

Directores  
Luis Castillo Córdova  
Pedro P. Grández Castro

CUADERNOS SOBRE  
**Jurisprudencia  
constitucional**  
Análisis - Debate - Crítica



sep - 2011

ISSN 2519-7630

# IGUALDAD, DERECHOS SOCIALES Y CONTROL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Escriben:

Mónica Liliana Barriga Pérez  
Luis Castillo Córdova  
Alberto Cruces Burga  
Erika García Cobián Castro  
Pedro P. Grández Castro  
Lily Ku Yanasupo  
Felipe Johan León Florián  
Alí V. Lozada Prado  
Susana Mosquera Monelos  
Liliana Salomé Resurrección  
Jose Miguel Rojas Bernal

Juan Manuel Sosa Sacio  
(Coordinador)



Nº 12 - Set. 2017

# IGUALDAD, DERECHOS SOCIALES Y CONTROL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Escriben:

Mónica Liliana Barriga Pérez

Luis Castillo Córdova

Alberto Cruces Burga

Erika García Cobián Castro

Pedro P. Grández Castro

Lily Ku Yanasupo

Felipe Johan León Florián

Alí V. Lozada Prado

Susana Mosquera Monelos

Liliana Salomé Resurrección

Jose Miguel Rojas Bernal

Juan Manuel Sosa Sacio

(Coordinador)



LIMA - 2017



CUADERNOS SOBRE  
**jurisprudencia  
constitucional**  
Análisis - Debate - Crítica

**Directores**

LUIS CASTILLO CÓRDOVA | PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO

**Consejo Editorial**

HUGO SAÚL RAMÍREZ GARCÍA

Universidad Panamericana de México

FERNANDO TOLLER

Universidad Austral (Argentina)

FCO. JAVIER DÍAZ REVORIO

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

INGO SARLET

Pontificia Universidad Católica de Río Grande Do Sul (Brasil)

NÚMERO 12 - *Primera edición, septiembre de 2017*

IGUALDAD, DERECHOS SOCIALES Y CONTROL DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

© Copyright: PALESTRA EDITORES SAC

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Telfs.: (511) 6378902 / 6378903

palestra@palestraeditores.com | www.palestraeditores.com

*Impresión y encuadernación:*

GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.

Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos

Septiembre, 2017

*Diagramación:*

Gabriela Zabarburú Gamarra

**HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2016-17383**

ISSN: 2519-7630

Tiraje: 1000 ejemplares

*Impreso en el Perú Printed in Peru*

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN CUALQUIER TIPO DE SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

# Contenido

Presentación.....	7
¿Qué problema hay con los derechos sociales? Breve nota sobre la justiciabilidad de las prestaciones fundamentales .....	9
ALÍ V. LOZADA PRADO	
¿Son justiciables los derechos sociales? La posición del Tribunal Constitucional peruano.....	17
FELIPE JOHAN LEÓN FLORIÁN	
Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir .....	63
JUAN MANUEL SOSA SACIO	
Sobre la garantía constitucional de los bienes comunes fundamentales: el caso del medioambiente y el régimen especial de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva del OEFA.....	93
PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO	
Derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario .....	123
LUIS CASTILLO CÓRDOVA	

Discriminación estructural.	
Aproximación al concepto y estándares en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	147
LILIANA SALOMÉ RESURRECCIÓN	
La inclusión social como elemento del derecho a la igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	175
SUSANA MOSQUERA MONELOS	
Los ajustes razonables y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	203
ALBERTO CRUCES BURGA	
Nuestro incipiente “activismo dialógico”: las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional .....	221
JOSE MIGUEL ROJAS BERNAL	
Estados de cosas inconstitucionales.	
Análisis y balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	241
MÓNICA LILIANA BARRIGA PÉREZ	
El control constitucional del proceso legislativo y el modelo semiprocedimental. El intento de promover parlamentos más deliberativos desde el ámbito judicial .....	257
LILY KU YANASUPO	
Los derechos fundamentales y, en especial, los derechos sociales frente a las razones presupuestarias: argumentos para fortalecer su garantía y eficacia en la jurisdicción constitucional en el Perú. ....	277
ERIKA GARCÍA COBIÁN CASTRO	
Los autores .....	297

# Sobre la garantía constitucional de los bienes comunes fundamentales: el caso del medioambiente y el régimen especial de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva del OEFA

*Pedro P. Grández Castro*

## **Resumen:**

A propósito de la incorporación del artículo 20-A a la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, y de su inmediata aplicación a procesos en curso, el autor sostiene que estas intervenciones legislativas no suponen en ningún caso violaciones a los derechos de las empresas a las que se les viene siguiendo procesos administrativos por infracción a las normas ambientales, sino por lo contrario, corresponden a las exigencias constitucionales de una adecuada protección al medioambiente y refuerzan la necesaria eficacia de control y fiscalización a cargo de la OEFA.

El trabajo concluye proponiendo la necesidad de repensar las garantías para la protección de los bienes comunes fundamentales como son el agua, el aire o, el medio ambiente.

## **Palabras clave:**

Proporcionalidad; OEFA; medioambiente; derechos de las empresas; fiscalización; bienes comunes fundamentales; protección del medio ambiente..

## **Abstract:**

*Cocerning the incorporation of the article 20-A to the Law 29325, of the National System of Environmental Evaluation and Auditing, and its immediate application to on-*

### DATOS DEL ARTÍCULO:

RECEPCIÓN: 10 DE JULIO DE 2017 || APROBACIÓN: 15 DE JULIO DE 2017

CUADERNOS SOBRE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL - N° 12 - SEPTIEMBRE 2017

PÁGS. 93 -121

*going processes, the author demonstrates that this legislatives interventions don't constitute, under no circumstances, violations to the rights of the companies that are going through administrative processes in atention of infraction of environmental rules. In the opposite sense, those legislatives interventions are in line with the constitucional demands of an adequate protection of the environment, and reforce the necessary effectiveness of the control and monitoring in charge of the OEFA.*

**Keywords:**

*Proportionality, OEFA, environment, companies rights, auditing*

**Sumario:**

I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONTEXTO: SOBRE LA NECESIDAD FORTALECER LAS ACCIONES DEL OEFA.- III. REFORMULACIÓN DE LAS RESPUESTAS LEGALES.- IV. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SUSPENSIÓN DE LAS MEDIDAS DE SANCIÓN ESTABLECIDAS POR EL OEFA 4.1. Premisa conceptual 4.2. La obligación de respetar y garantizar los derechos 4.3. La obligación de remediación ambiental 4.4. El régimen especial de ejecución coactiva del OEFA para la recaudación de multas por infracciones ambientales.- V. SOBRE LA APLICACIÓN INMEDIATA DEL RÉGIMEN ESPECIAL 5.1. Proporcionalidad del régimen especial de suspensión y su aplicación inmediata.- VI. COLOFÓN: LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS BIENES FUNDAMENTALES Y ALGUNAS OTRAS CONCLUSIONES



## I. INTRODUCCIÓN

**E**l propósito de este trabajo es muy puntual. Se trata de presentar argumentos que permitan sostener que la incorporación del artículo 20-A a la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, así como su inmediata aplicación a procesos en trámite, establecido mediante la Primera Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 30321 no suponen en ningún caso afectaciones o violaciones de derechos de las empresas a las que se les viene siguiendo procesos administrativos por infracción a las normas ambientales. Al contrario, estas intervenciones del legislador se corresponden con las exigencias constitucionales de una adecuada protección del medioambiente, las cuencas hidrográficas y, en general, refuerzan la necesaria eficacia de las medidas de control y fiscalización que corresponde de acuerdo a Ley, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

En este sentido, mis argumentos serán presentados en tres momentos. (i) En primer lugar, debemos contextualizar los hechos, en la medida que sólo así será posible comprender los problemas que trata de solucionar el sistema legal al que nos referiremos en seguida. (ii) Estos cambios legislativos que serán presentados en forma cronológica permitirán poner en evidencia que el Estado ha respondido al seguimiento de las acciones emprendidas por el OEFA, las mismas que se han visto seriamente disminuidas debido al proceder de las empresas fiscalizadas. (iii) Finalmente, en un tercer momento, debemos centrarnos en el análisis de estos cambios normativos que han llevado a la creación de un régimen

especial que deja en manos de jueces y no de abogados, como ocurre con el régimen general, el control de las decisiones de la administración.

Como colofón, estos cambios normativos, muestran un caso que puede servirnos de modelo para reflexionar sobre la relevancia de la protección constitucional de algunos *bienes comunes<sup>1</sup> fundamentales*, como es el caso del medio ambiente, el agua, el aire o los recursos naturales no renovables.

## II. EL CONTEXTO: SOBRE LA NECESIDAD FORTALECER LAS ACCIONES DEL OEFA

En los últimos tiempos, las actividades extractivas, generalmente a cargo de grandes corporaciones privadas, han generado y mantenido una constante tensión entre protección del medioambiente y aprovechamiento responsable de los recursos del subsuelo. Se necesitan los recursos que producen estas actividades<sup>2</sup>, pero al mismo tiempo, la presencia de operaciones a gran escala que producen estas empresas en las zonas de extracción es motivo de conflicto y perturbación en la vida cotidiana de las comunidades y poblaciones que no estaban acostumbrados a este tipo de impactos en su hábitat<sup>3</sup>.

El problema es aún mayor si se toma en cuenta que las actividades extractivas impactan de modo inevitable en otro de los bienes valiosos para todos, como son las cuencas de los ríos y el ambiente en general. Solo en los últimos años, tras la creación de una institución encargada de la fiscalización, monitoreo y control de estos impactos a nivel nacional, como es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), se han podido establecer de manera seria algunos registros básicos que permiten apreciar la dimensión de esta problemática. Conforme a un índice elaborado a partir de estos reportes, puede apreciarse que un considerable número de empresas que tienen concesiones y operan de manera formal en operaciones de extracción incumplen las

<sup>1</sup> Sobre el concepto de bien común, y su impacto en el debate contemporáneo, véase, Elinor Ostrom, *El gobierno de los bienes comunes*, traducción de Leticia Merino, FCE, Segunda reimpresión, México, 2015

<sup>2</sup> Según los reportes de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, solo en el ámbito de la explotación de yacimientos de petróleo entre 1991 hasta el año 2014, se habrían transferido al fisco S/.12,395 millones de Nuevos Soles. Mientras que por concepto de canon gasífero el monto ascendería a S/.12,964 millones de Nuevos Soles producto de las transferencias realizadas desde el 2004 (año desde que comenzó a operar el Lote 88 del proyecto Camisea) hasta el 2014. Cfr. SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA, PETRÓLEO Y ENERGÍA, *Reporte Canon Gasífero 2014*, disponible en <<http://www.snmpe.org.pe/informes-y-publicaciones-snmpe/canon/cuadros-estadisticos/reporte-canon-gas%C3%ADfero-2014.html>> (visita 05 de noviembre de 2015).

<sup>3</sup> En el reporte sobre pasivos ambientales de la Defensoría del Pueblo del año 2015, (informe N° 171) se da cuenta de más de dos mil reclamaciones presentadas por poblaciones afectadas por actividades extractivas, solo entre el 2011 al 2014.

normas básicas y exceden de manera reiterada los límites máximos permitidos (LMP) en materia de protección ambiental<sup>4</sup>.

EMPRESAS EXTRACTORAS MÁS SANCIONADAS	SANCIONES CONFIRMADAS
Volcan Compañía Minera S.A.A.	34
Pluspetrol Norte S.A.	15
Cía. Minera Ares S.A.C	14
Doe Run Perú S.R.L.	11
PETROPERÚ S.A.	11
Cía. Minera Santa Luisa S.A.	11
Empresa Minera Los Quenuales S.A.	10
Cía. de Minas Buenaventura S.A.A.	9
Southern Perú Cooper Corporation Perú	9
Perubar S.A.	7

TIPOS DE INFRACCIONES	Total
Incumplimiento de Límites Máximos Permisibles en efluentes	61
Incumplir normas de protección ambiental	35
Incumplimiento del Instrumento de Gestión Ambiental - Estudio Ambiental	30
No brindar información, presentar información inexacta o fuera del plazo	18
Incumplimiento de recomendación, mandato o disposición administrativa	15
Incumplimiento de normas de residuos sólidos	5
No contar con instrumentos de Gestión Ambiental - Estudio Ambiental	4
Obstaculizar o impedir labores de supervisión y/o fiscalización	1

<sup>4</sup> Un buen resumen de esta problemática puede verse en el portal informativo de: <<http://utero.pe/2015/01/30/exclusivo-las-mineras-mas-multadas-por-contaminar-son-las-que-quieren-debilitar-al-oefa/>>.

En este reporte, una de las empresas que ha sido más veces emplazada y sancionada por el OEFA es nada menos que Pluspetrol Norte por sus actividades en el norte de Loreto. Según un informe de una Comisión del Congreso de la República:

“(...) Pluspetrol Norte S.A no solo ha incumplido con los Planes Ambientales Complementarios (PAC) de los Lotes 1-AB y 8, sino que mediante acciones legales ha neutralizado en un caso y judicializado en el otro los actos administrativos de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE) del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), paralizando de esta manera las actividades de mitigación y remediación en curso e imposibilitando la ejecución de los Planes de Cese respectivos. Asimismo, la empresa no reconoce su responsabilidad en la mitigación y remediación del conjunto de sitios impactados identificados por los monitores ambientales de las comunidades y federaciones indígenas en el lote 1-AB ‘por no encontrarse dentro de los instrumentos de gestión ambiental que la empresa tiene comprometidos’.

La magnitud del impacto ambiental y social acumulado ha tenido como contraparte la presentación de las demandas de las federaciones indígenas representativas de las comunidades afectadas y la respuesta del gobierno, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), para constituir en junio del 2012 una Comisión Multisectorial que canalice la atención de los problemas de contaminación del ambiente, en particular del agua de consumo humano que afecta la alimentación cotidiana y la salud de las comunidades. La incertidumbre frente a la implementación de la consulta previa en el lote 192 así como en nuevos lotes de hidrocarburos ha generado una gran preocupación en las comunidades respecto a la conservación y protección de sus territorios.” (...)

Esta Comisión Parlamentaria estableció como una de sus conclusiones:

“Conclusiones.- OEFA no solo evidenció la contaminación por Hidrocarburos Totales de Petróleo en Shanshocochea y verificó la mezcla de suelo contaminado con suelo nativo en Los Jardines y Jibarito en el lote 1AB, sino que halló contaminación por hidrocarburos en la zona de Yanayacu en el lote 8. Sin embargo, lo más destacado de la labor de fiscalización del OEFA es que evidenció que la empresa no había cumplido con los plazos del PAC (Plan Ambiental Complementario) en el lote 8 y la multó con 8,047.41 UIT. Asimismo, OEFA ha decidido multar a Pluspetrol Norte S.A. por no realizar programas regulares de inspección, no remitir información, no realizar trabajos de remediación, superar el nivel objetivo del bario, no instalar

válvulas de bloqueo en el oleoducto, y ser responsable de varios derrames entre el 2009 y el 2011<sup>5</sup>.

No obstante, estos reportes son más bien recientes. La ausencia de una entidad como el OEFA, con capacidad para desarrollar acciones de fiscalización y control de las actividades que impactan de manera negativa en el medioambiente, ha llevado a que los informes oficiales den cuenta de cifras alarmantes de infracciones al medioambiente en los que ni siquiera han sido identificados los responsables. Así, en el último informe de la Defensoría del Pueblo sobre pasivos ambientales se puede leer lo siguiente:

“Resulta escandaloso que solo el 12% de los responsables de los pasivos ambientales (1,001 de 8,616) hayan sido identificados. En los 7,615 restantes se requiere que la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas intensifique sus labores de búsqueda. También falta asegurar que todos los pasivos ambientales cuenten con planes de cierre, pues actualmente solo el 25% cuenta con ellos.”<sup>6</sup>

También este mismo informe de la Defensoría del Pueblo, luego de documentar las graves afectaciones que han producido estas actividades en el medioambiente, ha recomendado en sus conclusiones finales, con relación al OEFA, la necesidad de intensificar las acciones de fiscalización y control y, por otro lado, el informe insta a ejercer su potestad de sanción en materia de control de los pasivos ambientales<sup>7</sup>.

Desde luego, estamos ante un panorama en el que el Estado solo muy recientemente ha iniciado acciones de control efectivo y pese a la gravedad de las infracciones que se están documentando, existe una suerte de “costumbre” que las empresas al parecer no están dispuestas a cambiar.

<sup>5</sup> COMISIÓN DE PUEBLOS ANDINOS, AMAZÓNICOS, AFROPERUANOS, AMBIENTE Y ECOLOGÍA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Informe Final sobre la situación indígena de las Cuencas de los Ríos Tigre, Pastaza, Corrientes y Marañón*. Período legislativo 2012-2013.

<sup>6</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *¡Un llamado a la remediación! Avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambientales mineros e hidrocarburíferos*; Informe Defensorial N° 171, Lima, 2015, p. 6.

<sup>7</sup> Cfr. INFORME DEFENSORIAL N° 171, Conclusiones: “15. INTENSIFICAR las acciones de supervisión y fiscalización en los 36 planes de cierre aprobados, a fin de verificar el cumplimiento de los plazos establecidos en los mismos y las demás obligaciones ambientales fiscalizables e iniciar los procedimientos administrativos sancionadores que correspondan.

16. EJERCER su potestad sancionadora respecto del incumplimiento de la presentación de informes semestrales de los planes de cierre que no han cumplido esta obligación en algún periodo”.

### III. REFORMULACIÓN DE LAS RESPUESTAS LEGALES

Frente al panorama descrito, las reformas normativas producidas recientemente muestran la necesidad de actuar en diversos frentes a efectos de remediar de alguna manera todo lo que durante muchos años el Estado no había hecho para proteger al medioambiente. Uno de estos frentes está orientado a restablecer la capacidad de coerción de las entidades encargadas de fiscalizar, como es el caso del OEFA. Era evidente que la capacidad de respuesta legal de las empresas había paralizado las acciones de fiscalización y control por parte del Estado, lo que llevó al propio Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, a sustentar un proyecto de Ley para limitar el uso indiscriminado de recursos de impugnación que se venían usando con el único propósito de interferir o posponer, hasta hacerlas inservibles, las acciones de control y fiscalización de parte del Estado. En aquella ocasión, la Corte Suprema argumentó:

“(...) en la actualidad, respecto a la impugnación judicial de las actuaciones del procedimiento de ejecución coactiva [...] se ha detectado una multiplicidad de casos donde se usa este mecanismo con el sólo objetivo de paralizar las ejecuciones coactivas, pese a que los impugnantes saben del poco o nulo éxito que tendrán con la interposición de esas demandas.

(...) también es necesario tener en cuenta que (los sujetos inmersos en un procedimiento administrativo) *no pueden hacer uso de mecanismos legales vigentes en forma abusiva, con el solo objeto de beneficiarse con los defectos de la Ley o en la demora en la resolución de esos conflictos, lo que conlleva a afectar no solamente la actividad de la administración, sino esencialmente los intereses públicos como son la seguridad, el orden público, el derecho a vivir en un ambiente sano, la protección de la integridad de los menores de edad, la salud, etc.*”<sup>8</sup>

Otro tanto ha venido ocurriendo en el ámbito de actuación de la propia administración. Como es sabido, antes de la aprobación del Artículo 20-A de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, incorporado por la Ley N.º 30011<sup>9</sup>, el OEFA se encontraba sujeto al régimen general previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 26979 - Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva. Este régimen establece que *la sola presentación de una*

<sup>8</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que modifica el Artículo 23 del Decreto Supremo N.º 018-2008-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N.º 26979 - Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva y el Artículo 11 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, presentado por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, el 18 de setiembre del 2012, p. 3.

<sup>9</sup> Ley N.º 30 011 - Ley que modifica la Ley 29 325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 26 de abril del 2013.

*demandas de revisión judicial o contencioso administrativa genera la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva hasta que el juez emita pronunciamiento<sup>10</sup>.*

Se trataba de un modelo discutible para cualquier régimen de protección del interés general, sobre todo si en tal concepto amplio incluimos los derechos fundamentales y sus exigencias frente al Estado. Esto porque con la sola presentación de una demanda ante las instancias judiciales se termina por anular los efectos de la actuación de la administración en una suerte de presunción contra su actuación, logrando así neutralizar el poder sancionatorio, desvirtuando con un solo escrito, sin una mínima calificación judicial, todo el procedimiento administrativo de sanción. Si se piensa que estos poderes son debidos y su actuación responde, precisamente, a la necesidad de garantía del interés público, y se sustenta en la aplicación estricta del principio de legalidad, puede comprenderse fácilmente que estamos confundiendo los roles y se ha optado por un modelo que disminuye por completo el rol garante de las instituciones del Estado.

No es difícil imaginar, por otro lado, que asistimos de nuevo en este escenario a la confusión a la que aludíamos al inicio, entre derechos de libertad y derechos-poderes de autonomía. El poder de los privados, bajo forma de

---

<sup>10</sup> Texto Único Ordenado de la Ley N.º 26 979 - Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 018-2008-JUS, publicado el 6 de diciembre del 2008.-

Artículo 16.- Suspensión del procedimiento.

16.1 Ninguna autoridad administrativa o política podrá suspender el Procedimiento, con excepción del ejecutor que deberá hacerlo, bajo responsabilidad, cuando:

(...)

e) Se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión o demanda contencioso administrativa presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, o contra el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el artículo 18, numeral 18.3, de la presente Ley.

Artículo 23.- Revisión judicial del procedimiento.

El procedimiento de ejecución coactiva puede ser sometido a un proceso que tenga por objeto exclusivamente la revisión judicial de la legalidad y cumplimiento de las normas previstas para su iniciación y trámite para efectos de lo cual resultan de aplicación las disposiciones que se detallan a continuación:

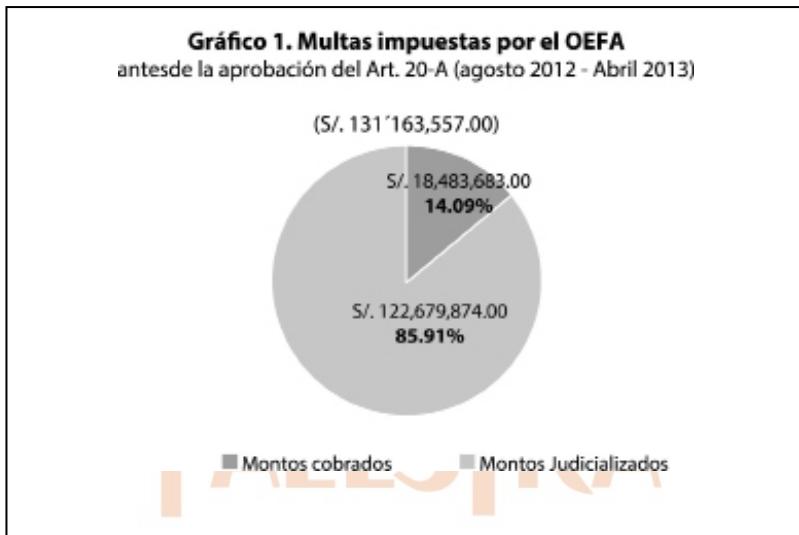
(...)

23.3 La sola presentación de la demanda de revisión judicial suspenderá automáticamente la tramitación del procedimiento de ejecución coactiva hasta la emisión del correspondiente pronunciamiento de la Corte Superior, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 16, numeral 16.5 de la presente Ley.

(...)

derechos, ha logrado de nuevo socavar el rol del Estado a quien corresponde hacer cumplir la ley frente a todos. Bajo este esquema, el Estado de Derecho entendido como la vigencia de la Ley es neutralizado con un simple escrito de abogado que ni siquiera ha sido admitido por el Juez.

Conforme ha reportado la Oficina de Administración del OEFA<sup>11</sup>, la aplicación indebida del régimen general ocasionó que el cobro del 85.9% del monto total de las multas impuestas por dicha institución se encontrara suspendido por la sola interposición de demandas de revisión judicial y/o contencioso administrativas, conforme se advierte del siguiente gráfico:



Elaboración propia. Fuente: OEFA

Si se toma en cuenta que el grueso de estas medidas son ratificadas en sede judicial, luego de un largo proceso, se puede concluir que estos recursos se usan con la sola intención de desvirtuar la actuación de la administración e interferir en sus funciones de control y fiscalización.

Ante tal panorama, mediante Ley N.º 30011 se incorporó el artículo 20-A en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA, Ley N° 29 325), mediante el cual se crea un régimen especial para la ejecución de las sanciones establecidas en el marco de las funciones del OEFA:

<sup>11</sup> Cfr. Informe sobre cobro de multas emitido por el Área de Proyectos normativos e investigación jurídica, setiembre de 2015.

### Artículo 20-A.- Ejecutoriedad de las resoluciones del OEFA

*La sola presentación de una demanda contencioso-administrativa, de amparo u otra, no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).*

Sin perjuicio de los requisitos y demás regulaciones establecidas en el Código Procesal Civil en materia de medidas cautelares, cuando el administrado, en cualquier tipo de proceso judicial, solicite una medida cautelar que tenga por objeto suspender o dejar sin efecto las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas, incluso aquellas dictadas dentro del procedimiento de ejecución coactiva o que tengan por objeto limitar cualquiera de las facultades del OEFA previstas en la presente Ley y normas complementarias, son de aplicación las siguientes reglas:

- a) Para admitir a trámite las medidas cautelares, los administrados deben cumplir con presentar una contracaute la de naturaleza personal o real. *En ningún caso el juez puede aceptar como contracaute la caución juratoria.*
- b) Si se ofrece contracaute la de naturaleza personal, esta debe consistir en una carta fianza bancaria o financiera a nombre del OEFA, de carácter irrevocable, incondicional, de ejecución inmediata y sin beneficio de excusión, otorgada por una entidad de primer orden supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
- c) Dicha garantía debe tener una vigencia de doce meses renovables y ser emitida por el importe de la deuda derivada del acto administrativo cuyos efectos se pretende suspender o dejar sin efecto, actualizada a la fecha de solicitud de la medida cautelar.
- d) La carta fianza debe ser renovada y actualizada, en tanto se mantenga vigente la medida cautelar, dentro de los veinte días hábiles previos a su vencimiento, de acuerdo al monto de la deuda acumulada a la fecha de su renovación. En caso de que no se renueve la carta fianza o no se actualice su importe en el plazo antes indicado, el juez procede a su ejecución inmediata.
- e) Si se ofrece contracaute real, esta debe ser de primer rango y cubrir el íntegro del importe de la deuda derivada del acto administrativo cuyos efectos se pretende suspender o dejar sin efecto, actualizada a la fecha de solicitud de la medida cautelar.
- f) El OEFA se encuentra facultado para solicitar a la autoridad judicial que se varíe la contracaute la, en caso de que esta haya devenido en insuficiente con relación al monto concedido por la generación de intereses. El juez debe disponer que el solicitante cumpla con la adecuación de la contracaute ofrecida.

- g) En aquellos casos en los que se someta a revisión del órgano judicial competente la legalidad y el cumplimiento de las normas previstas para el inicio y trámite del procedimiento de ejecución coactiva *mediante demanda de revisión judicial* regulada en la Ley 26 979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, la ejecución coactiva solo es suspendida si el cumplimiento de la obligación es garantizado mediante contracautela, la que debe cumplir con iguales requisitos a los señalados en los incisos precedentes.

Si bien puede afirmarse que la incorporación de este régimen especial pretende impedir que las acciones de fiscalización del OEFA puedan ser dejadas sin efecto con la sola presentación de acciones judiciales<sup>12</sup>, también es fundamental comprender, conforme desarrollaremos más adelante, que estamos ante actuación de fiscalización que ha concluido con el establecimiento de infracciones a las normas de protección ambiental. De modo que lo que está en el fondo del debate no es solo un problema de eficacia de decisiones de la administración, sino el respeto y eficacia de la Ley por parte de las empresas que vienen haciendo un ejercicio abusivo de los derechos procesales y judiciales.

Finalmente y, lo que interesa a los fines de este trabajo, mediante Ley 30321 del 07 de mayo de 2015, se crea un “fondo de contingencia para la remediación ambiental”, estableciéndose en su Primera Disposición Complementaria y Final:

#### PRIMERA. Ejecutoriedad de las resoluciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

*El artículo 20-A de la Ley 29 325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, incorporado mediante la Ley 30 011, es aplicable a todos los procesos judiciales que a la fecha se encuentren en trámite, en los que se haya impugnado una resolución de sanción de multa del OEFA.*

En aplicación de lo establecido en el párrafo anterior *si el administrado obligado al pago de la multa no acredita el otorgamiento de una medida cautelar*, en los términos previstos en el artículo 20-A de la Ley 29 325, incorporado mediante la Ley 30011, *el OEFA reinicia el procedimiento de ejecución coactiva correspondiente.*

A continuación nos centramos en el análisis de la legitimidad constitucional de estos cambios normativos. Nuestra argumentación se desarrollará en dos momentos: en primer lugar, para defender la validez constitucional del régimen especial incorporado en el artículo 20-A de la Ley del SINEFA y, en segundo lugar, para establecer que su aplicación inmediata no solo resulta

<sup>12</sup> Cfr. MORA PANIAGUA, Carol, “Fiscalización ambiental en el Perú: sobre el incremento de las multas y la ejecutoriedad de las decisiones del OEFA”, en SPDA, Serie de Política y Derecho Ambiental, N° 28, p. 7.

constitucionalmente válida, sino que representa una política irrenunciable por parte del Estado para hacer frente de forma inmediata a los problemas de remediación ambiental producto de las afectaciones que ya se han producido por la acción de las empresas extractoras en lugares plenamente localizados del País.

#### **IV. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SUSPENSIÓN DE LAS MEDIDAS DE SANCIÓN ESTABLECIDAS POR EL OEFA**

##### **4.1. Premisa conceptual**

Conviene empezar nuestros argumentos estableciendo un adecuado orden de jerarquía entre derechos y poderes; entre los derechos que son de todos y los poderes de autonomía que legítimamente invocan los agentes económicos del mercado en su interacción con el Estado. Esta interacción no siempre permite marcar con claridad la línea que separa lo que son auténticos derechos fundamentales vinculados con la dignidad humana o con los bienes más valiosos para todos como el medioambiente y recursos de la naturaleza, de lo que pueden ser más bien prerrogativas o facultades que pueden también tener reconocimiento constitucional pero que no alcanzan la condición de derechos fundamentales. Lamentablemente, una falta de técnica constitucional adecuada ha llevado en el contexto peruano a constantes confusiones entre derechos humanos y derechos constitucionales<sup>13</sup>.

En esta dirección, conviene recordar que la idea básica sobre la que se ha construido el Estado de Derecho es la necesidad de limitar el poder y salvaguardar los derechos. La limitación del poder por el derecho es una idea que debe ahora ampliarse, no solo al poder público, sino también al poder del mercado y las amenazas que puede representar, en determinadas circunstancias, para los derechos fundamentales de todos. Como suele afirmarse, muchas veces, la efectividad de los derechos pasa hoy en día por que el poder del Estado sea capaz de imponerse frente a los poderes de las empresas y de las corporaciones privadas que, en muchos casos, son hoy una amenaza incluso mayor que el propio Estado.

Esta es una premisa que no siempre resulta clara a la hora de establecer políticas públicas o, incluso, llegado el caso, a la hora de resolver conflictos entre derechos fundamentales y poderes o inmunidades que suelen reclamar los actores del mercado y que suelen confundirse con invocaciones a derechos. Como ha escrito Ferrajoli, cuestionando esta confusión entre derechos de libertad y de autonomía, mientras los derechos de libertad son libertades

---

<sup>13</sup> Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría*, 3<sup>a</sup> edición Lima, Palestra Editores, 2007.

negativas, oponibles frente a todos en la medida que se trata de derechos universales, los derechos de autonomía en cambio “son libertades positivas, consistentes en *potestates agendi*, es decir, en la potestad de autodeterminarse, directamente en la esfera del mercado e indirectamente en la esfera pública de la política, mediante actos de autodeterminación”<sup>14</sup>.

De este modo, a diferencia de los derechos de libertad, los derechos-poderes, en cuanto tales, deben estar, en el Estado constitucional de derecho, que no admite *zonas exentas de control* o poderes *legibus soluti*, sujetos a los vínculos que establecen los derechos de libertad y nunca homologados o, peor aún, sometidos a éstos. Esta falta de comprensión de la real dimensión de los derechos, o más aun, esta absoluta confusión del lugar que ocupan los derechos de libertad respecto de los poderes configurados como derechos de autonomía puede llevar, como bien advierte Ferrajoli, a la “exaltación” como si se tratara de verdaderas libertades a lo que en verdad no son más que poderes, abriendo por esta vía la posibilidad real de aceptar como jurídicamente válido lo que este autor ha denominado como “absolutismo del mercado”, es decir, la distorsión del Estado de Derecho en el que los poderes quedan fuera del control del Derecho imponiendo sus propias reglas, incluso para negar o restringir los auténticos derechos que las constituciones proclaman<sup>15</sup>.

En la tradición liberal, hemos aprendido a contemplar los poderes del mercado como si se trataran de derechos y en sociedades en las que, como la nuestra, las desigualdades son estructurales, estas asimetrías terminan configurando al final una dictadura de los poderes del mercado que suelen presentarse bajo formas de derechos: los derechos de los actores del mercado.

Es posible que esta *premisa conceptual* resulte algo ambiciosa para lo que aquí se quiere sostener, pero resulta también fundamental poner las bases que permitan solventar con suficiente claridad los argumentos que creemos deben orientarse a sostener que cuando el Estado reacciona poniendo límites a los poderes del mercado, no siempre puede enfocarse desde la clásica visión de sospecha para los derechos de libertad. Hoy en día, la actuación del Estado es demandada también precisamente desde las obligaciones que imponen los derechos, y estas demandas pueden y deben, en ocasiones, imponer obligaciones también a los particulares y de modo relevante a las grandes corporaciones cuya actuación puede resultar devastadora para los derechos de todos.

<sup>14</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de Derecho privado”. Traducción de Miguel Carbonell, p. 103.

<sup>15</sup> Ibídem, p. 104.

## 4.2. La obligación de respetar y garantizar los derechos

Una premisa del Estado de Derecho es la eficacia de los derechos fundamentales. Esta no solo se logra con la ausencia de intervención del Estado en el ámbito de las libertades de las personas, sino además, mediante acciones positivas que permiten la satisfacción del contenido de los derechos fundamentales.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, esta doble dimensión de los derechos equivale también a dos formas de comportamiento de los poderes públicos frente a los derechos. Se trata de las obligaciones de respeto y garantía que recoge el pacto de San José en su artículo 1º.

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen 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...”.

La obligación de garantizar los derechos debe ser asumida como un conjunto acciones por parte del Estado que pasan por prestaciones normativas, creación de instituciones y, desde luego, también la obligación de no permitir la impunidad cuando se hayan transgredido los derechos básicos. Las acciones de remediación ambiental, así como la potestad de sanción por parte del Estado frente a afectaciones al medioambiente, debe encuadrarse en estas obligaciones que tiene el Estado con relación a los derechos.

Derechos como el reconocido en el numeral 22 del artículo 2 de la Constitución –que reconoce el derecho al disfrute de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y a que este se preserve<sup>16</sup>– exigen del Estado un conjunto de prestaciones para prevenir, sancionar y remediar las intervenciones negativas, ya sea generadas por el Estado o por los particulares<sup>17</sup>. No hacerlo así supondrá no sólo incumplir la Constitución en sede interna, sino también incurrir en responsabilidad internacional como Estado firmante de un convenio que obliga a actuar garantizando derechos.

Desde otro enfoque, en la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy<sup>18</sup>, las garantías pueden también reconstruirse como derechos subjetivos, en este caso, derechos a prestaciones normativas. Para este autor, los derechos *a algo* se subdividen en derechos de defensa y derechos a acciones positivas. En el caso de los derechos a acciones positivas, éstos pueden ser derechos a

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril del 2005, recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI/TC, fundamento jurídico 17.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero del 2009, recaída en el Expediente N° 3343-2007-AA/TC, fundamento jurídico 5.

<sup>18</sup> Cfr. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición en castellano, traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid, CEPC, 2007.

acciones positivas fácticas (este sería el caso de los derechos prestacionales, por ejemplo), y derechos a acciones normativas, que incluye obligaciones de dictar normas y/o establecer procedimientos. Este sería precisamente el caso de las exigencias que impone el derecho genérico a gozar de un ambiente saludable, un típico de derecho prestacional que se configura no sólo como derecho individual, sino más bien de naturaleza colectiva.

De este modo, las políticas públicas de remediación ambiental, emprendidas por el Estado a través de la Ley N.º 30321, forman parte de prestaciones exigidas desde la Constitución e incluso, desde las obligaciones que el Estado tiene asumidas con la comunidad internacional. El solo hecho de tener que referirnos al término “remediación” de sitios impactados por actividades de hidrocarburos da cuenta de fallas en la función de garantía efectiva por parte del Estado; no obstante, las acciones del Estado no pueden cesar sino hasta ver concretadas las exigencias de protección, de modo que cuando no se ha sido eficiente en la prevención o en evitar el daño, las acciones de remediación configuran una posibilidad irrenunciable, en la medida que estamos ante la última posibilidad de garantía.

En esa línea, mediante la Ley N.º 30 321 - Ley que crea el Fondo de Contingencia para Remediación Ambiental, se ha fijado mecanismos para el financiamiento de sitios impactados como consecuencia de las actividades de hidrocarburos, que impliquen riesgos a la salud y al ambiente. A fin de optimizar el uso de dichos recursos, este fondo se destina a la atención prioritaria del Estado<sup>19</sup>, la cual es excepcional, ya que la regla es que quien asume los costos de la remediación es aquel que generó el impacto negativo<sup>20</sup>. Sin embargo, como lo ha destacado la Defensoría del Pueblo en su último informe sobre Pasivos Ambientales del año 2015 (informe 171),

“(...) existen 224 pasivos ambientales mineros que, en el inventario actualizado a marzo de 2015, cuentan con responsable identificado, pero no con estudio ambiental. De estos 224, existen 61 pasivos ambientales, cuyos responsables mantienen la titularidad de la concesión en donde generaron dichos pasivos”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Ley N.º 30321 - Ley que crea el Fondo para Remediación Ambiental

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto crear el Fondo de Contingencia para Remediación Ambiental para el financiamiento de las acciones de remediación ambiental de sitios impactados como consecuencia de las actividades de hidrocarburos, que impliquen riesgos a la salud y al ambiente y, ameriten una atención prioritaria y excepcional del Estado.

<sup>20</sup> Ley N.º 28 611 - Ley General del Ambiente.

<sup>21</sup> Informe Defensorial N° 171, ob. cit., p. 184

Es precisamente frente a este tipo de problemas que se han agudizado en los últimos años debido al incremento de las actividades extractivas motivadas por las demandas internacionales, que la actividad de control y fiscalización de parte del Estado no puede ser mermada ni interferida por las acciones de los agentes del mercado a quienes precisamente la Administración debe controlar.

#### **4.3. La obligación de remediación ambiental**

Precisamente, la Ley N.º 30321, Ley que crea el Fondo para Remediación Ambiental, tiene como ámbito de aplicación los sitios impactados como consecuencia de las actividades de hidrocarburos que impliquen riesgos para la salud y el ambiente que ameriten una atención prioritaria y excepcional del Estado.

Si bien la justificación de la creación de este fondo está en la necesidad de contar con recursos para la atención excepcional de sitios impactados por actividades de hidrocarburos que requieran atención prioritaria dentro de todo el territorio nacional, se observa que el principal motivo de preocupación estatal se encuentra en la remediación ambiental de las cuatro cuencas de los ríos Pastaza, Tigre, Corrientes y Marañón, debido a los problemas ambientales y sociales demandados por las federaciones de las comunidades de las cuatro cuencas de Loreto, en atención a las actividades de hidrocarburos realizadas por el operador del Lote 1AB (actual Lote 192) que ya hemos referido al inicio de este trabajo<sup>22</sup>.

En el desarrollo de las actividades económicas como las de actividades de hidrocarburos, la regulación del Estado no puede ser entendida como una limitación de libertades<sup>23</sup>, sino, por el contrario, como una garantía para el pleno disfrute de los derechos fundamentales, no solo de las personas y pueblos directamente afectados, sino también de todas las personas<sup>24</sup>, al ser un derecho difuso, referido a la protección de bienes indivisibles como el medioambiente<sup>25</sup>.

La garantía de los derechos fundamentales es un asunto que no puede dejarse al juego de los intereses ejercidos en el marco de la autonomía de los

---

<sup>22</sup> COMISIÓN DE PUEBLOS ANDINOS, AMAZÓNICOS, AFROPERUANOS, AMBIENTE Y ECOLOGÍA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Informe Final sobre la situación indígena de las Cuencas de los Ríos Tigre, Pastaza, Corrientes y Marañón. Período legislativo 2012-2013.

<sup>23</sup> “Es claro que estos poderes, tanto más si no están regulados, son fuentes, más que de desigualdades, también de no-libertades”. FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit., p. 107.

<sup>24</sup> Ob. Cit. pp. 106-107.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de marzo del 2009, recaída en el Expediente N° 4878-2008-AA/TC, fundamento jurídico 30.

particulares<sup>26</sup>. Esto debido a que para el ejercicio pleno de los derechos y las libertades, se requiere que tanto los mercados, los gobiernos y otras instituciones ciudadanas se desarrollen simultáneamente y dialoguen entre sí, ya que en conjunto influyen directamente en aspectos como el tratamiento del medioambiente<sup>27</sup>.

Los derechos vinculan al Estado y generan obligación de abstención y acciones positivas. De este modo, los derechos no solo imponen obligaciones negativas o de no hacer, sino también de adoptar un haz de posibilidades entre las que está fijar un marco normativo que promueva la conservación del ambiente, así como la adopción de procedimientos que garanticen su eficacia y cumplimiento (faz prestacional)<sup>28</sup>.

En lo que respecta a los particulares, que realizan las inversiones y desarrollan las actividades productivas, estos asumen obligaciones que emanen tanto de la normatividad ambiental como de los instrumentos de gestión ambiental, entre otras fuentes<sup>29</sup>. Mediante el principio de legalidad, el Estado

---

<sup>26</sup> "Según el paradigma del Estado de Derecho, como técnica de minimización del poder, de otra forma absoluto: de los poderes públicos (...); pero también de los poderes privados (...) Esta técnica de minimización es en ambos casos la de la igual garantía y maximización de los derechos fundamentales y de la correlativa limitación y/o funcionalización de las situaciones jurídicas de poder". Ob. cit., p. 106.

<sup>27</sup> Cfr. SEN, Amartya, *Desarrollo y Libertades*. Traducido por Esther Rabasco y Luis Toharía, Planeta, Barcelona, 2000, pp. 25-26. Disponible en línea: <<http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catgenyeco/Materiales/2011-12-07%20III2AmartyaSenCap8LaAgenciadelasMujeresyelCambioSocial.pdf>>

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de mayo del 2013, recaída en el Expediente N° 0470-2013-AA/TC, fundamento jurídicos 15 y 16.

<sup>29</sup> Ley N.º 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo del 2009, modificada por la Ley N.º 30 011, publicada el 26 de abril del 2013.-

#### Artículo 17.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora

Constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) las siguientes conductas:

- a) El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental.
- b) El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente.
- c) El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión.
- d) El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA.
- e) Otras que correspondan al ámbito de su competencia.

El cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables antes mencionadas es obligatorio para todas las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades que

está en la obligación de imponer a los particulares las cargas y sanciones que la Ley establezca frente a las infracciones.

En cumplimiento de sus obligaciones prestacionales, necesarias para satisfacer el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, el Estado, a través de sus instituciones, fiscaliza el cumplimiento de las obligaciones asumidas por quienes desarrollan las actividades productivas que generan impactos en el ambiente. Frente a su incumplimiento, no solo sanciona, sino exige la remediación. Esta es una tarea irrenunciable del Estado en cuanto garante de los derechos de todos. Si bien el Estado debe exigir al inversionista que realice la remediación, la inacción de éste no puede traer como consecuencia la continuidad del impacto negativo. Por ello, cuando excepcionalmente el obligado no cumpla de manera inmediata, resulta necesaria la remediación ambiental desde el Estado, quien requiere contar con recursos obtenidos no de cualquier fuente de financiamiento, sino, de preferencia, de aquellas relacionadas con los resultados de la fiscalización ambiental. Esto es, lo recaudado por concepto de multas impuestas por la comisión de infracciones ambientales.

Frente a esta necesidad, el Estado asume de manera subsidiaria la remediación de los impactos de las actividades productivas, ante la ausencia de los particulares y la urgencia de la atención. Para ello, la obtención de dichos recursos debe cumplir con el marco constitucional y legal, además de ser eficaz. Una herramienta para esta recaudación es el régimen especial de ejecución coactiva del OEFA.

#### **4.4. El régimen especial de ejecución coactiva del OEFA para la recaudación de multas por infracciones ambientales**

Es en este marco de acciones de garantía de los derechos, y dada a la gravedad del problema que vienen generando las empresas extractivas respecto del medioambiente, que el legislador ha creado un régimen especial de ejecución de las sanciones establecidas por el órgano encargado de fiscalizar y controlar estas actividades. Este régimen especial, en esencia, lo que genera es la incorporación de un control judicial del régimen de suspensión.

Si antes las empresas podían suspender los efectos de la sanción establecida en el procedimiento correspondiente a cargo del OEFA con la “sola presentación de una demanda”, ahora deben argumentar el perjuicio o riesgo que la sanción supone para sus derechos. Este es un régimen bastante conven-

---

son de competencia del OEFA, aun cuando no cuenten con permisos, autorizaciones ni títulos habilitantes para el ejercicio de las mismas. Esta disposición es aplicable a todas las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), respecto de sus competencias, según corresponda.

cional en el derecho comparado<sup>30</sup>. No se trata de que no haya acceso a la tutela o que, como se ha exagerado, el propio contencioso administrativo esté puesto en duda. Lo único que ha hecho el legislador es poner en manos del juez (y no dejar en manos de abogados de las empresas) esta labor tan relevante, desde luego, del control de la administración.

La Constitución no dice que la tutela judicial efectiva o el contencioso administrativo tengan que ser calificados por abogados. Somete a los jueces el control de los actos administrativos y también la protección de los demás derechos. Nada diferente se ha establecido con este régimen especial. Son los jueces, mediante una tutela cautelar incluso, quienes pueden autorizar la suspensión, siempre que haya lugar a ello desde luego.

Que sean los jueces quienes califiquen si es que existen elementos para suspender la ejecución de una sanción impuesta por la OEFA supone una garantía básica, tanto para los derechos de las empresas que eventualmente pudieran estar en riesgo, como también para los bienes de todos, como es el ambiente. Dejar en manos de los abogados de las empresas, quienes con una siempre demanda logren dejar sin efecto lo que la administración ha resuelto en base al principio de legalidad y la prueba de las infracciones cometidas, sería, bajo la actuales circunstancias, pedir que el Estado renuncie a su rol de garante de los derechos.

En el régimen general, el cobro de multas se realiza mediante el procedimiento de ejecución coactiva, cuyo régimen general se encuentra normado en el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N.º 26979 - Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva<sup>31</sup>. En particular, el numeral 23.3 del artículo 23º del TUO de la referida Ley señala que “La sola presentación de la demanda de revisión judicial suspenderá automáticamente la tramitación del procedimiento de ejecución coactiva”.

Se argumenta que este régimen general habría sido convalidado por el Tribunal Constitucional en su sentencia en el expediente N° 0025-2005-AI/TC. Sin embargo, en aquella ocasión, el Tribunal no usó como parámetro los

<sup>30</sup> Así se puede leer en una de las conclusiones que analiza legislación y jurisprudencia en el Derecho Comparado con bastante exhaustividad: “10.- Corresponde al juez valorar si la apariencia del derecho invocado es o no lo suficientemente relevante como para otorgar o denegar la tutela cautelar en base a criterios sustanciales, ligados a la mayor o menor apariencia de legitimidad de las disposiciones controvertidas (*fumus boni iuris*), así como a la posibilidad de que una u otra de las posiciones enfrentadas resulten perjudicadas en la espera de la decisión definitiva del juicio (*periculum in mora*)”. Cfr. BLASCO, Emilio, “La suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo y otras medidas cautelares”, disponible: <<http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/ACTO.PDF>> (visita del 10/11/2015).

<sup>31</sup> Aprobado por Decreto Supremo N.º 018-2008-JUS, publicado el 6 de diciembre del 2008.

derechos de protección al medioambiente y tampoco tuvo ocasión de evaluar la situación en la que se encuentra la protección del medioambiente en contextos de actuación de las industrias extractivas. Su análisis se centró en las relaciones entre autonomía de los gobiernos municipales y tutela judicial efectiva. En lo que aquí interesa, el Tribunal en aquella ocasión concluyó affirmando que:

“(...) las modificaciones introducidas por la norma impugnada no suprimen la facultad de los gobiernos locales de realizar el cobro de sus acreencias, solo la conservan pendiente hasta que los procesos entablados sean resueltos jurisdiccionalmente, impidiendo la ejecución inmediata de las sanciones impuestas por la Administración a fin de evitar a los administrados perjuicios irreparables o de difícil reparación. En ese sentido, el inciso e) del numeral 16.1 del artículo 16º y el numeral 23.3 del artículo 23º de la Ley N.º 26979, modificados por el artículo 1º de la Ley N.º 28165, no vulneran los artículos constitucionales 194º y 195º, referentes a la autonomía y competencia de los gobiernos locales”<sup>32</sup> (Cursiva agregada).

Cuando cambia el parámetro y los elementos del contexto de apreciación de una supuesta vulneración, desde luego deben también cambiar las conclusiones. La ponderación que debe resolverse es, entonces, entre afectaciones al medioambiente, potestad sancionadora de la administración, principio de legalidad y tutela judicial efectiva.

Desde nuestro punto de vista, las restricciones a la tutela judicial efectiva para quienes tienen en su contra una sanción en etapa de ejecución y recurren al poder judicial mediante un proceso contencioso administrativo, son mínimas. En el proceso judicial, éstas empresas pueden lograr suspender la ejecución del procedimiento de sanción mediante una solicitud cautelar si es que en verdad tienen buenas razones para ello. De lo contrario, deben asumir las consecuencias de las sanciones por sus conductas, que equivale a decir, deben estar dispuestas a que las leyes se cumplan.

La gravedad de las imputaciones que pesan sobre una empresa que ha incurrido en infracciones ambientales son suficientemente importantes como para dejar en manos de jueces, y no de abogados, la debida ponderación de los intereses en juego. Por tanto, queda abierta la deliberación sobre la posibilidad de adoptar medidas que optimicen en mayor medida los principios y derechos en juego<sup>33</sup>. Esto se procuró con el régimen especial de ejecución coactiva del OEFA.

<sup>32</sup> Cfr. Exp. 0025-2005-AI/TC Fundamento 20.

<sup>33</sup> Asimismo, es posible que este debate se someta a un proceso de inconstitucionalidad, ya que el vigente Numeral 23.3 del Artículo 23 del TUO de la Ley 26 979 ha sido modificado por la Ley N° 30 185, publicada el 6 de mayo del 2014.

El régimen especial de ejecución coactiva de OEFA se estableció, como ya ha quedado dicho, mediante el Artículo 20-A de la Ley N.º 29325, incorporado por la Ley N.º 30 011. Las características principales de este régimen son que la sola presentación de una demanda contra la resolución que impone una multa no suspende el procedimiento de ejecución coactiva, salvo que el demandante obtenga una medida cautelar de naturaleza real, previo otorgamiento de una contracautela.

Cabe recordar que este régimen especial es aplicable a todos los administrados del OEFA, esto es, los titulares de las actividades de minería (mediana y grande), energía (hidrocarburos y electricidad), producción (papel, cemento, curtiembre, cerveza) y pesca (acuicultura de mayor escala). Debido al alto impacto que potencialmente pueden generar si no cumplen con sus obligaciones, la exigencia de adoptar medidas eficaces frente al incumplimiento es mayor.

El régimen especial de ejecución coactiva del OEFA busca poner todos los valores y bienes constitucionales sobre la mesa, para decidir de manera ponderada y responder eficazmente al desequilibrio institucional generado por el régimen general, en la que el escrito de un abogado parece ser más efectivo que las decisiones de la Administración Pública e incluso la del juez, que, luego de evaluar tal escrito, podría determinar que el escrito de demanda es inadmisible o improcedente. De ahí que no resulta apresurado sostener que incluso el régimen general podría tener serios cuestionamiento de orden constitucional si evaluamos detenidamente los bienes e intereses en juego.

## V. SOBRE LA APLICACIÓN INMEDIATA DEL RÉGIMEN ESPECIAL

El régimen especial se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, como toda disposición normativa, de conformidad con lo ordenado por el artículo 103º de la Constitución. Lo cual quiere decir que efectos tales como la suspensión de un procedimiento de ejecución coactiva solo estarán vigentes hasta que la ley que la ampara cambie. Esto sucedió el 27 de abril del 2013, fecha en que entró en vigencia la Ley N.º 30011, que incorporó el Artículo 20-A, el que regula el régimen especial de ejecución coactiva del OEFA.

Esta regulación se vincula directamente con la creación del Fondo para Remediación Ambiental de sitios impactados por actividades de hidrocarburos porque precisamente la conformación de este Fondo se logra con el cobro de las multas por el incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables. De ahí la pertinencia de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30321 - Ley que crea el Fondo para Remediación Ambiental, que establece lo siguiente:

PRIMERA. Ejecutoriedad de las resoluciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

*El artículo 20-A de la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, incorporado mediante la Ley 30011, es aplicable a todos los procesos judiciales que a la fecha se encuentren en trámite, en los que se haya impugnado una resolución de sanción de multa del OEFA.*

*En aplicación de lo establecido en el párrafo anterior, si el administrado obligado al pago de la multa no acredita el otorgamiento de una medida cautelar, en los términos previstos en el artículo 20-A de la Ley 29 325, incorporado mediante la Ley 30 011, el OEFA reinicia el procedimiento de ejecución coactiva correspondiente (Cursiva agregada).*

Se ha argumentado que esta disposición resulta retroactiva pese a ser restrictiva de derechos, en la medida que quienes estarían gozando del “beneficio de suspensión de la ejecución” con simplemente haber presentado un escrito de demanda, ahora tendrían que lograr una cautelar por parte del Juez. Pero vistas bien las cosas, ni existen derechos afectados ni tampoco se puede hablar de la suspensión de beneficios concedidos. Lo que existe es una sanción vigente cuyos efectos colaterales se han restablecido, tal como cuando uno pierde una cautelar que mantenía en suspenso una decisión ya adoptada.

No hay derechos sino más bien obligaciones que, al no haberse tenido en cuenta, se ha incurrido en una infracción que ha sido debidamente sancionada en el marco de un procedimiento administrativo. Lo que hay es entonces un infractor que ha logrado suspender la ejecución de una sanción en el marco de una Ley que ahora ya no está más vigente.

Como puede apreciarse, el primer párrafo no genera nuevos efectos jurídicos, porque enuncia lo que ya está establecido en el Artículo 103º de la Constitución. Mientras que el segundo párrafo hace explícita la actuación del ejecutor coactivo frente los casos en los que los procesos judiciales se iniciaron con el régimen general y continúan con el régimen especial, introducido por mandato legal.

La seguridad jurídica se mantiene intacta con el cambio de régimen, ya que este valor implícito en el ordenamiento jurídico constitucional no puede ser entendido como un anquilosamiento de las leyes, o una invariabilidad de los errores del legislador, sino por el contrario, como una garantía de que el marco normativo aplicable es dinámico y respeta garantías como el principio de legalidad. De ahí la importancia de resaltar que la incorporación del régimen especial de ejecución coactiva del OEFA haya sido introducido por una norma por rango de ley<sup>34</sup>. La variación del régimen legal de la suspensión de un acto

<sup>34</sup> ESTEVE PARDO, José, *Estado garante. Idea y realidad*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015, apartado 4.2.2, pp. 51 y ss.

“Las decisiones con trascendencia pública, expresadas ordinariamente a través de normas legales, corresponden a las instancias constitucionalmente habilitadas para ello. (...) esas decisiones políticas se adoptan con la información que suministran los

de ejecución no puede esperar que todas las demandas que han sido presentadas terminen su trámite cuando hay casos clamorosos de un claro abuso de los recursos por parte de las empresas. La autotutela de la administración en salvaguarda de intereses de primera importancia así lo exige.

### **5.1. Proporcionalidad del régimen especial de suspensión y su aplicación inmediata**

Hasta este punto, se ha examinado cuál es la finalidad del régimen especial de ejecución coactiva del OEFA. Se trata de hacer que el Estado cumpla con su deber efectivo de protección de derechos como el medioambiente, pero además, el régimen especial posiciona al OEFA en condiciones de poder hacer efectivas las multas, las mismas que son destinadas para acciones de gestión ambiental como lo es la remediación ambiental de sitios impactados por hidrocarburos, dispuesta por la Ley N° 30321 - Ley que crea el Fondo de Contingencia para Remediación Ambiental.

De este modo, ha quedado de manifiesto que el régimen especial de ejecución coactiva del OEFA es una medida que permite el logro de una finalidad constitucionalmente relevante, en la medida que hace posible que la función de garantía que corresponde al Estado en la protección de los derechos sea ejercida de manera efectiva a través de órganos como el OEFA; por otro lado, en cuanto que crea y solventa un fondo para la remediación ambiental, cumple también una finalidad instrumental (la remediación ambiental).

En este sentido, siguiendo el esquema del principio de proporcionalidad, podemos apreciar que se trata de una medida idónea a la finalidad. Permite no solo la efectividad de las acciones de fiscalización y control, sino también, por esta vía, el principio de legalidad resulta protegido, toda vez que las sanciones impuestas por la administración responden de manera estricta a lo que prevé la ley.

Respecto del test de necesidad, hay que tomar en cuenta el contexto y el accionar de las empresas que han venido usando de manera irrazonable los instrumentos procesales, logrando en la práctica paralizar las acciones de control y fiscalización manteniendo fuertes sumas pendientes de cobro pese a que existen acreditadas las faltas cometidas. En este sentido, podemos afirmar que no existen medios alternativos que sean más eficientes y menos gravosos que el establecido.

Si pensamos en medidas como la del régimen general, la experiencia muestra que se trata de un mecanismo que genera indefensión y desnaturaliza

---

sistemas expertos (...) la ejecución de las leyes encontrará serias dificultades y déficit de ejecución si no cuenta con la sintonía y cooperación de unos sistemas cada vez más cerrados y convencidos de su autosuficiencia”.

por completo las acciones que corresponden conforme a Ley al OEFA. Podría argumentarse medios como el cobro de las multas por sanciones de manera automática, pero esto sin duda resultaría una seria interferencia a la tutela judicial. Por ello, la medida de suspensión sujeta a una mínima actividad de evaluación judicial, es una medida adecuada y además necesaria. La optimización de medios que corresponde a los exámenes de idoneidad y necesidad ha sido cumplida satisfactoriamente.

La optimización de los fines, esto es, cuál de los principios debe ser favorecido, corresponde al análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. En este punto hay que partir por asumir que estamos ante dos bienes que tienen relevancia constitucional. La protección del medioambiente saludable y sus garantías a cargo del Estado (artículos 2.22, 67<sup>35</sup>, 69<sup>36</sup>) y, por otro lado, la tutela judicial efectiva sin interferencias (art. 139.3).

El análisis de ponderación requiere una valoración de la intensidad de interferencia y/o restricción que se produce en uno de los bienes o derechos, frente al grado de favorecimiento o beneficio que se obtiene en el otro. Como ha sido presentado por el modelo alexiano de ponderación, esto debe hacerse orientado por la Ley de Ponderación, que reza: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>37</sup>.

En este caso, podemos valorar el grado de afectación a la tutela judicial efectiva como mínimo. Esto porque en ningún caso se quita o se reduce la posibilidad de acceso a ella. La única restricción, si acaso puede asumirse como tal, está referida a que el justiciable debe solicitar tutela judicial previa en forma de medida cautelar para paralizar la acción de ejecución de parte de la administración. Este hecho, sin embargo, ni restringe la tutela ni menos la hace menos efectiva. Al contrario, en realidad la tutela solo es tal cuando es capaz de pronunciarse ponderando adecuadamente los bienes o derechos en conflicto. De modo que al quedar en manos de los jueces la suspensión, se permite que también sea valorada la relevancia de los bienes que intenta proteger la medida de multa o de sanción de parte de la OEFA. Podemos concluir en cualquier caso una restricción casi imperceptible por muy mínima.

Al otro lado, los beneficios para la eficacia del acto administrativo que protege el medioambiente y ejercita de este modo el rol de garante de los derechos por parte del Estado, los podemos calificar como altos. Esto porque

<sup>35</sup> Artículo 67.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

<sup>36</sup> Artículo 69.- El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

<sup>37</sup> Cfr. ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, trad. De Jorge Portocarrero Q. en REDC, N° 91, 2011, p. 15

permite que el OEFA cumpla con su cometido institucional, esto es, fiscalizar y controlar las actividades de riesgo para el medioambiente y los recursos hidrográficos que realizan las empresas extractivas.

De este modo, podemos concluir que con una restricción leve, casi imperceptible, en el derecho a la tutela judicial efectiva, se logra optimizar el rol de garante del Estado que se concreta a través de las acciones de la OEFA, respecto del medioambiente y el uso razonable y responsable de los recursos naturales en los términos de los artículos 67 y 69 de la Constitución. Cuando una medida que se implementa logra niveles altos de protección o satisfacción en un derecho fundamental a un “costo” de restricciones leves o imperceptibles, como se ha dejado dicho, se puede concluir que estamos ante medidas constitucionalmente legítimas en la medida que respetan el principio de proporcionalidad. Entonces, concluimos que el régimen especial que se debe aplicar inmediatamente resulta una medida idónea, necesaria y proporcional.

## VI. COLOFÓN: LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS BIENES FUNDAMENTALES Y ALGUNAS OTRAS CONCLUSIONES

Al cierre de este trabajo, quisiera dejar abierta para nuevas indagaciones una cuestión que me parece fundamental. ¿Cuál es el lugar que debe corresponder en el constitucionalismo contemporáneo la garantía de los bienes de naturaleza fundamental como es el caso del medio ambiente? ¿Cuál debe ser la relación entre protección de derechos y protección de bienes cuya titularidad no puede personalizarse o individualizarse como ocurre con el agua, el aire, la naturaleza? ¿Conviene mantener la relación tradicional entre derechos frente al Estado, cuando quienes invocan derechos son más bien los actores del mercado que se presentan como potenciales agresores de estos bienes fundamentales?

Desde el famoso artículo de Hardin sobre la “tragedia de los comunes”<sup>38</sup>, la cuestión de cómo debe gestionarse o “gobernarse” estos bienes fundamentales ha sido materia de amplios y cruzados debates académicos. Hardin pensaba vigorosamente que pensar en una “zona” para los bienes comunes en nuestra tradición de pensamiento, nos llevaba de modo indefectible a la ruina, según él: “La tragedia de concebir a los recursos comunes como una canasta de alimentos se desvirtúa con la propiedad privada, o con algo formalmente parecido”. Desde luego Hardin no era partidario de asumir los “bienes comunes” como una razón para la intangibilidad y la mejor reserva de estos bienes. Al contrario, el creía que ahí donde hay “bienes comunes” hay un incentivo para acabar con ellos. Es posible que su concepto de “bien común” no sea compatible con el de

<sup>38</sup> Cfr. “The Tragedy of Commons” en *Science*, v. 162 (1968), pp. 1243-1248. Traducción de Horacio Bonfil Sánchez. Gaceta Ecológica, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995. <http://www.ine.gob.mx/>

“bien público”, pero al parecer lo que rechazaba era que el Estado interviniere de alguna forma para dejarlos fuera de la circulación.

Una de las cuestiones centrales en este debate, tiene que ver con la gestión de los bienes comunes. En el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, el Estado es el garante de los derechos y en tanto objeto de derechos fundamentales, muchos de los bienes fundamentales como el agua, el aire o el medio ambiente, merecen una especial protección y un conjunto de garantías por parte del Estado, en la medida que se trata de bienes directamente vinculados con la subsistencia, la salud y nuestra integridad como humanos. ¿Cuáles han de ser estas garantías? ¿Cómo ha de proteger estos bienes el Estado? Estas son cuestiones centrales cuando pensamos en la protección a través de instituciones como la OEFA.

La preferencia por el mercado, como forma de gestión de los bienes comunes, parece hoy en día a todas luces, el mayor error que estamos cometiendo. Conforme ha denunciado recientemente Ferrajoli:

“El capitalismo anarquista, dice Ferrajoli, ha producido un proceso doblemente depredador con relación a los bienes comunes: en primer lugar, la dilapidación y destrucción de los bienes comunes y la transformación de su disponibilidad natural originaria, como era normalmente el agua potable, interviniendo en su escasez; posteriormente, la transformación de esos mismos bienes, precisamente debido a su escasez, en su apropiación privada conforme con la lógica del mercado”<sup>39</sup>.

Dado que el agua como el medio ambiente, de donde proviene, son bienes fundamentales que están directamente ligados con nuestra subsistencia como especie; Ferrajoli postula un conjunto de garantías orientadas no solo al acceso universal a estos bienes, sino también orientadas a su preservación, su no contaminación:

“La accesibilidad del agua requiere no sólo límites frente a la emisión de los residuos o la destrucción, sino también de las actuaciones de la esfera pública; no sólo mediante prohibiciones, obligaciones de no lesión, sino también para garantizar su suministro a todos y cada uno; no sólo, garantías negativas, sino también actuaciones positivas”

Al Estado corresponde un rol activo, estableciendo políticas de preventión y regulaciones técnicas que sean capaces de brindar efectiva y oportuna protección para las zonas de vulnerabilidad ambiental, creando oportunas

<sup>39</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Sull’acqua come bene vitale”, p. 2. disponible en: [http://contrattoacqua.it/public/upload/1/2/tab\\_elms\\_docs/14056011791a-costituzionalizzazione-dell-acqua-e-dei-beni-comuni-a-cura-di-l.-ferrajoli.pdf](http://contrattoacqua.it/public/upload/1/2/tab_elms_docs/14056011791a-costituzionalizzazione-dell-acqua-e-dei-beni-comuni-a-cura-di-l.-ferrajoli.pdf)

salvaguardas frente a la erosión de las nuevas tecnologías y la gran industria. Sobre todo, protegiendo al medio ambiente de la lógica del mercado. En este punto, no se puede estar más de acuerdo con Encíclica *Centesimus Annus*, cuando señala que:

“existen necesidades colectivas y cualitativas que no pueden ser satisfechas mediante sus mecanismos; hay exigencias humanas importantes que escapan a su lógica; hay bienes que, por su naturaleza, no se pueden ni se deben vender o comprar”<sup>40</sup>.

Este es el caso de los bienes comunes fundamentales como el medio ambiente. Y es aquí donde las técnicas del Derecho y del constitucionalismo en particular, tiene un rol de primera importancia, en la medida que debe ser capaz de imaginar respuestas frente a este tipo de desviaciones que produce el mercado y la mercantilización de los bienes fundamentales como el agua, o el medio ambiente. Con frecuencia, en la lógica económica del mercado (que a veces pareciera ser su única lógica), las intervenciones del Estado, en forma de garantías, suele ser asumida como intervenciones en las “libertades” o como se acostumbra decir hoy, suelen ser presentadas como “trabas burocráticas” antes que como mecanismo de garantía.

Conforme al planteamiento de Ferrajoli, al “constitucionalismo del mercado” también le corresponde en este punto, una contra ofensiva cultural, en la medida que se trata de responder una tendencia cultural hegemónica que, desde la ideología neoliberal, ha extendido la idea según la cual el mercado no solo es un buen distribuidor de “oportunidades” y del “desarrollo competitivo”; sino lo que es peor, que cualquier intervención por parte del Estado o de sus instituciones, en el ámbito de la voracidad salvaje del mercado, es al final de cuentas, una intervención en el ámbito de los derechos liberales y de autonomía de comercio y de los contratos, generando de este modo una tensión aparente entre derechos y mercado.

El caso de la OEFA que hemos podido analizar aquí, es un buen ejemplo de esta tensión que se produce entre la lógica de los derechos y la lógica del mercado y sus actores. El rol de garante que corresponde al Estado, tiene en instituciones como la OEFA, un mecanismo de garantía para la protección de bienes fundamentales como es el medio ambiente, que el Estado no puede abandonar.

Llegados a este punto, quisiera para concluir, señalar algunas otras ideas de cierre que se desprenden del presente trabajo:

- a) El rol de garante de los derechos de protección del medioambiente convierte al Estado en un actor fundamental en el diseño e implementación

---

<sup>40</sup> Carta Encíclica *centesimus annus* del Sumo Pontífice Juan Pablo II, punto 40.

de políticas ambientales que no pueden postergarse a favor de las corporaciones que realizan acciones con alta incidencia, precisamente, en el medioambiente.

- b) La creación del régimen especial de suspensión de la ejecución de sanciones que requiere ahora de la actuación de los jueces responde a la necesidad de optimizar los mecanismos de protección de los derechos ambientales, al tiempo de reforzar las acciones de fiscalización y control efectivo que corresponden a OEFA.
- c) La tutela judicial efectiva no se ve restringida cuando el administrado es exigido a pagar una multa pese a que la decisión haya sido impugnada judicialmente. El principio de autotutela de la administración exige que ésta no sea recortada en sus mecanismos de coerción. De otro modo, el principio de legalidad estaría condicionado al ejercicio libre de la abogacía, pues un simple escrito, incluso que carece de los requisitos mínimos respecto de su admisión o procedencia, terminaría por enervar todo el procedimiento administrativo de sanción.
- d) Lo que la Constitución exige en el Estado Social de Derecho es que la Ley se cumpla igual para todos, también para las empresas. Pero en el caso de las corporaciones que desarrollan actividades con alta incidencia sobre el medioambiente, es legítimo que el Estado establezca mecanismos de mayor rigor en todos sus procedimientos de actuación. Los riesgos que provocan estas actividades justifican no solo eventuales restricciones, sino que obligan a trasladar las cargas sobre quienes son sus potenciales agresores. En el Estado Constitucional no solo quien afecta el medioambiente debe pagar, sino que quien incumple la ley no debe beneficiarse de sus propios actos de litigio malicioso, que es lo que son los trámites que emprenden estas empresas para no asumir su responsabilidad.
- e) Al actuarse de modo inmediato las sanciones y multas que establece la OEFA, se cumple con las exigencias de la Ley. Las garantías judiciales solo pueden levantar estas sanciones una vez evaluados los argumentos: la sola presentación de una demanda no genera consecuencias jurídicas. Admitir lo contrario supondría que son los abogados y los particulares quienes tienen el poder de Juzgar y ya no el Poder Judicial.
- f) La implementación inmediata del régimen de suspensión judicial de la ejecución de las sanciones impuestas por el OEFA no viola el principio de proporcionalidad en la medida que permite beneficios tangibles en la efectividad de la tutela del medioambiente, restringiendo de manera muy leve el derecho a la tutela de las empresas infractoras de las normas medioambientales.