



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0021-2003-AI/TC
LIMA
COLEGIO DE BIÓLOGOS Y COLEGIO DE
ARQUITECTOS DEL PERÚ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de junio de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Biólogos y el Colegio de Arquitectos del Perú contra la Ordenanza Municipal N.º 006-2002-MPP, de fecha 24 de septiembre de 2002, que aprueba el cambio de uso (de zona de densidad media a zona I4) del terreno ubicado entre los kilómetros 13.4 y 15 de la carretera Pisco-Paracas, del distrito de Paracas, provincia de Pisco, región Ica; asimismo, solicitan la declaratoria de inconstitucionalidad de determinados actos realizados a su amparo.

ANTECEDENTES

Los demandantes, con fecha 21 de noviembre de 2003, interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Municipal N.º 006-2002-MPP, de fecha 4 de setiembre de 2002, por considerar que contraviene los artículos 2º, inciso 22), 31º, 43º, 51º, 66º, 67º, 68º, 192º y 199º de la Constitución Política.

Aducen que la Ordenanza objeto del presente proceso, ha sido expedida sin la aprobación del Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) y del Gobierno Regional de Ica, entidades que comparten competencias con los gobiernos locales en materia de planificación y control ambiental en las áreas naturales protegidas. Asimismo, alegan que la emplazada ha omitido convocar a audiencia pública para la participación de la sociedad civil en la aprobación de la Ordenanza cuestionada, vulnerando el inciso 2) del artículo 195º de la Constitución Política y el inciso 1) del artículo 182º, entre otros, de la Ley N.º 27444, del Procedimiento Administrativo General. Sostienen que la emplazada, desconociendo el “impacto regional” de la Ordenanza cuestionada, publicó ésta mediante “carteles” colocados en el local de su sede, al amparo del inciso 3) del artículo 112º de la Ley N.º 23853, Orgánica de Municipalidades; disposición que, publicada con fecha anterior a la vigente Constitución, contraviene el principio de publicidad contenido en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

artículo 51° de la Norma Suprema. Alegan que el cambio de uso del terreno, de calificación de DM (Densidad Media) a I4 (Industrial Pesado Contaminante), ubicado entre los kilómetros 13.4 y 15 de la carretera Pisco-Paracas, en el Distrito de Paracas, Provincia de Pisco, región Ica, aprobado mediante la Ordenanza cuestionada, desprotege la Reserva Nacional de Paracas (area natural protegida) y su zona de amortiguamiento. Finalmente, los demandantes afirman que tras el cambio de uso de terreno, se permite a la empresa Pluspetrol Perú Corporation S.A. la construcción de su planta de fraccionamiento, actividad que es contraria a lo prescrito por la legislación ambiental sobre protección de áreas naturales protegidas.

Admitida la demanda, el representante de la Municipalidad Provincial de Pisco la contesta manifestando que, conforme al inciso 5) del artículo 192° de la Constitución, se encuentra facultada para aprobar el cambio de uso de un terreno, no encontrándose vinculada al INRENA o al Gobierno Regional de Ica. Refiere que la publicación de la ordenanza se ha realizado conforme lo permite el inciso 3) del artículo 112° de la Ley N.° 23853, Orgánica de Municipalidades. Alega que la ordenanza cuestionada no contraviene la legislación ambiental, ya que ésta permite el funcionamiento de industrias que no pongan en riesgo el área natural protegida y su zona de amortiguamiento.

La empresa Pluspetrol Perú Corporation S.A., con fecha 9 de marzo de 2004, solicita su apersonamiento al presente proceso, el cual es admitido mediante auto de fecha 12 de marzo de 2003. Solicita se declare infundada la demanda, por considerar que los artículos 194° y 195° de la Constitución Política y los artículos 2°, 14°, inciso 1), 42° y 43° de la Ley N.° 27783, establecen que los Gobiernos Locales tienen competencia exclusiva en la regulación del uso de suelos o zonificación, excluyéndose a los gobiernos regionales. Manifiesta que la publicación de la ordenanza se ha realizado conforme al procedimiento establecido en la Ley N.° 23853 —Orgánica de Municipalidades—, vigente al momento de los hechos. Refiere que el terreno en el que va a ejecutar sus actividades, y que fue objeto de cambio de uso, se encuentra fuera de la Reserva Nacional de Paracas, y que el tipo de operaciones a realizar sobre la zona de amortiguamiento no se encuentra prohibida, pues, el INRENA y el Ministerio de Energía y Minas, aprobaron el estudio de impacto ambiental.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio.

1. Los demandantes aducen la inconstitucionalidad (formal y material) de la Ordenanza Municipal N.° 006-2002-MPP (en adelante, la Ordenanza) que aprueba el cambio de uso de zona de densidad media a zona I4 del terreno ubicado entre los kilómetros 13.4 y 15 de la carretera Pisco-Paracas, del distrito de Paracas, provincia de Pisco, región Ica. Aducen también la inconstitucionalidad de la construcción de la planta de fraccionamiento de la empresa Pluspetrol Perú Corporation S.A. (en adelante,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pluspetrol), y, concretamente, del poliducto que conduce 3 líneas de gas mar adentro, alegando que vulnera el inciso 22) del artículo 2° y los artículos 66°, 67° y 68° de la Constitución.

§2. El control de constitucionalidad de las normas.

2. Es conveniente determinar, de modo previo, si en un proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional puede analizar la constitucionalidad no sólo de normas, sino también de actos, como el de la construcción de una planta y de un poliducto, o, en todo caso, de los permisos o licencias que permitan la ejecución de tales obras o proyectos, como se pretende en la demanda.

En opinión del Tribunal, es posible que, excepcionalmente, el juicio de constitucionalidad de una norma conlleve un legítimo y necesario pronunciamiento respecto de algún acto concreto realizado a su amparo. Y es que en los procesos de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional no sólo ejerce una función de valoración, es decir, de análisis de compatibilidad entre dos normas de distinta jerarquía (Constitución y norma de rango legal), sino también una función ordenadora y pacificadora, esto es, orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias.

Un pronunciamiento que se ocupe, única y exclusivamente, de la Ordenanza, situaría a los poderes públicos, agentes económicos interesados, potenciales consumidores y ciudadanía en general, en una profunda incertidumbre en torno a la legitimidad o ilegitimidad de la construcción de la planta de fraccionamiento y del poliducto por parte de la empresa Pluspetrol, con la consecuente inestabilidad política, económica y social que ello generaría.

§3. La publicación de las normas como *conditio iuris* de eficacia.

3. En la sentencia recaída en el Exp. N.º 014-2003-AI/TC, este Colegiado estableció que aún cuando la publicación forma parte de la eficacia integradora del procedimiento legislativo, la ley tiene la condición de tal (es decir, queda constituida) una vez que ha sido aprobada y sancionada por el Congreso de la República.

En efecto, tal como se desprende de una interpretación sistemática del artículo 51°, *in fine*, y del artículo 109° de la Constitución, la publicación determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la norma, pero no determina su constitución, pues ésta tiene lugar con la sanción del órgano que ejerce potestades legislativas.

4. Por lo tanto, los cuestionamientos que puedan surgir en torno a la publicación de una norma, no deben resolverse en clave validez o invalidez, sino de eficacia o ineficacia.

288



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia. Y sobre aquéllo que no ha cobrado vigencia, no es posible ejercer un juicio de validez en un proceso de inconstitucionalidad, pues no será posible expulsar del ordenamiento jurídico aquello que nunca perteneció a él. Ello, sin perjuicio del “control previo de constitucionalidad” susceptible de realizarse en algunos ordenamientos jurídicos comparados, como el francés por ejemplo, pero que no tiene cabida en nuestro medio.

5. Este razonamiento referido a la ley es, *mutatis mutandis*, aplicable también a las ordenanzas municipales, las cuales, conforme al inciso 3) del artículo 36° de la Ley N.° 23853 —Orgánica de Municipalidades— (vigente en el momento en que se expidió la Ordenanza), son dictadas, es decir, aprobadas y sancionadas, por el Concejo Municipal. A su vez, el artículo 112° de la misma ley establecía el deber de publicación de las ordenanzas municipales, precisando en su inciso 3) que en el caso de las ordenanzas expedidas por municipalidades ubicadas en circunscripciones que no sean capital de distrito judicial —tal como sucede con la Municipalidad Provincial de Pisco— la publicación se debía realizar “mediante bandos públicos y carteles impresos fijados en lugares visibles y en locales municipales, (...) de lo que dará fe la Autoridad Judicial respectiva”.

Consecuentemente, las ordenanzas municipales quedan constituidas tras su aprobación y sanción por parte del Concejo Municipal, pero carecen de eficacia y obligatoriedad mientras no sean publicadas. Por lo demás, el propio artículo 112° así lo disponía al establecer que “sin el requisito de publicidad las normas a que este artículo se refiere no son obligatorias.”

§4. La publicación de la Ordenanza Municipal N.° 006-2002-MPP.

6. Los demandantes, la Municipalidad demandada, y la empresa Pluspetrol, convienen en el hecho de que si bien la Ordenanza fue publicada mediante bandos públicos y carteles impresos fijados en lugares visibles, la autoridad judicial respectiva no dio fe de ello, tal como lo exigía el inciso 3) del artículo 112° de la Ley N.° 23853. Ello acarrea la responsabilidad de la Municipalidad Provincial de Pisco, por no cumplir cabalmente con lo previsto por la referida disposición de la Ley N.° 23853. Sin embargo, es necesario determinar si tal omisión permite concluir que la Ordenanza no se encuentra vigente y, por ende, que carece de eficacia.

A juicio de este Colegiado, la garantía de la publicidad formal de las ordenanzas municipales expedidas por las municipalidades situadas en circunscripciones que no son capital de distrito judicial, se perfecciona con la existencia de bandos públicos y carteles públicos fijados en lugares visibles y en locales municipales, sin que sea requisito esencial la certificación judicial para considerarlas publicadas. Lo que ocurre es que,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

dado que esta modalidad de publicidad carece de un método de probanza eficaz (a diferencia de lo que sucede con las normas publicadas en diarios de circulación nacional o local), el inciso 3) del 112° de la Ley N.º 23857, ha adicionado una garantía de “certificación de existencia”, otorgada por la autoridad judicial, garantía que no resulta indispensable si existe prueba contundente de su publicación o, más aún, si las partes del proceso coinciden en que la ordenanza fue, en efecto, publicada.

Adicionalmente, debe tenerse presente que, al no existir diarios de avisos judiciales en Pisco, se dio publicidad a la Ordenanza a través de otros medios de comunicación locales, según lo aceptaron las partes en la inspección realizada por este Colegiado el 7 de mayo del año en curso. Además, el Tribunal ha conocido que es costumbre de la Municipalidad Provincial de Pisco obviar la constatación judicial de los bandos y carteles, lo cual si bien no excluye la responsabilidad administrativa que genera dicha omisión, sí descarta la ausencia de dolo.

7. La existencia de los bandos públicos y carteles impresos fijados en lugares visibles y en locales municipales, no es materia de controversia en el presente caso, pues, tal como se ha referido, tanto demandantes como demandados convienen en que los bandos y carteles sí se colocaron oportunamente en el lugar debido, con lo cual se dio cumplimiento al propósito último que se persigue con la publicación de las normas, es decir, la protección de los principios democrático-constitucionales de transparencia y seguridad jurídicas. En este caso, a juicio del Tribunal Constitucional, la falta de certificación judicial de la publicación, ha quedado, en los hechos, subsanada.

§5. Competencia de los gobiernos locales en materia de zonificación.

8. De otra parte, los recurrentes alegan que la Municipalidad Provincial de Pisco se encontraba impedida de aprobar el cambio de uso del terreno a una calificación I4 (industria pesada contaminante), sin la previa aprobación del INRENA (Instituto Nacional de Recursos Naturales).
9. El artículo 194° de la Constitución establece que las municipalidades provinciales y distritales, “tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia”. Por su parte, el inciso 6) del artículo 195° estipula que los gobiernos locales son competentes para “planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial” (subrayado agregado). Finalmente, dichas disposiciones han merecido un desarrollo legislativo en materia ambiental. En efecto, el artículo 88° del Decreto Legislativo N.º 613 —Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales— establece: “La propiedad debe usarse de acuerdo con la zonificación establecida. Todo cambio de uso debe ser autorizado por el gobierno local correspondiente” (subrayado agregado).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10. Consecuentemente, queda meridianamente claro que los cambios de zonificación son competencia exclusiva de los gobiernos locales.

§6. Labor conjunta y organizada de los órganos competentes del Estado en la preservación de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la vida.

11. 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. 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.

12. Sin embargo, la participación de aquellos organismos estatales no tiene, necesariamente, que presentarse en cada una de las etapas del procedimiento previo a tal aprobación, sino en el momento en que así lo dispongan las atribuciones y obligaciones particulares de cada uno de estos entes públicos encargados de la preservación del medio ambiente.

13. Tal como se desprende de las recomendaciones adoptadas en la Quinta Conferencia RAMSAR (conferencias realizadas al amparo de la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 25353, y en cuya lista se encuentra la Reserva Nacional de Paracas), las zonas de amortiguamiento no son intangibles, puesto que es permitido que en ellas se realicen actividades, en la medida de que cuenten con el permiso previo otorgado por la autoridad competente, una vez realizada la evaluación del impacto ambiental que haya determinado que el proyecto propuesto, dentro de márgenes razonables, sea compatible con el mantenimiento de las características ecológicas de los humedales en cuestión.

14. Así pues, dado que la actividad a ser realizada por la empresa Pluspetrol, ocupa un área terrestre y otra marítima dentro de la zona de amortiguamiento de la Reserva Nacional de Paracas, corresponde determinar si los organismos estatales competentes, han otorgado su aprobación para la construcción tanto de la planta de fraccionamiento como del poliducto bajo el mar.

15. El Decreto Supremo N.° 046-93-EM, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, establece que el inicio de cualquier actividad de hidrocarburos, está condicionado a que el responsable del proyecto presente ante el Ministerio de Energía y Minas, un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), aprobado por una empresa registrada y calificada por la Dirección General de Asuntos Ambientales del referido Ministerio. Adicionalmente, el Decreto Supremo N.°



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

038-2001-AG, que aprueba el Reglamento de la Ley de Areas Naturales Protegidas, establece que el EIA de aquellas actividades a desarrollarse en las zonas de amortiguamiento de un área natural protegida, debe contar con la opinión técnica favorable del INRENA. Finalmente, debe tenerse presente que de conformidad con lo establecido por el artículo 1° del Decreto Ley N.° 17824 —Ley de Creación del Cuerpo de Capitanías y Guardacostas—; el artículo 16° del Decreto Legislativo N.° 438 —Ley Orgánica de la Marina de Guerra del Perú—; y los artículos 2° y 6°.d de la Ley N.° 26620 —Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres—; corresponde a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, en su calidad de Autoridad Marítima, controlar y proteger el medio ambiente acuático.

16. Pluspetrol ha acreditado que presentó el EIA, elaborado por la empresa Environmetal Resources Management (ERM) Perú S.A., a las respectivas autoridades competentes. Es así que con fecha 9 de julio de 2003, el INRENA emite la Opinión Técnica N.° 108-03-INRENA-OGATEIRN-UGAT, mediante la cual establece que el componente de “Terminal de Carga y Alternativa Cañería Submarina (Off-Shore) del EIA del Proyecto Planta de Fraccionamiento de LGN e Instalaciones de Carga y Alternativa Cañería y Alternativa Cañería Submarina” en Playa Lobería, Pisco, Ica, Perú, resultaría ambientalmente viable, en tanto se tomen en cuenta las medidas preventivas previstas en los numerales A a O del punto V de la Opinión Técnica, entre las que destaca: cumplir los compromisos asumidos en el EIA y su documentación complementaria; la implementación de un Plan de Vigilancia, Seguimiento y Alerta Temprana, conducido por el INRENA, con la participación de la sociedad civil y financiado íntegramente por Pluspetrol, con el objeto de monitorear la construcción y las operaciones realizadas en área terrestre y marítima de la zona de amortiguamiento de la Reserva Nacional de Paracas; entre otros. En tal sentido, queda acreditado que el INRENA autorizó que la planta de fraccionamiento se sitúe entre los kilómetros 13.4 y 15 de la carretera Pisco-Paracas, zona eriaza y desértica, en la que prácticamente no existen construcciones.
17. De otro lado, con fecha 11 de julio de 2003, la Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Energía y Minas, expide la Resolución Directoral N.° 284-2003-EM/DGAA, mediante la cual se aprueba el EIA del Proyecto Planta de Fraccionamiento de LGN e Instalaciones de Carga y Alternativa Cañería Submarina en Playa Lobería, estableciéndose, además, la importancia de ejecutar un programa de monitoreo que permita controlar los impactos ambientales y tomar las medidas de prevención en forma oportuna, con la participación del OSINERG, INRENA y las autoridades locales.
18. Asimismo, con fecha 5 de enero de 2004, el Ministerio de Defensa, emite la Resolución Suprema N.° 003-2004-DE-MGP, mediante la cual resuelve “otorgar a la empresa PLUSPETROL PERU CORPORATION S.A., el derecho de uso de área acuática de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DIEZ MIL OCHENTA Y UNO CON 73/100 METROS CUADRADOS (10,081.73 m²) para la instalación de UNA (1) Plataforma de Carga, para permitir el embarco de gas proveniente de la zona de Camisea; infraestructura a situarse a la altura del Kilómetro 14 de la carretera Pisco-Paracas, distrito de Paracas, provincia de Pisco”, estableciéndose en el artículo 6° de la resolución que “la empresa PLUSPETROL PERU CORPORATION S.A., está obligada al estricto cumplimiento de las normas referentes a la protección del medio ambiente, la seguridad y salud de la vida humana, preservación de los recursos naturales, mantenimiento, ornato y presentación de la instalación acuática, aceptar las inspecciones ambientales que permitan verificar el cumplimiento de los compromisos ambientales establecidos en su programa de manejo ambiental, y de otras disposiciones que establezca la Autoridad Marítima, conforme al artículo B-010112 del Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres.”

19. Así pues, las entidades estatales especializadas, han concluido que la construcción de la planta de fraccionamiento y el poliducto que trasladará el gas, no amenazan el medio ambiente, ni constituyen un riesgo para la Reserva Nacional de Paracas, en la medida en que su funcionamiento se encuentre sometido a un estricto plan de monitoreo permanente, financiado por la empresa Pluspetrol, y en el que participen el INRENA, OSINERG, las autoridades locales, y la autoridad marítima respectiva del Ministerio de Defensa.
20. Las conclusiones a las que arribaron las entidades especializadas, en modo alguno han sido desvirtuadas por los demandantes, y en virtud a ellas la empresa Pluspetrol inició trabajos y realizó importantes inversiones en el territorio nacional, los cuales —según es de público conocimiento— están próximos a finalizar, llegando el gas desde la selva hasta la costa peruanas, tanto para consumo interno como para exportación.
21. En conclusión, este Colegiado considera que sería atentatorio de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, otorgar preeminencia a una supuesta amenaza al medio ambiente, a todas luces incierta (pues la descarta la autoridad especializada) frente a los beneficios ciertos, tanto a nivel social como económico, que depara para toda la ciudadanía, la ejecución de las obras del proyecto de Camisea.
22. No obstante lo expuesto, este Colegiado comparte el interés de los demandantes en que la Reserva Natural de Paracas se encuentre debidamente protegida frente a la construcción y el inicio de operaciones de la planta de fraccionamiento de la empresa Pluspetrol.

Por tal motivo, resulta de vital importancia la labor que deberán realizar los representantes del Plan de Vigilancia, Seguimiento y Alerta Temprana (al que se ha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

hecho alusión en el fundamento 16, *supra*), encargados de supervisar que la empresa Pluspetrol, cumpla de forma estricta y en un tiempo razonable, con todas las medidas previstas en la Opinión Técnica N.º 108-03-INRENA-OGATEIRN-UGAT, de fecha 9 de julio de 2003, debiendo adoptarse las medidas administrativas y punitivas que fuere menester, en caso de que se acredite una amenaza cierta e inminente, o un caso concreto de afectación al medio ambiente, por vía de la ejecución de obras o de la explotación empresarial, realizadas en la zona de amortiguamiento de la Reserva Nacional de Paracas.

FALLO

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política le confiere,

Ha resuelto

Declarar **INFUNDADA** la acción de inconstitucionalidad de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Lo que certifico:

D^a. Daniel Figallo Rivadeneira
SECRETARIO RELATOR (e)