (Casación número mil cuatrocientos sesenta y cinco - dos mil siete - Cajamarca), publicado en el Diario Oficial El Peruano el día veintiuno de abril del dos mil ocho.

DECISION: Por todo lo anteriormente señalado, de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía Suprema en lo Civil y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil; a) Declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Mario Vásquez Ramírez apoderado de la parte demandante, obrante a fojas mil trescientos setenta y cinco; en consecuencia, **NO CASAR** la resolución de vista obrante de fojas mil trescientos sesenta y dos a mil trescientos sesenta y nueve, su fecha veintinueve de agosto del dos mil siete. b) **EXONERARON** a la parte recurrente del pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso por gozar del beneficio de auxilio judicial. c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad, en los seguidos con la Empresa Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada y otros, sobre Indemnización por daños y perjuicios; interviniendo como Vocal Ponente el señor Caroajulca Bustamante; y los devolvieron.- SS.SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES, VALERIANO BAQUEDANO C-304449-463

COMENTARIO

Antecedentes

El 21 de abril de 2008 se publicó en el Diario Oficial El Peruano lo resuelto por el Primer Pleno Casatorio Civil celebrado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme lo dispuesto en el

artículo 400º del Código Procesal Civil[1]. En dicho Pleno, la Corte Suprema se pronunció sobre la casación Nº 1465-2007-Cajamarca, la cual trata sobre los mismos temas que trata la casación materia del presente estudio, es decir, la validez de las transacciones extrajudiciales como excepción de conclusión de un proceso y la legitimidad para obrar frente a un daño ambiental; constituyendo así doctrina jurisprudencial vinculante. Dicho
271 Pleno Casatorio es emitido con la finalidad de unificar las decisiones jurisdiccionales, debido a la cantidad de procesos que se originaron a propósito de lo acontecido en la ciudad de Choropampa, Cajamarca, el día 2 de junio del 2000, cuando un camión contratado por la empresa minera Yanacocha, accidentalmente derramó 80 kilos de mercurio sobre la calle principal de dicha ciudad, ocasionando que sus pobladores, niños y adultos se intoxicaran por inhalar el metal.

Debido a ello, muchos pobladores denunciaron a la minera, exigiendo una indemnización por los daños ocasionados; sin embargo la empresa minera, optó por llegar a acuerdos con los pobladores, firmando así transacciones extrajudiciales en las que se comprometía a indemnizar a los pobladores afectados, evitando así que se interpongan demandas judiciales. A pesar de ello, muchos pobladores como el demandante en el presente caso, recurrieron al poder judicial, obteniendo diversos resultados de parte de los jueces, perjudicando con ello la seguridad jurídica que debe existir en nuestro sistema normativo.

Primer Pleno Casatorio Civil

Como ya lo hemos mencionado, como resultado de las diversas denuncias que se presentaron, se obtuvieron fallos jurisdiccionales contradictorios. Por un lado tenemos que para la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, la transacción extrajudicial tiene 272
plenos efectos, de manera que el conflicto de intereses ya habría sido resuelto, por lo que carece de sentido un proceso judicial sobre el mismo caso. En cambio, el criterio adoptado por la Sala Civil Transitoria es exactamente el inverso ya que considera que para que la transacción deje sin efecto el juicio instaurado, debe ser judicial. En vista de ello, el 18 de diciembre del 2007, la Corte Suprema de la Republica, usó por primera vez el mecanismo instaurado en el Código Procesal Civil, mediante el cual puede sentar jurisprudencia vinculante: El Pleno Casatorio.

(1) *Código Procesal Civil*
Artículo 400.- Doctrina Jurisprudencial
Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los Vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.
La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.
Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.
El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.
El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

La jurisprudencia vinculante de este Primer Pleno Casatorio aborda dos temas principales: la validez de las transacciones extrajudiciales como excepción de conclusión de un proceso y la legitimidad para obrar frente a un daño ambiental.

273

Con respecto al primer tema, la Sala Plena de la Corte Suprema señala como precedente vinculante que la transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446º e inciso 4 del artículo 453º del Código Procesal Civil[2], por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la transacción[3]. Es decir que le otorgó el mérito legal suficiente a las transacciones extrajudiciales para declarar fundada la excepción de conclusión de un proceso judicial por considerar que carece de objeto pronunciarse sobre un asunto que ya ha sido solucionado. En ese sentido, concluyó que en el caso que dio origen al pleno[4], no hay contravención a las normas que garantizan el debido proceso conforme ha alegado la recurrente, por lo que la resolución impugnada se ajusta a derecho, dado que al ampararse las excepciones de conclusión del proceso por transacciones no se ha hecho otra cosa que reconocer los plenos efectos de actos jurídicos que pusieron fin a las discrepancias que se suscitaron entre las partes.

274

Sobre la legitimidad para obrar frente a un daño ambiental, la Sala Plena considera que la demandante no goza de tal legitimidad de acuerdo con el artículo 82º del Código Procesal Civil, el cual estipula que el patrocinio de intereses difusos le corresponde únicamente al Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del

275

(2) *Código Procesal Civil*
Artículo 446º.- Excepciones proponibles.-
El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:
(…)
10. Conclusión del proceso por conciliación o transacción;
(…)
Artículo 453º.- Amparo de las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción.-
Son fundadas las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro:
(…)
4. En que las partes conciliaron o transigieron.

(3) *Código Civil*
Artículo 1302º.- Transacción
Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.
Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.
La transacción tiene valor de cosa juzgada.

(4) *CAS. 1465-2007 CAJAMARCA*

Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Por las consideraciones antes señaladas, la Sala Plena declaró infundado el recurso de casación, lo cual dio origen a múltiples opiniones, tanto a favor como en contra. Así tenemos a quienes estuvieron a favor del pleno como el doctor Fausto Vialé, quien
276 manifiesta que si bien el Código Procesal Civil sólo legisló sobre la transacción judicial, sin pronunciarse sobre la extrajudicial, dejando con ello un gran vacío legal, ambos deben considerarse como mecanismos de autocomposición que surten efectos de cosa juzgada, conforme el artículo 139º inciso 8 de la Constitución[5] y el artículo III del Título Preliminar del Código Civil[6]. Es decir que a igual razón igual derecho, abogando por una interpretación sistemática de la legislación peruana y la finalidad de la norma. Sobre el daño ambiental, refiere que de acuerdo al artículo 82º del Código Procesal Civil[7], la demandante carece de legitimidad para reclamar indemnización por daños ambientales. Agrega que si bien el artículo 5º del Código Civil considera el derecho a la salud como un derecho irrenunciable, lo que se ha transigido en este caso no es el daño a la persona, sino la reparación del daño.

Por su parte el doctor Jorge Avendaño, opina que tanto la transacción judicial como la extrajudicial pone fin al proceso preexistente, pues el artículo 1302º del Código Civil hace perder el interés para obrar ya que la transacción es un modo de extinción de obligaciones y tiene por objeto im- 277
pedir que se litigue un asunto resuelto por las partes. Agrega que la diferencia según el artículo 1312º del Código Civil entre la transacción judicial y la extrajudicial es que la primera se ejecuta como sentencia, mientras que la segundas se ejecuta como proceso ejecutivo, pero en ambos casos hay cosa juzgada, lo cual significa que no pue-

(5) *Constitución Política del Perú*
Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(…)
8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.
En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.
(…)

(6) *Código Civil*
Articulo III.- Aplicación de la ley en el tiempo
La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

(7) *Código Procesal Civil*
Artículo 82.- Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.
Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.
Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio.
Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93 a 95.
(…)

de revisarse, sino en los casos de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

Así mismo encontramos opiniones según las cuales, con esta decisión se fortalecerá el cimiento para la seguridad jurídica en el país. Es decir, si las partes celebran de buena fe una transacción, en especial esta última para poner fin a una diferencia, ya no se podrá reabrirlo después ante la justicia, resolviendo así un tecnicismo del Código Procesal Civil.

278

Por otro lado tenemos la opinión de aquéllos que no se encuentran de acuerdo con lo resuelto por la Sala Plena, pues consideran que con ella se ha perdido la oportunidad de emitir un mensaje social trascendente sobre el peligro de contaminación y las precauciones que deben tomarse al respecto. Así mismo, que por tratarse de partes que no se encuentran en igualdad de condiciones, pues por un lado tenemos campesinos de condición humilde, y por otro lado tenemos a una de las empresas mineras más importantes del Perú, debió brindarse una mayor protección a los derechos de la parte débil, es decir a los campesinos. Esa opinión la encontramos en un informe publicado por el consorcio Justicia Viva[8], en el que señalan que en aras de dar coherencia al ordenamiento jurídico, efectivamente se debe dar a la transacción extrajudicial el mismo efecto que la transacción judicial ya que ambas tienen el poder de poner fin al proceso instaurado por los derechos transigidos; sin embargo, excepcionalmente, en el caso que dio origen al pleno no se debió amparar la excepción de transacción por tratarse de una situación de desequilibrio social y económico entre ambas partes. Refieren que si bien existe la libertad de contratar, cuando existe dicho desequilibrio, puede generar que se produzcan abusos y violaciones de los derechos de los más débiles tal como sucedió en el presente caso, ya que la salud de los campesinos ha sido gravemente afectada por haber inhalado el mercurio, Por lo tanto, concluyen que en aplicación del artículo 7º de la constitución[9] y el artículo V del Titulo preliminar del Código Civil[10], se debió reconducir la pretensión planteada, la que pasaría de ser una pretensión de indemnización a una de nulidad de acto jurídico y posterior indemnización.

279

Análisis del caso

El señor Mario Vásquez interpone recurso de casación contra la sentencia que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto al codemandante

(8) *"Informe Especial. Primer Pleno Casatorio de la Corte Suprema: Las polémicas transacciones extrajudiciales de la minera Yanacocha en el caso Choropampa".*
En : http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/febrero/14-02/informe_pleno.doc

(9) *Constitución Política del Perú*
***Artículo 7º.-** Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.*

(10) *Código Civil*
Título Preliminar
Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

menor de edad Yuliñio Alexander Gutierrez Pretell, y declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes respecto a la indemnización por daño ambiental. En ese sentido, fundamenta su recurso en la inaplicación de los artículos 5° y 135° del Código Civil referentes a la irrenunciabilidad de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana, los cuales no pueden ser objeto de cesión ni de transacción porque únicamente los derechos patrimoniales pueden serlo. Agrega que se han vulnerado las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, en específico el artículo 446° inciso 10 del Código Procesal Civil, que señala que se puede proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción, sólo cuando se trata de una transacción judicial, pues se requiere la existencia de dos procesos idénticos, uno de los cuales haya sido concluido por transacción, configurándose así, de acuerdo al artículo 337° del mismo código, cosa juzgada. Por otro lado, referente a la pretensión indemnizatoria, refiere que por ser los principales afectados por el daño ambiental, tienen la titularidad para reclamar indemnización, pues interpretando el artículo 82° del Código Procesal Civil, se desprende que no solo les corresponde intervenir a las instituciones allí reconocidas, sino que las personas naturales afectadas, también gozan de legitimidad para obrar.

Ante ello, la Sala Suprema considera que si bien es cierto, el artículo 453° no reconoce expresamente a la transacción extrajudicial, debe dársele el mismo tratamiento que a la transacción judicial ya que gozan de la misma naturaleza, pues ambas extinguen obligaciones mediante concesiones recíprocas y hacen perder el interés para obrar, ya sea que se realicen en el poder judicial, como en una conciliación extrajudicial. En ese sentido, es de la opinión que habiéndose celebrado una transacción extrajudicial, no podrá iniciarse otro proceso para discutir las mismas pretensiones que ya fueron transigidas.

Sobre la pretensión indemnizatoria por daño ambiental, el Código Procesal Civil recoge la institución jurídico procesal denominada Patrocinio de Intereses Difusos, según la cual, se le confiere a una serie de instituciones públicas y asociaciones civiles legalmente constituidas, así como al Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Los Gobiernos Locales, Las Comunidades Campesinas y/o nativas, la titularidad para reclamar los efectos indemnizatorios del daño ambiental. En tal sentido, nos se evidencia en este caso, vulneración de norma sobre este punto ya que el artículo 82° del código sustantivo señala taxativamente quiénes pueden solicitar indemnización por daño ambiental.

Por último, la Sala Suprema señala que en las transacciones celebradas no se transige sobre el daño que pudieran haber sufrido los demandantes o sus menores hijos como consecuencia del derrame de mercurio, sino la reparación del mismo, siendo que la reparación del daño es siempre patrimonial.

En tal sentido, declara infundado el recurso de casación y de conformidad con el artículo 400° del Código Procesal Civil, aplica lo que constituye doctrina jurisprudencial vinculante, de acuerdo a lo establecido por el Primer Pleno Casatorio Civil celebrado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

CONCORDANCIAS JURISPRUDENCIALES

Casación N° 456-2008 CAJAMARCA. Publicada el 30 de enero del 2009.

"...En cuanto a la alusión que hacen los accionantes respecto a la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente número 0221-1997-AA/TC, donde se menciona que la legitimación en la defensa de los intereses difusos alcanza también a las personas naturales, la sentencia expedida por el Pleno Casatorio precisa en su fundamento número 64 que tanto el artículo 26° de la ley 23506, como el artículo 40° del Código Procesal Constitucional, otorgan legitimación a cualquier persona para interponer demanda de amparo, lo cual debe entenderse que es para efectos de solicitar esa garantía constitucional en defensa de los intereses difusos, pero ello no nos puede llevar a colegir que, así como en el amparo, también en la vía ordinaria la legitimación es irrestricta para la defensa de los intereses difusos por lo que se debe diferenciar el ejercicio de un proceso de amparo frente a un proceso ordinario, puesto que en uno y otro caso se persiguen fines totalmente diferentes..."

Casación N° 740-2007 CAJAMARCA. Publicada el 30 de enero del 2009.

"...el cuestionamiento que se ha hace de tales negocios jurídicos es que se ha transado sobre derechos extramatrimoniales como, por ejemplo el derecho a la salud. De acuerdo a lo dispuesto por el Código Civil vigente, lo que en realidad se transó en el caso sub judice, no es sobre la salud sino sobre los daños que se ocasionaron a la salud como consecuencia de exposición y manipulación de del mercurio que sufrieron la accionante y sus menores hijos, al igual como ocurrió con otros pobladores del lugar. Los daños extracontractuales pueden ser de orden patrimonial o extramatrimonial, por ello se habla, respecto a los primeros del daño emergente y del lucro cesante, en tanto que con relación al daño extramatrimonial nos estamos refiriendo al daño a los daños a la persona y el daño moral".

Casación Nº 716-2007 CAJAMARCA. Publicada el 30 de enero de 2009

"Que los precedentes vinculantes de los Tribunales de Justicia en un Estado Constitucional son aquellas decisiones que si bien resuelven un caso en concreto, a la vez contienen una regla jurídica que será de observancia obligatoria para el mismo tribunal (precedente vinculante horizontal), así como para todos los jueces y tribunales inferiores, en todos aquellos casos que sean sustancialmente iguales (precedente vinculante vertical"