



## **INFORME DEFENSORIAL N° 092**

**“Las responsabilidades estatales para la protección del patrimonio cultural y del medio ambiente: Caso Huaca Huantinamarca”.**

**Abril 2005**

## INFORME DEFENSORIAL N° 092

### I. ALCANCES DEL INFORME

El presente informe da cuenta de los resultados de la investigación realizada por la Oficina Defensorial de Lima respecto al cumplimiento del deber de protección del patrimonio arqueológico y del medio ambiente por parte de las entidades de la Administración Pública relacionadas con los procedimientos de naturaleza urbanística seguidos por las empresas Inmobiliaria Kainos S.A y Malls Perú S.A. respecto al predio ubicado con frente a la Av. La Marina N° 2355, en el distrito de San Miguel.

### II. ANTECEDENTES

- 2.1 El 12 de agosto de 1998, la Feria Internacional del Pacífico S.A. (FIP) inició ante la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML)<sup>1</sup> un procedimiento de aprobación de habilitación urbana del terreno de su propiedad de 239,060.00 m<sup>2</sup>, ubicado en la Av. La Marina N° 2355, distrito de San Miguel.<sup>2</sup>
- 2.2 Con fecha 27 de junio de 2001, la MML publicó en el Diario Oficial “El Peruano” las Ordenanzas N° 311 y N° 329 por las que declaró parte del citado inmueble como zona de uso de comercio interdistrital (C7)<sup>3</sup>. Mediante dichas ordenanzas, la MML consideró que dadas las características y dimensiones del campo ferial y del proyecto que iba a desarrollar la FIP, ésta debía presentar en el procedimiento de habilitación urbana una propuesta de Planeamiento Integral sobre el conjunto del campo ferial y un estudio de impacto y de solución del problema de tráfico y vías locales y metropolitana. Asimismo, dispuso que para la aprobación de anteproyectos de nuevas edificaciones, la FIP debía presentar a la MML un Estudio de Impacto Ambiental (EIA).
- 2.3 En el mes de marzo de 2003, la FIP subdividió su inmueble en 4 secciones, adquiriendo la empresa Inmobiliaria Kainos S.A. (KAINOS) la sección N° 01 (.71,916.52m<sup>2</sup>).
- 2.4 El 28 de agosto de 2003, la FIP y KAINOS solicitaron a la MML la continuación del procedimiento de habilitación urbana (iniciada en agosto de 1998) pero esta vez sólo respecto a la sección que había sido adquirida por KAINOS. El 19 de septiembre del 2003, KAINOS presentó una nueva propuesta de Planeamiento Integral.
- 2.5 El 24 de septiembre de 2003, Malls Perú S.A. (MALLS), empresa que cuenta con derecho de superficie sobre el terreno de KAINOS, solicitó a la Municipalidad Distrital de San Miguel (MDSM) la aprobación del anteproyecto de obra en consulta<sup>4</sup>, correspondiente a las futuras edificaciones del centro comercial TOTTUS.

---

<sup>1</sup> Mediante Expediente N° 12549-98.

<sup>2</sup> Este procedimiento fue declarado en abandono el 28 de abril de 2003.

<sup>3</sup> Denominación conforme a la rectificación realizada por la Municipalidad Metropolitana de Lima a través de la Ordenanza N° 686.

<sup>4</sup> El procedimiento para la aprobación del anteproyecto en consulta se encuentra regulado en el Capítulo III del Decreto Supremo N° 008-2000-MTC, Reglamento de la Ley de Regularización de Edificaciones.

- 2.6 El 20 de octubre de 2003, la Comisión Metropolitana de Habilitaciones Urbanas acordó aprobar el Planeamiento Integral del terreno de 239,060.00m<sup>2</sup>, en base a los documentos presentados por KAINOS<sup>5</sup>.
- 2.7 El 02 de diciembre de 2003, la Comisión Técnica Calificadora de Proyectos de la MDSM aprobó sin observaciones el anteproyecto de MALLS. El 18 de diciembre de 2003, MALLS comunicó a la MDSM que daría inicio a las obras, acogiéndose a lo dispuesto por el artículo 90.2º del Decreto Supremo N° 008-2000-MTC, Reglamento de la Ley de Regularización de Edificaciones<sup>6</sup>.
- 2.8 El 11 de marzo de 2004 la MDSM remitió a MALLS el Oficio N° 027-2004-AL-MDSM, por medio del cual dispuso la abstención y/o paralización de cualquier construcción en tanto no se concluyera el procedimiento de habilitación urbana seguido ante la MML.
- 2.9 El 28 de abril de 2004, la Comisión Metropolitana de Habilitaciones Urbanas de la MML acordó<sup>7</sup> que la solicitud presentada por KAINOS para la continuación del procedimiento de habilitación urbana correspondía a un nuevo pedido que debía seguir el trámite de habilitación urbana ante la MDSM, dejando a salvo la aprobación del Planeamiento Integral previamente realizado.
- 2.10 El 14 de mayo de 2004, la MDSM acordó suscribir con la municipalidad provincial<sup>8</sup> un convenio de delegación de competencias para la aprobación de habilitaciones urbanas, acuerdo que fue aceptado por la MML mediante Resolución de Concejo N° 134, de fecha 20 de mayo de 2004.
- 2.11 En la misma fecha, como resultado de una denuncia presentada por el Comité para el Planeamiento Urbano Sostenible de San Miguel (COPLAN) por la supuesta destrucción de la huaca Huantinamarca, el Instituto Nacional de Cultura (INC) emitió el Informe N° 214-2004-INC/DREPH/DA/SDSP-FGH sobre la inspección realizada en la referida huaca, recomendándose solicitar a KAINOS y a la MDSM, información sobre la presentación del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA) para el trámite de licencia de construcción.
- 2.12 El 25 de mayo de 2004, la Directora de Arqueología del INC remitió a la MDSM el Oficio N° 480-204-INC/DREPH/DA-D, por el cual solicitó información sobre la existencia del CIRA para el trámite de licencia de construcción del centro comercial TOTTUS. En dicha comunicación se señaló que, estimando el potencial arqueológico del distrito, las obras de desarrollo o servicios que se proyectasen en San Miguel, deberían ser consultadas necesariamente al INC, de lo contrario deberían ser paralizadas inmediatamente.

---

<sup>5</sup> Acuerdo N° 02 adoptado en la sesión N° 015-2003,

<sup>6</sup> El citado artículo faculta al interesado que cuente con un anteproyecto aprobado para obtener una licencia de obra automática que le permite iniciar la obra al presentar el expediente.

<sup>7</sup> Acuerdo N° 01 tomado en la sesión 005-2004

<sup>8</sup> Resolución de Consejo N° 76-2004-MDSM.

- 2.13 El 25 de mayo de 2004, la Directora de Arqueología del INC remitió a CMR Falabella el Oficio N° 481-204-INC/DREPH/DA-D, solicitándole información respecto a la construcción que venía realizando contaba con la licencia correspondiente *"que implica necesariamente la autorización previa del Instituto Nacional de Cultura mediante el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos"*.
- 2.14 El 31 de mayo de 2004, la Comisión Metropolitana de Habilitaciones Urbanas acordó<sup>9</sup> aprobar la habilitación urbana del terreno de 71,916.52m<sup>2</sup> de propiedad de KAINOS.
- 2.15 El 02 de junio de 2004, KAINOS presentó a la MML el EIA correspondiente a su proyecto de construcción.
- 2.16 El 10 de junio de 2004, KAINOS solicitó al INC la emisión de un CIRA por un área de 44,893.68 m<sup>2</sup>, correspondiente al espacio donde se ejecutarían las obras del centro comercial TOTTUS. El 16 de junio de 2004, el INC emitió el CIRA N° 2004-131, en el cual se señala que el área supervisada no colinda con zona arqueológica y se concluye que no existen restos arqueológicos en la superficie.
- 2.17 El 25 de junio de 2004, KAINOS solicitó al INC la emisión de otro CIRA, esta vez por el área remanente de su inmueble, es decir por los 27,022.84 m<sup>2</sup> restantes. El CIRA N° 2004-0245 que emitió el INC<sup>10</sup> a propósito de esta última solicitud, señala igualmente que el área no colinda con una zona arqueológica ni existen vestigios arqueológicos en la superficie.
- 2.18 El 30 de junio de 2004, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Resolución Directoral N° 291-2004-MML-DMDU, por la cual se aprobó el Planeamiento Integral y la Habilitación Urbana solicitada por KAINOS. Esta resolución estableció que para la aprobación de los proyectos de edificación y el otorgamiento de licencias de construcción correspondientes, la MDSM debía exigir a los interesados la presentación del EIA.
- 2.19 El 13 de setiembre de 2004, COPLAN presentó queja ante la Defensoría del Pueblo contra la MML, la MDSM y el INC, por presunta vulneración del principio de legalidad en los procedimientos de planeamiento integral, habilitación urbana y autorización para obra, seguidos por KAINOS.
- 2.20 El 22 de setiembre de 2004, la MML remitió a la MDSM el EIA que KAINOS presentó a la municipalidad provincial el 02 de junio de 2004.
- 2.21 El 11 de octubre de 2004, se expidió la Resolución de Gerencia N° 689-2004-GDU/MDSM, por la cual se aprobó la Licencia de Obra Nueva Definitiva del citado inmueble.

---

<sup>9</sup> Acuerdo N° 01, tomado en la Sesión N° 07-2004.

<sup>10</sup> De fecha 06 de octubre de 2004.

### **III. MARCO LEGAL APLICABLE**

1. Constitución
2. Ley Orgánica de Municipalidades – Ley 27972.
3. Ley General de Habilitaciones Urbanas – Ley 26878.
4. Ley de General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación – Ley N° 24047.
5. Ley que dispone medidas de protección que debe aplicar el Instituto Nacional de Cultura para la ejecución de obras en bienes culturales inmuebles – Ley N° 27580.
6. Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación – Ley N° 28296
7. Ley del Consejo Nacional del Ambiente – Ley N° 26410.
8. Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada – Decreto Legislativo N° 757.
9. Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental – Ley N° 27446
10. Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común – Ley N° 27157.
11. Ordenanza N° 311 y N° 329 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, mediante las cuales se aprueba la actualización del plano de zonificación de los usos de suelo al año 2010 del distrito de San Miguel.
12. Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad Distrital de San Miguel – aprobado por la Ordenanza N° 0208-2001-MDSM
13. Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad Metropolitana de Lima – aprobada por la Ordenanza N° 360 y sustituida por la Ordenanza N° 591.
14. Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento – aprobado por el Decreto Supremo N° 002-2002-VIVIENDA
15. Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento – aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2004-VIVIENDA
16. Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Cultura – aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2003-ED.
17. Texto Único de Procedimientos Administrativos del Instituto Nacional de Cultura – aprobado por el Decreto Supremo N° 022-2002-ED.
18. Reglamento de Investigaciones Arqueológicas – aprobado por la Resolución Suprema N° 004-2000-ED

### **IV. PROBLEMAS PLANTEADOS Y POSICIÓN DE LAS ENTIDADES INVOLUCRADAS**

De las reuniones sostenidas con representantes de COPLAN se ha podido determinar que los cuestionamientos por ellos planteados están relacionados con:

- El incumplimiento de la presentación de la autorización que debió emitir el INC en los procedimientos urbanísticos de planeamiento, habilitación urbana y edificación seguidos por KAINOS, de acuerdo a lo que disponía el artículo 12° de la Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación – Ley N° 24047.
- El incumplimiento del procedimiento de aprobación por autoridad sectorial competente del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) presentado por KAINOS.

#### 4.1 Con respecto a la necesidad de contar con la autorización previa del INC en los procedimientos urbanísticos realizados.

En respuesta al requerimiento de información de la Defensoría del Pueblo, el Director Nacional del INC<sup>11</sup> remitió el Oficio N° 1121-2004-INC/DN, mediante el cual informó que dentro del terreno de la FIP se encuentra la Huaca Huantinamarca, con un área de 1,200 m<sup>2</sup>, la misma que ha sido declarada como Patrimonio Cultural de la Nación<sup>12</sup> y registrada en el Inventario Monumentos Arqueológicos del Perú.

Asimismo, comunicó que su institución determina que un bien se encuentra relacionado o vinculado con un monumento arqueológico de acuerdo al estudio *"de antecedentes documentales que se encuentran en el archivo de la Institución"*, así como *"el reconocimiento de campo por arqueólogos que permita determinar la existencia o inexistencia de un bien cultural arqueológico."*

Para el presente caso, señaló que se habían evaluado los planos del inmueble de propiedad de KAINOS contrastados con los archivos de la institución, además de haberse constatado que la distancia entre la Huaca Huantinamarca y el límite del terreno es de 290 m. aproximadamente. Luego de esta evaluación se había concluido en que *"el área evaluada no involucra al citado monumento arqueológico, siendo esta afirmación corroborada con la inspección ocular correspondiente"*.

Con respecto a nuestro pedido de información sobre los criterios para determinar el área que debe abarcar la evaluación para la emisión del CIRA, nos informó que ella se realiza *"sobre la extensión del terreno indicado en el expediente administrativo"*.<sup>13</sup>

De otro lado, de acuerdo a lo señalado por el Secretario General del Concejo de la MML en su Oficio N° 2698-2004/MML/GM, para la MML el CIRA *"es exigible solo cuando el terreno materia de Habilitación Urbana, se ubica en zonas Arqueológicas; supuesto que no ocurre en el presente caso"* (sic) puesto que si bien la Huaca Huantinamarca se encuentra dentro de terreno matriz, ella se encuentra alejada de la zona objeto de la habilitación urbana. Señala que

---

<sup>11</sup> Oficio N° 1121-2004-INC/DN

<sup>12</sup> Resolución Directoral Nacional N° 233/INC del 27 de marzo del 2002.

<sup>13</sup> En su respuesta el INC adjuntó los documentos de sus archivos que han servido para determinar que el terreno de KAINOS no se encontraba relacionado con la huaca Huantinamarca:

- Copia certificada del a Resolución Directoral Nacional N° 233/INC del 27 de marzo del 2002.
- Información sobre la Huaca Huantinamarca obtenida en el Inventario y Catastro Arqueológico de los valles del Rímac y Santa Eulalia.
- Información sobre la Huaca Huantinamarca obtenida en el Inventario de Monumentos Arqueológicos del Perú – Lima Metropolitana – Primera Aproximación, 1985.
- Información sobre la Huaca Huantinamarca obtenida en el Inventario del Patrimonio Monumental Inmueble, valle del Chillón, Rímac y Turín – 2º etapa, 1989.
- Copia de las fichas de catastros de los años 1974, 1985 y 1989.
- Fotos aéreas del año 1944 en donde se ubican la huaca Huantinamarca, la huaca Rosada y el complejo Maranga.
- Foto aérea del año 1944 con la superposición del actual casco urbano del sector que señala la ubicación de la huaca Huantinamarca como única evidencia arqueológica dentro de los terrenos de la Feria Internacional del Pacífico.
- Foto aérea de 1976 que muestra la infraestructura de la FIP.
- Plano del casco urbano que señala las dos áreas de expedición del CIRA y la ubicación de la zona arqueológica más próxima.

el CIRA tampoco era necesario para el Planeamiento Integral, puesto que la huaca *"tampoco es afectada por el trazo de las vías"* de dicho plan.

Por su parte, la Gerente Municipal de la MDSM nos señaló, mediante Oficio N° 184-2004-GM-MDSM, que el INC *"ha certificado que la zona cuestionada no se encuentra inscrita como patrimonio cultural, ya que si bien existe la Huaca Huantinamarca (...) no se encuentra ubicada dentro de los terrenos de la Empresa Inmobiliaria Kainos SAC"*. Sin embargo, a pesar de esta consideración, solicitaron a KAINOS la presentación de un CIRA, el cual concluye que no existen vestigios arqueológicos en el predio de la empresa.

#### **4.2 Con respecto a la necesidad de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por parte de la autoridad sectorial competente.-**

El Secretario General del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, nos ha informado mediante Oficio N° 873-2004-VIVIENDA-SG, que dicho ministerio *"no tiene actualmente competencia para aprobar los Estudios de Impacto Ambiental en actividades comerciales correspondientes al referido Proyecto presentado"*.

Asimismo manifestó que se ha emitido el Informe N° 065-2004-VIVIENDA-VMCS/OMA-UPEN, por medio del cual llegan a la conclusión de que, en el presente caso, la aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) *"corresponde a la Municipalidad Metropolitana de Lima, en tanto no se apruebe el Reglamento de la Ley N° 27446"*.

Por su parte, el Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), ha informado mediante Carta N° 2516-2004-CONAM/SE, que de acuerdo a la Ley N° 27446, la autoridad competente para aprobar los EIA's es el sector que regula la actividad, y *"si el titular del proyecto fuera una empresa constructora, entonces la autoridad competente es el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento"*. Además mencionó que para que un EIA sea legalmente válido *"debe ser aprobado por la autoridad competente"*.

De acuerdo a lo conversado con la Jefa de la División de Diseños de la Dirección de Habilitaciones Urbanas de la MML, la Ordenanza N° 311 impuso la obligación de presentar un Estudio de impacto y solución de vías a la Feria Internacional del Pacífico (FIP) y no a KAINOS, y en esa medida la obligación fue cumplida por dicha institución dentro de su procedimiento de habilitación urbana<sup>14</sup>.

A su vez, la Gerente Municipal de la MDSM señaló que no se había solicitado el EIA a KAINOS puesto que consideraban que dicha obligación fue impuesta a la FIP. Sin perjuicio de ello, el EIA fue presentado a la MML, entidad que se los remitió con la indicación de que debía ser aprobado por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. En cumplimiento de dicha disposición el estudio fue remitido por la MDSM a dicho ministerio, obteniendo como respuesta la falta de competencia para la aprobación del EIA puesto que la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental no contaba aún con su reglamento.

---

<sup>14</sup> Tal como se hace referencia en los antecedentes, la FIP reconsideró la resolución que había declarado en abandono su procedimiento de habilitación urbana, y adjuntó a su escrito de impugnación un Estudio de Tránsito e Impacto Vial.

## V. ANÁLISIS

### 5.1 Sobre los derechos constitucionales involucrados y el rol de la Defensoría del Pueblo.

La preocupación ciudadana por la protección y conservación del patrimonio histórico y cultural, así como por la preservación del medio ambiente, nos sitúa ante intereses cuya relevancia jurídica ha sido reconocida por el Derecho en el rango más elevado que el ordenamiento jurídico otorga: el constitucional<sup>15</sup>.

Así, el artículo 21° de la Constitución al reconocer que *“los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación (...)”*, establece que éstos *“están protegidos por el Estado”*. Por su parte, el artículo 67° prescribe que *“el Estado determina la política nacional del ambiente”* y *“promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”*.

Si bien se aprecia que la regulación constitucional del patrimonio cultural y del medio ambiente está orientada al establecimiento de responsabilidades estatales de protección y promoción, la característica más importante de su regulación es su reconocimiento como derechos fundamentales de la persona.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que existe un *“derecho constitucional a los bienes culturales, entendido como el conjunto de normas constitucionales que regulan la autorepresentación cultural del pueblo y que comprende ciertamente a los bienes culturales inmuebles”*, normas que a criterio del Tribunal *“no sólo deben interpretarse como un deber fundamental o una tarea del Estado, que impone obligaciones de fomento, conservación y protección, sino, además, como la afirmación de que dicho patrimonio cultural constituye un elemento de consenso nacional, del reconocimiento de nuestras tradiciones y de nuestra herencia cultural como pueblo (...)”*<sup>16</sup>.

Con relación al medio ambiente, el numeral 22) del artículo 2° de la Constitución ha reconocido expresamente como derecho fundamental de la persona el *“gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”*. Al respecto, conviene recordar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que -al referirse al contenido de la protección del derecho<sup>17</sup>-, resalta que (desde una perspectiva constitucional), se debe considerar al medio ambiente como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente

---

<sup>15</sup> Rincón Córdova explica que la constitucionalización de estos intereses parte de admitir que la *“actuación irracional del hombre puede causar daños al medio ambiente, destruir centros históricos y culturales, eliminar paisajes naturales y artificiales, generar ciudades desorganizadas y poco funcionales”* lo que implica *“de algún modo renunciar a tener una calidad de vida en donde los intereses comunitarios son relevantes para cada individuo”*. RINCÓN CORDOVA, Jorge Iván. Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública. 2da. Edición, Universidad Externado, Colombia, 2004, pp. 173-174.

<sup>16</sup> Sentencia recaída en el Exp. N° 007-2002-AI/TC

<sup>17</sup> En la sentencia recaída en el Exp. N° 018-2002-AI/TC, publicada el 16 de abril del 2003, el Tribunal infiere que la referencia a un ambiente *“equilibrado”* remite al conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, así como los elementos sociales y culturales aportados por el grupo humano que lo habita. Asimismo, respecto a que el ambiente debe ser *“adecuado para el desarrollo de la vida humana”*, el Tribunal enfatiza que el Estado no solo garantiza la existencia de las personas, sino que protege a las personas de los posibles ataques que se pudieran realizarse contra al medio ambiente en el que se desenvuelven, buscando que la vida se desarrolle en condiciones ambientalmente dignas.



fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Como se puede advertir, el reconocimiento constitucional de estos valores y su afirmación como derechos fundamentales, no sólo nos remite al cumplimiento de las responsabilidades que la Constitución encarga al Estado, sino a reconocer y exigir en éstas el cumplimiento de su carácter finalista consistente en garantizar la plena vigencia de los derechos constitucionales, tal como lo exige el artículo 44° de la Constitución<sup>18</sup>.

Por ello, corresponde a la Defensoría del Pueblo en el marco de las funciones constitucionalmente confiadas, verificar si en el presente caso la administración estatal ha cumplido con los deberes de protección desarrollados legislativamente en ambas materias, y, de ser el caso, si las acciones estatales, tanto legislativas como administrativas, han contribuido a la efectiva vigencia de los derechos referidos.

No obstante, dicho análisis no puede obviar el hecho de que tales deberes estatales de protección se encuentran dirigidos especialmente hacia la actividad de los particulares, la misma que se despliega en ejercicio de derechos subjetivos –incluso de naturaleza constitucional– que imponen determinados límites a la actuación estatal. En el presente caso, la protección estatal del patrimonio cultural y del medio ambiente se opone al derecho a la propiedad, específicamente, la propiedad inmueble.

Conviene recordar que la propiedad consiste en el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, aunque de acuerdo con lo que establece el artículo 70° de la Constitución, debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. La citada norma permite reconocer la función social que el ordenamiento reserva a la propiedad, función que, a criterio del Tribunal Constitucional, obliga a que se armonice el interés del propietario con el de la comunidad, y justifica que el Estado modere su ejercicio imponiendo limitaciones a través de la regulación<sup>19</sup>.

En efecto, en el reconocimiento del derecho de propiedad y en su régimen de ejercicio inciden, junto a los propios intereses de los titulares dominicales, una diversidad de intereses públicos generales o sociales que el ordenamiento reconoce y garantiza, y cuya satisfacción exige que se armonice el interés individual y los intereses colectivos<sup>20</sup>. Ello explica la regulación urbanística de la propiedad (que la somete a los parámetros establecidos por el planeamiento urbano, así como a procedimientos administrativos para la urbanización y edificación) y la imposición de obligaciones en materia de protección del patrimonio cultural y del medio ambiente, entre otras.

---

<sup>18</sup> Rincón al comentar la sentencia T-415 de 1992 emitida por la Corte Constitucional Colombiana, señala que *“lo que se quiere amparar por medio de estos intereses es la calidad de vida, pues el medio ambiente sano y equilibrado, el entorno o el patrimonio común, se constituyen en una condición necesaria para el desenvolvimiento normal de las personas y que en el transcurrir de su existencia sea garantizada la dignidad, pero no una dignidad aislada sino enmarcada dentro de la comunidad”*. op.cit., pag. 178.

<sup>19</sup> Sentencia recaída en el expediente N° 008-2003-AI/TC

<sup>20</sup> LOBATO GÓMEZ, Miguel. Propiedad privada del suelo y derecho a edificar. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1989, pag. 578.

Sin embargo, no debemos olvidar que el derecho a la propiedad está también reconocido como un derecho fundamental, cuya dimensión individual e institucional se ve garantizada, especialmente en el ámbito de la Administración Pública, por una actuación estatal desarrollada dentro del marco de los principios de seguridad jurídica y de legalidad, principios que, tal como lo señala el Tribunal Constitucional, forman *"parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho"*, por cuanto *"la predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad"*, manifestándose *"en la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del derecho"*<sup>21</sup>.

En este plano, resulta necesario que la legislación establezca con claridad las limitaciones que se imponen a la propiedad y, por ende, los alcances de las potestades públicas; por lo que resulta exigible que las leyes contengan suficientes referencias normativas, de orden formal y material, para generar previsibilidad y certeza sobre lo que, en su aplicación significa una correcta actuación administrativa y, en su caso, para contrastar y remediar las eventuales irregularidades, arbitrariedades o abusos<sup>22</sup>.

En ese sentido, corresponde también a la Defensoría del Pueblo verificar si la actuación de los poderes públicos se ha desplegado dentro del marco legalmente establecido, y de ser necesario, si este marco normativo es acorde con lo que los principios de seguridad jurídica y legalidad exigen como garantía del derecho a la propiedad.

En resumen, el rol que compete la Defensoría del Pueblo en su tarea de defensa de los derechos fundamentales de la persona y de la comunidad, es supervisar que en caso como el presente, la intervención estatal contribuya a la efectividad de los derechos relacionados con el patrimonio cultural y el medio ambiente, sin lesionar la esfera individual del derecho a la propiedad.

## **5.2. Sobre la protección del patrimonio arqueológico.**

En materia de bienes culturales inmuebles, la doctrina<sup>23</sup> reconoce que la regulación de protección del patrimonio cultural debe atender tres aspectos importantes:

- a) El carácter indeterminado de la definición de bien cultural, que exige, en aras de la seguridad jurídica, de procedimientos que determinen cuándo se trata de un bien histórico, puesto que sin éstos el bien cultural no existiría como realidad jurídica, por ende, ninguna intervención estatal estaría jurídicamente habilitada.
- b) Los alcances de la tutela jurídica, que no sólo incluye aquellas áreas que en su unidad resultan portadoras de un interés digno de preservación, sino también la ampliación de ésta al espacio más amplio en el que dichas áreas se insertan. Ello explica que en lo concerniente a la determinación de los bienes amparados por la legislación del patrimonio arqueológico, se incluya los bienes que se someten a un régimen jurídico

<sup>21</sup> Sentencia recaída en el Exp. N° 0016-2002-AI/TC, publicada el 15 de mayo del 2003

<sup>22</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. "El derecho de propiedad y proyecto de ley de reforma de la ley del suelo". En: Derecho Urbanístico Local. Editorial CIVITAS S.A, Madrid, 1992, pag. 83.

<sup>23</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, M. Concepción. "Discrecionalidad administrativa y patrimonio histórico". En: Discrecionalidad administrativa y control judicial. Editorial Civitas, Madrid, 1996, pag. 283.

singular en atención a sus valores intrínsecos, y aquellos otros en los que la atención que el poder público les dispensa se deriva no de los propios intereses que poseen sino de su conexión o relación con aquellos.

- c) La estrecha vinculación con la legislación urbanística, por cuanto la declaración de un bien de interés cultural comporta una serie de medidas de protección, entre la cuales figura el sometimiento de los particulares ante la autoridad administrativa encargada del patrimonio cultural, a la cual compete autorizar previamente, por ejemplo, proyectos de edificación<sup>24</sup>.

En tal sentido, es posible sostener que la determinación precisa del bien cultural materia de protección y de su entorno, constituye la condición fundamental no sólo para oponerlo legítimamente frente a otros derechos, sino para habilitar la intervención estatal posibilitando así el cumplimiento de su deber de protección.

La Ley Nº 24047, Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación – norma vigente a la fecha de tramitación de los procedimientos seguidos por KAINOS<sup>25</sup>-, reguló tales aspectos. Así, sus artículos 1º y 2º establecían que eran bienes culturales los expresamente declarados como tales y aquellos que se presumían por su importancia artística, científica, histórica y técnica. Por su parte, el artículo 4º exigía que la condición de bien inmueble del Patrimonio Cultural de la Nación debía ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble consignando las restricciones y limitaciones de uso correspondientes en cada caso, precisando además que la protección de los bienes culturales inmuebles comprendía *“el suelo y subsuelo en que se asientan, los aires y el marco circundante en la extensión técnicamente necesaria para cada caso”*.

Respecto a la vinculación con la legislación urbanística, el artículo 12º de la Ley prescribía que *“los planes de desarrollo urbano y rural, los de obras públicas en general y los de construcción o restauración privada que de un modo y otro se relacionen con un bien cultural inmueble, serán sometidos por la entidad responsable de la obra a la autorización previa del Instituto Nacional*

---

<sup>24</sup> CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. Instituciones de derecho urbanístico. Editorial Montecovo S.A. Madrid, 1989, pag. 522.

<sup>25</sup> La Ley Nº 24047 fue publicada el 05 de enero de 1985 y estuvo vigente hasta el 22 de julio de 2004. El 06 de diciembre del 2001 se publicó la Ley Nº 27580, mediante la cual se dispuso medidas de protección que debe aplicar el INC para la ejecución de obras de edificación. Según su exposición de motivos, esta norma se dictó por considerar que la Quinta Disposición Transitoria de la Ley Nº 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, habría derogado tácitamente la obligación contenida en el artículo 12º de la Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación, de contar con autorización del INC para la obtención de la licencia de construcción, puesto que no contemplaba tal requisito. Este razonamiento podría llevar a inferir que con relación a los trámites de aprobación de habilitaciones urbanas también se habría derogado tácitamente la obligación de contar con la autorización del INC para dicho procedimiento, puesto que la Ley General de Habilitaciones Urbanas – Ley Nº 26878, al señalar los documentos que deben presentarse para obtener la habilitación urbana, tampoco hace mención a la autorización del INC. La especialidad de la normativa referida a la protección del patrimonio cultural y la dimensión constitucional de su objeto no nos permiten compartir tal razonamiento, puestos que las modificaciones que la Ley de Regularización de Edificaciones y Ley General de Habilitaciones Urbanas establecieron en sus respectivos regímenes sólo están relacionadas con aspectos urbanísticos.

*de Cultura*", sancionando con nulidad las licencias otorgadas que carecen de dicha autorización<sup>26</sup>.

Interpretadas sistemáticamente las referidas normas, es posible afirmar que toda actividad urbanística (de planeamiento, urbanización y construcción) que se hubiere realizado sobre un bien cultural inmueble o sobre un inmueble ubicado en su área circundante, se encontraba sometida a la intervención del INC.

En este marco, la intervención del INC sobre la actividad urbanística desplegada en el inmueble de propiedad de la empresa KAINOS, constituye uno de los aspectos materia de análisis en el presente caso, por la proximidad de dicho predio con la denominada huaca Huantinamarca; por ser necesario determinar si su intervención era exigible y si producida ésta, se realizó dentro de los parámetros normativos antes señalados.

### **5.2.1 La situación jurídica de la huaca Huantinamarca y la problemática relacionada con la definición de su entorno o marco circundante.**

De acuerdo a la información documental proporcionada por la Dirección Nacional del INC<sup>27</sup>, el único resto arqueológico ubicado en la zona es la huaca Huantinamarca, la cual se encuentra registrada en el Inventario de Monumentos Arqueológicos del Perú, declarada Patrimonio Cultural de la Nación mediante Resolución Directoral Nacional N° 233/INC de fecha 27 de marzo de 2002, con un área de 1,200 m<sup>2</sup>. De acuerdo a la Partida N° 11487207, el citado bien cultural no se encuentra inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, tal como lo exigía el artículo 4° de la Ley N° 24047, a efecto de consignar las restricciones y limitaciones de uso correspondientes.

De la referida documentación se evidencia también que el inmueble de propiedad de la inmobiliaria KAINOS, habilitado y edificado, no se encuentra dentro del área ocupada por el mencionado inmueble cultural.

En efecto, la División de Revisión de Diseño de la Dirección de Habilitaciones Urbanas de la Municipalidad Metropolitana de Lima, ha informado a la Defensoría del Pueblo que los restos arqueológicos identificados no se encontraban dentro del área respecto de la cual se solicitó la habilitación urbana<sup>28</sup>. Esta información fue corroborada por la Secretaría General del Concejo de la misma comuna<sup>29</sup>, que al informar sobre la necesidad de intervención del INC en el referido procedimiento, consideró que ésta *"es exigible solo cuando el terreno materia de Habilitación Urbana, se ubica en zona Arqueológicas; presupuesto que no ocurre en el presente*

---

<sup>26</sup>La Ley N° 27580 dispuso que en caso de obras **"que se relacionen con todo bien cultural inmueble previamente declarado**, requiere para su inicio la autorización previa del Instituto Nacional de Cultura". La Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, publicada el 22 de julio del 2004 y vigente a la fecha, derogó la Ley N° 24047, establece en su artículo 22° inciso 1) que toda obra **"que involucre un bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación**, requiere para su ejecución de la autorización previa del Instituto Nacional de Cultura", siendo nulas las licencias que se otorguen sin este requisito.

<sup>27</sup> Oficio N° 1121-2004-INC/DN

<sup>28</sup> Esta información fue proporcionada por la señora María Antonieta Proaños, Jefa de dicha dirección, en reunión sostenida el 27 de octubre de 2004.

<sup>29</sup> Oficio N° 2698-2004/MML/GM

caso" (sic), señalando que la huaca Huantinamarca "*se encuentra equidistante del área materia del procedimiento administrativo de Habilitación Urbana (...)*" (sic)<sup>30</sup>.

Con relación al área edificada, la Dirección Nacional del INC ha señalado que la distancia existente entre la huaca Huantinamarca y el límite del terreno en cuestión es de 290 m. aproximadamente, por lo que "*concluye que el área evaluada no involucra al citado monumento arqueológico*", precisando que "*donde hoy se ubica la inmobiliaria KAINOS SAC, no se aprecia ningún montículo o elevación que indique la existencia de restos arqueológicos, comprobándose de esta manera que la Huaca Huantinamarca, la Huaca Rosada y el Complejo Maranga se encuentran fuera de la actual zona de construcción*" (sic).

Como se puede advertir, el terreno habilitado y edificado no se encontraba dentro del área de la Huaca Huantinamarca, situación que ha motivado que tanto la Municipalidad de Lima como la Municipalidad de San Miguel, no consideraran exigible contar con la intervención previa del INC.

No obstante, un aspecto no resuelto está referido al marco circundante del referido bien cultural, por cuanto existe reiterada documentación que ha sustentado la intervención del INC a partir del potencial arqueológico del distrito<sup>31</sup> y la colindancia del inmueble de KAINOS<sup>32</sup>.

Como se ha señalado, el artículo 4° de la Ley 24047 establecía además que la protección de los bienes culturales inmuebles comprendía también su *marco circundante*, debiendo las obligaciones de la administración recaer por imperativo legal tanto sobre el bien histórico, como sobre el entorno que lo envuelve. Sin embargo, al establecer que este marco circundante debe determinarse "*en la extensión técnicamente necesaria para cada caso*", remite dicha tarea a la Administración.

Sobre este aspecto, resulta conveniente señalar que la doctrina reconoce que los problemas de la noción de entorno no residen tanto en su definición misma, cuanto en el terreno de su aplicación práctica. Ello porque si bien es posible definir el entorno – pese a que alguna legislaciones no lo hacen- en función de su finalidad, como aquel espacio que sin ser portador de un valor cultural ejerce una influencia directa sobre la conservación y el disfrute de áreas que sí lo poseen<sup>33</sup>; su concreción resulta difícil, de ahí que la legislación se vea forzada a remitir su delimitación a un posterior juicio por parte de la administración pública, siendo las normas o actos a nivel administrativo los que fijan para cada bien cultural cuál es esa zona de influencia<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Sobre el particular, cabe señalar que en la documentación proporcionada por la Dirección Nacional del INC se encuentra el plano del casco urbano del distrito de San Miguel, según el cual la distancia existente entre la mencionada huaca y el terreno objeto del procedimiento de habilitación urbana es de 131 m.

<sup>31</sup> Así lo señala por ejemplo, la Directora de Arqueología del INC en el oficio N° 480-204-INC/DREPH/DA-D que remite a la Municipalidad de San Miguel, por el cual solicitando información sobre la construcción del centro comercial TOTTUS, sostiene la necesidad de la *autorización previa del Instituto Nacional de Cultura*, "estimando el potencial arqueológico del distrito".

<sup>32</sup> En el Informe N° 214-2004-INC/DREPH/DA/SDSP-FGH que da cuenta de la inspección realizada por personal del INC en la Huaca Huantinamarca, el arqueólogo encargado recomienda solicitar a CMR Falabella el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos "*toda vez que está procediendo a la remoción de terrenos, más aún considerando que se trata de una zona colindante con una serie de monumentos arqueológicos*".

<sup>33</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, M. Concepción. op. cit., pp. 306-308

<sup>34</sup> Ibid., op. cit., pag. 309.

La doctrina reconoce además que esta concreción es fundamental desde el punto de vista jurídico, toda vez que sólo a partir de ella el bien quedará sometido al estatuto jurídico que la legislación histórico cultural imponga, adquiriendo por consiguiente la protección debida<sup>35</sup>. Como se advierte, la doctrina exige la predeterminación del bien y su entorno como condición de oponibilidad frente a otros derechos.

Los apuntes doctrinarios antes reseñados permiten apreciar que las determinaciones establecidas por la Ley N° 24047, en sí mismas razonables, resultan, sin embargo, imprecisas puesto que no dotan de una definición o contenido mínimo de lo que involucra el entorno, que permita el cumplimiento del deber de protección del patrimonio cultural y a la vez garantice los derechos que podrían verse limitados, como el derecho a la propiedad; situación que en el presente caso queda evidenciado.

En efecto, no existe norma o acto administrativo alguno que establezca el área de entorno o marco circundante de la huaca Huantinamarca, y que por ende, determine el estatuto jurídico de protección al que quedan sometidos los inmuebles que se ubican en su alrededor. Es más, de acuerdo a lo informado por la Dirección Nacional del INC<sup>36</sup>, los criterios que se emplean para tal fin no se encuentran predeterminados en los actos que declaran el interés cultural de un bien, sino se remiten a un estudio documental y de campo posterior.

En el caso de la huaca Huantinamarca, la Resolución Directoral Nacional N° 233/INC que la declaró Patrimonio Cultural de la Nación, encargó a la Dirección General de Patrimonio Arqueológico la elaboración de los Planos de Delimitación de la Zona Arqueológica, y dispuso su posterior inscripción en Registros Públicos. Sin embargo, en el caso del inmueble de KAINOS, la Partida N° 11487205 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Oficina Registral de Lima y Callao no consigna carga alguna relacionada con dicha delimitación, ni la información proporcionada por el INC demuestra el cumplimiento de dichas tareas.

Las consecuencias generales de la imprecisión normativa y del incumplimiento de las tareas administrativas, son fácilmente deducibles. Al no contar con un marco predeterminado de actuación que habilite legítimamente la intervención estatal, se debilita la efectiva protección del patrimonio cultural, puesto que el entorno podría quedar expuesto al uso inadecuado por parte de los particulares afectando con ello la conservación del bien cultural protegido.

Asimismo, se afecta el derecho a la propiedad, que al depender de la oportunidad y la discrecionalidad administrativas se ve expuesto a la arbitrariedad estatal y a la inseguridad jurídica. Sería conveniente exigir a la Administración, la fijación con carácter general, y hasta allí donde le sea posible, de los criterios de intervención sobre los bienes inmuebles de importancia cultural, de tal forma que se limite el margen de valoración de la Administración al momento de autorizar o no determinada actividad urbanística.

Las consecuencias para el caso concreto, conducen a la constatación del incumplimiento de los deberes de función del INC relacionados con la delimitación del área correspondiente al marco

---

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Resulta pertinente recordar que mediante Oficio N° 1121-2004-INC/DN, la Dirección Nacional del INC informó a la Defensoría del Pueblo que para determinar si un inmueble se encuentra relacionado o vinculado a un monumento arqueológico, se realiza un estudio de los antecedentes documentales que se encuentran en el archivo de la institución, así como el reconocimiento de campo por arqueólogos.

circundante de la Huaca Huantinamarca, lo que a su vez hace imposible determinar si las obras de habilitación o edificación en cuestión afectan o no su entorno, incidiendo en su efectiva protección y del derecho constitucional que lo justifica.

Pero además, permiten afirmar la no exigibilidad de la intervención del INC en la realización de dichas obras, puesto que el área en que éstas se han efectuado – por no corresponder al área ocupada por un bien cultural inmueble o su espacio circundante – no se encuentra sometida a estatuto jurídico alguno de protección.

### **5.2.2. La intervención del INC y la exigibilidad e idoneidad del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos- CIRA.**

Sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, consideramos necesario realizar un análisis sobre la intervención del INC materializada a través de la emisión de los CIRA's N° 2004-0131 y N° 02545, certificados que dan cuenta de la inspección del íntegro del terreno de propiedad de KAINOS, y que fueron emitidos luego de verificar que no existen restos arqueológicos en la superficie.

El régimen por medio del cual el INC regula la emisión del CIRA se encuentra en el Reglamento de Investigaciones Arqueológicas, aprobado por Resolución Suprema N° 004-2000-ED (actualmente vigente). Esta norma establece en su artículo 65° que únicamente se emitirá un CIRA *"después de ejecutado el Proyecto de Evaluación Arqueológica de Reconocimiento (...)"*<sup>37</sup>. De acuerdo al artículo 5° de dicho reglamento, el *Proyecto de Evaluación Arqueológica* es un tipo de investigación originado por la afectación de obras públicas, privadas o causas naturales, es decir, trabajos producidos en el marco del desarrollo de proyectos productivos, extractivos y/o de servicios; siendo su objetivo la evaluación y la investigación, con el objeto de proteger el patrimonio arqueológico e histórico nacional.

De acuerdo a la información proporcionada a la Defensoría del Pueblo, la intervención del INC en el referido inmueble se impulsó a partir del Informe N° 214-2004-INC/DREPH/DA/SDSP-FGH emitido con motivo de la inspección realizada en respuesta a la denuncia presentada por COPLAN.

En el referido informe, el arqueólogo responsable señaló que *"sería conveniente que en el área donde se viene construyendo la tienda Tottus (de la empresa CMR Falabella), se solicite oficialmente si cuenta con el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos, toda vez que están procediendo a la remoción de terreno, más aún considerando que se trata de una zona colindante con una serie de monumentos arqueológicos"* (sic); por lo que recomendó que se solicitara a la empresa CMR Falabella y a la Municipalidad de San Miguel información sobre el trámite del CIRA y de la licencia de construcción para la obra que se venía ejecutando.

Este informe motivó que la Dirección de Arqueología del INC remitiera oficios a CMR<sup>38</sup> Falabella<sup>39</sup> y a la Municipalidad Distrital de San Miguel<sup>40</sup> solicitando información sobre el

<sup>37</sup> Se señala en esta norma que en caso el área sea menor de 5 ha. la supervisión será hecha directamente por la Dirección General de Patrimonio Arqueológico, caso contrario deberá presentarse un proyecto de evaluación arqueológica, que será evaluado por la Comisión Nacional Técnica de Arqueología.

<sup>38</sup> Cabe señalar que dicha empresa que no es titular del predio ni de la edificación.

<sup>39</sup> Oficio N° 481-2004-INC/DREPH/DA-D, del 25 de mayo de 2004.

procedimiento de otorgamiento de la licencia de construcción y la previa autorización del INC, mediante la expedición del CIRA.

Sin embargo, la Defensoría del Pueblo ha podido advertir que ninguna de las observaciones contenidas en el Informe N° 214-2004-INC/DREPH/DA/SDSP-FGH, que daban cuenta de los daños que se venían ocasionando a la huaca Huantinamarca, estaban referidos a las obras realizadas en el inmueble de KAINOS<sup>41</sup>, además de que las recomendaciones contenidas en el citado informe y la posterior exigencia por parte de la Dirección de Arqueología del INC, carecían de sustento jurídico, puesto que el inmueble, habilitado y edificado, no se encontraba en el área de la referida huaca, ni su entorno estaba empírica y jurídicamente predeterminado; basándose por tanto, sólo en una apreciación subjetiva de entorno.

De otro lado, de acuerdo a la información proporcionada por el INC y la documentación recopilada, para dicha entidad la autorización que emite para la realización de obras en predios vinculados o relacionados con bienes inmuebles declarados como patrimonio cultural, se materializa en el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos - CIRA. Por lo que conviene efectuar algunas precisiones respecto a idoneidad de este certificado como técnica administrativa empleada para dar cumplimiento a las exigencias establecidas por la Ley N° 24047 (y a las normas actualmente vigentes en la materia) , a partir de la distinción doctrinaria de las técnicas administrativas de autorización y certificación, así como del cumplimiento de la finalidad de la intervención del INC.

Al respecto, la técnica de autorización supone un *"acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad"*<sup>42</sup>, una manifestación de voluntad que se materializa mediante un permiso o licencia, y que importa un juicio de valor relacionado con la comprobación que la Administración efectúa acerca de la actividad solicitada, ya sea para remover límites o levantar prohibiciones<sup>43</sup>. Por su parte, la certificación es una técnica al servicio de la información o de la publicidad de datos o hechos de los que se tenga constancia fehaciente, y que, por ende, no importa un juicio de valor<sup>44</sup>. Las Leyes N° 27047, N° 27580 y N° 28296 –esta última actualmente vigente – no exigen la certificación sino la autorización del INC<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Oficio N° 480-204-INC/DREPH/DA-D.

<sup>41</sup> Todas las observaciones se realizaron en función del terreno ocupado por la FIP y no por KAINOS. Así, se señaló por ejemplo que:

- El monumento presenta huellas de cortes que han ocasionado la reducción de su extensión original.
- Presenta un cerco de metal, colocado a 1.50 m. de distancia del monumento, que cerca al mismo por los lados sur, este y oeste.
- Por el lado norte, si bien no se encuentra cercado, es precisamente en este sector donde el monumento ha sufrido recortes que afectan seriamente la estructura del monumento, debido a la construcción del auditorio de la Feria del Pacífico.
- *Otro aspecto negativo que está afectando el monumento es que es el espacio que separa el cerco del monumento se ha sembrado césped y otras plantas, cuyo riego ocasiona que las bases del monumento se vean afectadas por la humedad, poniendo en riesgo la estabilidad del mismo.*

<sup>42</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Civitas, Madrid. 1999. Tomo II, pag.135.

<sup>43</sup> BERMEJO VERA, José. Derecho Administrativo. Parte especial. 5ta. edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001, pag. 60.

<sup>44</sup> CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. "La consulta urbanística previa a la solicitud de licencia. En: Derecho Urbanístico Local. Editorial Civitas S.A, Madrid, 1992, pp. 338-342.

<sup>45</sup> Resulta oportuno efectuar un comentario sobre la exigencia de autorización previa del INC que imponía la Ley N° 24047 para los casos de los planes de desarrollo urbano, por cuanto, dada naturaleza pública de éste, al no



Este aspecto es congruente con el objeto y la finalidad de la intervención del INC que prescriben dichas normas, por cuanto lo que se pretende es que el INC evalúe si los proyectos de obras cumplen con las limitaciones que la protección del inmueble cultural y su entorno imponen, a fin de remover las limitaciones o levantar las prohibiciones que la normativa cultural haya establecido. La finalidad de protección y conservación del bien cultural previamente declarado y delimitado, no se agota en la certificación de existencia o inexistencia de restos arqueológicos.

Lo expuesto nos lleva a concluir que el CIRA (en tanto instrumento) ni los procedimientos establecidos para su emisión constituyen la actividad administrativa idónea para el cumplimiento de los deberes constitucionales y legales de protección y de conservación del patrimonio cultural.

### **5.2.3. El papel del ordenamiento urbanístico en la protección del patrimonio cultural. El deber de coordinación entre las municipalidades y el INC.**

Tanto la Constitución como la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, asignan a las municipalidades competencias en materia de protección del patrimonio cultural. Así, en desarrollo del inciso 7) del artículo 193° de la Constitución, la Ley N° 27972, establece la competencia de las municipalidades para *“promover la protección y difusión del patrimonio cultural dentro de su jurisdicción, y la defensa y conservación de los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos, colaborando con los organismos regionales y nacionales competentes para su identificación, registro control, conservación y restauración”*<sup>46</sup>

Si bien el Tribunal Constitucional ha establecido que la protección del Patrimonio Cultural de la Nación trasciende la circunscripción territorial dentro de la cual las municipalidades ejercen sus competencias, justificando las competencias otorgadas legalmente al INC, el mismo colegiado ha precisado que en materia de protección y preservación del patrimonio cultural inmueble existe una competencia compartida entre el INC y los gobiernos locales<sup>47</sup>.

Por la naturaleza de la competencia en la materia es posible sostener que existe un deber de coordinación o articulación entre el INC y los gobiernos locales, que viene impuesto por nuestro ordenamiento constitucional. Legalmente, este deber ha sido destacado por Ley N° 27721<sup>48</sup> y ratificado por la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, actualmente vigente.

Para la materialización de dicho deber es importante considerar uno de los ámbitos de mayor trascendencia del gobierno local: la planificación urbana. La doctrina unánimemente admite el hecho de que no puede haber protección del patrimonio cultural fuera del marco de la

---

operar como una limitación y exigencia sobre los particulares, lo hacía sobre el organismo competente, es decir las municipalidades. En este caso la técnica de autorización resulta discutible por su naturaleza jurídica aludida. Tratándose de relaciones interadministrativas, la técnica adecuada sería la coordinación.

<sup>46</sup> el inciso 12) del artículo 82°.

<sup>47</sup> Sentencia recaída en el Exp. N° 007-2002-AI/TC

<sup>48</sup> Ley publicada el 14 de mayo de 2002, que declaró de interés nacional el inventario, catastro, investigación, conservación, protección y difusión de los sitios y zonas arqueológicas del país, y que entre otras entidades señaló como cooperantes obligatorios a los Ministerios y a las municipalidades distritales y provinciales.

planificación urbanística<sup>49</sup>, y en un plano más amplio, de la ordenación territorial<sup>50</sup>; lo cual la lleva a afirmar, inclusive, que las técnicas al servicio de éstas cuentan no ya con la posibilidad sino con el deber de proceder desde su propio ámbito, a la adopción de cuantas medidas sean necesarias para preservar ese territorio en el que se insertan los conjuntos históricos, así como los conjuntos mismos<sup>51</sup>.

Este aspecto resulta relevante para destacar las responsabilidades que correspondieron a la MML y MDSM en los diversos procedimientos materia del presente caso. Según la información proporcionada a la Defensoría del Pueblo, dichas municipalidades consideraron que los proyectos urbanísticos presentados por KAINOS no guardaban relación alguna con la huaca Huantinamarca. Ello explica que no hayan impuesto a dichos proyectos limitación alguna relacionada con la protección y conservación del patrimonio cultural.

Sin embargo, un hecho que llama la atención de la Defensoría del Pueblo, es que lo señalado por las mencionadas municipalidades no se encuentra sustentado en disposiciones urbanísticas de carácter general o en el contenido específico de sus planes urbanos, lo que hace presumir que tales instrumentos no contienen en la actualidad medidas dirigidas a preservar el espacio en el que se encuentra inserta la huaca Huantinamarca.

Por ello, en aras de la eficaz articulación de la tutela cultural con la gestión urbanística, resultaría conveniente que los planes sectoriales referentes al patrimonio cultural inmueble, se coordinen e integren dentro de los planes territoriales, respetando la competencias técnicas específicamente atribuidas.

Un aspecto final a abordar, a propósito del planeamiento urbano y el citado deber de coordinación, está relacionado con la exigibilidad de la autorización previa por parte del INC respecto de la propuesta de planeamiento integral presentada por KAINOS en el procedimiento de habilitación urbana.

Como se ha señalado en los antecedentes del presente informe, las Ordenanzas N° 311 y N° 329 de la MML, impusieron a la FIP la obligación de presentar en el procedimiento de habilitación urbana una propuesta de Planeamiento Integral sobre el conjunto del campo ferial, obligación que asumió KAINOS para habilitar parte del área de dicho campo ferial. Como la propuesta de planeamiento integral debería efectuarse sobre el total del área del terreno de propiedad de la FIP, incluyendo el área ocupada por la huaca Huantinamarca, es evidente que dicho planeamiento incidía sobre ésta.

Considerando que el artículo 12° de la Ley N° 24047 también sometía a *“los planes de desarrollo urbano”* a la autorización previa del INC, conviene señalar que la citada norma obligaba a *“la entidad responsable de la obra”*<sup>52</sup> seguir el citado procedimiento previo. De allí

---

<sup>49</sup> CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. Instituciones de derecho urbanístico. Editorial Montecorvo S.A. Madrid, 1989, pag. 524. RAMON FERNANDEZ, Tomás. Manual de Derecho Urbanístico. 12ª Edición, Publicaciones Abella, Madrid 1997, pp. 211-215.

<sup>50</sup> PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso. La ordenación del territorio. Una encrucijada de competencias planificadoras. En: Revista de Administración Pública. N° 147, septiembre- diciembre 1998, pp. 106-107

<sup>51</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, M. Concepción. op. cit., pag. 308

<sup>52</sup> Más allá de la ambigüedad en la que incurre la citada norma al dar carácter de “obra” a los planes de desarrollo urbano, debemos recordar los cuestionamientos a su vigencia desarrollados en la nota 25.

que resulta relevante recordar que la planificación o planeamiento urbano constituye una competencia que viene atribuida a las municipalidades por la Constitución<sup>53</sup> y, por ende, es una función pública y no una obligación exigible a los administrados. Por tanto, que la administración municipal exija a éstos la presentación de determinados proyectos o propuestas de planeamiento específicos, como es el caso del planeamiento integral en el presente caso, no la exime de la función y la responsabilidad que le corresponde<sup>54</sup>.

En consecuencia, a juicio de la Defensoría del Pueblo, no existía obligación legal para la empresa KAINOS de someter su proyecto de planeamiento integral a la autorización del INC, sino que correspondía a la MML haberlo coordinado con el INC previamente a su aprobación. De acuerdo a la información documental recabada en la presente investigación la MML realizó diversas acciones para poner en conocimiento del INC tanto la propuesta como el plan aprobado, sin que el INC haya efectuado observación alguna<sup>55</sup>.

### **5.3. Sobre la protección del medio ambiente. La responsabilidad estatal de la aprobación de los EIA y la insuficiencia de la normatividad vigente.**

De la información proporcionada a la Defensoría del Pueblo por las diversas entidades involucradas, se advierte que existen contradicciones importantes en torno a la definición de la autoridad competente para la revisión y aprobación del EIA presentado por KAINOS. Mientras para el CONAM y las municipalidades de Lima y de San Miguel, la entidad competente era el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, para dicho ministerio esta tarea correspondía a la MML.

Sin embargo, se aprecia también cierta confusión respecto a los alcances de la exigibilidad del EIA para proyectos como el realizado por KAINOS. Así se advierte de los argumentos sostenidos por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento según los cuales carece de competencia *"para aprobar los Estudios de Impacto Ambiental en actividades comerciales (...)"* y, en general, *"(...) en tanto no se apruebe el Reglamento de la Ley N° 27446"*.

Por ello, resulta pertinente referirnos a los alcances de la normativa vigente en lo que respecta a la determinación tanto de la autoridad competente para la revisión y aprobación de los EIA como de las actividades sujetas a la exigibilidad de evaluación de impacto ambiental.

---

<sup>53</sup> el inciso 5) del artículo 193° de la Constitución establece que las municipalidades tienen competencia para planificar el desarrollo urbano.

<sup>54</sup> Conviene reiterar el comentario efectuado en la nota 45, respecto a la exigencia de autorización previa del INC que imponía la Ley N° 24047 para los casos de los planes de desarrollo urbano.

<sup>55</sup> Así, mediante oficio N° 292-2004-MML-DMDU-DHU de fecha 28 de mayo de 2004, la Dirección de Desarrollo Urbano y de Habilitaciones Urbanas remitió a la Dirección General de Patrimonio Arqueológico del INC *"el planeamiento integral por aprobarse"*. Dicha comunicación fue reiterada mediante oficio N°1665-2004-MML-DMDU, una vez aprobado dicho planeamiento integral, a efecto que el INC emitiera pronunciamiento sobre la afectación que tal planeamiento podría tener sobre la huaca Huantinamarca. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que en el Oficio N° 2698-2004/MML/GM, la Secretaría General del Concejo de la Municipalidad Metropolitana de Lima, al señalar que la intervención del INC no era exigible para el procedimiento de habilitación urbana, añade también que el área ocupada por la huaca Huantinamarca tampoco era afectada *"por el trazo de las vías del Planeamiento Urbano"*.

### 5.3.1. La naturaleza jurídica del EIA, la responsabilidad estatal de su aprobación y la determinación de la autoridad competente en nuestro ordenamiento jurídico.

Es preciso señalar en principio, que la doctrina define a la evaluación del impacto ambiental como un mecanismo de valoración de incidencia o de viabilidad ambiental de los proyectos públicos y privados<sup>56</sup>, reconociendo su importancia como medida protectora de carácter preventivo<sup>57</sup>. De allí que dentro de la clasificación de acciones o medidas legales que se adoptan para la protección del medio ambiente, se reconozca en ésta una modalidad de *acción administrativa ex ante a iniciativa estatal*, por la cual la autoridad competente, sin decidir actuar, establece normas que exigen que quien va a desarrollar una actividad debe cumplir previamente con ciertos requisitos que acrediten las seguridades necesarias para autorizarla<sup>58</sup>.

En este orden de ideas, el EIA es el instrumento que materializa dicha evaluación, y si bien su realización suele imponerse como obligación al titular del proyecto público o privado, su revisión y aprobación recae, por su naturaleza, siempre en la administración estatal<sup>59</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, los Estudios de Impacto Ambiental estuvieron inicialmente regulados en el Código de Medio Ambiente<sup>60</sup>. Actualmente, la evaluación ambiental se encuentra regulada por la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, publicada el 23 de abril de 2001. Conforme a su naturaleza jurídica, tanto las disposiciones del referido código como de la Ley N° 27446 han impuesto a los particulares la obligación de la elaboración de los EIA<sup>61</sup>, pero hacen recaer la responsabilidad de su revisión y aprobación en la administración estatal.

Esta última afirmación se encuentra corroborada por los artículos 11° y 12° de la citada ley, que al regular la revisión y la aprobación de los estudios establecen que éstas corresponden a la "autoridad competente".

Respecto a la determinación de las autoridades competentes para emitir la certificación ambiental, es decir, aprobar los EIA, la Ley N° 27446 dispone que debe entenderse como tales

---

<sup>56</sup> JORDANO FRAGA, Jesús. "El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva" En: Revista de Administración Pública N° 145, enero – abril 1998, pag. 171.

<sup>57</sup> CANOSA USERA, Raúl. Constitución y Medio Ambiente. Jurista Editores, Lima 2004, pag. 226

<sup>58</sup> Las alternativas legales adoptadas para la protección del medio ambiente son clasificadas por la doctrina en función al criterio de oportunidad de ejercicio de la acción, es decir, atendiendo al momento de producción del daño, como *acciones ex ante* y *acciones ex post*; y en función de quién tiene la iniciativa para adoptar las medidas frente al daño ocasionado o por ocasionarse, como *acciones de iniciativa privada* y *acciones de iniciativa estatal*. Cfr. BULLARD, Alfredo y FONSECA, Yashmin. "Alternativas para la protección legal de los derechos ambientales en el marco del desarrollo sustentable". En: Derecho y Ambiente. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997. p. 215.

<sup>59</sup> En la legislación española, por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 1302/1986, ampliado por el Real Decreto Ley 9/2000, impone la obligación de efectuar el estudio de impacto ambiental en todos los proyectos públicos y privados, insertándose el análisis del impacto en un procedimiento de autorización que tramita la administración pública competente para tal autorización o aprobación.

<sup>60</sup> Con las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada.<sup>o</sup>

<sup>61</sup> De acuerdo al artículo 10.2 de la Ley N° 27446, el estudio de impacto ambiental deberá ser elaborado por entidades autorizadas que cuenten con equipos de profesionales de diferentes especialidades con experiencia en aspectos de manejo ambiental, cuya elección es de exclusiva responsabilidad del titular o proponente de la acción quien asumirá el costo de su elaboración y tramitación. El artículo 10.3 de la citada ley prescribe que las autoridades competentes deberán establecer un registro de entidades autorizadas para la elaboración de estudios de impacto ambiental.

a las autoridades nacionales y sectoriales que poseen competencias ambientales, entendiendo como sector al ministerio correspondiente a la actividad que desarrolla la empresa proponente o titular del proyecto.

Dentro de este marco, si consideramos que según el artículo 2º de la Ley, se encuentran comprendidos dentro de su ámbito de aplicación los proyectos de inversión público o privado que impliquen actividades, construcciones u obras que puedan causar impactos ambientales negativos; la autoridad competente para revisar y aprobar los EIA que se elaboren con motivo de proyectos de construcciones y obras, es formalmente el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

Como lo hemos referido, en este mismo sentido se ha pronunciado el CONAM<sup>62</sup> y así lo asumieron las Municipalidades de Lima y de San Miguel a propósito del EIA presentado por KAINOS con motivo de su proyecto de edificación.

Sin embargo, conviene reparar en los argumentos esbozados por el referido ministerio para sustentar su no intervención, ya que éstos trascienden la definición de la autoridad competente, evidenciando vacíos y deficiencias en la normativa que no sólo inciden en la exigibilidad misma del EIA a la construcción realizada por KAINOS, sino en la necesidad de establecer reglas claras que garanticen la efectiva protección del medio ambiente y del derecho que lo fundamenta, así como la legítima limitación de los derechos fundamentales que se encuentren en oposición.

### **5.3.2 La falta de determinación normativa de los proyectos sujetos a EIA.**

El Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento no sólo ha sostenido su falta de competencia para aprobar el referido EIA, sino también ha afirmado para tal efecto la competencia de la MML, al amparo del inciso 1.4.7 del artículo 79º de la Ley Orgánica de Municipalidades – Ley N° 27972.

Respecto a los argumentos que sustentan su no competencia debemos señalar que, en efecto, si bien el artículo 2º de la Ley N° 27446 establece que se encuentran comprendidos dentro de su ámbito de aplicación los proyectos de inversión público o privado que impliquen actividades, construcciones u obras que puedan causar impactos ambientales negativos, señala también que éstos se determinarán según lo disponga el Reglamento. Es decir, la ley remite a su reglamento la determinación de los proyectos sujetos a la obligación de presentar un EIA, a través de un denominado “listado inclusión”<sup>63</sup>.

Sin embargo, a pesar de haber transcurrido más de tres años desde la publicación de dicha norma, a la fecha no se ha cumplido con aprobar su reglamento<sup>64</sup>. En esa medida, aún cuando se cuenta con una norma de alcance nacional que regula el contenido, la elaboración e

---

<sup>62</sup> Mediante Carta N° 2516-2004-CONAM/SE, dirigida a la Defensoría del Pueblo.

<sup>63</sup> El artículo 4.1º de la Ley refiere que “toda acción comprendida en el *listado de inclusión que establezca el Reglamento, según lo previsto en el artículo 2º de la presente Ley (...)*” debe sujetarse a la categorización de proyectos de acuerdo al riesgo ambiental.

<sup>64</sup> La Primera Disposición Final de la Ley N° 27446 establece que “*el Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros de los sectores involucrados con la presente norma, aprobará el reglamento de esta Ley, en un plazo que no excederá de 45 (cuarenta y cinco) días hábiles contados a partir de la publicación de la presente Ley*”

implementación de los EIA, así como la autoridad competente para su revisión y aprobación; no se ha especificado normativamente los proyectos sujetos a evaluación de impacto ambiental.

Aun cuando la disposición transitoria única de la Ley N° 27446 haya establecido que en tanto se expida el reglamento se deben aplicar las normas sectoriales correspondientes, de acuerdo a lo que el propio Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento ha informado a la Defensoría del Pueblo, en dicho sector no existen normas sectoriales que establezcan los proyectos que deben contar con un EIA.

Por lo tanto, pese a que formalmente el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento es el organismo competente para aprobar los EIA exigidos a los proyectos de construcción, sustantivamente no puede ejercer dicha atribución puesto que no se ha aprobado el reglamento ni existen normas sectoriales que establezcan los proyectos incluidos dentro del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, y como tales sujetos a evaluación de impacto ambiental.

De otro lado, respecto a la competencia de la MML para aprobar el EIA presentado por KAINOS en virtud del inciso 1.4.7 del artículo 79° de la Ley Orgánica de Municipalidades, cabe señalar que el mencionado dispositivo establece como una función específica de las municipalidades provinciales aprobar la regulación provincial respecto del otorgamiento de licencia y las labores de control y fiscalización de las municipalidades distritales en las materias reguladas por los planes urbanos, relacionados entre otros temas, a Estudios de Impacto Ambiental. Como se puede advertir, esta norma sólo otorga competencia a la municipalidad provincial para regular labores de control y fiscalización de las municipalidades distritales en materia ambiental, mas no para determinar competencias en materia de revisión y aprobación de EIA.

Como también lo hemos señalado, tanto la MML como la MDSM consideraron no ser las entidades competentes para revisar y aprobar el EIA en cuestión, asumiendo que dicha competencia correspondía al Ministerio de Vivienda.

La situación expuesta da cuenta de vacíos y contradicciones entre la propia administración, principalmente motivadas en deficiencias normativas en la materia, situación que permite corroborar la incertidumbre a la cual se expone a los administrados, vulnerando así los principios de seguridad jurídica y predictibilidad. El vacío normativo aludido evidencia también las deficiencias estatales para el efectivo cumplimiento de sus obligaciones de protección del medio ambiente.

Si bien en el presente caso no se han expuesto ni demostrado fundamentos de fondo que acrediten el impacto negativo producido por la edificación en cuestión, resulta evidente la necesidad de superar las deficiencias antes señaladas dada la naturaleza de los derechos fundamentales y los correspondientes deberes estatales involucrados.

## **VII. CONCLUSIONES**

1. La Constitución reconoce al patrimonio cultural y al medio ambiente sano y equilibrado como derechos fundamentales de la persona, estableciendo responsabilidades estatales de protección y promoción. A la vez el texto constitucional reconoce el carácter

fundamental del derecho a la propiedad, garantizándolo frente a la Administración Pública, al someter la actuación de ésta al marco de los principios de seguridad jurídica y de legalidad.

2. La legislación aplicable en materia de protección del patrimonio cultural exige la determinación precisa del bien cultural materia de protección y de su entorno, como condición necesaria para oponerlo legítimamente frente a otros derechos y para habilitar la intervención estatal. Se trata de someter a consideración del INC toda actividad urbanística (de planeamiento, urbanización y construcción) que corresponda a un bien cultural inmueble o sobre un inmueble ubicado en su área circundante, a la intervención del INC.
3. La huaca Huantinamarca fue declarada Patrimonio Cultural de la Nación mediante Resolución Directoral Nacional N° 233/INC de fecha 27 de marzo del 2002, y cuenta con un área de 1,200 m<sup>2</sup>. Sin embargo, no se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, por ende no consigna las restricciones y limitaciones de uso.
4. Se ha verificado que no existe norma o acto administrativo alguno que establezca el área de entorno o marco circundante de la huaca Huantinamarca, advirtiéndose que la Dirección General de Patrimonio Arqueológico no ha cumplido con las disposiciones establecidas en la Resolución Directoral Nacional N° 233/INC, que al declararla Patrimonio Cultural de la Nación, dispuso la elaboración de los Planos de Delimitación de las Zona Arqueológica, y su posterior inscripción en Registros Públicos.
5. Se ha advertido que la imprecisión normativa y el incumplimiento de las tareas administrativas para la determinación del entorno o marco circundante de los inmuebles de valor cultural, inciden en la efectividad de los derechos involucrados, debilitando por un lado la efectiva protección del patrimonio cultural y, por otro, sometiendo el derecho a la propiedad a una excesiva discrecionalidad administrativa.
6. El inmueble habilitado y edificado de propiedad de la inmobiliaria KAINOS no se encuentra dentro del área ocupada por la huaca Huantinamarca. Por ello, considerando además la falta de determinación administrativa del entorno de la citada huaca, no resultaba exigible la intervención del INC para la realización de dichas obras, puesto que el área en que éstas se han efectuado no se encuentra sometida a estatuto jurídico alguno de protección del patrimonio arqueológico.
7. El Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA) ni sus procedimientos constituyen instrumentos idóneos para regular la actividad administrativa orientada al cumplimiento de los deberes constitucionales y legales de protección y conservación del patrimonio cultural. Ello a partir de considerar que la técnica autorizatoria que la legislación exige a la Administración, así como la finalidad de protección y conservación del bien cultural previamente declarado y delimitado, no guarda correspondencia con la certificación de existencia o inexistencia de restos arqueológicos.
8. Tanto la Constitución como la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, asignan a estas entidades competencias en materia de protección del patrimonio cultural.

En el presente caso, las municipalidades de Lima y de San Miguel no impusieron limitación alguna a los proyectos presentados por KAINOS relacionada con la protección y conservación del patrimonio cultural, por considerar que dichos proyectos no guardaban relación alguna con la huaca Huantinamarca. Tales apreciaciones, al no encontrarse sustentadas en disposición urbanística ni en el contenido específico de sus planes urbanos, hace presumir razonablemente que los indicados instrumentos no contienen en la actualidad medidas necesarias para preservar el espacio en el que se encuentra inserta la huaca Huantinamarca.

9. La evaluación del impacto ambiental constituye una modalidad de *acción administrativa ex ante a iniciativa estatal*, medida protectora de carácter preventivo cuya responsabilidad recae en la administración estatal. Por ello, la revisión y la aprobación de los EIA, en tanto instrumentos que materializan dicha evaluación, siempre recae en alguna autoridad administrativa.
10. En nuestro ordenamiento jurídico, las autoridades competentes para aprobar los EIA, son las autoridades nacionales y sectoriales que poseen competencias ambientales, entendiéndose como sector al ministerio correspondiente a la actividad que desarrolla la empresa o entidad proponente. De acuerdo a la Ley N° 27446 corresponde aprobar los EIA al Ministerio del Sector en cuyo ámbito se desarrolla el proyecto. En consecuencia, la revisión y aprobación de los EIA que se elaboren con motivo de construcciones y obras, corresponde formalmente al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.
11. El Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento no puede ejercer la atribución de revisar y aprobar los EIA puesto que no se ha emitido el reglamento de la Ley N° 27446 ni existen normas sectoriales que establezcan el listado de inclusión, es decir, la relación de proyectos sujetos a evaluación de impacto ambiental. Pese a que ha transcurrido más de tres años desde la publicación de la referida ley, a la fecha el Poder Ejecutivo no cumple con la aprobación de dicho reglamento
12. Las insuficiencias normativas han generado contradicciones entre las distintas entidades de la administración central y local intervinientes, sometido a la incertidumbre a los administrados, pero sobretodo han hecho manifiestas las deficiencias estatales para el efectivo cumplimiento de sus obligaciones de protección del medio ambiente.

## VIII. RECOMENDACIONES

1. RECOMENDAR al Presidente del Consejo de Ministros adopte las medidas necesarias para la inmediata aprobación y publicación del Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental; determinando, entre otros aspectos, el listado de inclusión referido a los proyectos de inversión públicos y privados que deben ser sometidos a evaluación de impacto ambiental, tal como lo disponen los artículos 2° y 4°, así como la Primera Disposición Final de la referida Ley.
2. Al Director Nacional del Instituto Nacional de Cultura:



- a) **INSTARLO** a que disponga la inmediata ejecución de la Resolución Directoral Nacional N° 233/INC, requiriendo a la Dirección General de Patrimonio Arqueológico el cumplimiento de la elaboración de los Planos de Delimitación de la Zona Arqueológica correspondiente a la Huaca Huantinamarca; así como las medidas necesarias para su posterior inscripción en Registros Públicos. Ello de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1.1 y el artículo 13° de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, respectivamente.
  - b) **RECOMENDARLE** la emisión de una norma reglamentaria que regule el instrumento y el procedimiento idóneos para el efectivo cumplimiento de la función de intervención previa que el artículo 22° de la Ley N° 28296 le asigna respecto de las obras públicas o privadas que involucran bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación. En tal sentido conviene modificar la técnica de certificación de existencia o inexistencia de restos arqueológicos que se ha venido empleando.
  - c) **RECORDARLE** que, de conformidad con el artículo 22° de la Ley N° 28296 y los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica, la atribución de intervención del INC sobre predios de propiedad privada que componen el entorno de un bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, supone siempre la previa determinación de su marco circundante en la extensión técnicamente necesaria para cada caso.
3. **RECOMENDAR** al Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima y al Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Miguel, adopten las medidas necesarias para incluir en sus planes urbanísticos respectivos, medidas administrativas de protección y conservación de la huaca Huantinamarca y de su marco circundante, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 12) del artículo 82° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.
  4. **RECORDAR** a los alcaldes provinciales y distritales, así como al Director Nacional del Instituto Nacional de Cultura, que existe competencia compartida en materia de protección de bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, lo cual impone el deber de coordinación entre dichas entidades para la adopción de medidas de protección y preservación de tales bienes.
  5. **EXHORTAR** a los alcaldes provinciales y distritales, así como al Director Nacional del Instituto Nacional de Cultura, para que en aras de la eficaz articulación de la tutela cultural con la gestión urbanística, integren los planes sectoriales referidos al patrimonio cultural inmueble dentro de los respectivos planes territoriales locales.

## **IX. DESTINATARIOS DEL INFORME**

Pónganse el presente informe en conocimiento del:

- Ministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento,
- Presidente del Consejo Nacional del Medio Ambiente - CONAM